

SAGGI

Giving Trust Functions to Non-Trustees: Protectors, Appointors, Advisory Boards, Family Consultants etc. di Maurizio Lupoi	4
Postilla alla nota «accertamento al reddito dei coniugi e limiti al segreto fiduciario» ovvero <i>molto rumore per nulla?</i> di Fabio Marchetti	503
Fondazioni private nelle giurisdizioni di <i>common law</i> : un flusso giuridico controcorrente? di Paolo Panico	507
<i>Hastings-Bass</i> and tax mistakes di Susi Dunn	515
Equity under attack? di Rupert Ticehurst	520
L'art. 2645 <i>ter</i> codice civile e le implicazioni di diritto tavolare di Luca Battistella	524
Negozio di dotazione del trust e controllo sostanziale del giudice tavolare di Lorenzo Pellegrini	528
Il trust nel diritto internazionale privato italiano e spagnolo di Benedetta Ubertazzi	531
Chasing the Bermudian dragon di Simon Rylatt – Elizabeth Baghurst	545
La responsabilità del trustee che contratta con i terzi, la sua successione e le controversie giudiziarie di Igor Valas	549
Accertamento del reddito dei coniugi e limiti al segreto fiduciario di Andrea Gangemi – Federico Rasi	556

GIURISPRUDENZA

Separazione consensuale dei coniugi, trust e vincolo del trust sui beni costituiti in fondo patrimoniale Italia, Tribunale di Milano, 7 giugno 2006, P.F. e C.M.	575
Responsabilità del trust per le obbligazioni contratte da un terzo Italia, Tribunale di Bologna, 20 marzo 2006, Canard s.r.l. c. Trust s.r.l.	579
Nomina dell'amministratore di sostegno e autorizzazione all'istituzione di un trust Italia, Tribunale di Modena, 11 agosto 2005, M., D, A., L., G., E., R., L., F., B.	581
Sul sequestro conservativo «mondiale»: le linee guida inglesi Inghilterra e Galles, Court of Appeal (Civil Division), 11 aprile 2006, Dadourian Group International Inc. and others v Simms and others	583

S o m m a r i o

Repubblica Popolare del Congo, frode nei confronti dei creditori, <i>sham</i> Inghilterra e Galles, High Court, Queen's Bench Division (Commercial Court), 6 dicembre 2005, Walker International Holdings Ltd v Republique Populaire Du Congo and others and Conjoined cases	596
Bonifici bancari e <i>dishonest assistance</i> Inghilterra e Galles, High Court of Justice (Queen's Bench Division), 28 novembre 2005, Adnan Shaaban Abou-Rahmah and another v Al-Haji Abdul Kadir Abacha and others	611
Mancata prova dell' <i>undue influence</i> e dichiarazione giudiziale di trust Inghilterra e Galles, Court of Appeal (Civil Division), 8 marzo 2005, Khalid Ali Ismail Turkey v Adnan Mohammed Awadh, Aziza Khalid Ali Ismail Turkey	613
Inesperienza dell'avvocato e intervento correttivo del giudice Jersey, Royal Court, 16 dicembre 2004, Re the Peach and Dolphin Trust (1988)	615
Acquisto dell'immobile in trust da parte del trustee e conflitto di interessi Nuova Zelanda, High Court of New Zealand (Blenheim Registry), 5 ottobre 2005, J. G. Patchett, C. R. Lammas v P. Williams	618

Giurisprudenza storica

<i>Quistclose trust</i> Inghilterra e Galles, House of Lords, 31 ottobre 1968, Barclays Bank Ltd. v Quistclose Investments Ltd.	626
---	-----

LEGISLAZIONE

Bahrain. Financial Trusts	629
---------------------------	-----

PRASSI NEGOZIALE

Atto di trust in favore di soggetto sottoposto ad amministrazione di sostegno	635
Aspetti fiscali di un trust per immobili di interesse storico-artistico di Giuseppe Lepore	642

LETTURE

L'istituto del trust nei sistemi legali continentali e la sua compatibilità con i principî di <i>civil law</i> di Gabriela O'Connor de Picaza	649
--	-----

Errata corrige

Nel numero 3 di questa Rivista abbiamo pubblicato la decisione pronunciata l'11 gennaio 2006 dalla Commissione Tributaria Provinciale di Brescia, indicando erroneamente che si trattava di sentenza pronunciata dal Tribunale di Brescia.

Giving Trust Functions to Non-Trustees: Protectors, Appointors, Advisory Boards, Family Consultants etc.

di Maurizio Lupoi

La tematica dell'attribuzione di funzioni fiduciarie a soggetti diversi dal trustee, come il guardiano o il disponente, viene analizzata mediante un approccio strettamente funzionale che consente l'introduzione della distinzione tra "Guardiano", "Amministratore" e "Amministratore fiduciario" sulla base della natura fiduciaria o meno della posizione assunta e dell'autonomia decisionale di cui il soggetto è investito. Al di là di queste classificazioni, una recente prassi italiana vede specificare nell'atto istitutivo di un trust se il potere che viene attribuito è un potere fiduciario o personale.

SUMMARY: § 1. "Functions"? - § 2. Giving king's functions to non-kings. - § 3. "Protector of the settlement". - § 4. "Suivant l'avis de ses frères". - § 5. Back to words: "guardian". - § 6. "Protector", "Director", "Fiduciary Director". - § 7. Is all this needed? - § 8. "Powers" retained by the settlor. - § 9. The settlor as a guardian or a fiduciary director. The practice in Italy. - § 10. Italian applications. - § 11. One last word on the extent of the trustees' discretion.

§ 1. "Functions"?

The title of our session "Giving trust functions to non-trustees" begs the basic question: "When is a function a *trust function*?"

I would not query the term "function", for its legitimacy comes from Westminster: the Trustee Act 2000 makes abundant use of "function", defines a "function" to include powers and duties and draws a distinction between functions in general and "delegable functions"(1).

But – a "trust function"? It would be too simple to reply that a trust function is a function exercised by trustees, for that is precisely what we are meant to discuss today; on the other hand, if trust functions were those exercised by trustees they would become "protector functions" if exercised by a protector,

"settlor functions" if exercised by a settlor and our session would be devoid of any purpose.

Probably in order to prevent me from adopting this approach, that in all likelihood would lead nowhere, our Chairman inserted a list of words in the title of this session: "Protectors, Appointors, Advisory Boards, Family Consultants", that is obviously meant to compel us to take a functional approach (a "*functional*" approach to "*trust functions*", what else?) and dispel any attempt to play with words.

And yet, I am not deterred by this ruse and should like to spend some minutes of your time dwelling upon the word "protector".

§ 2. Giving king's functions to non-kings.

It is well known that Oliver Cromwell styled himself "Lord Protector". It was not an abuse on his part because article I of the Instrument of Government, adopted on 16th December 1653, declared:

"That the supreme legislative authority of the Commonwealth of England, Scotland, and Ireland, and the dominions thereunto belonging, shall be and reside in one person, and the people assembled in Parliament: the style of which person shall be the Lord Protector of the Commonwealth of England, Scotland, and Ireland".

That style was not new. Almost two centuries before, in 1483, the will of Edward IV appointed his brother Richard III Lord Protector of the Realm and that soon led Richard to become king. Oliver Cromwell achieved the same rank, in substance if

Note:

Maurizio Lupoi è professore ordinario dell'Università di Genova. Il testo riproduce la relazione, con modificazioni, presentata al Congresso organizzato dalla International Academy of Estate and Trust Law, svoltosi in Dublino il 21 maggio 2006.

(1) Trustee Act 2000, sections 8, 11, 12, 13, 14, 15, 21, 22, 24, 30, 31, 32, 34, 36, 39.

Saggi

not in name⁽²⁾. English history tells us of a third case of Lord Protector, Edward Seymour, appointed by Henry VIII in his will. He was to be only one among sixteen executors but Henry had given him a special prominence by styling him “Lord Protector of the Realm and Governor of the King’s Person”. In a matter of two months after the death of Henry, Edward Seymour became the ruler of England; less than two years afterwards he was indicted and then convicted and executed.

“Giving king’s functions to non-kings”, and specifically giving them to Protectors: is this a different subject from the one we are to discuss today?

§ 3. “Protector of the settlement”.

The term “Protector of the settlement” came to light in England in the Fines and Recoveries Act 1833. The Protector of the settlement was “the owner of the first existing estate under a settlement, prior to an estate tail under the same settlement”⁽³⁾ and was given by statute full power to dispose of the lands, thereby nullifying all subsequent estates. The settlor of an entailed settlement was allowed to appoint a protector of the settlement with the same powers⁽⁴⁾.

The “Protector of the settlement” is no fiduciary. As we have just seen, in the political and constitutional arena the “Protector” was meant to act in somebody else’s interest, be it the people of England or a minor king, whereas in the Fines and Recoveries Act the “Protector” is but an instrument of the policy prevailing at that time to gradually do away with certain types of settlements.

We have thus found that at the origin of the word “protector” there are two distinct views: someone acting for somebody else, someone acting for himself. One word, two opposite meanings. What an excellent start for our discussion.

§ 4. “Suivant l’avis de ses frères”.

Should we wish to pursue our historical search somewhat further, we would find some interest in a French case, decided by the Parliament of Paris on 3rd July 1675.

Monsieur Brun had appointed his wife as his heir with the obligation (we would say: “upon trust”) to deliver all his estate or part of it to that of their sons

who proved to be the most obedient and faithful towards her; however, in reaching her decision, she was to follow the advice given to her by the brothers of the testator (incidentally, the name of this lady was, very fittingly, “Foy”, ‘faith’)⁽⁵⁾. The eldest son lived in Paris and the brothers of the deceased – the “protectors” we could properly say – informed the widow that he was leading a very improper life and had been thrown in jail for a “galanterie”, an affair with a lady. Whereupon the widow conveyed the deceased’s estate to her other son, François. The story goes on to tell us that François, now very wealthy, took to a quite different conduct, no longer showed any respect towards his mother and “se rendoit tous les jours plus insupportable”. The case thereafter brought before the Parliament of Paris concerned the decision taken by the widow to retrace her steps, recover the estate from François and give it to her eldest son, who in the meantime had repented. Can an appointment be undone, we would say in modern terms, when the trustees have exercised their power without a full knowledge of the relevant facts? The answer given by the Parliament of Paris was in the affirmative and someone might find there an anticipation of modern English precedents⁽⁶⁾.

That, however, does not concern us now. This case shows how the discretion of a fiduciary may be curtailed in a civilian setting by a power entrusted to a third party, a protector we might say. Is this an unusual occurrence? It is not, as a case decided in Italy in 1956 proves⁽⁷⁾: a husband appointed his wife as his heir for the duration of her life and gave her power to sell assets of the estate in case of need, if one of his brothers consented. These two cases

Note:

(2) Oliver Cromwell was addressed as “Your Highness”.

(3) Fines and Recoveries Act 1833, sect. 22

(4) *Id.*, sect. 32.

(5) “Antoine Brun institue Foy d’Allegret, sa femme, son heritière universelle, à la charge de rendre son heritage, ou partie, a celui de ses deux fils aînez qui luy seroit le plus obéissant lorsqu’il auroit atteint l’âge de vingt-six ans, suivant l’avis des sieurs d’Allegret ses frères”: Parlement de Paris, 3 July 1675, *Journal du palais*, I, Paris: Chez Denys Thierry, 1701, 681 [I have kept the original spelling].

(6) The so-called “Hastings-Bass principle”.

(7) Cass., 8 novembre 1956, n. 4210, *Carraia c. Ricci*, *Giust. civ.*, 1957, I, 1374.

depict a lady fiduciary who cannot fulfil the trust (in the French case) or exercise a power (in the Italian case) unless someone else joins with her. It may have mattered that in both instances the fiduciary was a lady, for a long tradition, from Roman law to the earliest Church Fathers to Muslim law, maintains that a woman cannot be relied upon to reach acceptable decisions unless a man hovers nearby and tells her what is best(8).

§ 5. Back to words: “guardian”.

In Italy we call the protector “guardiano”. It would be the same in France, “gardien”, also because the literal translation of “protector”, that is “protecteur”, would point at someone who takes care of ladies engaged in a particular business. Thus “guardiano”, “gardien”. Is it not interesting to observe that the Court of *Protection* is now giving way in England to the Office of the Public *Guardian*(9)?

Names have their own life. Naming a thing wrongly is, as Confucius said, equivalent to minting counterfeited money. “Supernumeraries” is a spurious and confusing word. It purports to identify *anybody* who plays a role in a trust *other* than the trustee; therefore, it has a purely negative connotation. It says what someone is not, it does not say what he is.

“Guardian” is the right word when someone oversees, controls, supervises, advises, steps in when necessary *in the interest of somebody else*, be him dead or alive. A guardian, in the current sense of the word, fosters no personal interest. Indeed, any personal interest he may have must be forgotten by him and removed from the picture. A guardian is unselfish by definition. When he decides he has to step in, a guardian may have to take harsh measures; for instance, remove a trustee.

§ 6. “Protector”, “Director”, “Fiduciary Director”.

A different picture emerges if you look at someone who is the recipient of specific administrative or dispositive functions under the instrument creating the trust. Those are *his* functions and nobody else’s. While a guardian sees the trustees as his opposite number, the person we are speaking of now acts directly in respect of the trust fund or the beneficiaries. For instance, he may appoint new

trustees, appoint or exclude beneficiaries, divide the trust fund into sub-funds, revoke or amend the trust instrument, decide the investments, allocate receipts to income or principal, enjoy management powers of all sorts. Do we need a name for this kind of person? He never had one, in spite of having resided in the statute book for quite some time, at least with reference to the appointment of trustees: “the persons nominated for the purposes of appointing new trustees by the trust instrument” is in the Trustee Act 1925(10) with no label attached.

Before going any further, let us consider two aspects.

First, while a guardian cannot but be a fiduciary, the person we are speaking of may or may not be a fiduciary.

Second, he may be able to implement his decisions by himself or, alternatively, have to require the trustees to implement them.

We then have four possible characterizations as in the following table:

	Is he a fiduciary?	Can he act by himself?	
1	Yes	Yes	
2	Yes	No	
3	No	Yes	
4	No	No	

In cases 2 and 4 the trustees are to obey a direction, so that it would be fit to call “director” the person who directs the trustee(11); hence “fiduciary director” in case 2 and simply “director” in case 4.

In cases 1 and 3 any decision taken by this person is effective as and when taken. His decisions are self-fulfilling. With reference to case 1 I would employ the oldest meaning of “protector” as we saw above (the “Lord Protector”, the “Protector of the Realm”), while case 3 points at someone who has a personal interest of paramount importance, so that he can implement it all by himself. Such a person

Note:

(8) More generally, “Le disposant peut avoir ordonné que le grevé prenne l’avis de personnes qualifiées pour opérer son choix”: J.-M. Augustin, *Famille et société. Les substitutions fidéicommissaires à Toulouse et en Haut-Languedoc au XVIII siècle*, Paris, 1980, 151.

(9) Mental Capacity Act 2005.

(10) Sect. 36(1)(a).

(11) *Directory Trusts and the Exculpatory Clause*, 65 Col. L. R. 138 (1965).

S a g g i

has no standing in trust law and it would be wrong to treat his position at the same level as the other position we are investigating. True, his powers are described in the trust instrument but they would normally stem from previous arrangements with the settlor or third parties or he may be the settlor himself. I do not think that he deserves a name in the law of trusts.

To sum it up, in addition to “guardian”, we have three more names:

	Is he a fiduciary?	Can he act by himself?	Name
1	Yes	Yes	Protector
2	Yes	No	Fiduciary Director
3	No	Yes	_____
4	No	No	Director

§ 7. Is all this needed?

The statement in the law of Jersey of 1984 - “The terms of a trust may require a trustee to obtain the consent of some other person before exercising a power or discretion”(12) – was and still is very neat. We can put it by as a dear thing of the past.

The four names I have just proposed may not be the most suitable ones, and perhaps categories other than the five I have listed may have to be devised. The point I wish to make is that each of the names I have proposed identifies a different “thing” and is subject to specific legal rules. It does not pay to have one name for several things, nor several names for the same thing. That is all there is to say in favour of my attempt.

§ 8. “Powers” retained by the settlor.

Any of those categories might take different connotations should the guardian, protector, etc. be the settlor himself. If so, you would expect me to propose other names.

I submit that it is a fundamental misconception of the position of the settlor of a family trust to say that he cannot at the same time “give and keep”. In these last words you will have recognized the English version of the customary maxim of Normandy “donner et retenir ne vaut”, that came to the fore after the decision of the *Rahman case* in Jersey, sending shock-waves around the world to the offshore trust companies.

The Coutumier de Normandie states that

“Donner et retenir est quand le Donateur s’est réservé la puissance de disposer librement de la chose par lui donnée entre-vifs, ou qu’il demeure en possession d’icelle”(13), that is to say, that one who makes a gift cannot reserve to himself the power to dispose of the object of the gift and that the object of the gift must be delivered to the donee. Forgetting the second branch of the rule, that has to do with the concept of conveyance, the first branch does not concern the *management* of the object of the gift; it has to do with the power to sell it or make a further gift of it. That the donor cannot do, else there is no donation.

Writing in the second half of the XVII century, Jean Domat says, with reference to the customary maxim: “Ce qui signifie que si le donateur retient ce qu’il donne, il ne se dépouille pas, et ne donne rien”: or, “what the maxim says is that, if the donor retains what he has donated, he is not disseised of anything and has not given anything away”(14).

The key to understanding this passage is in the words “what he has donated”.

In England you can no longer have a life estate at law, the Roman *ususfructus*, while the French, like many other peoples, can. At common law you could grant an interest in land to become an interest in possession after your death. We did and still do the same in civil law countries. The grantor does not convey *the land*, for the land remains with him, he conveys *an interest* in land. He still enjoys the land, reaps its profits and is its owner for all intents and purposes, and can even sell it to the extent of his own interest, that is, grant an interest that will last for as long as he lives.

Now, “what he has donated” is a future interest, that does not entitle the grantee to possession. The customary maxim is not violated.

One of the appropriate ways a settlor has to control the trust assets is to *keep* a life interest in them. The trustee receives what we call “bare

Note:

(12) Article 20 (3).

(13) Coutume de Normandie, expliquée par M. Pesnelle, 4.ème édition, Rouen: de l’imprimerie de Richard Lallemand, 1771, art. 445.

(14) J. Domat, Les lois civiles dans leur ordre naturel, Paris: Chez la veuve Savoye, 1777, I, l. I, tit. X. Domat goes on to state that the maxim applies whenever “le donateur ne se seroit pas dépouillé, et que le donataire n’eût pas été rendu irrévocablement le maître de ce que lui étoit donné”.

ownership”, that is, an ownership that is devoid of all incidents and places the trustee in a waiting position, just like a remainderman.

The settlor in such instances *does not derive his position from the trust instrument*. He has given to the trustee what he did not want to keep for himself; in other words, what he has kept *was already his*. Trust law is of no relevance, only property law is.

This setting could be extended, even in common law contexts. *The settlor has no business becoming a power-holder under the trust instrument*. Why should he give and re-take under the trust when it is much simpler *not to give* and retain?

Another misconception, I submit, is that trustees must be in control of the trust assets, meaning the *things* that compose the trust assets. I would say that trustees must be in control of the *interests*, not of the things, that the settlor has given to them. When the law of estates in land was at its peak, trustees could hold the most diverse estates and different people, the settlor or other parties, control the *things*.

The offshore world of trusts is basically flawed because over-simplification is its Bible. One wonders whether we ought not to go back to the basics.

§ 9. The settlor as a guardian or a fiduciary director. The practice in Italy.

Settlors can, of course, submit to the very creature they have created and become guardians or fiduciary directors or plain directors. In some instances they have no choice; for instance, if they wish to be able to appoint beneficiaries or exclude those named in the trust instrument. And now the names I proposed above come to our help. You might recall that, according to the terminology I have proposed, a plain director is someone who holds a function without any fiduciary character.

That was the original setup in the area of uses and it is, therefore, highly misleading to point at this without any qualification in a discussion on trust functions. Most if not all of the early uses were bare trusts and the uses were *passive uses*; it stood to reason that the settlor would have the right to let the trustees know, by direct communication or by his will, to whom the assets were to be conveyed by them. In the meanwhile the trustees (or, rather, the feoffees) would hold the lands to the use of the grantor(15).

In a more modern context, Italian trust

instruments usually state whether the holder of a power holds it as a fiduciary or beneficially. What follows is our standard precedent (where the common term “Protector” is used)(16):

Posizione del Guardiano

I poteri del Guardiano sono fiduciari / sono personali e non fiduciari.

Powers of the Protector

The powers of the Protector are fiduciary in nature / are personal and not fiduciary in nature.

As a matter of drafting, at times we do not appoint a protector formally, we prefer to define a specific power and identify the person who holds it and the nature of the power. For instance(17):

Exclusion of Beneficiaries

A. During the Trust Period the Settlor may by notarially attested documents delivered to the Trustees or by will declare that the Beneficiaries no longer include any Beneficiary or class of Beneficiaries.

B. This power is personal and not fiduciary in nature.

§ 10. Italian applications.

Trusts in Italy belong to the “trust interni” or “domestic trusts” category in as much as the assets are and remain Italian assets, settlors and beneficiaries are Italians and so are the trustees. The only foreign element of a “domestic trust” is the law that governs it.

The crucial matter to keep in mind is that from several points of view we are where England was in the XIX century. And, I must add, we are happy to be there (of course, we miss the Empire).

Features of the strict settlement can be found in some Italian trust instruments. Even the old estate in male tail has found its way in one or two noble families’ trusts. Overriding trustees’ power are unknown other than when they are really needed (that is, almost never). Fixed interest trusts are very

Note:

(15) For instance: Katarine, a widow, “enfeoffa un Robert Sturmy (...) sur pleine et entier affieuce ceux el avoit en sa parsonne et sa foialte (...) pur ent faire et disposer solonc l’entent et volente de l’avantdite Katerine”: Select Cases in Chancery (W. P. Baildon, ed.), London, 1896 (Selden Society, n. 10), n. 99.

(16) From my book *L’atto istitutivo di trust – con un formulario*, Milan: Giuffrè editore, 2005, clauses No. 415 - 416.

(17) *Ibid.*, clauses No. 128 – 129 (No. 128 is the Italian text; No. 129 is the English translation).

S a g g i

common. Trusts are not a way to minimize taxes and they are almost never driven by tax-related considerations. Trustees are usually *trusted people*: this, you will agree, is not a truism in view of the current state of the offshore trust world and it reflects the position of trustees in XIX-century England.

Today's economy, however, is not the XIX-century economy and trusts created to guarantee the obligations of the settlor towards a bank are not unknown. Here you find the "director" (our case number 4): a person who can direct the trustee to sell the trust assets and pay the proceeds over to the bank to the extent required to reimburse the capital and the interest owed to the bank, any balance to remain in the trust fund or, alternatively, to be paid to the beneficiaries or the settlor. Or, you find the indescribable person of our case number 3: the trust investments are held by a nominee and the indescribable person has authority to instruct the nominee to sell the investments and remit the proceeds to the trustee, who will apportion them between the bank and the beneficiary or the settlor as above. In both these instances the person who can direct the trustees to sell or, respectively, who can sell without any concurrence by the trustees fosters the interests of the bank; the settlor has inserted him in the trust instrument in order to comply with his engagement with the bank. This shows how foreign he is to the law of trusts.

"Guardians" in the proper sense of this word (or, at least, in what I have proposed above as the proper sense) are frequent in Italian practice of family trusts. For instance, friends of settlor, often more than one, or the heads of each family line descending from the settlor, especially if the trust has a long duration. In the latter case there are interesting provisions: first, to define the head of a family line and, second, to cater for the cases where the head of family line is a minor or an incapacitated person.

Quite rare are "protectors" (case number 1) endowed with powers of appointment of beneficiaries. The reason why powers of appointment of beneficiaries are seldom granted lies in the tendency to have fixed-interest trusts and in the unwillingness of Italian settlors to be outdone by anybody; thus, the picture changes when the power to appoint beneficiaries rests with the settlor. Here again the names discussed above prove their usefulness, for a settlor with an unlimited power to appoint and remove beneficiaries is placed in the

same position he was before executing the trust instrument. Just as he was free then, he will be afterwards. It is a personal power that existed *before* the trust and remains *unchanged* during the trust. In the law of trusts he is an indescribable person. In order to stretch this point to the limit, the appointments he should make can be revocable, so that so long as he lives he is the master (not of the trust but) of the allocation of the trust assets and of the trust income.

"Protectors" with power to remove and appoint trustees are the rule. Trustees in Italy are often natural persons who of course will become old and may be unfit to go on serving as trustees even if legally enabled to do so. This function may be granted to the beneficiaries of a family trust after the death of the settlor or of the protector whom the settlor had appointed.

Lastly, "Fiduciary Directors" are found in the matter of investments. They never coincide with the settlor nor with the beneficiaries. They are professionals, at times companies with expertise in financial investments, and the trustees are bound to follow their advice.

§ 11. One last word on the extent of the trustees' discretion.

There are misgivings in the offshore world that any curtailing of the trustees' discretion and the bestowing of powers unto other parties will call into play that ghost of the trust cathedral, the "sham" trust. That is obviously untrue. Even more so if one considers that the notion of "sham" is at best undefined.

The "core" notion of trust, to use a fashionable word, concerns the trustees' obligations, not the trustees' powers or discretions. It is trite law that a trustee can be a bare trustee, a custodian trustee, and so forth, and yet be a trustee(18).

Should we not go back to basics?

Nota:

(18) See *Hotung v Ho Yuen Ki* (2005) 7 ITELTR 795 (Hong Kong).

Postilla alla nota “accertamento al reddito dei coniugi e limiti al segreto fiduciario” ovvero molto rumore per nulla?

di Fabio Marchetti

Il rinvio alle norme tributarie è inconferente in quanto, come chiarito, né da tali norme si può trarre un principio generale valido per una materia diversa da quella tributaria né esse sono applicabili dal giudice ordinario, e superfluo in quanto le norme civilistiche più volte richiamate poste a tutela di interessi di natura anche pubblicistica ed i principî generali dell'ordinamento già di per sé consentono di richiedere informazioni alle società fiduciarie.

Tali conclusioni non solo sono ineccepibili alla luce dell'attenta ricostruzione della materia fatta nella nota di Gangemi e Rasi(1), ma – a ben vedere – interpretano anche correttamente il pensiero del Giudice Istruttore del Tribunale di Reggio Emilia(2). Ed invero è lo stesso Giudice che, dopo aver disquisito sui nuovi poteri riconosciuti alla Guardia di Finanza dal riformato art. 32, n. 7, del D. P. R. 29 settembre 1973, n. 600, conclude che il potere della Guardia di Finanza di ottenere informazioni dalle società fiduciarie deriva più che dal citato art. 32, dalle disposizioni del codice civile e del codice di procedura civile in materia di diritto di famiglia che autorizzano indagini sul reddito, sul patrimonio e sul tenore di vita dei coniugi, indagini per le quali il Giudice può ben avvalersi della Guardia di Finanza.

Non sfugge allo stesso Giudice la differenza fra le indagini “tributarie” ex art. 32, D. P. R. 29 settembre 1973, n. 600, e le indagini ai sensi del codice civile e di procedura civile, essendo tali ultime vincolate e condizionate dalle regole processuali. Ma dal tenore dell'ordinanza non è dato riscontrare che nel caso di specie siano state travalicate le regole del processo e soprattutto, per quanto qui specificamente interessa, che l'indagine nei confronti della società fiduciaria non derivi da specifici riscontri processuali e sia rivolta, pertanto, solo a verificare – attraverso l'ausilio tecnico della Guardia di Finanza – la consistenza patrimoniale del conto fiduciario intestato ad uno dei due coniugi.

Molto rumore per nulla, dunque, data la sostanziale irrilevanza processuale delle argomentazioni svolte

dal Giudice Istruttore del Tribunale di Reggio Emilia sull'art. 32 del D. P. R. 29 settembre 1973, n. 600 e sulla sua presunta portata di disposizione generale. Ciò nonostante, e cioè pur nella consapevolezza che la parte dell'ordinanza dedicata all'art. 32 del decreto costituisce nulla più che un *obiter dictum*, essa merita alcune ulteriori considerazioni anche se di segno radicalmente opposto, ovverosia, da un lato, di deciso rigetto e, dall'altro, di condivisione di quanto affermato.

Non può certamente essere accettata la prospettazione fatta dal Giudice Istruttore del Tribunale di Reggio Emilia che l'art. 32 del D. P. R. 29 settembre 1973, n. 600 sarebbe disposizione di carattere generale utilizzabile, alla bisogna, anche al di fuori dell'accertamento tributario. Credo che l'attenta ricostruzione fatta nel lavoro di Gangemi e Rasi sia più che sufficiente a smentire tale assunto, che innanzitutto sarebbe in contrasto con i poteri ed i compiti assegnati dalla legge alla Guardia di Finanza (si vedano il paragrafo 6 e la prima parte del paragrafo 7 del lavoro di Gangemi e Rasi, ove si sottolinea che è lo stesso Giudice che mostra di essersi reso conto di tale insormontabile ostacolo).

Invero, l'art. 32 è norma strumentale del procedimento tributario di accertamento che conferisce determinati poteri istruttori al soggetto titolare di tale procedimento: l'Ufficio delle imposte. La Guardia di Finanza, quale organo istituzionalmente ausiliario, collabora con l'Ufficio nell'attività istruttoria, essendo titolare dei medesimi poteri istruttori riconosciuti all'Ufficio. Non si tratta, peraltro, di poteri autonomamente riconosciuti alla Guardia di Finanza, ma ad essa riconosciuti in quanto organo ausiliario dell'Amministrazione finanziaria. Non si vede come ta-

Note:

Fabio Marchetti è professore associato dell'Università Luiss G. Carli.

(1) A. Gangemi - F. Rasi, Accertamento del reddito dei coniugi e limiti al segreto fiduciario, *infra*, 556.

(2) Trib. Reggio Emilia, 27 marzo 2006, in questa Rivista, 2006, 421.

Saggi

li poteri possano essere utilizzati dalla Guardia di Finanza al di fuori della funzione ausiliaria da Essa svolta nel procedimento tributario di accertamento; in altri termini, non si vede come la Guardia di Finanza possa essere chiamata ad utilizzare i poteri istruttori previsti dall'art. 32 del D. P. R. 29 settembre 1973, n. 600 in un procedimento non di competenza dell'Amministrazione finanziaria. Per assurdo, laddove l'affermazione del Giudice Istruttore del Tribunale di Reggio Emilia fosse corretta, bisognerebbe chiedersi se il Giudice anziché avvalersi della Guardia di Finanza avrebbe legittimamente potuto rivolgersi all'Ufficio delle imposte territorialmente competente, affinché ai sensi dell'art. 32, n. 7, effettuasse le richieste indagini presso la società fiduciaria. In fondo, è o non è prima di tutto l'Ufficio delle imposte il titolare dei poteri istruttori previsti dall'art. 32 del D. P. R. 29 settembre 1973, n. 600?

Anche se limitata nella portata di mero *obiter dictum*, sicuramente condivisibile è invece l'interpretazione data dal Giudice Istruttore del Tribunale di Reggio Emilia della disposizione contenuta nel n. 7 dell'art. 32 del D. P. R. 29 settembre 1973, n. 600. "Il menzionato art. 32 – conclude l'ordinanza in esame – 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 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".

È noto che il numero 7 del I comma dell'art. 32, del D. P. R. 29 settembre 1973, n. 600, come modificato dal CDII comma dell'art. 1 della L. 30 dicembre 2005, n. 311, riconosce all'Amministrazione finanziaria la facoltà di richiedere, previa 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, alle banche, alla società Poste italiane S.p.A., agli intermediari finanziari, alle imprese di investimento, agli organismi di investimento collettivo del risparmio, alle società di gestione del risparmio e alle società fiduciarie, 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. La stessa disposizione prevede, inoltre, che alle società fiduciarie di cui alla legge 23 novembre 1939,

n. 1966, e a quelle iscritte nella sezione speciale dell'albo di cui all'articolo 20 del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, può essere richiesto, fra l'altro, specificando i periodi temporali di interesse, di comunicare le generalità dei soggetti per conto dei quali esse hanno detenuto o amministrato o gestito beni, strumenti finanziari e partecipazioni in imprese, inequivocamente (*rectius*, inequivocabilmente) individuati.

Tralasciando gli aspetti procedurali (utilizzo dello strumento telematico sia per l'invio delle richieste da parte degli uffici che per le risposte da parte degli operatori finanziari), deve rilevarsi, con specifico riferimento al comparto delle società fiduciarie, che le modifiche introdotte all'art. 32, D. P. R. 29 settembre 1973, n. 600, hanno determinato innanzitutto un corretto allineamento delle società fiduciarie agli altri operatori finanziari (banche, poste, ecc.). In particolare, importante risulta l'espressa inclusione delle società fiduciarie esclusivamente nel numero 7 dell'art. 32, con conseguente estensione nei loro confronti delle procedure e garanzie proprie degli accertamenti bancari. Sotto tale profilo, dunque, può ritenersi definitivamente superata la *querelle*, recentemente ripropostasi all'attenzione a seguito del parere del Consiglio di Stato n. 2345 del 1° luglio 2004, se nei confronti delle società fiduciarie di amministrazione, di cui alla legge 23 novembre 1939, n. 1966, fossero o meno esercitabili i poteri di indagine di cui al numero 5 dell'art. 32, che prevede la possibilità di indagini non già nominative o comunque selettive, ma a campione.

L'inserimento delle società fiduciarie nel numero 7 dell'art. 32 comporta innanzitutto che gli Uffici potranno richiedere alle società fiduciarie, al pari che a tutti gli altri operatori finanziari, informazioni circa le operazioni da loro concluse fornendo nominativa indicazione dei contribuenti sottoposti ad accertamento: agli Uffici è così permesso – derogando al segreto fiduciario – di risalire, muovendo dall'indicazione della persona sottoposta ad accertamento (elemento noto) alle operazioni – anche fiduciarie – da questo poste in essere (elemento ignoto).

Come accennato, il nuovo numero 7 dell'art. 32 prevede, inoltre, che alle società fiduciarie di cui alla legge 23 novembre 1939, n. 1966, e a quelle iscritte nella sezione speciale dell'albo di cui all'articolo 20 del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al decreto legislati-

vo 24 febbraio 1998, n. 58, può essere richiesto, fra l'altro, specificando i periodi temporali di interesse, di comunicare le generalità dei soggetti per conto dei quali esse hanno detenuto o amministrato o gestito beni, strumenti finanziari e partecipazioni in imprese, inequivocabilmente individuati.

Come risulta sia dalla sua collocazione sistematica che dall'utilizzo dell'intercalare "fra l'altro", tale seconda parte della norma, esclusivamente riferita alle società fiduciarie sia di amministrazione che di gestione, si pone come complementare rispetto alla prima parte della stessa avente carattere generale nei confronti di tutti gli operatori finanziari, ivi comprese le medesime società fiduciarie: essa prende specificamente in considerazione il fenomeno dell'intestazione fiduciaria di beni, consentendo all'Amministrazione finanziaria di derogare al segreto fiduciario, in presenza peraltro non solo delle medesime garanzie procedurali di cui alla prima parte della norma, ma anche delle particolari condizioni poste dalla medesima disposizione speciale per consentire tale deroga.

In particolare, come già messo in luce in altra occasione, i poteri di indagine consentiti all'Amministrazione finanziaria nei confronti dell'intestazione fiduciaria di beni, strumenti finanziari e partecipazioni possono essere esercitati a condizione, da un lato, che l'oggetto dell'indagine sia precisamente (inequivocabilmente) individuato con specifica indicazione sia del bene fiduciariamente intestato che del periodo temporale di interesse per l'indagine e, dall'altro, che sia precisato il collegamento fra l'intestazione fiduciaria e l'attività di indagine svolta nei confronti dei soggetti sottoposti o sottoponibili ad accertamento. Non solo la particolare condizione dell'inequivoca indicazione ma, soprattutto, la natura speciale e complementare della disposizione in tema di intestazione fiduciaria rispetto alla prima parte della norma, impongono tale relazione fra l'oggetto della specifica indagine (il bene fiduciariamente intestato) e l'oggetto dell'attività di accertamento (il soggetto o i soggetti cui essa è rivolta). Come la prima parte della norma consente muovendo dall'indicazione della persona sottoposta ad accertamento (elemento noto) di risalire alle operazioni – anche fiduciarie – da questo poste in essere (elemento ignoto), così la seconda parte (speciale e complementare) della norma consente muovendo dall'indicazione specifica dell'intestazione fiduciaria (elemento noto) di risalire al soggetto (elemento ignoto) nei cui confronti sussiste in-

teresse dell'Amministrazione finanziaria di svolgere un'attività di accertamento, interesse evidentemente esplicitato con indicazione nominativa del soggetto o dei soggetti cui si reputa possa essere ricondotta l'intestazione fiduciaria, al momento di invio della richiesta di informazione. Per essere ancora più espliciti, mentre ai sensi della prima parte della norma l'indagine nei confronti delle società fiduciarie si sostanzia nella richiesta se un determinato soggetto (elemento noto) sia o meno titolare di un conto fiduciario e quali beni siano ad esso fiduciariamente intestati (elemento ignoto), ai sensi della seconda parte della norma è consentito all'Amministrazione finanziaria di richiedere se una determinata intestazione fiduciaria (elemento noto) sia riconducibile ad uno o ad altro soggetto, nominativamente individuati, nei cui confronti sussiste interesse all'accertamento e che l'Amministrazione presume possano essere i titolari del bene fiduciariamente intestato (elemento ignoto).

La condivisione di tale interpretazione da parte del Giudice Istruttore del Tribunale di Reggio Emilia rappresenta, pur con i limiti più volte indicati, un indubbio elemento a favore di una lettura logico-sistematica della norma che eviti possibili forzature da parte degli organi (uffici e guardia di finanza) accertatori. E ciò anche considerando che, come in altra occasione già messo in luce, tale interpretazione appare anche quale l'unica pienamente rispettosa dei principi generali in materia di accertamento previsti dalla legge 27 luglio 2000, n. 212 (c. d. Statuto del Contribuente). Più specificamente, il concetto di inequivocità deve essere apprezzato alla luce delle disposizioni di cui agli artt. 12 e 7 della summenzionata legge. L'individuazione delle operazioni da accertare può perciò considerarsi non equivoca soltanto ove risponda ad effettive esigenze di indagine e controllo. Il rispetto dell'art. 12 dello Statuto del Contribuente giustifica il ricorso a tale procedura solo ove le esigenze di indagine e di controllo non siano altrimenti esperibili senza la conoscenza dei dati del soggetto o dei soggetti cui si presume che sia riconducibile l'intestazione fiduciaria. L'art. 7 sarà invece rispettato ove gli Uffici diano adeguatamente conto delle suddette circostanze e provvedano ad illustrarle in modo chiaro tanto da permettere al contribuente di avanzare eventuali difese. A ciò si aggiunga che la necessità del riferimento sempre dell'indagine tributaria ad un soggetto anche solo potenzialmente sottoponibile ad accertamento è stata più volte afferma-

S a g g i

ta dalla giurisprudenza e ribadita dallo stesso parere del Consiglio di Stato n. 2345 del 1° luglio 2004, laddove è testualmente richiamata l'attenzione sulla necessità della "puntuale indicazione del contribuente nei cui confronti si stanno svolgendo le indagini, dovendosi tener conto dei principi desumibili dal ripetuto articolo 32 del D. P. R. n. 600 del 1973, considerandosi nel suo complesso".

Non va infine sottovalutato che la prospettata interpretazione del n. 7, dell'art. 32, D. P. R. 29 settem-

bre 1973, n. 600 si pone in linea anche con il provvedimento del Garante per la protezione dei dati personali (Prescrizione del Garante 25 maggio 2005) che, nell'affrontare la tematica posta dal nuovo art. 32, n. 7, ha affermato che le informazioni (in via telematica) che possono essere richieste dall'A.F. devono "rispettare comunque i presupposti normativi che giustificano solo verifiche mirate ed in casi selettivamente individuati", essendo legittime solo "richieste proporzionate e circoscritte a casi di effettivo interesse".

Fondazioni private nelle giurisdizioni di *common law*: un flusso giuridico controcorrente?

di Paolo Panico

SOMMARIO: § 1. Premessa. – § 2. Persone giuridiche e *causae piae*: un breve *excursus* storico. – § 3. Legislazione in materia di fondazioni private nel Liechtenstein e nelle giurisdizioni di *common law*: un *excursus*. – § 4. Pianificazione patrimoniale e personalità giuridica: soluzioni alternative di *common law* e di *civil law*. – § 5. Fondazioni private in un contesto di *common law*: un flusso giuridico?

§ 1. Premessa.

Il 18 febbraio 2005 scadeva il termine ultimo per la presentazione di contributi alla consultazione pubblica indetta dal Comitato per lo Sviluppo Economico (Economic Development Committee) di Jersey riguardo ad un progetto di legge in materia di fondazioni.

Una giurisdizione emblematica del trust internazionale, la cui Trusts (Jersey) Law 1984 è servita da riferimento per numerose iniziative legislative nel mondo *off-shore*, ha così intrapreso un *iter* volto ad introdurre nel proprio ordinamento interno un istituto tipico della tradizione romano-canonistica, la fondazione.

L'iniziativa ha subito una battuta d'arresto in concomitanza con alcune modifiche alla legislazione in materia di trust e si prevede che una legge sulle fondazioni veda la luce nel 2007. Quand'anche tale iniziativa legislativa fosse andata in porto in tempi brevi, peraltro, Jersey non sarebbe stata la prima giurisdizione di influenza britannica a disciplinare l'istituto della fondazione privata. Il primato compete a St. Kitts, con il suo Foundations Act 2003, entrato in vigore il 31 gennaio 2004 ed operativo dal successivo mese di marzo, quando il locale governo ha reso disponibili i regolamenti attuativi e la modulistica di registrazione. Di poco posteriore è il Foundations Act 2004 di Bahamas, in vigore dal 22 ottobre dello stesso anno. Infine, nell'ambito dell'autonomia concessa all'interno della Federazione di St. Christopher (St. Kitts) and Nevis, quest'ultima isola ha emanato una Multiform Foundations Ordinance

2004, definitivamente in vigore dal 1° ottobre 2005. Nel frattempo anche a Guernsey un processo di revisione della locale legge in materia di trust, iniziato come nella vicina isola di Jersey con la consultazione dei principali operatori del settore, contempla altresì l'eventuale introduzione delle fondazioni. Infine, un Foundation Act 2006 è in corso di approvazione ad Anguilla e ne è prevista la promulgazione entro fine anno(1).

La principale motivazione alla base di queste iniziative legislative, come espressamente dichiarato in varie sedi dalle autorità responsabili per lo sviluppo dei centri finanziari che le hanno intraprese(2), è la creazione di un istituto funzionalmente analogo al trust, ma provvisto di personalità giuridica ed in quanto tale più facilmente accettabile per clienti od altre controparti provenienti da un contesto di *civil law*.

Nella tradizione giuridica dell'Europa continentale la nozione di persona giuridica trae origine da riflessioni aventi per oggetto fondazioni di pubblica utilità, ecclesiastiche e non. Se ne dà brevemente conto *infra*, § 2. L'ammissibilità di una fondazione costituita per finalità private, riconducibili agli interessi di una sola famiglia, è stata invece stabilita per la prima volta dal § 552 del Personen und Gesellschaftsrecht (PGR) del Liechtenstein. Una disamina, sia pur som-

Note:

Paolo Panico è presidente di una *trust company* privata con sedi a Lussemburgo e a Hong Kong e professore a contratto nell'Università di Modena.

(1) J. D. K. Lawrence – T. Hauesler, The proposed Anguilla Foundation Act 2006, Trusts & Trustees, 2006, vol. 12, n. 5, 8.

(2) Attestazioni in questo senso si possono leggere sul sito Internet del Ministero delle Finanze di St. Kitts all'indirizzo <http://www.skbfinaancial-services.com>, così come su quello del Financial Services Board di Bahamas, che ha predisposto una guida *on-line* al locale diritto delle fondazioni consultabile all'indirizzo <http://www.bsfsb-bahamas.com>, nonché nei comunicati in materia di "Multiform Foundations" dell'amministrazione di Nevis, consultabili sul suo sito Internet all'indirizzo <http://www.nevisfinance.com> e, per quanto riguarda Jersey, nelle premesse al "consultation paper" Foundations. Proposals for a new law. A public consultation, consultabile sul relativo sito Internet all'indirizzo <http://www.edd.gov.je>.

Saggi

maria, della disciplina delle fondazioni private nelle citate giurisdizioni di *common law* – a cui è dedicato il § 3 – dovrà dunque fare riferimento a questo modello, nonché alla più recente elaborazione di cui alla legge 12 giugno 1995, n. 25 di Panama, avente per oggetto le fondazioni “di interesse privato” (*fundaciones de interés privado*). Anche al di fuori dei centri finanziari internazionali, peraltro, alcune giurisdizioni di *civil law* hanno recentemente legiferato in materia di fondazioni private. Allo stesso tempo, altre giurisdizioni di *common law* hanno promosso un istituto tipico della loro tradizione giuridica, la *company limited by guarantee*, come alternativa funzionale al trust provvista di personalità giuridica. Un breve cenno a questi istituti è proposto *infra*, § 4. Si è indubbiamente in presenza di un “flusso giuridico globalizzante”(3). Un’analisi in questo senso, intesa ad accertare la natura di “flusso giuridico” di un’operazione legislativa altrimenti qualificabile come “trapianto”(4), permetterà di gettare ulteriore luce sulle sue dinamiche nell’ambito più generale delle tendenze evolutive del diritto dei trust in un contesto globalizzato. A queste considerazioni conclusive è dedicato il § 5.

§ 2. Persone giuridiche e *causae piae*: un breve excursus storico.

Qualora un convento sia abbandonato da tutti i suoi monaci, ed in attesa che altri subentrino loro nell’ufficio, a chi appartengono i beni del convento? La risposta a tale quesito da parte dell’arcivescovo Mosé di Ravenna (morto nel 1154), citata nella glossa di Accursio, propone per la prima volta una *fictio iuris* interpretabile nel senso del riconoscimento della personalità giuridica: “*licet quidam archiepiscopus Moyses ipsos parietes possidere dixerit etiam durante collegio*”(5). A ben vedere, l’affermazione per cui gli stessi muri del convento fossero proprietari dei beni anche quando i monaci vi erano presenti (*durante collegio*) si presta tanto ad un’evoluzione nel senso della personalità giuridica del convento in quanto istituzione, quanto al riconoscimento di un *patrimoine d’affectation*, un patrimonio di destinazione privo di proprietario(6).

È peraltro nella prima direzione che si è sviluppata la riflessione canonistica su questi temi, in primo luogo negli scritti di Sinibaldo de’Fieschi, papa dal 1243 al 1254 con il nome di Innocenzo IV, a cui si deve l’espressione secondo cui il convento, in materie che riguardano l’universalità (dei suoi componenti) “*fingatur una persona*”(7). Grazie ai contributi dei giu-

risti francesi dell’Università di Orléans della seconda metà del tredicesimo secolo, Jacques de Révigny e Pierre de Belleperche, la nozione di *persona ficta* o *repraesentata* è quindi stata impiegata negli scritti dei commentatori trecenteschi del Corpus Iuris: Cino da Pistoia (1270 – 1336), Bartolo da Sassoferrato (1314 – 1357) e Baldo degli Ubaldi (1327 – 1400).

Le riflessioni dottrinali destinate a plasmare la nozione di persona giuridica, tanto da parte dei glossatori e commentatori del codice giustiniano quanto dei dottori del diritto canonico, erano dunque inizialmente incentrate sulle istituzioni benefiche già esistenti in epoca romana ed antecedenti dirette delle attuali fondazioni di pubblica utilità. Coerentemente il Codex Iuris Canonici del 1917 definisce espressamente al c. 1489 le *causae piae* come persone giuridiche (*personae morales non collegiales* ex c. 99, 100) purché siano costituite secondo le formalità previste(8).

Nell’attualizzazione del diritto romano concepita da Friederich Carl von Savigny e prodromica all’applicazione dello stesso – nell’interpretazione della scuola pandettistica tedesca – quale diritto comune del Reich, si trova infine la sistematizzazione della nozione di persona giuridica (*juristische Person*) estesa alle fondazioni (*Stiftungen*) disciplinate ai §§ 80 – 88 del BGB(9).

Nel contesto del diritto romano recepto dalle Province Unite olandesi, invece, il termine fondazio-

Note:

(3) L’espressione, così come l’analisi ad essa relativa in conclusione di questo articolo, è impiegata nel senso di M. Lupoi, Sistemi giuridici comparati. Traccia di un corso, Napoli, 2002, capitolo II, § 2.

(4) Il termine e la teoria ad esso relativa sono intesi nel senso di A. Watson, Legal Transplants. An Approach to Comparative Law, Edimburgo, 1974.

(5) Corpus glossarum iuris civilis, VII, Augustae Taurinorum, 1969, citato in R. Feenstra, Foundations in Continental Law since the 12th Century: The Legal Person Concept and Trust-like Devices, in R. Helmholz – R. Zimmermann (curr.), Itinera Fiduciae. Trust and Treuhand in Historical Perspective, Berlino, 1998, p. 311, n. 20.

(6) Come è noto, la definizione di trust dello studioso francese Pierre Lepaulle si è erroneamente incentrata su questa nozione, ripresa peraltro dalla definizione di *fiducie* (trust nella versione ufficiale inglese) di cui all’art. 1261 del nuovo codice civile del Québec, in vigore dal 1994. Cfr. P. Lepaulle, Traité théorique et pratique des trusts, Parigi, 1932, p. 31.

(7) R. Feenstra, Foundations [*supra*, nota 5], p. 313.

(8) Codex Iuris Canonici, c. 1489, § 1: “*Hospitalia, orphanotrophia aliaque similia instituta ad opera religionis vel caritatis sive spiritualis sive temporalis destinata possunt ab Ordinario loci erigi et per eius decretum persona iuridica in Ecclesia constitui*”.

(9) Il riferimento è naturalmente F. C. von Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Berlino, 1840, vol. II.

ne (*stichting*) è già stato impiegato nel diciassettesimo secolo da Ugo Grozio a proposito di istituzioni destinate all'erogazione di borse di studio ovvero al sostentamento dei membri di una famiglia(10). Questa nozione, che in qualche modo prefigura quella di fondazione di famiglia, ha in effetti trovato applicazione nella prassi e nella giurisprudenza olandesi, specialmente a partire dal diciannovesimo secolo, fino ad un suo riconoscimento con legge speciale del 1956 ed infine al suo definitivo inserimento, vent'anni dopo, nel Libro II, titolo 5 del codice civile (*Burgerlijk Wetboek*), tuttora in vigore dopo la riforma del 1992(11). La disciplina delle fondazioni di diritto olandese prevede che esse possano essere costituite mediante la destinazione di un patrimonio specifico ad un fine determinato, non necessariamente limitato alla sfera della pubblica utilità. Sono quindi ammissibili le fondazioni istituite per il mantenimento di una famiglia, dotate a tal fine delle partecipazioni in imprese industriali, ma con un'importante limitazione. Ogni distribuzione al fondatore o a terzi è infatti esclusa, salvo risponda ad una finalità ideale o sociale (*een ideële of sociale strekking*).

Una specifica disciplina della fondazione di famiglia (*Familienstiftung*) esiste invece in Liechtenstein sin dalla promulgazione del PGR il 20 gennaio 1926.

§ 3. Legislazione in materia di fondazioni private nel Liechtenstein e nelle giurisdizioni di *common law*: un excursus.

Il § 552 del PGR stabilisce che la costituzione di una fondazione da parte di privati, associazioni o società avviene attraverso la destinazione di un patrimonio ad uno scopo determinato. Quest'ultimo può essere di natura ecclesiastica, familiare o di pubblica utilità(12).

La disciplina della fondazione (*Stiftung*), in particolare nella sua versione "di famiglia" (*Familienstiftung*), si inserisce nell'ambito del riposizionamento geopolitico del Liechtenstein negli anni Venti, dopo la fine dell'Impero austro-ungarico col quale il principato aveva tradizionalmente intrattenuto uno stretto legame commerciale e culturale. A fronte di un progressivo avvicinamento alla Svizzera, che conosceva da secoli l'istituto delle fondazioni e lo aveva disciplinato ai §§ 80 – 89-*bis* del codice civile del 1912(13), il Liechtenstein – principalmente nella persona di Wilhelm Beck, padre spirituale del PGR – ha introdotto nel proprio ordinamento una pluralità

di nuove persone giuridiche, dalla società *holding* alla società di domiciliazione (*Sitzgesellschaft*), entrambe oggetto di una legislazione fiscale agevolata del 1923, fino all'*Anstalt* e ad una codificazione del trust di modello inglese (*Treuhand*, §§ 897 – 932 PGR e legge del 10 aprile 1928 sull'impresa fiduciaria o *Treuunternehmen*), nonché – per l'appunto – una disciplina innovativa delle fondazioni (§§ 552 – 570 PGR).

Il riconoscimento a livello internazionale della fondazione del Liechtenstein in quanto persona giuridica è stato recentemente sancito da due sentenze della Corte di Giustizia delle Comunità Europee: una del 5 novembre 2000 ed un'altra del 23 settembre 2003(14). In Italia, sul riconoscimento dell'*Anstalt* in quanto persona giuridica, ancorché i suoi fondatori possano essere sconosciuti, si era già pronunciata la Corte di Cassazione nel 1985(15).

È all'istituto "storico" del Liechtenstein che, settant'anni dopo la sua codificazione, si è direttamente ispirato il legislatore panamense nella legge 12 giugno 1995, n. 25 in materia di fondazioni d'interesse privato(16).

Allo stesso modo, la recente legislazione di St.

Note:

(10) H. Grotius, *Inleidinge tot de Hollandsche Rechtsgeleerheid*, Amsterdam, 1631, citato in R. Feenstra, *Foundations [supra, nota 5]*, p. 320.

(11) La fortuna delle fondazioni in Olanda è anche in parte legata alla maggior semplicità della loro costituzione, che a differenza delle società non richiede l'autorizzazione del Ministero della Giustizia. Quest'ultima eredità di un'antica concezione, per cui la personalità giuridica si acquisisce per effetto di una concessione da parte della pubblica autorità, è tuttora in vigore nei Paesi Bassi, ancorché ridotta ad una mera formalità.

(12) § 552 PGR: "Zur Errichtung einer Stiftung durch Einzelpersonen oder Verbandspersonen oder Firmen bedarf es der Widmung eines Vermögens (Stiftungsgut) für einen bestimmt bezeichneten Zweck. Als Zwecke fallen insbesondere in Betracht: Kirchliche, Familien – und gemeinnützige Zwecke".

(13) A ben vedere, anche la Svizzera appare essere stata interessata dal "flusso giuridico" riguardante la legislazione in materia di fondazioni: una nuova regolamentazione è infatti in vigore dal 1° gennaio 2006. Cfr. E. H. Paltzer – D. Schmid, *Swiss code on foundations revised after nearly 100 years*, *Trusts & Trustees*, 2006, vol. 12, n. 5, 59.

(14) Rispettivamente: Corte Giustizia CE, C-208/00, *Ueberseering BV c. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*, 21 dicembre 2002 e Corte Giustizia CE, C-452/01, *M. Ospelt c. Schlössle Weissenberg Familienstiftung*, 23 settembre 2003, consultabili sul sito Internet della Comunità Europea all'indirizzo <http://www.europa.eu.int>.

(15) Cass., 21 gennaio 1985, n. 198, *Riv. dir. internaz. privato e proc.*, 1986, 353.

(16) Per un confronto tra la fondazione del Liechtenstein e quella di Panama, cfr. G. Boutin I, *The Private Interest Foundation in Panama and a Comparison of Panamanian and Liechtenstein Foundations*, *Trusts & Trustees*, 1996, vol. 2, n. 8, 24.

Saggi

Kitts, Bahamas e Nevis e la proposta di legge di Jersey si rifanno espressamente al modello del Liechtenstein, proseguendo ancora nel senso della chiarificazione e dell'adeguamento di alcune norme, secondo una tecnica non dissimile da quella delle leggi sui trust di modello internazionale nei confronti del riferimento inglese⁽¹⁷⁾. A ben vedere, anche in Liechtenstein è in corso dal 2004 un *iter* di revisione della normativa in materia di fondazioni, anche al fine di dare soluzione legislativa alle incertezze suscitate da una serie di verbalizzazioni giurisprudenziali contraddittorie, tuttavia il processo sembra ancora lontano da una definizione⁽¹⁸⁾.

Alcune soluzioni adottate nelle giurisdizioni di *common law* vanno nella direzione di agevolare le formalità di costituzione di una fondazione privata.

Ad esempio, se una fondazione del Liechtenstein deve essere dotata di un capitale minimo di CHF 30.000 (od in alternativa EUR 30.000 o USD 30.000), assoggettato ad un'imposta di registro regressiva con aliquota massima pari allo 0,2%, la costituzione di una fondazione panamense richiede un capitale minimo pari a soli USD 10.000. Lo stesso vale per la fondazione di Bahamas, mentre a St. Kitts e Nevis non è previsto un capitale minimo ed il progetto di Jersey, ancora a livello di "consultation paper", non fornisce dettagli di natura quantitativa. Le imposte applicabili in sede di costituzione e registrazione delle fondazioni sono ridotte ad un importo puramente nominale (dell'ordine di qualche centinaio di dollari) in ciascuno degli ordinamenti in esame.

Allo stesso modo, mentre le fondazioni del Liechtenstein sono assoggettate ad un'imposta patrimoniale regressiva ad aliquota iniziale pari allo 0,1%, le fondazioni di tutti gli altri ordinamenti considerati sono assoggettate ad un'imposta fissa annua di entità trascurabile (dell'ordine di qualche centinaio di dollari).

Altre disposizioni sono invece volte a promuovere la circolazione internazionale dell'istituto, riducendo al minimo i legami obbligatori con le giurisdizioni di riferimento.

Almeno uno dei membri dell'organo amministrativo di una fondazione del Liechtenstein, o consiglio di fondazione (*Stiftungsrat*), deve essere un soggetto abilitato all'esercizio della professione fiduciaria secondo la locale regolamentazione. In aggiunta, ciascuna fondazione del Liechtenstein deve nominare un rappresentante legale *in loco* (*Zustellungsbevollmächtigter*).

Quest'ultimo requisito vale anche per la fondazione panamense, il cui atto costitutivo deve indicare un *agente residente*, necessariamente nella persona di un soggetto abilitato alla professione legale in Panama. Non vi sono invece requisiti di residenza in capo ai componenti il *consejo de fundación*, che devono tuttavia essere almeno tre in caso siano persone fisiche, mentre è sufficiente una sola persona giuridica.

Le tre giurisdizioni caraibiche che hanno legiferato in materia di fondazioni hanno seguito l'esempio di Panama. In tutti e tre i casi, infatti, ogni fondazione deve nominare un *secretary* locale, residente e munito dei necessari requisiti di professionalità, le cui responsabilità sono paragonabili a quelle del *company secretary* previsto dal diritto societario di modello inglese. Non vi sono invece requisiti di residenza o di professionalità in capo ai componenti l'organo amministrativo, definiti *councillors* a St. Kitts ed *officers* a Bahamas (dove il termine *council* designa invece l'eventuale organo di controllo). La nozione di *Management Board* impiegata dalla legge di Nevis è più elusiva in quanto la locale, ingegnosa nozione di "Multiform Foundation" prevede che il fondatore scelga liberamente la forma giuridica (o, letteralmente ai sensi della Parte III, sezione 10, della Multiform Foundations Ordinance 2004, la "multiforma"), tra le tre alternative del trust, della società (*company*) e della *partnership*. I componenti il *Management Board* di una "Trust Foundation" sono dunque definiti "Trustees", quelli di una "Company Foundation" sono i suoi "Directors" e quelli di una "Partnership Foundation" i suoi "Managing Partners". In capo a questi soggetti non sussistono requisiti di residenza nell'isola di Nevis. La posizione di Jersey in argomento è invece dubitativa. La proposta di legge in materia di fondazioni non prende infatti posizione in merito alle due alternative di lasciare all'autonomia delle parti la designazione dei componenti il *council*, così co-

Note:

(17) Ad esempio, per quanto riguarda St. Kitts, un riferimento esplicito all'*auctoritas* del modello del Liechtenstein è proposto dal Direttore Marketing e Sviluppo del Ministero delle Finanze. Cfr. S. Lake, Foundations in St. Kitts, Trusts & Trustees, 2005, vol. 11, n. 5, 29. L'intero numero 5 del volume 11 della rivista Trusts & Trustees, dell'aprile 2005, è dedicato ad una rassegna delle principali legislazioni in materia di fondazioni private dal titolo "Private foundations: a world review". Un numero speciale, con lo stesso titolo aggiornato al 2006, è stato dedicato alle fondazioni private nel numero 5 dell'aprile 2006.

(18) In proposito, cfr. H. Frommelt, The Liechtenstein Foundation: status and current development, in questa Rivista, 2005, 400.

me avviene per la nomina degli amministratori di una società, ovvero di richiedere la presenza di almeno un *councillor* residente ed in possesso di certi requisiti di professionalità. Se la prima alternativa va nella direzione di una massima fruibilità internazionale dell'istituto, la seconda agevola un effettivo controllo sulle fondazioni da parte del locale organo di vigilanza, la Jersey Financial Services Commission.

Sempre nell'ottica della circolazione internazionale dell'istituto (ovvero della sua "portabilità"), ciascuna delle tre giurisdizioni caraibiche in esame ha previsto esplicite e dettagliate disposizioni in materia di trasformazione in istituto di diritto interno di una fondazione già costituita all'estero, col relativo spostamento della sede e la nomina di un *secretary* residente, ovvero di trasferimento all'estero di una fondazione locale. La materia è solo sommariamente contemplata nella legislazione del Liechtenstein ed in quella panamense.

Oltre alla personalità giuridica, che ne fa un istituto assai meglio definito del trust agli occhi di un giurista di *civil law*, la fondazione – nelle intenzioni espresse dei legislatori caraibici in parola – permette di disciplinare accuratamente il regime dei poteri riservati al fondatore con minor rischio di incorrere in casi di simulazione o *sham*. Per questa ragione ciascuna delle leggi in esame prevede una figura di controllo, denominata *Guardian* a St. Kitts e nella proposta di legge di Anguilla, *Advisor* nella proposta di legge di Jersey e *Council* – con natura collegiale salvo si tratti di una persona giuridica – a Bahamas. Le responsabilità ed i poteri associati a questo ufficio – che ha un'evidente equivalenza funzionale al guardiano dei trust di modello internazionale – sono più spesso definiti nei regolamenti interni o *by-laws* delle fondazioni che, a differenza dell'atto costitutivo (*Charter*), sono riservati e non soggetti a registrazione o deposito⁽¹⁹⁾. Questa distinzione è nota anche nel diritto del Liechtenstein (*Gründungsurkunde* e *Beistatuten*) e di Panama (*acta fundacional* e *reglamentos*) ed evoca la prassi, seguita da alcune *trust companies* internazionali, di stipulare atti istitutivi *standard* "correggendoli" con documenti riservati, quali le lettere di desideri od allegati parzialmente contraddittori con il documento principale. Le *by-laws* di una fondazione, peraltro, a differenza delle comunicazioni a carattere privato eventualmente sottoscritte dal disponente di un trust all'indirizzo del trustee, sono vincolanti nella misura in cui ne disciplinano l'organizzazione interna e l'amministrazione. L'organo amministrativo della fonda-

zione, in altre parole, è responsabile della loro applicazione analogamente a quanto avviene nel caso della regolamentazione interna ad un'impresa, e ciò in termini contrattuali, non solo in forza di un imperativo a carattere morale.

Un'ultima area in cui la legislazione di St. Kitts, Bahamas e Nevis (ed in previsione anche quella di Anguilla e di Jersey) rappresenta un'evoluzione rispetto al modello del Liechtenstein è il rafforzamento delle disposizioni di "asset protection" destinate ad immunizzare la fondazione da eventuali pretese di legittimarli o creditori. In questo senso si era già espresso il legislatore panamense del 1995 e disposizioni analoghe consentono l'istituzione di "asset protection trusts" in ciascuna delle giurisdizioni in esame. È dunque naturale che la stessa protezione sia estesa anche alle neoistituite fondazioni⁽²⁰⁾. Il diritto del Liechtenstein non prevede invece una protezione in tal senso: il § 560 PGR tratta infatti i conferimenti ad una fondazione alla stregua di donazioni ai fini della protezione di eredi e creditori.

§ 4. Pianificazione patrimoniale e personalità giuridica: soluzioni alternative di *common law* e di *civil law*.

La tradizione giuridica occidentale conosce due categorie di istituti idonei a realizzare gli stessi effetti dei trust nell'ambito della gestione e pianificazione patrimoniale (*estate planning*). Un'alternativa è rappresentata dal contratto di mandato, come nel caso del negozio fiduciario di diritto svizzero o lussemburghese. Un'altra è l'impiego di una persona giuridica, quali le fondazioni private o familiari⁽²¹⁾.

Note:

(19) A questo proposito, va notato che le leggi di St. Kitts e di Bahamas prevedono la registrazione dell'atto costitutivo e dello statuto della fondazione, con la conseguente pubblicità dell'identità degli amministratori ma non del fondatore e dei beneficiari. La proposta di legge di Anguilla introduce il regime alternativo del deposito presso l'autorità competente in luogo della registrazione. In tale caso nessun elemento della fondazione è pubblicamente conoscibile. Le due prassi alternative esistono anche nel Liechtenstein.

(20) Si vedano, ad esempio, le *sections* 24 e 67 del Foundations Act di St. Kitts, nonché le *sections* 66 e 68 di quello di Bahamas.

(21) Donovan Waters, facendo riferimento alla gestione di patrimoni (*property management*), individua uno spettro che va dal contratto e – passando per il trust ed il *patrimoine d'affectation* – arriva alle figure dotate di personalità giuridica. Cfr. D. Waters, *The Future of the Trust from a Worldwide Perspective*, in J. Glasson (cur.), *The International Trust*, Bristol, 2002, p. 697 s. e p. 630.

Saggi

Riguardo a queste ultime, oltre alle esperienze legislative citate è il caso di ricordare che le Antille Olandesi, con l'entrata in vigore del Libro 2 del Nuovo codice civile il 1° marzo 2004, hanno riformato la disciplina della *stichting* (Titolo 2, artt. 50 – 57) in precedenza regolata dall'Ordinanza n. 191 del 1967, integrata nel 1998 con riguardo alla fondazione privata (*Stichting Particulier Fonds*) ed oggi abrogata. Altre giurisdizioni di *civil law* hanno a loro volta recentemente legiferato in materia di fondazioni private. I risultati di tale attività legislativa sono forse meno noti internazionalmente in quanto concepiti soprattutto per soddisfare esigenze degli operatori interni – tra l'altro in tema di fiscalità – piuttosto che in vista di una loro circolazione internazionale. È il caso della fondazione privata di diritto austriaco, disciplinata dal Privatstiftungsgesetz del 1993, ovvero di quella di diritto belga di cui alla legge del 2 maggio 2002 sulle associazioni senza scopo di lucro e le fondazioni.

Un altro istituto originario di un contesto di *civil law* ed in grado di coniugare la personalità giuridica con l'assenza di soci è l'*administratiekantor* di diritto olandese (o *bureau d'administration* in diritto belga). Tipicamente un *administratiekantor* è reso titolare di partecipazioni azionarie, riguardo alle quali esercita i diritti non patrimoniali spettanti ai soci (in particolare il diritto di voto). I diritti patrimoniali associati a tali azioni sono invece trasferiti ai portatori di certificati appositamente emessi dall'*administratiekantor*. L'istituto, sviluppatosi nel diciannovesimo secolo per realizzare un mercato secondario di titoli al portatore in presenza di azioni nominative, può produrre gli stessi risultati di un *voting trust* ovvero spiegare le funzioni di un trust di successione in un'impresa familiare(22). Più recentemente questi soggetti giuridici, denominati impropriamente "società orfane", sono stati inseriti nell'ambito di operazioni internazionali di cartolarizzazione.

La caratteristica di abbinare la personalità giuridica (e con essa la responsabilità limitata) all'assenza di soci, ovvero la separazione tra diritti di controllo e diritti patrimoniali, è presente anche in una forma societaria tradizionalmente nota al diritto inglese fin dalla metà del diciannovesimo secolo ma recentemente abolita nel Regno Unito: la *company limited by guarantee*. In questa forma, ovvero in quella cosiddetta "ibrida" (*hybrid company*) nella quale convivono soci titolari di azioni e soci di garanzia (*guarantee members*), la società esiste tuttora nel diritto dell'Isola di Man ai sensi del Companies Act 1931 (in par-

ticolare le sezioni 2(2), 2(3) e 2(4)) nonché nella Companies Ordinance di Gibilterra. Qualora i documenti costitutivi della società riservino agli amministratori poteri in ordine alla definizione dei diritti dei soci di garanzia, questi ultimi si trovano in una posizione funzionalmente equivalente a quella dei beneficiari di un trust discrezionale. Il loro impegno in termini di garanzia nell'ipotesi di scioglimento della società è peraltro usualmente limitato ad un importo puramente nominale (una sterlina). Qualora la società emetta anche azioni privilegiate, i titolari di queste ultime possono essere in una condizione funzionalmente analoga a quella dei beneficiari di un trust provvisti di un *interest in possession*. Le pubblicazioni destinate alla pratica del diritto delle *guarantee companies* definiscono spesso queste ultime come "fondazioni"(23). Questa qualificazione impropria è stata peraltro resa ufficiale ai fini del diritto comunitario secondo l'elencazione delle "Entités Juridiques" di cui alla Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee del 31 agosto 1993, N. C236/13.

§ 5. Fondazioni private in un contesto di *common law*: un flusso giuridico?

Non vi è dubbio che l'ingresso del trust nell'ordinamento italiano mercé la legge 16 ottobre 1989, n. 364 di ratifica della Convenzione de L'Aja integra un possente flusso giuridico.

Allo stesso tempo, è legittimo interrogarsi se l'infiltrarsi di iniziative legislative in materia di fondazioni private in diverse giurisdizioni di *common law*, unitamente al recupero da parte di altre dello storico istituto della *guarantee company*, sia a sua volta un fenomeno qualificabile come flusso giuridico.

A questo fine è opportuno riferire la definizione di flusso giuridico, ovvero "qualsiasi dato dell'esperienza giuridica il quale, proprio di un sistema, sia percepito in un altro e qui introduca un elemento di squilibrio"(24).

Note:

(22) Per una descrizione dell'*administratiekantor* e delle sue applicazioni, cfr. M. F. De Pover, *Trust, Fiducie, Administratiekantor, Fondation du Liechtenstein*, Bruxelles, 2001, p. 118 e C. A. Unikem Venema, *Trust-like devices under Dutch law*, in W. A. Wilson (cur.), *Trusts and Trust-Like Devices*, Londra, 1981, p. 77.

(23) Ad esempio, C. Cain, *The Isle of Man Guarantee Company as a Foundation: Membership Issues*, *Trusts & Trustees*, 2001, vol. 7, n. 8, 28.

(24) M. Lupoi, *Sistemi giuridici comparati [supra, nota 3]*, p. 61.

Le fondazioni – si è visto – sono un istituto proprio dell'esperienza giuridica europea continentale di matrice romano-canonistica, non certo del contesto di *common law* in cui sono state oggetto di recente attività legislativa. Per apprezzare l'entità dello squilibrio eventualmente provocato dal loro ingresso occorre ricordare che “[n]essun flusso si verifica senza un bisogno”(25).

Il bisogno, nel contesto delle giurisdizioni di *common law* che qui ci interessano, appare avvertito principalmente dal ceto delle professioni legali e finanziarie partecipi della cosiddetta “trust industry”. L'espressione più accurata e diretta di tale bisogno è forse quella riscontrabile nel capitolo introduttivo della proposta di legge di Jersey, secondo cui l'isola ha necessità di dotarsi di uno strumento di gestione della ricchezza e pianificazione patrimoniale in grado di:

a) consentire opportunità commerciali con clienti di parti del mondo in cui il concetto di trust è estraneo;

b) soddisfare legittimamente le esigenze dei clienti desiderosi di riservarsi più poteri d'indirizzo sul patrimonio di quanto non sia consentito ai disponenti di trust discrezionali;

c) migliorare la trasparenza della struttura di detenzione della ricchezza. La trasparenza è richiesta sempre più di frequente dalle autorità fiscali o giudiziarie, nonché dalle entità che curano il rispetto di elevati *standard* di trasparenza da parte dei loro dirigenti. In molte giurisdizioni in cui il concetto di trust non è riconosciuto dall'ordinamento giuridico, le fondazioni sarebbero un veicolo più trasparente ed accettabile(26).

A questo proposito, non solo la proposta di legge di Jersey, ma anche le leggi già in vigore a St. Kitts, Bahamas e Nevis riservano una particolare attenzione ai poteri che il fondatore – o persona di sua fiducia – si può riservare, nonché al principio per cui una fondazione si qualifica in ogni caso come persona giuridica appartenente alla rispettiva giurisdizione, indipendentemente dalla residenza e dalle caratteristiche dei suoi organi amministrativi(27).

Il “bisogno” dei professionisti del trust – inteso al fine di individuare un flusso giuridico – non è peraltro limitato alla ricerca di nuove opportunità d'affari nei confronti di clientela proveniente da “paesi non-trust”. Le fondazioni private si possono infatti rivelare un'attraente alternativa al trust anche per il trustee, segnatamente per quanto attiene ai suoi profili di responsabilità. Come è noto, in di-

ritto inglese la responsabilità personale del trustee è chiamata in causa anche quando questi contragga per conto del trust, salvo il caso in cui si premuri di specificare alla sua controparte che risponderà soltanto nei limiti del relativo patrimonio in trust(28). L'incarico professionale di amministratore (*councilor*) di una fondazione dà invece luogo alla sola responsabilità contrattuale attinente al mandato, non già a quella inerente ad una posizione fiduciaria, ossia esercitata nell'interesse altrui come si intende in diritto inglese(29).

Lo stesso “bisogno” è stato soddisfatto – almeno nelle intenzioni del legislatore – con le recenti legislazioni speciali in materia di trust di altre giurisdizioni di *common law*, in particolare la Special Trusts (Alternative Regime) Law 1997 delle Isole Cayman (il cosiddetto STAR Trust), nonché il più recente Virgin Islands Special Trusts Act 2003 delle Isole Vergini Britanniche (il cosiddetto VISTA Trust). In entrambi gli istituti è prevista una forte limitazione della responsabilità del trustee a fronte della concessione dei più ampi poteri d'indirizzo e di controllo in capo al disponente o ad un guardiano di sua nomina. Queste soluzioni legislative sembrano indi-

Note:

(25) M. Lupoi, Sistemi giuridici comparati [*supra*, nota 3], p. 74.

(26) “The Island needs now to consider how, in addition to the excellent opportunities arising from the Trusts Law, it can identify a wealth management / estate planning tool that:

a) opens up business opportunities with clients from parts of the world where the concept of a trust is alien;

b) can legitimately meet the needs of clients who want to retain more discretionary power over their assets than trustees of discretionary trusts can normally permit settlers;

c) improves the transparency of the wealth holding structure. Transparency is now frequently required by tax authorities or courts, as well as increasingly by bodies concerned with high standards of transparency in respect of their senior executives. In many jurisdictions where the concept of trust is not recognised at law, foundations would be a more transparent and acceptable vehicle”: States of Jersey, Foundations. Proposals for a new law. A public consultation [*supra*, nota 2], p. 2.

(27) Su quest'ultimo punto, v. in particolare la sezione 5 della Multiform Foundations Ordinance 2004 di Nevis.

(28) I precedenti per questa regola sono in effetti scozzesi: *Lumsden v Buchanan* (1865) 4 Macq. 950; 13 L.T. 174; *Muir v City of Glasgow Bank* (1879) 4 App. Cas. 337.

(29) J. Goldsworth, A trust lawyer looks at foundations, *Trusts & Trustees*, 2005, vol. 11, n. 5, 4. A dire il vero la responsabilità degli amministratori in diritto inglese contiene tuttora un elemento fiduciario riconducibile all'evoluzione storica del diritto societario, diversamente da quanto accade nel diritto societario di alcuni stati americani, quale ad esempio il Delaware. Questa argomentazione è sviluppata in P. Panico, I nuovi modelli di Corporate Governance, Milano, 2004, capitolo 2, soprattutto §§ 2.2., 2.3 e 5.

S a g g i

care un'evoluzione del trust (o di quel particolare tipo di trust) verso l'istituto del mandato. Non è certo estranea l'intenzione di disciplinare un istituto più immediatamente comprensibile e meglio rispondente alle esigenze di un cliente abituato alle categorie della *civil law*.

Le iniziative legislative intraprese ed in corso di elaborazione in materia di fondazioni, invece, vanno piuttosto nella direzione dell'impiego della persona giuridica come veicolo di gestione della ricchezza e di pianificazione patrimoniale. Questa linea di tendenza trova riscontro nell'approccio mirante ad un'entificazione del trust, espresso soprattutto negli Stati Uniti da Edward Halbach nel *Restatement of the Law, Trusts, Third*(30) e peraltro comunemente accettato in materia tributaria, nella misura in cui il trust è individuato come soggetto passivo d'imposta. È forse questo il flusso giuridico riconoscibile nel crescente interesse per le fondazioni da parte di professionisti e legislatori del mondo di *common law*. Nello "spettro" di soluzioni per la gestione di beni a favore di terzi concepite dalle diverse esperienze giuridiche europee – per impiegare l'espressione di Donovan Waters(31) – il trust, che "non esiste" in quanto a soggettività giuridica autonoma, si trova a metà strada tra le impostazioni contrattuali fondate sul mandato e quelle incentrate sulla nozione di personalità giuridica. In un mondo globalizzato è naturale aspettarsi flussi giuridici nelle due direzioni, almeno in certi contesti e limitatamente a certi aspetti.

L'esperienza legislativa in fatto di fondazioni è tuttavia troppo recente per delineare un indirizzo sicuro. In assenza di giurisprudenza in argomento, per di più, non è ancora possibile apprezzare la maggior resistenza delle fondazioni ad eventuali pretese di simulazione o *sham*, anche quando i poteri d'indirizzo e di controllo risiedono prevalentemente in capo ad un *Guardian* rigidamente vincolato a seguire le indicazioni del fondatore (quando non coincidente con la sua stessa persona). E ancora, quand'anche la personalità giuridica della fondazione la possa rendere immune da attacchi incentrati su un'asserita intesa simulatoria tra fondatore e gestore, l'eventuale riqualificazione della sua residenza fiscale in funzione dell'effettiva sede di amministrazione e controllo rimane un rischio quanto mai attuale.

Certo è che l'esplorazione di fenomeni gestori basati sulla creazione di persone giuridiche rappresenta una radicale inversione di tendenza rispetto alla tra-

dizione inglese basata sul trust quale *unincorporated body*, di cui alla classica trattazione di oltre un secolo fa da parte del padre della moderna dottrina di *equity*, Frederic Maitland(32).

Note:

(30) (2000) *California Law Review* 1877. Come è noto a questa posizione, peraltro ampiamente condivisa, sempre negli Stati Uniti si contrappone l'approccio opposto, di natura contrattuale, di John Langbein. Cfr. J. Langbein, *The Contractarian Basis of the Law of Trusts*, 105 *Yale Law Journal*, 625 (1995).

(31) D. Waters, *The Future of the Trust* [*supra*, nota 21].

(32) Il riferimento è F. Maitland, *Trust and Corporation*, *Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht*, Vol. XXXII, Wien, 1904, pp. 1 – 59. Una sintesi delle stesse argomentazioni si può leggere in "The Unincorporated Body", testo inedito di una conferenza pronunciata da Maitland tra il 1901 ed il 1903 in occasione della riunione di un club e disponibile sul sito <http://socserv2.socsci.mcmaster.ca/~econ/ugcm/3113/maitland/unincor.mai>. Per un riferimento in lingua italiana può essere istruttiva la lettura delle lezioni tenute dal professor Geoffrey Chevalier Cheshire alla Regia Università di Milano nel marzo del 1933: G. C. Cheshire, *Il concetto del "Trust" secondo la Common Law inglese*, traduzione del dottor Cesare Grassetti, 1933, ristampa anastatica, Torino, 1998.

Hastings-Bass and tax mistakes

di Susi Dunn

Con una sentenza del 2005 Lord Lloyd ha introdotto una nuova visione del c.d. *Hastings-Bass principle* nel contesto delle implicazioni fiscali delle azioni compiute dai trustee e della c.d. dottrina dell'errore ("doctrine of mistake"). Una successiva sentenza della Cayman Court ne ha seguito l'impostazione, così consolidando un preciso orientamento giurisprudenziale in una materia soggetta a numerose incertezze.

Lord Justice Lloyd (sitting as a judge of the Chancery Division) gave judgment in the High Court on 23 June 2005 in the case of *Sieff v Fox*(1), which raised issues on the principle in *Re Hastings-Bass* [1975](2) in the context of the consideration of fiscal implications of actions by trustees, as well as the doctrine of mistake. One month later, in the case of *A-F & ors v Rothschild Trust (Cayman) Ltd*(3), the Cayman Court adopted Lloyd LJ's formulation of the *Re Hastings-Bass* principle. These judgments provide welcome clarification in an area of diffuse and seemingly conflicting case law.

Sieff v Fox: background

The case concerned an appointment which had been made of certain assets out of a settlement to a beneficiary, and which he had subsequently assigned into another settlement. The consents of the beneficiary and his father were required to effect the appointment. It was intended that the combined effect of the appointment and assignment was to permit a wider class (including younger female members of the beneficiary's family) to benefit from the assets, while incurring no immediate charge to tax and mitigating future IHT charges within the settlement. It was subsequently discovered, however, that the effect of the appointment and assignment, if valid, would give rise to a substantial immediate charge to CGT, together with a significant adverse reservation of benefit IHT consequence for the beneficiary.

The evidence was that had they been aware of these unexpected effects, the trustees would not have effected the appointment and the beneficiary (and his father) would not have consented to it.

The trustees applied to the court seeking to have the appointment set aside under the principle in *Re Hastings-Bass*, or in the alternative, on the grounds of mistake. The beneficiary supported the application on the basis that his consent to the appointment was vitiated by mistake. A beneficiary of the recipient settlement but not of the original settlement was joined to the proceedings to present to the court the arguments in favour of the validity of the appointment. HMRC declined an invitation to join the proceedings.

Judgment

Lloyd LJ found that the appointment should be set aside under the rule in *Re Hastings-Bass* because of the trustees' misunderstanding as to the tax consequences of the appointment. He further held that the beneficiary (and his father) had been mistaken as to both the tax consequences of the appointment and the impact for him of the subsequent assignment such as to vitiate the giving of his consent.

Having reviewed and commented upon the case law in this area, Lloyd LJ summarised the *Hastings-Bass* rule, reformulating the principle as:

"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

Note:

Susi Dunn is an associate in the trusts & charities department at Herbert Smith LLP.

Questo articolo è stato originariamente pubblicato in *Trusts and Estates Law & Tax Journal*, n. 76, maggio 2006, p. 13. Ringraziamo l'Autore e l'editore per aver consentito la ripubblicazione in questa Rivista.

(1) *Sieff & ors v Fox & ors* [2005] WTLR 891.

(2) *Re Hastings-Bass dec'd* [1975] Ch 25.

(3) *A, B, C, D, E, F, and ATC Trustees Ltd v Rothschild Trust (Cayman) Ltd*, 27 July 2005 (Cayman) unreported.

Saggi

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 [para 119(i)].

The reference in this principle to the trustees being free to decide whether to exercise their discretion is intended to distinguish cases (such as *Kerr v British Leyland (Staff) Trustees Ltd* [2001](4) and *Stannard v Fisons Ltd* [1990](5)) where the trustees were obliged to act. In such cases the lower threshold that the trustees “might” (rather than “would”) have acted differently should apply. This distinction is discussed further below.

Lloyd LJ also determined that “there are limits” to what the trustees will have an obligation to consider. However, matters which the trustees may not be obliged to consider may still be of relevance to the decisions of other parties (such as the beneficiary in this case whose consent was required) and to the application of other principles, such as mistake, rather than to the application of the *Hastings-Bass* principle, which applies only to fiduciaries.

A-F v Rothschild: background

This case concerned a restatement in December 2001 (the 2001 transactions) of original settlements, which were entered into by the defendant trustee on legal advice on the basis that the primary beneficiary (who was also settlor of the original settlements) was contemplating spending extended periods of time in the United States and would therefore become a resident of the United States for tax purposes. The original settlements were governed by the laws of the Cayman Islands.

The 2001 transactions were entered into in order to avoid the adverse US tax consequences that were thought would arise on the primary beneficiary’s move to the US. The defendant trustee was also advised that the original settlements could not be restructured to avoid those tax consequences. It was subsequently discovered that the US tax consequences of the 2001 transactions themselves were the very consequences which the defendant trustee had sought to avoid and that only minor changes to the original settlements would have been

required to effect the desired result. Had it been aware of these unexpected effects, the defendant trustee would not have entered into the 2001 transactions.

The claimants, including the primary beneficiary and the successor trustee, applied to the court seeking to have the 2001 transactions declared invalid and void in order to avoid the otherwise potentially severe US tax consequences. The defendant trustee supported the application and affirmed that it had acted in error on the basis of the incorrect legal advice.

Judgment

On 27 July 2005 Smellie CJ held that the 2001 transactions should be set aside under the English law principle in *Re Hastings-Bass*, with particular reliance on Lloyd LJ’s restatement of the principle in *Sieff v Fox*. Smellie CJ commented that Lloyd LJ had delivered a “very persuasive analysis” of the evolving *Hastings-Bass* principle, which he chose to adopt in this case.

Comment on both cases Relevance of tax consequences

It was argued before Lloyd LJ in *Sieff v Fox* that the trustees’ mistake as to the fiscal effects of their decision was not sufficient to bring the *Hastings-Bass* principle into play and that the mistake must be as to its substantive legal effect. It was further argued that the ‘effect’ in this context excludes consequential matters such as tax liabilities.

Lloyd LJ did not accept these arguments and was in “no doubt” that, as a general proposition, the fiscal consequences of the trustees’ decision are among the matters which may be relevant for the purposes of the principle. The fiscal treatment of trust property was a proper and relevant consideration for trustees.

In distinguishing cases concerning the setting aside of dispositions by individuals for mistake, Lloyd LJ noted that:

- trustees are dealing with assets which are not their own and so owe a legal duty to their

Note:

(4) *Kerr v British Leyland (Staff) Trustees Ltd* [2001] WTLR 1071 (CA).

(5) *Stannard v Fisons Ltd* [1990] 1 PLR 179.

beneficiaries to consider fiscal implications of trustee decisions; and

- the fiscal treatment of trust property may be more complex than that applying to disposals by individuals.

Having said that, Lloyd LJ noted that the position may be different in a pensions or charitable trust, being largely tax-exempt. He also acknowledged that it did not follow that the trustees need know “every detail” of the tax consequences of their acting, or not acting, so that being unaware of “some subtle, and perhaps unforeseeable, detail of the tax consequences” may not be sufficient to invoke the rule in *Re Hastings-Bass*. What is required is a “material difference” between the intended and actual fiscal consequences of any act.

In *A-F v Rothschild* Smellie CJ held that there could be no doubt that, had the defendant trustee been properly advised as to the true tax consequences of the steps taken in the 2001 transactions, the trustee would not have taken those steps. Further, because of those tax consequences, the steps taken were certainly not for the benefit of the beneficiaries. As such, the circumstances of the case were held to fall “well within the boundaries of the decided principles”.

Existence of opposing argument and involvement of HMRC

The submission of an opposing argument, whether by HMRC or another interested party, may be relevant in the context of whether the court will choose to exercise its discretion and apply the principle in *Re Hastings-Bass*.

In *Sieff v Fox* HMRC declined to be joined to the trustees’ application. However, an opposing argument was put forward on behalf of a representative beneficiary of the recipient settlement. Despite refusing to agree in advance to be bound, HMRC did subsequently accept the judgment of Lloyd LJ. This may not be the case in future applications if the factual issues have not been fully canvassed or argued.

No opposing argument was put forward in the application in *A-F v Rothschild*. It is not clear whether the relevant tax authorities were involved in the application, but certainly they were not joined to the proceedings. This may be because the potential US tax liability would have fallen on the beneficiaries rather than the trustee. It is also not

clear what evidence of foreign tax consequences was put before the Cayman Court.

In the case of *Burrell v Burrell* [2005](6), which also arose out of the tax consequences of a deed of appointment which were not contemplated by the trustees when they made the said appointment, Mann J noted that HMRC was unrepresented and no opposing argument was submitted on behalf of the defendants. This aspect of *Burrell v Burrell* was also commented on by Lloyd LJ in his judgment in *Sieff v Fox*. In his judgment, Lloyd LJ commented that the court’s task “might be easier in some cases if the Inland Revenue did not always decline the invitation to take part in cases of this kind”, although he accepted that there may be policy reasons for HMRC’s approach.

If HMRC does choose to be joined to a future application for the exercise of the court’s discretion to apply the principle in *Re Hastings-Bass*, the principle may be further clarified. In particular, Lloyd LJ commented in his judgment in *Sieff v Fox* that it will be for the Court of Appeal to consider further the scope of the *Hastings-Bass* principle in an appropriate case in the future.

“Would” or “might”

Lloyd LJ’s principle in *Sieff v Fox* cited above set out a means of reconciling the previous confusion regarding whether proper application of the *Hastings-Bass* principle required that the trustees “would” have acted differently or only that they “might” have done so. Lloyd LJ’s formulation provides that the lower test that they ‘might’ have acted differently only applies where the trustees were under a duty to act in any event, so that the beneficiaries can require the trustees to start again but on the correct basis; where it is a voluntary act of the trustees, the test is that they “would” have acted differently.

Void or voidable

This issue remains at large following Lloyd LJ’s judgment in *Sieff v Fox*.

While Lloyd LJ indicated that he found the arguments for the decision being voidable “attractive”,

Nota:

(6) *Burrell v Burrell* [2005] WTLR 313; in questa Rivista, 2005, 588.

Saggi

in the light of the previous authority he noted that Lightman J's conclusion in *Abacus Trust Co (IoM) Ltd & anr v Barr & Ors* [2003](7) that the appointment in that case was voidable was "open to doubt". It seems that this issue may remain undetermined unless or until a case goes before the Court of Appeal. In the case before him, Lloyd LJ ordered that the appointment was void and of no effect.

In *A-F v Rothschild Smellie* CJ also ordered that the 2001 transactions were void *ab initio*, but left open the question of whether the "extensions of the *Hastings-Bass* principles" formulated by Lightman J in *Abacus* may be properly resorted to in other cases with appropriate facts.

No requirement for a breach of fiduciary duty

The requirement suggested by Lightman J in *Abacus v Barr* that it was necessary for the trustees, or their advisers or agent, to be in breach of fiduciary duty for the principle to apply appears now to have fallen away in the light of Lloyd LJ's judgment in *Sieff v Fox*. This should remove the potential disparity that the beneficiaries in a case where there could be shown to be some fault on the part of the trustees or their agents were able to invoke the principle in their favour, while beneficiaries who were unable to show any breach of duty could not.

Availability of alternative remedy

In his judgment in *A-F v Rothschild Smellie* CJ gave his view that:

"[...] if it is appropriate for the court to intervene in order to avoid or mitigate a fiscal consequence which would be injurious to the interests of innocent beneficiaries [...] the court might well do so notwithstanding the fact that the beneficiaries may have other recourse available to them against the ill-advised or mistaken trustees or their advisers.

Controlling the *Hastings-Bass* principle

In his judgment in *Sieff v Fox* Lloyd LJ emphasised that the rule in *Re Hastings Bass* should be subject to some control by the court. He considered that the main ways for the court to do this would be by:

- insisting on stringent application of the tests as laid down;

- taking a reasonable and not over-exigent view of what it is the trustees ought to have taken into account; and

- adopting a critical approach to contentions that trustees would have acted differently if they had realised the true position, especially where it is in the interests of all parties to have the appointment set aside.

Lloyd LJ also noted that the position would be more flexible if equitable considerations can be taken into account in deciding whether or not to grant relief, and if so what relief.

Mistake

It was noted before Lloyd LJ in *Sieff v Fox* that the case law relating to mistake could be difficult to apply because it indicated that, in order to vitiate the disposition, the mistake must be as to the "effect" of the disposition, while a mistake as to its "consequences" would not be sufficient. It is not, however, always easy to distinguish an "effect" from a "consequence". It was also not clear that a mistake as to tax consequences would be sufficient.

Lloyd LJ determined that the mistake of the beneficiary in this case was a highly material mistake resulting from inadequate information and misunderstanding. He determined that his mistakes as to the tax consequences, being both the direct tax consequences of the appointment and the indirect tax consequences of the subsequent assignment, were sufficient to vitiate the consent of the beneficiary in this case.

Lloyd LJ expressly made no decision on the question of the relevance (or otherwise) of the tax consequences of dispositions by individuals disposing of property (which was not at issue in this case). He also noted that there was a distinction in this respect between dispositions by individual donors and those by trustees.

Conclusion

While leaving some issues for later authority, Lloyd LJ's judgment in *Sieff v Fox* clarifies a number

Nota:

(7) *Abacus Trust Co (IoM) Ltd & anr v Barr & Ors* [2003] WTLR 149; in questa Rivista, 2004, 407.

of the areas of doubt in the context of the principle in *Re Hastings-Bass* and the doctrine of mistake. In particular, it makes clear that, although what constitute relevant factors for consideration will depend upon the circumstances of the case, the tax consequences of an act can be a relevant factor to consider both for trustees in contemplating a decision and for an individual in consenting to an act.

The case also makes clear that the *Hastings-Bass* principle does have limits, which we should expect to be prescribed by a scrutiny of the circumstances of

each case and a careful application of the principle in the courts.

A-F v Rothschild is of interest in demonstrating the willingness of the court to apply the *Hastings-Bass* principle to a situation where the trustees' error related to the tax consequences for a beneficiary in a foreign jurisdiction.

As a footnote, we see that the Cayman Court considered it appropriate to anonymise the parties to the application other than the trustees. This is not a usual feature of *Hastings-Bass* cases.

Saggi

Equity under attack?

di Rupert Ticehurst

Recentemente la Court of Appeal inglese si è pronunciata su un caso avente ad oggetto un rimedio di *Equity* in base al quale colui che, essendo titolare di doveri fiduciari, commette *breach of trust*, è tenuto a rendere il conto (*to account*) dei profitti che dalla violazione ha ricavato, anche quando la violazione non ha comportato per il beneficiario della prestazione fiduciaria alcun danno o perdita.

Questo principio, a lungo applicato in modo molto rigido dai giudici inglesi, ha subito attenuazioni in altri ordinamenti di *common law* e per la prima volta è stato interpretato in maniera più elastica anche da un giudice inglese, membro del collegio d'appello nel caso in oggetto.

In the recent case of *Murad & anr v al-Saraj & anr* [2005](1) the Court of Appeal had to consider the application of the equitable remedy of an account for profit following a breach of fiduciary duty.

The appellant sought to convince the Court that the remedy of an account should be compensatory in its application. The majority of the Court dismissed the contention in favour of the orthodox position that the equitable remedy of account is intended to strip the fiduciary of all profit and therefore has no compensatory basis.

The judgments delivered are of importance because they consider the possibility of a move away from the orthodox position towards a compensatory analysis. However, despite some sympathy with the appellant's arguments in theory, Arden and Jonathan Parker LJ (the majority) considered that they were bound by well-established authority of the Court of Appeal and the House of Lords, and in any event did not consider that this case would be an appropriate one in which to diverge from the orthodox position.

The facts

The case concerns two Bahraini sisters (the Murads) who entered into a joint venture in 1997

with Mr al-Saraj (a UK resident of Iraqi origin). He deceived the Murads as to the terms of the joint venture.

The unusual and important feature of this case was that, notwithstanding the deceit, the joint venture was highly successful. The Murads did not lose money. On the contrary, the dispute was over the division of the considerable profits that had been generated.

In 1997 the Murads were looking to invest in UK residential property. Mr al-Saraj made a modest living as a property agent and broker; he was not wealthy.

In 1997 Mr al-Saraj invited the Murads to invest with him in a property in Clapham called the Parkside Hotel. At that time the hotel provided temporary accommodation for homeless people paid for by various London local authorities. Mr al-Saraj managed the hotel for the vendor, Mr Al Arbash, a Kuwaiti.

The terms of the joint venture were that the hotel would be purchased for £4.1m using a Gibraltar company called Danescroft; the Murads would invest £1m, Mr al-Saraj would invest £500k and the remaining £2.6m would be raised by borrowing. The Murads would take two thirds of the shares and Mr al-Saraj would take one third. There was, however, an agreement that if the property was sold, the net profits of sale (having paid off the investors' contributions and bank debts) would be split 50-50, to reflect the fact that Mr al-Saraj brought the deal to the Murads and would run the joint venture operation leading to a sale.

Mr al-Saraj took care of all the arrangements, sorting out the incorporation of Danescroft as the vehicle for ownership of the property and instructing the lawyers.

Note:

Rupert Ticehurst is a partner in the trusts and charities group at Herbert Smith LLP.

Questo articolo è stato originariamente pubblicato in *Trusts and Estates Law & Tax Journal*, n. 76, maggio 2006, p. 22. Ringraziamo l'Autore e l'editore per aver consentito la ripubblicazione in questa Rivista.

(1) *Murad & anr v al-Saraj & anr* [2005] WTLR 1573.

The terms of the deal were varied at the last minute, as the Murads contributed £858,000 and Mr al-Saraj agreed to make up the difference and met the purchase costs. The Murads believed that he was making a cash contribution of £725,817. It was agreed that the cash contributions made to Danescroft would be loan capital.

Mr al-Saraj managed the business through an underlying English company for which he received remuneration in the form of a salary and company car. The Murads later found out that the purchase price of the hotel was not £4.1m. The sale agreement stated the purchase price to have been £3.6m and stamp duty (as it was then) was paid on that basis. Mr al-Saraj did not contribute £500k in cash.

Mr al-Saraj's version of events was that he had never said he would contribute £500k in cash. He claimed that the cost of purchasing the property was £4.1m and that his investment, worth £500k, was achieved by way of set-off of a loan owed to him by Mr Al Arbash.

Mr Al Arbash, an elderly man, flew from Kuwait to give his evidence (like most of the witnesses he gave his evidence via a translator). His evidence was that, as far as he was concerned, he sold the property for £4.1m and he was happy to accept a cash sum of £3.6m, the rest of the consideration being a forgiveness of a loan he owed to Mr al-Saraj. Mr al-Saraj's loan was made up of various debts, the most significant being a £369,000 (9%) commission on the sale of the hotel to himself and the Murads.

The first instance decision

When the Murads discovered that the purchase price was £3.6m, they brought proceeding against Mr al-Saraj claiming wide-ranging relief.

Etherton J found that there was a fiduciary relationship between Mr al-Saraj and the Murads in relation to the joint venture because the Murads had reposed trust and confidence in him. As a result of that relationship, he owed a duty to the Murads. Etherton J found that he was in deliberate breach of that duty.

Etherton J found that Mr al-Saraj had fraudulently misrepresented the purchase price of the hotel and the nature of his contribution and ruled that he should be stripped of all of his profits (capital and revenue) from the joint venture, ordering an account of his profits. He held that the remedy of an account was:

“[...] a particularly appropriate remedy in the case of deliberate and dishonest conduct designed to achieve a commercial advantage for the fiduciary over those to whom he owes his fiduciary duty”.

However, he accepted Mr Al Arbash's evidence and found that, although the purchase price was £3.6m, Mr Al Arbash believed he was selling the property for £4.1m and believed Mr al-Saraj had contributed value to the purchase by way of set-off of his loan - this value was described as being “an expense of the transaction”.

Etherton J found that the debt owed by Mr Al Arbash to Mr al-Saraj was not a legally enforceable debt, it was merely enforceable as a moral obligation. This was one of the surprising features of the case, because it might seem in a normal business relationship that a 9% commission on the sale of a property was on the implausibly steep end of the spectrum.

Nevertheless, Etherton J found that Mr al-Saraj had contributed substantial value to the purchase (by way of cash and the benefit of the loan set-off) and that he was, to the extent that he had not been repaid, a creditor of Danescroft. Etherton J did not accept the Murads' claim that Mr al-Saraj should not get credit for the commission on the sale.

The appeal

Mr al-Saraj appealed. He did not challenge Etherton J's findings that he was guilty of fraudulent misrepresentation, that he was in breach of fiduciary duty or that there should be an account of profits.

The primary ground of his appeal was that the relief granted to the Murads should have been limited to the loss that they incurred as a result of the misrepresentation. Mr al-Saraj's contention was that the remedy provided to the Murads resulted in unjust enrichment to them because, if he was obliged to account for all of his profits, the loss to him would be out of all proportion to the breach of fiduciary duty.

Etherton J had found that, had the Murads known of the purchase price and true nature of Mr al-Saraj's contribution, they would have agreed to go ahead with the purchase, but on more favourable terms. Mr al-Saraj contended that the Murads' remedy should have been limited to the difference between the actual terms of the joint venture and the terms the Murads would have agreed to had he been truthful with them.

Saggi

Mr al-Saraj contended through his counsel that there has to be a connection between the breach of duty and the remedy. He argued that he ought to be entitled to a profit share which reflected his contribution to the purchase of the hotel.

The Murads cross-appealed against Etherton J's finding that Mr al-Saraj should be a creditor to Danescroft for a sum including the £369,000 commission on the sale of the hotel.

The decision of the Court of Appeal

All three judges of the Court of Appeal (Arden, Jonathan Parker and Clarke LJ) gave judgments. Arden and Jonathan Parker LJ rejected the appeal (Clarke LJ dissenting). In her judgment Arden LJ ruled that:

"It has long been the law that equitable remedies for wrongful conduct of a fiduciary differ from those available at common law [...]. Equity recognises that there are legal wrongs for which damages are not the appropriate remedy [...]. [The] purpose of the account is to strip the defaulting fiduciary of his profit".

The reason for this approach is, according to Morrit LJ in *United PanEurope v Deutsche Bank* [2000](2), because:

"[...] the object of the equitable remedy of account [...] is to ensure that the defaulting fiduciary does not retain the profit; it is not to compensate the beneficiary for any loss. Accordingly, a comparison with the remedy in damages is unhelpful".

On this basis Arden LJ confirmed that a "person may have to account for a profit even if the beneficiary has suffered no loss".

The harsh rule of equity can be tempered by the courts granting the fiduciary an allowance to reflect their contribution. In *Boardman v Phipps* [1967](3) the House of Lords agreed that the fiduciary should be paid for work and skill. However, the circumstances where the courts have intervened in this respect have been very exceptional (for example on the facts of *Boardman v Phipps*) and they have not done so in circumstances where the fiduciary has behaved in a dishonest manner.

Arden LJ emphasised the important features of the equitable remedy in this context, namely that the liability on the fiduciary to account does not depend on whether the person to whom the fiduciary duty was owed could have made the profit and that common law principles of causation do not apply.

Jonathan Parker LJ agreed with Arden LJ. Clarke LJ disagreed in an important respect. His judgment reflected sympathy for Mr al-Saraj's argument. He considered that the Murads were happy to give Mr al-Saraj a considerable share of the profit and they needed him to do the deal; had they known the true facts they would have done the deal, albeit on different terms. He considered that, given the resources provided by Mr al-Saraj, it would be inequitable not to allow him some share of the profit.

Clarke LJ considered that the right approach was to follow the reasoning in *Warman International Ltd v Dwyer* [1995](4) where the High Court of Australia ruled that, if a fiduciary can show that it would be inequitable to order an account of the entire profits (and importantly the onus of proof is on the fiduciary in breach), then the court may, depending on the facts of the case, allow a proportion of the profits to the fiduciary to reflect their contribution to that profit.

Clarke LJ considered that this approach provided protection to beneficiaries by placing the burden of proof on the fiduciary to establish that a full account would be inequitable; he decided that the case should be remitted back to Etherton J to give Mr al-Saraj an opportunity to persuade him that a full account of profit would be inequitable.

Essentially, the difference between Arden and Jonathan Parker LJ on the one hand and Clarke LJ on the other is that Arden and Jonathan Parker LJ considered that, although the harsh rule of equity could one day be tempered in line with authority in other jurisdictions, they were bound by prior Court of Appeal and House of Lords authority. Clarke LJ did not consider that such prior authority restricted the Court of Appeal from following the more flexible approach of other jurisdictions, as seen in the *Warman* case, on the basis that the prior English cases did not address the scope of the permissible account of profits on the facts of a case such as this.

Why does equity impose stringent liability?

Mr al-Saraj's view was that the account ordered

Note:

(2) *United PanEurope v Deutsche Bank* [2000] 2 BCLC 461.

(3) *Boardman v Phipps* [1967] 2 AC 46.

(4) *Warman International Ltd v Dwyer* [1995] 182 CLR 544.

by Etherton J was unfair because it stripped him of all his profits and therefore in effect provided the Murads with a windfall. The point is, however, that the remedy of an account is not compensatory in nature - it is intended to act as a deterrent: see Goff and Jones, *The Law of Restitution* (6th ed) at para 33-004:

“Equity’s rules have two objects: to strip a fiduciary of any enrichment gained, at the expense of the beneficiaries, as a result of his breach of his duty of loyalty; and to deter a fiduciary from contemplating a breach of trust by removing any gain even if there is only a mere possibility of a conflict of interest”.

There is an additional policy basis for the remedy: that is, if an account were compensatory in nature, the courts would have to determine what would have happened if the fiduciary had performed their duty correctly. In *Regal (Hastings) Ltd v Gulliver* [1967](5) Lord Wright stated that:

“The facts are generally difficult to ascertain or are solely in the knowledge of the person being charged. They are matters of surmise; they are hypothetical because the inquiry is as to what would have been the position if that party had not acted as he did [...]”.

The Murads did not know what terms they would have agreed to because Mr al-Saraj did not give them an opportunity to consider the point. It would be impossible for the Murads to go back to 1997 and decide what they would have agreed had Mr al-Saraj told them that his contribution would be by way of a set-off of a legally unenforceable debt (including an exorbitant commission on the sale of the hotel to them).

There have been calls for the reexamination of the harsh rule of equity. The counter approach, as exemplified in *Warman* is that “the liability of the fiduciary should not be transferred into a vehicle for the unjust enrichment of the plaintiff”. Arden LJ stated that:

“It may be that the time has come when the court should revisit the operation of the inflexible rule of equity in harsh circumstances [...]. It would not be impossible for a modern court to conclude as a matter of policy that, without losing the deterrent effect of the rule, the harshness of it should be tempered in some circumstances”.

Other jurisdictions, such as Australia and Canada, have done so. However, Arden LJ’s view

was that, although it may be that the harsh rule of equity will be addressed in an appropriate case, this was not an appropriate case. This case involved fraudulent misrepresentation. In any event, given the long-standing authority - including decisions of the House of Lords (*Regal v Gulliver*, *Boardman v Phipps*) - supporting the harsh rule of equity, Jonathan Parker and Arden LJ agreed that only the House of Lords could commence a valid departure from that rule. The Court of Appeal unanimously allowed the Murads’ appeal and accordingly Mr al-Saraj would receive no credit for this aspect of his “contribution”.

The secret commission

The Court of Appeal unanimously determined that the commission that Mr al-Saraj was claiming for the sale of the hotel was a secret commission because the Murads did not know about it and they certainly did not know that it formed the bulk of Mr al-Saraj’s £500k contribution to the purchase. Accordingly, as it was a commission in relation to the sale of the hotel which they were purchasing with Mr al-Saraj, he had a duty to inform the Murads about it.

The House of Lords refused Mr al-Saraj’s application for leave to appeal.

Conclusion

In this case the orthodox position (that equity strips a fiduciary of their profit if they breach their duty to those who have placed trust in them) came under pressure. Arguments for a more flexible remedy received support from one member of the Court of Appeal (Clarke LJ). However, with the considerable weight of House of Lords authority behind it, the equitable rule withstood the challenge on this occasion.

.....
Nota:

(5) *Regal (Hastings) Ltd v Gulliver* [1967] 2 AC 134.

Saggi

L'art. 2645 *ter* codice civile e le implicazioni di diritto tavolare

di Luca Battistella

SOMMARIO: § 1. Premessa. – § 2. Il giudice tavolare. – § 3. L'art. 12 del R. D. 29 marzo 1929, n. 499, vero ostacolo alla pubblicità degli atti di destinazione. – § 4. Conclusioni.

§ 1. Premessa.

Il presente studio non intende analizzare i temi generali che il fenomeno degli atti di destinazione *ex art. 2645 ter* codice civile pone per la sua applicazione nell'ordinamento italiano, ma si limiterà a verificare se il sistema tavolare italiano ponga prerogative particolari alla gestione all'interno del proprio apparato.

L'art. 39-*novies* del D. L. 30 dicembre 2005, n. 273, convertito in legge, con modificazioni, dalla Legge 23 febbraio 2006, n. 51, ha introdotto nel codice civile il nuovo articolo 2645 *ter* del seguente tenore: "Trascrizione di atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche".

Da qui deve essere verificata la sua applicabilità nel regime tavolare in considerazione dell'art. 12 del R. D. 29 marzo 1929, n. 499.

Per tale ragione, considerato l'oggetto dell'annotazione, e cioè il requisito della "meritevolezza di tutela" a pena di nullità, in un sistema come il nostro, il ruolo del giudice tavolare può diventare di fondamentale importanza.

§ 2. Il giudice tavolare.

Ma prima di introdurre nello specifico, mi preme di fare una breve analisi sul ruolo e la figura del giudice tavolare nel sistema del libro fondiario, in quanto il sistema tavolare vive in questa regione pressoché immutato dal 1929, come eredità del regime austro-ungarico.

Ed è in questo territorio che si è realizzato l'incontro tra la tradizione germanica e quella latina. Il legislatore nazionale del tempo ha tenuto presenti con notevole realismo politico le esigenze derivanti

da questa convivenza ed ha rispettato la tradizione locale, dove la trasmissione della proprietà e di altri diritti reali per atto tra vivi non avviene con la semplice manifestazione del consenso nelle forme di legge, ma richiede l'iscrizione nei libri fondiari.

A questo stadio del problema, poi, non appare tanto importante disquisire sul punto se l'attività del giudice tavolare abbia o meno natura giurisdizionale e se la stessa attività di volontaria giurisdizione, nel cui ambito si è inclini a ricondurre il ruolo del giudice nel sistema tavolare, partecipi o meno della sostanza dell'attività giurisdizionale.

Quello che conta è vedere questo ruolo nella sua posizione concreta. Ed è evidente che la presenza del giudice nel sistema, come del resto in tutte le forme di giurisdizione volontaria, è la testimonianza concreta di un'esigenza oggettiva di indipendenza, di professionalità e quindi di garanzia. Deve inoltre rilevarsi come il ruolo in discorso si espliciti non soltanto nella fase di gestione del sistema, ma anche in quegli aspetti più marcatamente contenziosi, per non dire della risoluzione delle controversie civili tra privati, istituzionalmente giurisdizionali, che postulano l'applicazione delle norme su cui il sistema stesso si regge.

Un ruolo concreto ed insostituibile, dunque, che esige non soltanto una profonda conoscenza di quella parte del sistema che riguarda più direttamente la sua efficacia giuridica sostanziale, ma di tutto il sistema, anche dei suoi risvolti di funzionamento dinamico e fisiologico, che troppo spesso vengono lasciati alle cure – e alle inquietudini – degli addetti ai lavori, e che sono invece assai strettamente legati al profilo degli effetti sostanziali, perché una dicotomia è concepibile solo in sede di ricostruzione teorica.

Nota:

Luca Battistella è giudice tavolare del Tribunale di Trento. Il testo riproduce la relazione, con modificazioni, presentata al Congresso "Il Trust – Istituto a tutela del patrimonio nella famiglia e nell'impresa" organizzato dall'Associazione "Il trust in Italia", svoltosi in Riva del Garda l'8 luglio 2006.

Un ruolo che, mi venga consentita l'espressione, oltre alla cognizione, esige "amore", cioè comprensione e partecipazione ai problemi, perché il sistema del libro fondiario appare ancor oggi profondamente radicato nella coscienza collettiva, ed uno dei compiti dell'operatore pubblico – vuoi legislatore, vuoi magistrato, vuoi amministratore – sarebbe quello di preservarne e migliorarne la funzionalità evitando che vada in rovina.

Comunque sia, questi sono dei miei personali spunti di riflessione, che vanno presentati come premesse per il necessario approfondimento dell'art. 2645 *ter* cod. civ. e le implicazioni di diritto tavolare.

§ 3. L'art. 12 del R. D. 29 marzo 1929, n. 499, vero ostacolo alla pubblicità degli atti di destinazione.

In ambito tavolare la disciplina normativa di riferimento è individuata nell'art. 12, I comma R. D. 29 marzo 1929, n. 499 ("l. tav.").

Il principio è quello dell'inapplicabilità, in tutto il territorio in cui vi è l'applicazione del libro fondiario, delle norme dell'ordinamento generale incompatibili con il sistema di pubblicità dei libri fondiari medesimi.

Le applicazioni riguardano, prima di tutto, le norme degli articoli da 2643 a 2681 cod. civ., relative alla trascrizione nei registri immobiliari e alla tenuta di tali registri; con espressa avvertenza che taluna di queste norme rimane operativa anche nell'ambito del sistema tavolare, in virtù di specifici rinvî(1).

L'annotabilità degli atti di destinazione *ex art.* 2645 *ter* cod. civ. potrebbe essere desunta da una lettura dell'art. 12 del R. D. 29 marzo 1929, n. 499, per la quale questa norma contiene un'applicazione di principio e un'elencazione, della quale si dichiara il carattere soltanto esemplificativo, di applicazione di tale principio. In altre parole, in ambito tavolare il "principio generale" sarebbe quello della pubblicizzazione di tutti gli avvenimenti riguardanti i diritti reali che nel corrispondente regime della conservatoria sono soggetti a trascrizione in virtù di norme espresse o richiamate, mentre la loro inapplicabilità dovrebbe costituirne l'eccezione.

Per non andare molto lontano e per analizzare un caso quasi analogo nel nostro sistema, questo principio era già stato fatto proprio da parte di certa dottrina in materia di annotazione del contratto preliminare *ex art.* 2645 *bis* cod. civ. Secondo questo orien-

tamento, la prescrizione di diritto comune circa la trascrivibilità dei contratti preliminari sarebbe stata sufficiente, in forza della norma dell'art. 20, lett. h) della l. tav., a rendere necessaria un'annotazione del contratto preliminare a carico del promittente.

Il legislatore della novella del 1997 sarebbe, quindi, solo intervenuto in modo espresso (apportando una modificazione al testo dell'art. 12 del R. D. 29 marzo 1929, n. 499) al fine di evitare qualsiasi dubbio ermeneutico circa la portata dell'enunciazione, in esso contenuta, dell'inapplicabilità ai libri fondiari delle norme del capo I del titolo I del libro VI del codice civile, per vero già temperata, in materia di pubblicità delle domande giudiziali, nella previsione dell'art. 20, lett. g) l. tav.

Ma su questo punto ritengo di dover prendere una posizione decisa ai fini anche del funzionamento stesso del sistema tavolare.

Infatti, proprio a fronte della modifica del testo dell'art. 12, I comma, il legislatore, nel momento in cui ha immesso nel sistema tavolare l'annotazione del contratto preliminare (ed i contratti condizionati), ha provveduto ad impiegare l'avverbio "limitatamente" per detta lettera h).

Il principio di tassatività delle segnalazioni pubblicitarie è un cardine fondamentale in ogni sistema di pubblicità legale. Il sistema della pubblicità immobiliare rappresenta un complesso di norme preposto, oltre che alla tutela degli interessi privati, anche alla tutela dell'interesse della comunità e alla sicurezza degli acquisti. Tale natura giuridica ha come effetto di ritenere inderogabile questa disciplina normativa e di conseguenza la sua inapplicabilità in via analogica in quanto sono da considerarsi tassative le ipotesi previste dalla legge in materia di fattispecie pubblicizzabili. Infatti, a prescindere da ogni altra considerazione, il principio della tassatività è un principio fondamentale che ha fondamento nella Carta Costituzionale e dovrebbe rispondere all'esigenza di evitare che si formino una "marea" di pubblicità facoltative, le quali possono ingenerare solo confusione anziché certezza.

Nota:

(1) È il caso particolare che impone a determinati soggetti l'obbligo di promuovere la pubblicità (artt. 2667 e 2671 cod. civ. – vedi art. 11 l. tav.), nonché di quelle che dispongono segnalazioni pubblicitarie di determinati atti, le quali si traducono nel sistema tavolare, quando in essa manchi una previsione specifica relativa alla pubblicità degli atti medesimi, in altrettante imposizioni di annotazione, giusta le regole di chiusura enunciate nell'art. 20, lett. g) e h) l. tav.

Saggi

Non si può nascondere che tale interpretazione può far sorgere altri dubbi di legittimità costituzionale di senso contrario all'interpretazione data, questo in riferimento al principio sancito dall'art. 3 della Costituzione.

Tali dubbi sono riconoscibili sotto un duplice aspetto.

In primo luogo, sotto il profilo della violazione del principio della parità di trattamento fra situazioni identiche, non essendovi ragioni per diversificare la tutela che appresta il sistema della trascrizione rispetto al sistema tavolare.

In secondo luogo, per la contraddittorietà dell'esclusione dell'annotazione tavolare dell'atto di destinazione rispetto al sistema della trascrizione regolato dal codice civile, che al contrario, contiene una norma che consente la trascrizione del medesimo atto nei registri immobiliari.

Al fine di prevedere la pubblicizzazione nel libro fondiario degli atti di destinazione *ex art. 2645 ter cod. civ.* sarà, tuttavia, necessario un opportuno intervento legislativo.

Questo intervento si rende necessario anche in virtù di quanto è stato messo in evidenza in sede di relazione accompagnatoria alla proposta di modifica della legge tavolare per rendere ammissibile con il sistema del libro fondiario la disciplina del contratto preliminare e dei contratti condizionati. Nella relazione fu osservato che i contrasti che si pongono in tale materia "implicano scelte normative strettamente appartenenti alla competenza del legislatore".

L'intervento del legislatore, come si rese indispensabile nel 1997, appare opportuno anche stavolta per mettere rimedio alle sperequazioni sopra precisate, al fine di porre mano a tutta una serie di problematiche che l'atto di destinazione darebbe nella sfera tavolare.

Se poi si credesse che una questione di legittimità costituzionale potesse ritenersi come idonea a risolvere il problema, crederei che molto probabilmente da parte della stessa Corte Costituzionale verrebbe respinta, in virtù di quel principio per cui la Corte non può pronunciare una sentenza, sia pure nelle forme della sentenza additiva, in quei casi in cui serve un intervento legislativo di coordinamento del sistema(2).

§ 4. Conclusioni.

Per concludere diciamo pure che la disposizione contenuta nell'art. 2645 *ter cod. civ.* non rappresen-

ta di certo una norma particolarmente felice nel sistema giuridico italiano, e procedere alla sua interpretazione ed applicazione nel sistema tavolare prima della risoluzione dei problemi circa la sua ammissibilità nel sistema mi sembra cosa alquanto prematura.

Se poi un domani il legislatore decidesse di inserirla anche in tale sistema, allora potrei dire che la necessaria valutazione di meritevolezza degli interessi non sarà opera solo del notaio che riceverà l'atto, ma in base ai principî della legge tavolare tale controllo spetterà anche al giudice tavolare all'atto della richiesta di annotabilità del vincolo, posto che lo stesso potrà essere rifiutato nei casi in cui dal controllo di legittimità formale e sostanziale degli atti ne emergano delle carenze.

Infatti, il giudice tavolare, ai sensi dell'art. 94 l. tav., ordinerà un'iscrizione solo se concorrono le seguenti condizioni:

1) se dal libro fondiario non risulta alcun ostacolo contro la richiesta iscrizione di c. d. "concordanza", su questo punto la responsabilità grava interamente sul conservatore, in quanto il giudice si fida totalmente di quello che dice il conservatore;

2) se non sussiste alcun giustificato motivo sulla capacità personale delle parti di disporre dell'oggetto a cui l'iscrizione si riferisce o sulla legittimazione dell'istante (in questo caso il vizio è eccezionale anche se non rientri nelle ipotesi di nullità, in altre parole, se dagli atti emergesse un vizio di annullabilità)(3);

3) se la domanda risulta giustificata dal contenuto dei documenti prodotti;

4) se i documenti prodotti hanno tutti i requisiti di legge per l'iscrizione richiesta.

L'art. 2645 *ter cod. civ.* introduce nell'ordinamento un particolare effetto negoziale, quello della destinazione con atto pubblico di beni immobili e mobili registrati per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche.

L'eventuale iscrizione tavolare avrebbe la funzio-

Note:

(2) Nei casi in cui sono prospettabili una pluralità di soluzioni la scelta deve essere rimessa al legislatore - v. la sentenza di Corte Cost., 22 maggio 2001, n. 291, consultabile sul sito Internet di "Consulta on line" all'indirizzo <http://www.giurcost.org> e l'ordinanza di Corte Cost., 12 luglio 2002 n. 344, inedita - pertanto la richiesta di una pronuncia additiva non si pone.

(3) Si discute se possano rientrare gli atti del coniuge in comunione legale, ma di certo rientrano gli atti del rappresentante che esulano dai suoi poteri, qui il giudice tavolare può penetrare nel controllo.

ne di rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione con tutte le conseguenze che vengono ad imprimersi su tali beni e su queste problematiche di gestione il ruolo del giudice tavolo assumerebbe un'importanza basilare, in quanto garante in prima

persona del libro fondiario, non escludendo anche la valutazione della meritevolezza o del perseguimento dello scopo dell'atto analizzando il contenuto dei documenti prodotti dal ricorrente come sopra precisato.

LIBRI

Trust: opinioni a confronto

Atti dei congressi dell'Associazione "Il trust in Italia"

- Terzo congresso nazionale - Roma 2005
- I trust per la famiglia - Firenze 2005

a cura di Elisa Barla De Guglielmi

Il volume raccoglie gli **atti** del **congresso** triennale dell'Associazione "Il trust in Italia" e le **relazioni** presentate al congresso sui "Trust per la famiglia". Opinioni di studiosi, magistrati, professionisti, italiani o stranieri, che rendono quest'opera di interesse per chiunque desideri avere un **quadro esauriente e autorevole sulla materia**. Viene approfondita l'analisi della legislazione e della giurisprudenza straniera, del trattamento fiscale del trust e dei suoi profili applicativi, offerto un panorama completo della giurisprudenza italiana analizzata dai magistrati e dalla dottrina e

illustrate le applicazioni pratiche del trust per la famiglia, istituto in continua e costante evoluzione.

I Edizione, pagg. 704
IPSOA 2006 – € 39,00

Per informazioni

- **Servizio Informazioni Commerciali**
www.ipsoa.it/servizioclienti
E-mail: info.commerciali@ipsoa.it
Tel. 02.82476794 – Fax 02.82476403
- **Agente Ipsoa di zona**
www.ipsoa.it/agenzie
- **www.ipsoa.it**

Negoziato di dotazione del trust e controllo sostanziale del giudice tavolare

di Lorenzo Pellegrini

SOMMARIO: § 1. Premessa. – § 2. Controllo sostanziale del giudice tavolare. – § 3. Rimedi in caso di rigetto della domanda tavolare per carenze documentali.

§ 1. Premessa.

Con decreto del 7 aprile 2006(1) il Giudice Tavolare del Tribunale di Trieste ha rigettato la domanda di un trustee avente per oggetto l'intavolazione a proprio nome del diritto di proprietà di un bene immobile, e ciò per la ragione che nel caso di specie era stato allegato alla domanda il solo atto pubblico di dotazione del trust, ma non anche l'atto istitutivo. Più in particolare il Giudice, dopo avere correttamente rilevato che l'atto di dotazione, in sé e per sé considerato, è atto causalmente astratto che impedisce di apprezzare la funzione, la meritevolezza di interessi e la pertinenza dell'operazione rispetto al fine di trust, ha negato la richiesta intavolazione per l'impossibilità di riscontrare, nel caso concreto, la sussistenza della "valida causa" alla quale si riferisce l'art. 26, II comma R. D. 28 marzo 1929, n. 499 ("l. tav.").

In precedenza lo stesso giudice aveva già affrontato, e risolto in senso affermativo, il problema dell'astratta ammissibilità di un trust interno e della sua compatibilità con il sistema pubblicitario del libro fondiario, accordando la pubblicità tavolare dell'acquisto immobiliare da eseguirsi nella forma dell'intavolazione direttamente a nome del trustee, in quanto tale accompagnata dall'annotazione degli elementi accidentali tipici (termine, condizione) contenuti nell'atto istitutivo del trust(2).

Più in generale, la giurisprudenza tavolare, fatta eccezione per un unico precedente contrario, si è sinora dimostrata compatta nel riconoscere la possibilità di procedere alla pubblicità tavolare dell'acquisto del trustee(3).

§ 2. Controllo sostanziale del giudice tavolare.

Il decreto qui commentato non si pone in alcun modo in controtendenza rispetto all'orientamento

dominante, ma costituisce semplicemente l'inevitabile conseguenza della corretta applicazione della legislazione tavolare al caso di specie.

Com'è noto, invero, il sistema tavolare è retto dal principio di legalità, in forza del quale ogni iscrizione nel libro fondiario deve necessariamente costituire l'esito di un procedimento davanti al giudice tavolare (art. 102, I comma l. tav.); inoltre, ogni iscrizione è dallo stesso giudice accordata con apposito decreto solo dopo la verifica, a norma degli artt. 26-27 e 94 l. tav., della sussistenza di tutti i requisiti sia formali che sostanziali del titolo(4). In particolare, il giudice tavolare non deve limitarsi, come deve di regola il conservatore dei registri immobiliari, al mero controllo formale della regolarità dell'atto, ma deve altresì verificare, fra l'altro, che l'atto, quando si tratta dell'acquisto o della modificazione di un diritto tavolare, contenga una "valida causa" (art. 26, II comma l. tav.).

Note:

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

(1) Trib. Trieste, 7 aprile 2006, in questa Rivista, 2006, 417.

(2) Trib. Trieste, 23 settembre 2005, in questa Rivista, 2006, 83, e la nota adesiva di L. Pellegrini, L'iscrizione tavolare del diritto in favore del trustee, *ivi*, 2006, 181.

(3) Cfr. Trib. Trento, Sezione distaccata di Cavalese, 20 luglio 2004, in questa Rivista, 2004, 573, ed il commento di L. Pellegrini, Trust interno e pubblicità tavolare, *ivi*, 2005, 565; Trib. Trento, Sezione Distaccata di Cles, 7 aprile 2005, *ivi*, 2005, 406; Trib. Rovereto, 28 ottobre 2005 e Trib. Trento, 25 gennaio 2006, *ivi*, 2006, 419. In senso contrario *v.*, invece, Trib. Belluno, 25 settembre 2002, *ivi*, 2003, 255; Foro *it.*, 2003, I, 637.

(4) Per tale ragione, deve certamente escludersi la compatibilità con il sistema tavolare – come del resto anche con il sistema della trascrizione – dell'art. 3 della Convenzione de L'Aja, nella parte in cui si limita a richiedere, per il suo riconoscimento, che il trust sia "comprovato per iscritto". Ed infatti, analogamente a quanto accade nel sistema della trascrizione in forza dell'art. 2657 cod. civ., la legge tavolare, agli artt. 31 s., esige espressamente, e senza possibilità di eccezioni, che quando un'iscrizione venga richiesta sulla base di un titolo negoziale esso deve risultare documentato nelle forme dell'atto pubblico oppure della scrittura privata autenticata o giudizialmente accertata. Il che vale, si badi, non solo per il negozio dispositivo, ma anche per l'atto istitutivo del trust, visto che – come si dirà subito nel testo – l'allegazione di quest'ultimo alla domanda di intavolazione è indispensabile per consentire al giudice il controllo in ordine alla sussistenza della "valida causa".

L'attribuzione al giudice del compito di accertare la legalità della richiesta segnalazione pubblicitaria si riconnette, con tutta evidenza, all'effetto sostanziale della pubblica fede sull'esistenza della vicenda che forma oggetto dell'iscrizione, nel senso che ciò che appare nel libro fondiario si presume corrispondente all'effettivo diritto sostanziale.

Per tale motivo, il controllo del giudice tavolare non può ritenersi circoscritto al solo elemento causale dei titoli negoziali, come sembrerebbe emergere, invece, dal tenore letterale della disposizione del II comma dell'art. 26 l. tav.(5); al contrario, il controllo in questione riguarda tutti i requisiti sostanziali del titolo, e ciò sia con riguardo agli elementi essenziali del contratto diversi dalla "causa" in senso tecnico, sia in relazione alla capacità di disporre delle parti o alla legittimazione (art. 94, n. 2, l. tav.)(6).

Per ciò che riguarda, più specificamente, il requisito della causa al quale si riferisce l'art. 26, II comma, l. tav., è in primo luogo necessario che, sotto il profilo formale, il titolo negoziale enunci la causa dell'effetto traslativo o modificativo voluto dalle parti, in modo da rendere possibile il controllo sostanziale da parte del giudice tavolare(7); in secondo luogo, occorre altresì che – quando si tratti di un negozio atipico, come nel caso del trust – ricorra in concreto il requisito della meritevolezza di cui all'art. 1322, II comma cod. civ., da ricondursi, secondo l'orientamento che appare preferibile, al piano della liceità nel senso della non contrarietà alle norme imperative, all'ordine pubblico ed al buon costume(8).

Tale essendo l'ampiezza del controllo in sede di procedimento in affari tavolari, deve certamente ritenersi sussistente, in capo a colui che richiede l'iscrizione del diritto nel libro fondiario sulla base dell'atto di trasferimento, l'onere di allegare alla domanda tavolare l'atto istitutivo del trust in tutti i casi in cui lo stesso non sia incorporato nel medesimo documento che contiene l'atto dispositivo(9).

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

In relazione a tali casi, è stato autorevolmente dimostrato che la causa del negozio dispositivo con il quale è stabilito il trasferimento del bene in favore del trustee risiede nell'attuazione dello scopo del

trust, alla quale la stessa attribuzione è funziona-

Note:

(5) Per l'estensione del controllo del giudice tavolare anche in relazione ai provvedimenti amministrativi, v. G. Gabrielli – F. Tommaseo, Commentario della legge tavolare, Milano, 1999, p. 380 s.

(6) Sul punto v. G. Gabrielli – F. Tommaseo, Commentario [*supra*, nota 5], p. 380 s., ove anche la precisazione secondo cui il controllo del giudice su tutti i requisiti sostanziali del titolo incontra il solo limite dato dalla natura stessa del procedimento tavolare, per cui il giudice – come emerge dalla disposizione dell'art. 27 l. tav. – deve rilevare esclusivamente i vizi apparenti del titolo senza svolgere ulteriori indagini né assumere altre informazioni.

(7) In tal senso, v. M. Bassi – L. Guglielmucci, Osservazioni sul progetto di riforma del r.d. 29.3.1929, n. 499, in Aa. Vv., Convegno di studio sui problemi del libro fondiario, Trieste 18-19 ottobre 1974, Trieste, 1975, p. 117 s. Come è stato correttamente precisato, non basta che il documento indichi la volontà di trasferire la proprietà di un immobile, ma occorre anche specificare se il trasferimento avviene a titolo di vendita, permuta, donazione o altro: v. S. Quarantotto, Manuale della legislazione tavolare, Trieste, 1972, p. 95 s., nota 82; M. Bresch, Le nuove leggi sui libri fondiari per la Venezia Giulia e Tridentina, Padova, 1932, p. 201, secondo cui la causa deve essere espressa solo per l'acquisto e la modificazione di un diritto tavolare, non anche per la sua estinzione.

(8) In tal senso v. Trib. Trieste, 23 settembre 2005 [*supra*, nota 2]; U. Majello, I problemi di legittimità e di disciplina dei negozi atipici, Riv. dir. civ., 1987, I, 487; M. Guarneri, meritevolezza dell'interesse e utilità sociale del contratto, *ivi*, 1994, I, 799; M. Gazzara, Considerazioni in tema di contratto atipico, giudizio di meritevolezza e norme imperative, Riv. dir. priv., 2003, 55.

(9) Quanto alla natura di tali atti, all'orientamento secondo cui l'atto istitutivo altro non sarebbe se non "un negozio, essenzialmente unilaterale, in forza del quale il disponente enuncia al trustee la finalità dell'affidamento e ne enuncia le regole di base: la durata, i poteri del trustee, i beneficiari" (M. Lupoi, I trust nel diritto civile, Vita not., 2003, II, 605, a p. 609) si contrappone chi, sulla base della constatazione per cui il trustee assume obbligazioni (ottemperare alle disposizioni del negozio istitutivo e corrispondere ai beneficiari quanto loro dovuto), oltre che l'eventuale diritto al compenso, preferisce riconoscere natura contrattuale all'atto in questione (G. De Nova, Trust: negozio istitutivo e negozi dispositivi, in questa Rivista, 2000, 162).

(10) G. De Nova, Trust: negozio istitutivo e negozi dispositivi [*supra*, nota 9], a p. 168, il quale precisa che non si tratta di rinvenire una causa esterna, allo stesso modo in cui non si ricorre alla nozione di causa esterna nell'ipotesi di stipulazione di negozi attuativi di una transazione; in senso conforme v., di recente, F. Di Ciommo, Ammissibilità del trust interno e giustificazione causale dell'effetto traslativo, Foro it., 2004, I, 1296; G. Gallizia, Trascrizione di atti attributivi di beni immobili al trustee – III, in questa Rivista, 2002, 362. In senso contrario, v. Trib. Belluno, 25 settembre 2002 [*supra*, nota 3], secondo cui "poiché la causa dell'attribuzione patrimoniale in favore del trustee risulta esterna al negozio traslativo – essendo individuata nello scopo del trust o nella finalità di gestione-amministrazione cui il trustee è tenuto in favore dei beneficiari – l'atto in esame si configura dunque come negozio astratto di trasferimento", inammissibile secondo i principi. La qualificazione in termini di negozio astratto di trasferimento, con conseguente nullità dell'atto di trasferimento dei beni dal disponente al trustee viene apertamente criticata da Trib. Bologna, 1° ottobre 2003, in questa Rivista, 2004, 67; Vita not., 2003, 1297 "sia perché, anche secondo la più recente lettura dottrinale degli artt. 1324 e 1322 c.c. (che sembra ammettere la costituzione di atti unilaterali atipici) la configurabilità di negozi traslativi atipici, purché sorretti da causa lecita, trova fondamento nello stesso principio di autonomia contrattuale posto dall'art. 1322, 2° comma, c.c. (così Cass., 9 ot

(Segue)

Saggi

le(10); corollario di tale impostazione è che il negozio dispositivo, con il quale viene trasferito l'immobile al trustee, è negozio – in sé e per sé considerato – causalmente astratto. Ed allora, se la causa dell'atto dispositivo può rinvenirsi soltanto nel collegato negozio istitutivo del trust, la mancata allegazione di quest'ultimo alla domanda tavolare comporterà l'impossibilità per il giudice tavolare di riscontrare la sussistenza della "valida causa" in ordine alla richiesta segnalazione della qualità di trustee, con conseguente rigetto della domanda stessa(11).

§ 3. Rimedi in caso di rigetto della domanda tavolare per carenze documentali.

Qualora il trustee ometta, come nel caso deciso dal provvedimento qui commentato, di allegare alla domanda di intavolazione l'atto istitutivo del trust, il rigetto della domanda stessa non è però suscettibile di precludere irrimediabilmente il trasferimento immobiliare in favore del trustee.

Si tratta, invece, di individuare, sotto il profilo procedimentale, il modo di porre rimedio all'omissione.

A tale riguardo, deve in primo luogo certamente escludersi la possibilità di presentare al giudice tavolare un'istanza di revoca o di modifica del decreto di rigetto, sia pure corredata dalla necessaria produzione dell'atto istitutivo del trust: se infatti è vero che il procedimento in affari tavolari è pur sempre un procedimento di tipo camerale (art. 134 l. tav.), è altrettanto vero che il I comma dell'art. 126 l. tav. espressamente sancisce – in deroga all'art. 742 cod. proc. civ. – la irrevocabilità ed immodificabilità dei decreti tavolari.

Del pari da escludersi è poi la possibilità di integrare la documentazione mancante in sede di reclamo a norma degli artt. 126 s. l. tav.: ed invero, anzitutto va tenuto presente che il reclamo è un vero e proprio mezzo di impugnazione per fare valere, davanti al tribunale in composizione collegiale, i vizi del decreto impugnato, mentre il provvedimento che abbia rigettato la domanda di intavolazione per omessa allegazione dell'atto istitutivo del trust è pienamente legittimo ed immune da vizi; in secondo luogo, poi, non è possibile, in sede di reclamo, produrre nuovi documenti giustificativi della domanda di intavolazione già respinta, dal momento che – come dispone il II comma dell'art. 126 l. tav. – il tribu-

nale delibera "sulla base degli atti presentati al giudice tavolare"(12).

In realtà, nulla vieta al richiedente di presentare – fermo restando il decreto di rigetto della domanda non adeguatamente documentata – una nuova domanda tavolare supportata dalla necessaria allegazione, oltre che dell'atto di dotazione con il quale viene trasferito l'immobile al trustee, anche dell'atto istitutivo del trust, in modo tale da consentire al giudice tavolare il controllo in ordine alla sussistenza della "valida causa" di cui all'art. 26, II comma l. tav.

Una volta allegati tali documenti, il giudice tavolare potrà così verificare che in concreto l'atto istitutivo del trust non contenga pattuizioni contrarie a norme imperative o a principî inderogabili interni e, inoltre, che l'atto stesso sia valido ed efficace ai sensi della legislazione prescelta.

Note:

(Continua nota 10)

tobre 1991, n. 10612), sia (e soprattutto) perché la causa del trasferimento, che è ben lungi dall'essere "astratto", si deve rinvenire nel collegato negozio istitutivo di trust (che si concretizza nei suoi scopi proprio attraverso il predetto trasferimento) per il quale la meritevolezza degli interessi realizzati è stata ex lege sancita dalla Convenzione dell'Aja del 1985 e dalla disciplina legislativa che ne ha dato esecuzione". Nel caso sottoposto al Tribunale di Belluno, tuttavia, risulta dalla motivazione – come non ha mancato di rilevare anche il provvedimento qui commentato – che il richiedente aveva ommesso di allegare alla domanda tavolare l'atto istitutivo del trust; sicché la decisione adottata appare, sotto questo limitato profilo, corretta. Per l'affermazione dell'idoneità causale, ai sensi del combinato disposto degli artt. 1322 e 1324 cod. civ., anche di un atto unilaterale di attribuzione dei beni nel *trust fund*, quando segue ad una vicenda istitutiva di cui il trustee sia stato parte, v. F. Di Ciommo, Ammissibilità [supra, in questa nota], a p. 1296 s., il quale ritiene che "dal 1992 è stato introdotto per legge in Italia uno schema negoziale che, in mancanza di disposizioni contrarie, si deve ritenere possa serenamente svilupparsi attraverso una sequenza di atti, anche atipici, la quale è di per sé dotata di una valida struttura causale".

(11) Nello stesso senso v. M. Dolzani, "Trust" immobiliare in regime tavolare, Riv. not., 2002, 1559, a p. 1562, secondo cui "corretto sembra pertanto il rilievo secondo cui il giudice tavolare richiesto di procedere alle formalità pubblicitarie a seguito di un trust immobiliare dovrà previamente verificare l'esistenza del trust, la sua validità e l'immunità del titolo da vizi che ne possano menomare l'efficacia". Né l'iscrizione tavolare potrebbe essere accordata applicando, in via residuale, l'art. 2645 ter cod. civ., dal momento che tale norma – com'è stato evidenziato anche dal decreto qui commentato – non consente di ritenere introdotto nel nostro ordinamento un nuovo negozio innominato ad effetti reali, trattandosi, al contrario, di un particolare tipo di effetto negoziale, quello di destinazione, accessorio rispetto agli altri effetti di un negozio tipico o atipico cui può accompagnarsi: in tal senso v. anche P. Manes, La norma sulla trascrizione di atti di destinazione è, dunque, norma sugli effetti, Contratto e impr., 2006, 626.

(12) In argomento, v. G. Gabrielli – F. Tommaseo, Commentario [supra, nota 5], p. 828 s., dove anche la precisazione secondo cui il divieto di produrre nuovi documenti in sede di reclamo non opera – in applicazione analogica dell'art. 372 cod. proc. civ. – per i documenti specificamente volti a dimostrare la nullità del decreto impugnato o l'ammissibilità del ricorso.

Il trust nel diritto internazionale privato italiano e spagnolo

di Benedetta Ubertazzi

SOMMARIO: § 1. Introduzione. – § 2. Il trust in Italia. – § 3. Il trust nel diritto processuale civile internazionale spagnolo. – § 4. Il trust nel diritto internazionale privato spagnolo. – § 5. Conclusioni.

§ 1. Introduzione.

Il trust ha la propria origine nei sistemi giuridici di *common law*, non è previsto nel sistema giuridico spagnolo ed è pertanto qualificabile come “istituto sconosciuto”(1). L'art. 2 della Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985 sulla legge applicabile al trust ed al suo riconoscimento(2) definisce il trust come quell'istituto che “*vises les relations juridiques créées par une personne, le constituant – par acte entre vifs ou à cause de mort – lorsque des biens ont été placés sous le contrôle d'une trustee dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé*”. L'art. 2.2 stabilisce poi che “*le trust présente les caractéristiques suivantes: / a) les biens du trust constituent une masse distincte et ne font pas partie du patrimoine du trustee; / b) le titre relatif aux biens du trust est établi au nom du trustee ou d'une autre personne pour le compte du trustee; / c) le trustee est investi du pouvoir et chargé de l'obligation, dont il doit rendre compte, d'administrer, de gérer ou de disposer des biens selon les termes du trust et les règles particulières imposées au trustee par la loi. / Le fait que le constituant conserve certaines prérogatives ou que le trustee possède certains droits en qualité de bénéficiaire ne s'oppose pas nécessairement à l'existence d'un trust*”. L'art. 11 della Convenzione dispone poi le condizioni per il riconoscimento del trust: “*un trust créé conformément à la loi déterminée par le chapitre précédent sera reconnu en tant que trust. / La reconnaissance implique au moins que les biens du trust soient distincts du patrimoine personnel du trustee et que le trustee puisse agir comme demandeur ou défendeur, ou comparaître en qualité de trustee devant un notaire ou toute personne exerçant une autorité publique. / Dans la mesure où la loi applicable au trust le requiert ou le prévoit, cette reconnaissance implique*

notamment: / a) que les créanciers personnels du trustee ne puissent pas saisir les biens du trust; / b) que les biens du trust soient séparés du patrimoine du trustee en cas d'insolvabilité ou de faillite de celui-ci; / c) que les biens du trust ne fassent pas partie du régime matrimonial ni de la succession du trustee; / d)

Note:

Benedetta Ubertazzi è dottore di ricerca in diritto internazionale e borsista di post-dottorato di diritto internazionale nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Padova, avvocato in Milano, abogado in Madrid, LLM in Valladolid.

Il testo riproduce la relazione, con modificazioni, presentata al III Congresso di diritto civile catalano su “Patrimoni fiduciari e trust” svoltosi in Tarragona il 20-21 ottobre 2005.

(1) Cfr. A. Asín Cabrera, *La Ley aplicable al trust en el sistema de Derecho internacional privado español*, *Rev. gen. der.*, 1990, 2089, a pp. 2089-2121; C. González Beilfuss, *El trust. La institución anglo-americana y el PIL español*, Barcellona, 1997, p. 164.

(2) La Convenzione è stata ratificata e resa esecutiva dall'Italia con L. 16 ottobre 1989, n. 364, G. U. 8 novembre 1989, suppl. ord., 261. Il testo della Convenzione è pubblicato in *Riv. dir. internaz. privato e proc.*, 1985, 194 e lo stato aggiornato delle ratifiche è consultabile sul sito Internet della Conferenza de L'Aja all'indirizzo <http://hcch.net/f/conventions/menu.html>. Su questa Convenzione, v., per tutti: J. P. Beraudo, *La convention de La Haye du 1er juillet relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance*, *Trav. com. fr. dr. int. privé*, 1985-1986, p. 21 s.; A. Dyer, *Introductory Note on the Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition*, *Uniform Law Rev.*, 1985, 274; H. Kötz, *Die Haager Konferenz und das Kollisionsrecht der trust*, *Rebels Z*, 1986, 562; D. Hayton, *The Hague Convention on the Law Applicable to trusts and on their Recognition*, *ICLQ*, 1987, 260; C. Jauffret Spinosi, *La convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance (1er juillet 1985)*, *Clunet*, 1987, 23; M. Lupoi, *Il trust nell'ordinamento giuridico italiano dopo la Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985*, *Vita not.*, 1992, 966; L. Fumagalli, *La Convenzione dell'Aja sul “trust” e il diritto internazionale privato italiano*, *Dir. comm. int.*, 1993, 533, a pp. 533-568; A. Gambaro – A. Giardina – G. Ponzanelli (curr.), *Convenzione relativa alla legge sui trusts ed al loro riconoscimento*, *Nuove leggi civ.*, 1993, 1211, a pp. 1211-1349; A. G. Paton – R. Grosso, *The Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition: Implementation in Italy*, *Riv. not.*, 1995, 561; R. Luzzatto, “*Legge applicabile*” e “*riconoscimento*” di trusts secondo la Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985, *Riv. dir. internaz. privato e proc.*, 1999, 5, a pp. 5-20; S. M. Carbone, *Autonomia privata, scelta della legge regolatrice del trust e riconoscimento dei suoi effetti nella Convenzione dell'Aja del 1985*, *Riv. dir. internaz. privato e proc.*, 1999, 77; G. Contaldi, *Il trust nel diritto internazionale privato italiano*, Milano, 2005, *passim*; S. M. Carbone, *Trust interno e legge straniera*, in M. Dogliotti – A. Braun (curr.), *Il trust nel diritto delle persone e della famiglia*, Milano, 2003, 25; B. Ubertazzi, *El trust en el Derecho internacional privado italiano y español*, in S. Nasarre Aznar – M. Garrido Melero (curr.), *Los patrimonios fiduciarios y el trust*, Barcellona, 2006, pp. 135-154.

Saggi

que la revendication des biens du trust soit permise, dans les cas où le trustee, en violation des obligations résultant du trust, a confondu les biens du trust avec ses biens personnels ou en a disposé. / Toutefois, les droits et obligations d'un tiers détenteur des biens du trust demeurent régis par la loi déterminée par les règles de conflit du for”.

§ 2. Il trust in Italia.

Anche in Italia il trust ha costituito un istituto sconosciuto fino alla ratifica della Convenzione de L'Aja, effettuata con legge 16 ottobre 1989, n. 364(3), che ha introdotto nell'ordinamento italiano questa figura giuridica. L'Italia continua in realtà a non disporre di una regolamentazione sostanziale del trust(4), tuttavia, in seguito alla ratifica della Convenzione de L'Aja possiede oggi una disciplina specifica di diritto internazionale privato del trust, che è costituita appunto dalle regole di conflitto della Convenzione de L'Aja, che determina la legge applicabile al trust e che stabilisce che “un trust créé conformément à la loi déterminée” dalle sue norme “sera reconnu en tant que trust”, anche qualora lo Stato a cui si chiede il riconoscimento non conosca l'istituto del trust alle condizioni stabilite dall'art. 11 medesimo.

Questa situazione particolare ha originato un vivace dibattito dottrinale e giurisprudenziale sulla legittimità in Italia dei trust definiti “interni”, ovvero dei 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” (art. 13 della Convenzione de L'Aja).

Una prima opinione ritiene inammissibili i trust interni(5). Un primo argomento che consente di sostenere che i trust interni non entrano nell'ambito di applicazione della Convenzione de L'Aja è che tutte le convenzioni di diritto internazionale privato, e dunque anche quest'ultima, si applicano soltanto in presenza di elementi obiettivi di internazionalità ulteriori quindi alla scelta di legge, al luogo di amministrazione del trust ed alla residenza abituale del trustee (art. 13 della Convenzione de L'Aja). I sostenitori di questa tesi ammettono che esistono convenzioni di diritto internazionale privato che posseggono norme applicabili anche a situazioni puramente interne, ma ritengono che attualmente ciò

si verifica soltanto in relazione alla Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali(6) secondo cui “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’” (art. 3.3). Questa norma potrebbe essere interpretata nel senso che è possibile scegliere una legge straniera per regolare un contratto i cui elementi obiettivi sono localizzati nel momento della scelta in un solo Paese (salva l'applicazione delle norme imperative dello Stato in cui sono localizzati questi elementi obiettivi) e che il contratto interno entra dunque nell'ambito di applicazione della Convenzione di Roma. Gli autori che sostengono che la Convenzione de L'Aja del 1985, così come tutti le convenzioni di diritto internazionale privato, è applicabile soltanto in presenza di elementi obiettivi di internazionalità, ritengono tuttavia che la Convenzione di Roma contiene un'altra norma, l'art. 1.1, secondo cui “le disposi-

Note:

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

(4) Ultimamente il decreto legge 30 dicembre 2005, n. 273, G. U. 30 dicembre 2005 n. 303, ha inserito nel codice civile l'art. 2645 *ter* che autorizza la trascrizione “di atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche” (rubrica della norma). Su quest'articolo v., per tutti: M. Lupoi, Gli “atti di destinazione” nel nuovo articolo 2645 *ter* quale frammento di trust, in questa Rivista, 2006, 169.

(5) Cfr. G. Brogini, Il trust nel diritto internazionale privato italiano, in I. Beneventi (cur.), *I trusts in Italia oggi*, Milano, 1996, 11; C. Castronovo, Il trust e “sostiene Lupoi”, *Europa e dir. priv.*, 1998, 441, a p. 448; F. Gazzoni, In Italia tutto è permesso, anche quello che è vietato (lettera aperta a Maurizio Lupoi sul trust e su altre bagatelle), *Riv. not.*, 2001, 1247; G. Contaldi, Il trust nel diritto internazionale privato, Milano, 2001, p. 441; Trib. Belluno, 25 settembre 2002, in questa Rivista, 2003, 255; *Riv. dir. internaz. privato e proc.*, 2003, 509.

(6) La Convenzione è stata ratificata e resa esecutiva dall'Italia con l. 18 dicembre 1984, n. 975, G. U. 30 gennaio 1985, suppl. ord., 25. La Convenzione è pubblicata in *Riv. dir. internaz. privato e proc.*, 1980, 297. Su di essa v., per tutti: T. Ballarino (cur.), *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali. II. Limiti di applicazione. Lectio notariorum*, Milano, 1994, *passim*; F. Pocar, *Obbligazioni e contratti in generale*, in Aa. Vv., *Codice delle convenzioni di diritto internazionale privato*, Milano, 1999, pp. 469-473; T. Ballarino, *Diritto internazionale privato*, Padova, 1999, pp. 606-656; U. Villani, *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile ai contratti*, II ed., Bari, 2000, p. 8. Si discute da tempo se la Convenzione di Roma sia una Convenzione “comunitaria”: su questo problema v., per tutti: L. S. Rossi, *Le convenzioni fra gli Stati membri dell'Unione Europea*, Milano, 2000, pp. 57-69.

zioni della presente Convenzione si applicano alle obbligazioni contrattuali nelle situazioni che implicano un conflitto di leggi". L'art. 1.1 della Convenzione di Roma richiede dunque, sempre secondo questi autori, la presenza di elementi di internazionalità per applicare tutte le norme della Convenzione di Roma e l'art. 3.3 deve quindi coordinarsi con l'art. 1.1 della Convenzione di Roma ed interpretarsi nel senso che esso riguarda soltanto contratti internazionali. Secondo questa opinione, in sintesi, l'interpretazione della Convenzione di Roma secondo cui essa si applica soltanto ai contratti internazionali conferma che tutte le convenzioni internazionali di diritto internazionale privato e dunque anche quella de L'Aja si applicano soltanto ai casi internazionali, che la Convenzione de L'Aja non riguarda i trust interni e che in Italia i trust interni non possono essere riconosciuti perché non esiste nessuna regola italiana che li legittimi.

Un secondo argomento invocato in appoggio di questa prima opinione è che i trust creano un patrimonio separato ed amministrato dal trustee e determinano dunque una segregazione patrimoniale. Quest'opinione invoca quindi l'art. 2740 cod. civ., secondo cui "1. Il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri. 2. Le limitazioni della responsabilità non sono ammesse se non nei casi stabiliti dalla legge" e ritiene che questa norma codifica un principio di ordine pubblico interno italiano, secondo cui non è possibile segregare il patrimonio. I sostenitori di questa tesi ammettono comunque che questo principio non è così forte da costituire parte dell'ordine pubblico internazionale italiano, posto che la ratifica della Convenzione de L'Aja del 1985 obbliga l'Italia a riconoscere il trust e gli effetti segregativi del patrimonio. In ogni caso secondo questi autori il principio ha forza sufficiente per incidere nei casi interni, tra l'altro perché l'art. 13 della Convenzione de L'Aja autorizza gli Stati membri a non riconoscere i trust interni. E quest'opinione conclude che i trust interni violano l'ordine pubblico interno italiano e sono inammissibili in Italia.

Quest'opinione restrittiva non può tuttavia convincere(7). Anzitutto perché l'interpretazione della Convenzione de L'Aja conferma che essa si applica ai trust interni. Difatti diversamente dall'art. 1.1 della Convenzione di Roma, nessuna disposizione della Convenzione de L'Aja delimita il suo ambito di applicazione ai casi con elementi obiettivi di interna-

zionalità(8). Inoltre l'art. 13 della Convenzione de L'Aja già più volte ricordato testimonia la sua applicazione ai trust interni proprio quando conferisce agli Stati parte della Convenzione una mera facoltà di non riconoscere i trust interni, senza tuttavia obbligarli in tal senso. Conseguentemente gli Stati che lo ritengano opportuno possono riconoscere i trust interni, naturalmente alle condizioni stabilite dalla Convenzione, e quindi "la stessa previsione dell'art. 13 relativa alla facoltà concessa agli Stati di escludere il riconoscimento degli effetti dei c.d. trusts interni sta proprio a significare che, almeno in linea di principio, i trusts interni sono compresi nell'ambito di applicazione della disciplina di cui alla Convenzione dell'Aja"(9).

Inoltre, durante i lavori preparatori della Convenzione furono respinte tutte le proposte di escludere espressamente i trust interni dall'ambito di applicazione della Convenzione de L'Aja, a testimonianza del fatto che gli Stati contraenti vollero lasciarsi aperta la possibilità di applicare le sue disposizioni anche ai trust interni.

L'opinione secondo cui la Convenzione de L'Aja non si applica ai trust interni non convince neanche per il fatto che esiste oggi una forte tendenza ad eli-

Note:

(7) Cfr. E. Calò, *Dal probate al family trust. Riflessi ed ipotesi applicative nel diritto italiano*, Milano, 1996, p. 73; A. Braun, *Trusts interni*, Riv. dir. civ., 2000, II, 573; M. Lupoi, *Trusts*, II ed., Milano, 2001, *passim*; S. M. Carbone, *Trust interno* [*supra*, nota 2], a p. 25; M. Lupoi, *La funzione protettiva dei trust interni*, *Contratto e impr.*, 2004, 236; Id., *I trust nel diritto civile*, in *Trattato di diritto civile diretto da R. Sacco, I diritti reali*, vol. 2, Torino, 2004, *passim*; P. Martinelli, *Limiti della protezione dei soggetti deboli*, in M. Dogliotti - A. Braun (curr.), *Il trust* [*supra*, nota 2], 155; L. Ragazzini, *Trust interno e ordinamento giuridico italiano*, Riv. not., 1999, 279, a p. 298; L. Mazzamuto, *Trust interno e negozio di destinazione*. Nota a Trib. Velletri, ordinanza, 8 giugno 2005, *Europa e dir. priv.*, 2005, 809; L. F. Risso - D. Muritano, *Il trust: diritto interno e Convenzione de L'Aja. Ruolo e responsabilità del notaio*, *CNN Notizie*, anno 11, 22 febbraio 2006, n. 37 e in questa Rivista, 2006, 459; M. Bastianelli, *Profili tributari dei trust interni discrezionali*, *ivi*, 2006, 385. V. Trib. Bologna, 1° ottobre 2003, in questa Rivista, 2004, 67; Riv. dir. internaz. privato e proc., 2004, 294; Trib. Trento, Sez. distaccata di Cavalese, 20 luglio 2004, in questa Rivista, 2004, 573; Riv. dir. internaz. privato e proc., 2004, 1406; Trib. Brescia, 12 ottobre 2004, in questa Rivista, 2005, 83; Riv. dir. internaz. privato e proc., 2004, 1410; Trib. Velletri, 29 giugno 2005, in questa Rivista, 2005, 577; *Europa e dir. priv.*, 2005, 785; Trib. Firenze, 2 luglio 2005, in questa Rivista, 2006, 89 (nota D. Parisi) e, a commento, G. La Torre, *Riconoscimento dei trust interni da parte del Tribunale di Firenze*, *ivi*, 2006, 200; Trib. Trieste, 23 settembre 2005, in questa Rivista, 2006, 83; *Giur. it.*, 2006, 458. Ulteriori indicazioni giurisprudenziali sono consultabili sul sito Internet dell'Associazione "Il trust in Italia" all'indirizzo <http://www.il-trust-in-italia.it>.

(8) Cfr. Trib. Trento, Sez. distaccata di Cavalese, 20 luglio 2004 [*supra*, nota 7].

(9) S. M. Carbone, *Trust interno* [*supra*, nota 2], a p. 28.

Saggi

minare il limite di applicazione delle convenzioni di diritto internazionale privato in generale, e di quella di Roma in particolare, che è costituito dal carattere internazionale del caso concreto. Questa tendenza sottolinea che la tesi che condiziona l'applicazione delle convenzioni di diritto internazionale privato in generale, e di quella di Roma in particolare, all'esistenza del carattere internazionale del caso concreto non indica qual è il livello minimo di internazionalità che deve possedere il caso concreto per essere regolamentato da parte della Convenzione. Inoltre frequentemente il carattere internazionale del caso concreto può essere provocato dagli interessati all'unico scopo di potere applicare la Convenzione in questione: così in materia di trust si può creare un trust internazionale, per esempio nominando un trustee che abbia cittadinanza straniera o il proprio domicilio all'estero e/o collocando sotto il suo controllo anche un bene immobile che si trovi all'estero o un bene mobile che sia stato trasferito all'estero. Il limite dell'internazionalità del caso concreto non è dunque chiaramente definito ed è inoltre facilmente eludibile. Esso non viene pertanto giustamente menzionato più nelle convenzioni di nuova generazione, tra cui quella de L'Aja del 1° luglio 1985 sul trust e merita di essere definitivamente superato.

Un altro argomento per respingere l'opinione secondo cui la Convenzione de L'Aja non si applica ai trust interni è che esiste oggi una forte tendenza anche a eliminare il limite di applicazione del diritto comunitario di natura internazionalprivatistica e sostanziale costituito dal carattere internazionale del caso concreto. Difatti il diritto comunitario si applicava in un primo momento soltanto alle situazioni internazionali, mentre escludeva dal proprio ambito di applicazione quelle puramente interne, ovvero i casi privi di qualsiasi elemento transnazionale. Il sistema giuridico comunitario dimostra tuttavia una vera e propria "evasion of the cross border element"⁽¹⁰⁾.

Un primo momento di questa erosione del requisito di internazionalità si è verificato con il regolamento CE 44/2001, che sostituisce la Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968, sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale. Quest'ultima Convenzione, che rimane in vigore nelle relazioni con la Danimarca, stabilisce nel suo preambolo che, per fortificare nella Comunità la tutela giuridica delle persone stabilite nel territorio comunitario, "è necessario deter-

minare la competenza dei rispettivi organi giurisdizionali nell'ordinamento internazionale"⁽¹¹⁾ e questa formula rendeva inapplicabile la Convenzione ai casi che erano meramente interni ad uno Stato membro nel momento in cui erano sorti, ma che erano sollevati di fronte ad un giudice di uno Stato diverso grazie, ad esempio, ad una clausola di elezione del foro (art. 17 Convenzione Bruxelles 27 settembre 1968, oggi art. 23 del reg. CE 44/2001). Il regolamento ha oggi eliminato questa formula e stabilisce semplicemente, nel considerando n. 1, di essere stato adottato nel contesto delle misure "necessarie al corretto funzionamento del mercato interno". Conseguentemente è chiaro che il regolamento si applica anche ai casi che non hanno un carattere transnazionale o internazionale⁽¹²⁾.

Un secondo momento dell'erosione del requisito di internazionalità si è verificato quando la Corte di giustizia comunitaria, sin da alcune decisioni sulla *golden share*, ha stabilito che il carattere transnazionale del caso concreto deve essere interpretato come non necessariamente attuale ma anche semplicemente potenziale e si è quindi dichiarata competente a pronunciarsi su alcuni casi concreti che avevano elementi obiettivi meramente interni nel momento in cui si erano formati, ma che potevano eventualmente nel futuro inficiare il mercato interno ed acquisire dunque un carattere transnazionale⁽¹³⁾.

Un terzo momento dell'erosione del requisito di internazionalità si è verificato quando la Corte di

Note:

(10) Cfr. T. Ballarino – B. Ubertazzi, On Avello and other Judgments: A New Point of Departure in the Conflict of Laws, *Yearbook of Private International Law*, 2004, 85, a pp. 85-128, ed ivi altre indicazioni giurisprudenziali e dottrinali. V. anche G. Rossolillo, Territorio comunitario, situazione interna all'ordinamento comunitario e diritto internazionale privato, *Riv. dir. internaz.*, 2004, 695, a p. 711; L. S. Rossi, L'incidenza dei principi del diritto comunitario sul diritto internazionale privato: dalla "comunitarizzazione" alla "costituzionalizzazione", *Riv. dir. internaz. privato e proc.*, 2004, 74; R. Meoli, Ancora sulla rilevanza della questione "puramente interna": la sentenza della Corte di giustizia nel caso Salzmann, *Dir. comunitario scambi internaz.*, 2005, 45.

(11) Curiosamente le versioni linguistiche sono differenti e l'elemento dell'internazionalità del caso concreto, richiesto dalle versioni italiana e spagnola, non è ad esempio richiesto da quella inglese.

(12) Cfr. T. Ballarino – B. Ubertazzi, On Avello [*supra*, nota 10], a p. 86.

(13) Cfr. T. Ballarino – L. Bellodi, La golden share nel diritto comunitario. A proposito delle recenti sentenze della Corte comunitaria, *Riv. società*, 2004, 2. Cfr. anche Corte Giustizia CE, C-463/00, 13 maggio 2003 e Corte Giustizia CE, C-300/01, 5 luglio 2003, consultabili sul sito Internet della Corte di Giustizia della Comunità Europea all'indirizzo <http://www.curia.eu.int>.

giustizia ha stabilito, nel caso Avello(14), che esiste un legame con il diritto comunitario in casi che riguardano persone cittadine di uno Stato membro e residenti legalmente nel territorio di un altro Stato membro e si è dunque ritenuta competente a pronunciarsi su un caso che riguardava persone che possedevano due nazionalità, delle quali una di uno Stato membro diversa di quello di residenza e l'altra del Paese di residenza, nonostante che queste persone non si fossero mai spostate dallo Stato in cui erano nate e in cui risiedevano in un altro Paese comunitario e dunque nonostante non esistesse nessun elemento *cross-border*.

Un quarto momento dell'erosione del requisito di internazionalità si è verificato quando il Parlamento europeo e il Consiglio conformemente a questa evoluzione giurisprudenziale hanno adottato la direttiva 2004/38/CE(15), il cui art. 3.1 stabilisce che essa si applica "a qualsiasi cittadino dell'Unione che si rechi o soggiorni in uno Stato membro diverso da quello di cui ha la cittadinanza" e così stabilisce che il diritto comunitario si applica a tutti i casi che riguardano persone che posseggano una cittadinanza distinta da quella dello Stato in cui risiedono, quand'anche queste persone non si siano mai spostate dallo Stato in cui sono nate a un altro Stato comunitario e dunque quand'anche non esista nessun elemento *cross-border*(16).

Infine, un ultimo momento dell'erosione del requisito di internazionalità si è verificato quando la Corte di giustizia ha stabilito, nel caso Zhu(17), che la situazione di un cittadino di uno Stato membro che è nato nello Stato membro di cui possiede la cittadinanza e che non si è mai spostato in un altro Stato membro non può ritenersi una situazione meramente interna, idonea come tale ad impedire all'interessato di invocare le disposizioni comunitarie sulla libera circolazione e residenza delle persone. Conseguentemente la Corte si è ritenuta competente a pronunciarsi su un caso che riguardava una persona che possedeva una sola cittadinanza di uno Stato comunitario e che era dunque cittadina comunitaria nonostante che questa persona non si fosse mai spostata dallo Stato della nascita, che le aveva anche conferito la cittadinanza, ad un altro Paese comunitario e dunque nonostante il fatto che non esisteva nessun elemento *cross-border*.

Insomma l'interpretazione della Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985 secondo cui essa si applica ai trust interni e la forte tendenza ad eliminare il requi-

sito di internazionalità del caso concreto per applicare le convenzioni internazionali di diritto internazionale privato ed il diritto comunitario di natura internazionalprivatistica e sostanziale confermano che i trust interni entrano nel campo di applicazione della Convenzione de L'Aja.

Stabilito che i trust interni entrano nell'ambito di applicazione della Convenzione de L'Aja, è necessario verificare se l'Italia può invocare alcune norme della Convenzione per non riconoscere mai i trust interni: in altre parole occorre appurare se la Convenzione autorizza l'Italia a non riconoscere nessun tipo di trust interno.

L'art. 13 della Convenzione autorizza gli Stati membri a non riconoscere i trust interni. Una prima opinione ritiene che l'art. 13 della Convenzione de L'Aja è una norma *not self-executing* e, com'è noto, questo tipo di norme non possono essere applicate direttamente da parte del giudice perché necessitano di un intervento legislativo espresso che le renda diret-

Note:

(14) Cfr. Corte Giustizia CE, caso C-148/02, 15 novembre 2003, consultabile sul sito Internet della Corte di Giustizia della Comunità Europea, sezione Corte di Giustizia, all'indirizzo <http://www.curia.eu.it>. Sul caso "Avello", cfr. A. Quiñones Escámez, Derecho comunitario, derechos fundamentales y denegación del cambio de sexo y apellido: un orden público europeo armonizador? (a propósito de las SSTJCE, asuntos K.B. y Garcia Avello), Revista de Derecho comunitario europeo, 2004, 507; il contributo di P. Lagarde, Rev. crit. dr. int. pr., 2004, 192; A. Iliopoulou, What's in a name? Citoyenneté, égalité et droit au nom. A propos de l'arrêt Garcia Avello, Rev. trim. dr. eur., 2004, 565; A. Lara Aguado, Libertades comunitarias, doble nacionalidad y régimen de los apellidos, La ley, 2004, n. 6107, 1; I. Reig Fabado, Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil, 2004, 463; T. Ballarino - B. Ubertazzi, On Avello [*supra*, nota 10], a p. 89; S. Tonolo, La legge applicabile al diritto al nome dei bipoliti nell'ordinamento comunitario, Riv. dir. internaz. privato e proc., 2004, 957; M. Bogdan, The Impact of the E. C. Treaty on the Surnames of Migrating European Citizens, Homenaje Julio D. González Campos, 1277; R. Baratta, Verso la "comunitarizzazione" dei principi fondamentali del diritto di famiglia, Riv. dir. internaz. privato e proc., 2005, 587.

(15) Cfr. la direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE, GUCE, L. 158, 30 aprile 2004. Cfr. L. Esteve González, Nota di commento, consultabile nella sezione legislativa dell'Anuario español de Derecho internacional privado 2005, in corso di pubblicazione.

(16) Cfr. T. Ballarino - B. Ubertazzi, On Avello [*supra*, nota 10], *passim*.

(17) Cfr. Corte Giustizia CE, caso C-200/02, 4 dicembre 2004, consultabile sul sito Internet della Corte di Giustizia della Comunità Europea, all'indirizzo <http://www.curia.eu.it>. Sul caso "Zhu", v. M. Castellaneta, Soltanto l'estensione del diritto al genitore consente alla prole di vivere nello Stato membro, Guida al diritto, 2004, 108; T. Ballarino - B. Ubertazzi, On Avello [*supra*, nota 10], a p. 94; J.-Y. Carlier, Nota a Zhu, C. M. L. Rev., 2005, 1121.

Saggi

tamente applicabili. Il carattere *not self-executing* dell'art. 13 implica allora che questa norma può essere invocata per escludere il riconoscimento dei trust interni soltanto quando il legislatore abbia manifestato una volontà espressa e precisa in tal senso. Questa volontà legislativa non è stata manifestata in Italia e quindi l'art. 13 della Convenzione non può essere invocato per negare in ogni caso il riconoscimento ai trust interni in Italia. Conseguentemente i trust interni possono non essere riconosciuti in Italia soltanto quando essi siano nel caso concreto "manifestamente incompatibili con l'ordine pubblico" ex art. 18 della Convenzione.

Una seconda opinione giunge al medesimo risultato nonostante parta da premesse diverse. Questa tesi sostiene che l'art. 13 della Convenzione de L'Aja è una norma *self-executing* e può quindi essere direttamente applicata dal giudice senza bisogno di un intervento normativo espresso in tal senso. L'art. 13 non pone tuttavia un obbligo preciso, bensì stabilisce una mera facoltà degli Stati membri di non riconoscere i trust interni, ed è dunque una regola "facoltativa". Le regole facoltative possono essere concretizzate sia attraverso una disposizione di attuazione specifica sia, in mancanza, attraverso i principî generali dell'ordinamento in cui devono applicarsi: soltanto l'applicazione della norma facoltativa conforme a questi principî garantisce infatti un'applicazione uniforme della norma nello Stato interessato. In sintesi, secondo questa tesi, la norma facoltativa dell'art. 13 della Convenzione de L'Aja non può essere invocata per negare il riconoscimento dei trust interni in Italia, salvo che il trust vulneri nel caso concreto l'ordine pubblico italiano ex art. 18 della Convenzione de L'Aja.

L'accettazione di questa tesi impone di verificare se esiste in Italia un principio di ordine pubblico che possa essere invocato per escludere il riconoscimento di qualunque tipo di trust interno; più precisamente la tesi per cui i trust interni sono ammissibili in Italia obbliga comunque a verificare se esista un principio di ordine pubblico che possa dedursi dall'art. 2740 cod. civ. e secondo cui è illegittima la segregazione patrimoniale che deriva dal trust. In realtà, in Italia esistono molte norme sostanziali che legittimano alcune segregazioni patrimoniali, dunque alcune limitazioni alla responsabilità patrimoniale del debitore e la creazione di "patrimoni separati", 'patrimoni autonomi' o 'fondi patrimoniali' dedicati ad uno specifico scopo operanti sia nel diritto dell'economia

sia nel diritto di famiglia"(18) e che pertanto derogano all'art. 2740 cod. civ. Inoltre "in forza [...] della Convenzione de L'Aja, l'effetto di segregazione del patrimonio costituito in trust costituisce legittima deroga al principio di ordine pubblico economico della responsabilità illimitata del debitore con tutto il patrimonio posto dall'art. 2740 c.c." e ciò indipendentemente dal carattere internazionale o meno del caso concreto(19).

Conseguentemente in Italia non esiste nessun principio di ordine pubblico che impedisca di segregare il patrimonio e i trust interni sono allora in astratto compatibili con l'ordine pubblico italiano. Ciò non impedisce che un trust interno possa essere nel caso concreto manifestamente incompatibile con l'ordine pubblico italiano e dunque non riconoscibile in Italia ex art. 18 della Convenzione de L'Aja.

Il trust interno è incompatibile con l'ordine pubblico italiano ad esempio quando è stato costituito in "mancanza di qualsiasi legittima giustificazione all'impiego del trust ed alla scelta della legge ad esso applicabile"(20) ed è dunque fraudolento. Il carattere fraudolento del trust e la sua conseguente contrarietà all'ordine pubblico devono essere giudicati tuttavia caso per caso. Non è infatti sufficiente che il trust sia un trust interno. Al contrario, nella valutazione sulla contrarietà del trust all'ordine pubblico è necessario rispettare il *favor validitatis* per il trust, che manifestano anche l'art. 6.2 della Convenzione de L'Aja, secondo cui "lorsque la loi choisie" per regolare il trust "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" (secondo l'art. 7 "lorsqu'il n'a pas été choisi de loi, le trust est régi par la loi avec laquelle il présente les liens les plus étroits. / Pour déterminer la loi avec laquelle le trust présente les liens les plus étroits, il est tenu compte notamment: / a) du lieu d'administration du trust désigné par le constituant; / b) de la situation des biens du trust; / c) de la résidence ou du lieu d'établissement du trustee; / d) des objectifs du

Note:

(18) S. M. Carbone, *Trust interno* [supra, nota 2], a p. 32. Cfr. la nuova disciplina societaria italiana introdotta con il D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, su cui, per tutti: M. Lamandini, I patrimoni "destinati" nell'esperienza societaria. Prime note sul d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, Riv. societ., 2003, 490.

(19) Trib. Brescia, 12 ottobre 2004 [supra, nota 7], a p. 83, 1411.

(20) S. M. Carbone, *Trust interno* [supra, nota 2], a p. 32.

trust et des lieux où ils doivent être accomplis”) e l’art. 14, secondo cui “la Convention ne fait pas obstacle à l’application de règles de droit plus favorables à la reconnaissance d’un trust”. Il trust interno è allora incompatibile con l’ordine pubblico italiano per esempio quando “il beneficiario del trust sia lo stesso disponente mantenendo quest’ultimo un potere di indirizzo e di gestione sull’attività del trustee. Sotto questo profilo, inoltre, sono anche da considerare abusive quelle situazioni in cui il trustee non risulti effettivamente indipendente rispetto al disponente oppure i beneficiari indicati non siano realmente tali” o il trust venga creato “al fine di occultare a legittimi creditori i redditi relativi ad un determinato patrimonio di cui il debitore è titolare” o al fine di eludere “i valori sottesi alla disciplina prevista nell’ordinamento giuridico” del foro “applicabile a taluni rapporti (ad esempio protezione dei minori e degli incapaci, successione legittima o testamentaria con specifico riferimento alla riserva legittima, effetti personali e patrimoniali del matrimonio, etc.)”(21).

In conclusione in Italia nonostante non esista alcuna regolamentazione sostanziale del trust, la legge 16 ottobre 1989, n. 364 di ratifica della Convenzione de L’Aja non ha soltanto introdotto una disciplina specifica di diritto internazionale privato del trust, ma ha anche autorizzato le persone a creare un trust interno e a scegliere una legge straniera come applicabile a tale trust. La legge straniera scelta regola allora il trust interno salvo che questo trust o l’applicazione di questa legge conduca a risultati manifestamente incompatibili con l’ordine pubblico o la legge scelta non conosca l’istituto del trust o la categoria di trust di cui si tratti: in questi casi il trust non sarà riconosciuto ex art. 18 della Convenzione de L’Aja o rispettivamente la scelta non produrrà effetto e si applicherà il diritto dello Stato con cui il trust è più strettamente vincolato ex art. 7 della Convenzione de L’Aja. Resta comunque salva l’applicazione delle norme imperative italiane ex art. 15 della Convenzione de L’Aja (che stabilisce che sono sempre applicabili “des dispositions de la loi désignée par les règles de conflit du for lorsqu’il ne peut être dérogé à ces dispositions par une manifestation de volonté, notamment dans les matières suivantes: / a) la protection des mineurs et des incapables; / b) les effets personnels et patrimoniaux du mariage; / c) les testaments et la dévolution des successions, spécialement la réserve; / d) le transfert de propriété et les sûretés réelles; / e) la protection des créanciers en cas

d’insolvabilité; / f) la protection des tiers de bonne foi à d’autres égards. / Lorsque les dispositions du paragraphe précédent font obstacle à la reconnaissance du trust, le juge s’efforcera de donner effet aux objectifs du trust par d’autres moyens juridiques”) e delle norme di applicazione necessaria italiane ex art. 16 della Convenzione de L’Aja (secondo cui “la Convention ne porte pas atteinte aux dispositions de la loi du for dont l’application s’impose même aux situations internationales quelle que soit la loi désignée par les règles de conflit de lois. / A titre exceptionnel, il peut également être donné effet aux règles de même nature d’un autre Etat qui présente avec l’objet du litige un lien suffisamment étroit”).

§ 3. Il trust nel diritto processuale civile internazionale spagnolo.

La Spagna non dispone di una regolamentazione sostanziale del trust e non ha neppure ratificato la Convenzione de L’Aja del 1° luglio 1985: il trust è dunque un istituto sconosciuto nel diritto spagnolo. È tuttavia pacifico che i giudici spagnoli hanno giurisdizione per conoscere i casi relativi ai trust. Le azioni di fondo che si originano in un trust possono essere di due tipi diversi: personali o reali a seconda che abbiano ad oggetto la esecuzione di obbligazioni e che rivendichino un diritto di natura personale con carattere *inter partes* o che abbiano ad oggetto beni immobili e che rivendichino un diritto reale con carattere *erga omnes*.

Anzitutto il regolamento CE 44/2001 prevede alcuni criteri di giurisdizione per le azioni personali in materia di trust(22): l’art. 2, secondo cui “le persone domiciliate nel territorio di un determinato Stato membro sono convenute, a prescindere dalla loro nazionalità, davanti ai giudici di tale Stato membro”; l’art. 5.6, secondo cui “la persona domiciliata nel territorio di uno Stato membro può essere convenuta in un altro Stato membro [...] 6) nella sua qualità di fondatore, trustee o beneficiario di un trust costitui-

Note:

(21) S. M. Carbone, *Trust interno* [supra, nota 2], a p. 34.

(22) C. González Beilfuss, *Los Convenios de Bruselas y de Lugano y el trust: propuestas de modificación, La revisión de los Convenios de Bruselas y Lugano sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales: una reflexión preliminar española*, Tarragona 30-31 de mayo de 1997, Madrid, 1998, p. 301; M. Frigessi di Rattalma, *La competenza giurisdizionale in materia di trust nel regolamento comunitario n. 44/2001*, Riv. dir. internaz. privato e proc., 2003, 783.

Saggi

to in applicazione di una legge o per iscritto o con clausola orale confermata per iscritto, davanti ai giudici dello Stato membro nel cui territorio il trust ha domicilio”; l’art. 23.4, secondo cui “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” (sottomissione espressa) e l’art. 24, secondo cui “oltre che nei casi in cui la sua competenza risulta da altre disposizioni del presente regolamento, il giudice di uno Stato membro davanti al quale il convenuto è comparso è competente” (sottomissione tacita). Il domicilio del trust di cui all’art. 5.6 si determina conformemente all’art. 60.3 del regolamento secondo cui “per definire se un trust ha domicilio nel territorio di uno Stato membro i cui giudici siano stati aditi, il giudice applica le norme del proprio diritto internazionale privato”. In realtà il diritto internazionale privato spagnolo non disciplina i trust interni e quindi la localizzazione del domicilio del trust ex art. 60.3 del regolamento 44/2001 è “impracticable” e “la única solución razonable debe tratar de determinar el sistema más vinculado al trust, siguiendo [...] un complejo conjunto de índices de localización: la voluntad del constituyente, el lugar de administración del trust, el domicilio del trustee, la situación de los bienes muebles o inmuebles, etcétera”(23).

In secondo luogo il regolamento CE 44/2001 prevede un criterio di giurisdizione esclusivo per le azioni reali: secondo l’art. 22.1 “indipendentemente dal domicilio, hanno competenza esclusiva: 1) in materia di diritti reali immobiliari [...] i giudici dello Stato membro in cui l’immobile è situato”. Questa norma ha un contenuto simile all’art. 16.1 Convenzione Bruxelles 27 settembre 1968. Le interpretazioni che la Corte di giustizia ha reso di quest’ultima regola servono dunque per interpretare anche l’art. 22.1 del regolamento CE 44/2001. Tra queste interpretazioni vi è quella effettuata nel caso “Webb”(24) in cui la Corte ha stabilito che “l’azione volta a far constatare che una persona detiene un bene immobile in qualità di trustee e ad ottenere che le sia ingiunto di compiere gli atti necessari affinché l’attore diventi titolare della *legal ownership* non è un’azione reale ai sensi dell’art. 16, punto 1, della Convenzione” di Bruxelles, ma è un’azione personale sempre con riferimento alla Convenzione. Conseguentemente le azioni che so-

no intraprese tra i soggetti intervenuti in un trust e che abbiano ad oggetto beni immobili o che rivendichino un diritto reale con carattere *erga omnes* – e che sono dunque qualificabili come reali dal punto di vista interno – non possono essere ricondotte all’art. 22.1 del regolamento CE 44/2001, ma devono essere comprese negli articoli 2, 5.6, 23.4 e 24 del regolamento CE 44/2001. L’art. 22.1 determina tuttavia la giurisdizione dei giudici spagnoli quando si è in presenza di un’azione reale di un terzo che non sia uno dei soggetti intervenuti nel trust ed uno di questi ultimi soggetti.

In sintesi, qualsiasi azione che riguardi relazioni che hanno tra loro il disponente, il trustee o il beneficiario può essere sollevata di fronte ai giudici spagnoli quando (i) esiste una clausola di sottomissione espressa a tali giudici, contenuta anche in un semplice atto unilaterale, stabilita nell’atto istitutivo di un trust ex art. 23.4 del regolamento CE 44/2001; (ii) esiste una sottomissione tacita a tali giudici ex art. 24 del regolamento CE 44/2001; (iii) il convenuto è domiciliato in Spagna ex art. 2 del regolamento CE 44/2001; o (iv) il trust è domiciliato in Spagna ex art. 5.6 del regolamento CE 44/2001.

Alcuni trust sfuggono peraltro dall’ambito di applicazione del regolamento: in particolare quelli riferiti alle materie escluse dal suo ambito di applicazione materiale, tra cui figurano quelle relative “allo stato e alla capacità delle persone fisiche, al regime patrimoniale fra coniugi, ai testamenti e alle successioni” (così l’art. 1.2 del regolamento). Il regolamento CE 44/2001 non regola dunque la giurisdizione riguardo ai trust istituiti al fine di tutela delle persone incapaci o dei minori o con scopi familiari o successori. Il regolamento non determina inoltre neanche la giurisdizione quando il convenuto è domiciliato in uno Stato non parte del regolamento, ovvero in uno Stato comunitario (sempre che non esista una sottomissione espressa o tacita ai giudici spagnoli ex artt. 23.4 e 24 del regolamento CE 44/2001 o una compe-

Note:

(23) J. C. Fernández Rozas – S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, III ed., Madrid, 2004, p. 533. Traduzione: “è impracticabile” e “l’unica soluzione ragionevole consiste nel cercare di individuare il sistema più strettamente vincolato al trust, seguendo [...] un complesso congiunto di indici di localizzazione: la volontà del costituente, il luogo di amministrazione del trust, il domicilio del trustee, la situazione dei beni mobili o immobili, etc.”.

(24) V. Corte di Giustizia CE, 17 maggio 1994, Webb c. Webb, in questa Rivista, 2004, 112.

tenza esclusiva di questi giudici *ex art. 22.1* del regolamento CE 44/2001, perché in questi casi il regolamento si applica anche se il convenuto non è domiciliato in uno Stato comunitario).

Nel caso in cui il trust sfugga all'ambito di applicazione del regolamento CE 44/2001 si applica l'art. 22 LOPJ (Ley Organica Poder Judicial): i giudici spagnoli sono quindi competenti *ex art. 22.1 LOPJ* per le azioni reali in materia di trust quando il bene immobile si trova in Spagna e *ex art. 22.3 LOPJ* per le azioni personali (i) in materia di trust con scopi di tutela delle persone incapaci o dei minori, quando questi ultimi hanno la propria residenza in Spagna (salvo per i minori le disposizioni sulla giurisdizione della Convenzione de L'Aja del 1961 sulla competenza delle autorità e sulla legge applicabile in materia di protezione dei minori)⁽²⁵⁾; (ii) in materia di trust familiari quando "ambos cónyuges posean residencia habitual en España al tiempo de la demanda o el demandante sea español y tenga su residencia habitual en España, así como ambos cónyuges tengan la nacionalidad española, cualquiera que sea su lugar de residencia siempre que promuevan su petición de mutuo acuerdo o uno con el consentimiento del otro" o "en materia de filiación o de relaciones paternofiliales, cuando el hijo tenga su residencia habitual en España al tiempo de la demanda o el demandante sea español o resida habitualmente en España"⁽²⁶⁾; o (iii) sempre in materia di trust familiari, quando il dante causa abbia avuto il suo ultimo domicilio in Spagna o possieda beni immobili in Spagna.

§ 4. Il trust nel diritto internazionale privato spagnolo.

È pacifico che l'istituto del trust non è in astratto contrario all'ordine pubblico spagnolo: di conseguenza "el principio del *non liquet* obliga a los jueces y tribunales españoles a resolver las controversias en las que aparezca involucrado un trust si previamente han resultado competentes en virtud de las normas de competencia judicial internacional. Corresponde, por tanto, al DIPr español, como sector del ordenamiento jurídico al que compete la resolución de los asuntos de tráfico jurídico externos, establecer los mecanismos para un adecuado tratamiento de la institución" ⁽²⁷⁾.

Il diritto internazionale privato spagnolo non contiene nessuna regola specificamente relativa al

trust, posto che la Spagna non ha ancora ratificato la Convenzione de L'Aja: è tuttavia possibile riferirsi all'una o all'altra norma di diritto internazionale privato spagnolo, che, nonostante siano state stabilite per determinare la legge applicabile a categorie diverse dal trust, regolano istituti assimilabili al trust e sono pertanto idonee a designare anche la legge applicabile al trust.

Anzitutto, tutte le questioni relative ai beni mobili o immobili oggetto del trust, ovvero tutte le questioni relative ad esempio a chi è il titolare di questi beni, di quali poteri dispone questo titolare, come possa questo titolare iscrivere eventualmente il suo titolo di proprietà nel registro immobiliare, così come a tutti gli atti relativi a questi beni, sono regolate

Note:

(25) Questa Convenzione è stata ratificata e resa esecutiva dall'Italia con L. 24 ottobre 1980, n. 742, G. U. 12 novembre 1980, suppl. ord., 310. Questa legge non conteneva tuttavia le necessarie norme di attuazione. Queste ultime sono state predisposte soltanto con L. 15 gennaio 1994, n. 64, G. U. 29 gennaio 1994, n. 23. La Convenzione è entrata in vigore per l'Italia soltanto il 23 aprile 1995. Cfr. il testo della Convenzione consultabile in Riv. dir. internaz. privato e proc., 1995, 839. V. lo stato delle ratifiche costantemente aggiornato consultabile sul sito Internet della Conferenza de L'Aja all'indirizzo <http://www.hcch.net/fi/conventions/menu.html>. Su questa Convenzione, cfr. F. Mosconi, La tutela dei minori in diritto internazionale privato, Milano, 1965, *passim*; G. A. L. Droz, La protection des mineurs en droit international privé français depuis l'entrée en vigueur de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961, J D. I., 1973, 603; J. Kropholler, Das Haager Abkommen ueber den Schutz Minderjaehriger, Gieseking, 1977; A. Beghè Loreti, Le Convenzioni internazionali per la protezione dei minori, in Aa. Vv., La protezione dei minori nelle convenzioni internazionali, Roma, 1982, p. 14; P. Lagarde, La protection du mineur double - national talon d'Achille de la convention de la Haye du 5 octobre 1961, in Aa. Vv., L'unificazione del diritto internazionale privato e processuale - Studi in memoria di Mario Giuliano, Padova, 1989, p. 529; A. Bonomi, La Convenzione de L'Aja del 1961 sulla protezione dei minori: un riesame dopo la ratifica italiana e l'avvio dei lavori di revisione, Riv. dir. internaz. privato e proc., 1995, 607; F. Mosconi, La protezione dei minori, in F. Salerno (cur.), Convenzioni internazionali e legge di riforma del diritto internazionale privato, Padova, 1997, p. 59; M. Franchi, Protezione dei minori e diritto internazionale privato, Milano, 1997, p. 1 s.; P. Hammje, L'intérêt de l'enfant face aux sources internationales du droit international privé, Mélanges Paul Lagarde, 1997, p. 366.

(26) Traduzione: "quando entrambi i coniugi hanno la propria residenza abituale in Spagna al tempo della domanda o l'attore sia spagnolo ed abbia la propria residenza abituale in Spagna, così come quando entrambi i coniugi abbiano la cittadinanza spagnola, qualunque sia la loro residenza, e purché promuovano la loro azione congiuntamente o la promuova uno solo con il consenso dell'altro o, in materia di filiazione o di relazioni genitoriali, quando il figlio abbia la propria residenza abituale in Spagna al tempo della domanda o l'attore sia spagnolo o risieda in Spagna".

(27) C. González Beilfuss, El trust [*supra*, nota 1], p. 66. Traduzione: "il principio del *non liquet* obbliga i giudici spagnoli a risolvere le controversie relative a trust se hanno giurisdizione in virtù delle norme sulla giurisdizione internazionale. Spetta allora al diritto internazionale privato spagnolo, come settore dell'ordinamento giuridico a cui compete risolvere i casi di traffico giuridico internazionale, stabilire i meccanismi per un trattamento adeguato della situazione".

Saggi

dalla *lex rei sitae* ex art. 10.1 e 2 del codice civile spagnolo secondo cui “1. La posesión, la propiedad y los demás derechos sobre bienes inmuebles, así como su publicidad, se regirán por la ley del lugar donde se hallen. 2. La misma ley será aplicable a los bienes muebles”(28). L'applicazione della *lex rei sitae* alle questioni relative a beni immobili oggetto del trust è tuttavia insoddisfacente. Difatti nei casi in cui il bene si trova in uno Stato che non conosce il trust, come la Spagna, l'applicazione della *lex rei sitae* richiede le necessarie “operazioni di adattamento”: ad esempio nei casi di trust *mortis causa* si assimilano i beneficiari agli eredi ed il trustee ad un amministratore della successione, ciò che comporta che chi acceda al registro della proprietà come titolare di questi beni sono i beneficiari o il trustee. Nel primo caso il trustee deve ottenere il consenso dei beneficiari per disporre del bene; il trust ha tuttavia tra le proprie caratteristiche essenziali che “le trustee est investi du pouvoir et chargé de l'obligation, dont il doit rendre compte, d'administrer, de gérer ou de disposer des biens selon les termes du trust et les règles particulières imposées au trustee par la loi” (art. 2.c della Convenzione de L'Aja) senza essere sottoposto alle istruzioni del beneficiario del trust; condizionare la validità degli atti di disposizione del trustee al consenso del beneficiario altera quindi profondamente la natura del trust. Nel secondo caso, considerare come titolare dei beni il trustee consente a quest'ultimo di disporre dei beni come se essi fossero di sua proprietà ed anche contro quanto stabilito nell'atto istitutivo del trust; il trust ha tuttavia tra le proprie caratteristiche essenziali che “les biens du trust constituent une masse distincte et ne font pas partie du patrimoine du trustee” (art. 2.a della Convenzione de L'Aja); permettere che il trustee disponga dei beni del trust come se essi fossero propri altera quindi profondamente la natura del trust. In sintesi la applicazione della *lex rei sitae* può condurre a misconoscere che il trustee è obbligato ad amministrare questi beni soltanto secondo le istruzioni stabilite con il trust o che i beni del trust sono distinti dal patrimonio personale del trustee, ciò che può condurre a alterare profondamente la natura del trust(29).

In secondo luogo tutte le questioni relative al trust distinte da quelle riguardanti i diritti reali, ovvero tutte le questioni, per esempio, di validità sostanziale del trust, del suo contenuto ed effetti rispetto al disponente, al trustee e al beneficiario, di amministrazione e responsabilità del trustee sono regolate da

parte di leggi diverse a seconda della qualificazione distinta che può effettuarsi del trust.

Una prima tesi è stata proposta in sistemi giuridici diversi da quello spagnolo e consiste nel qualificare alcuni tipi di trust, tra cui il *business trust*, come persone giuridiche e dunque nell'invocare l'applicazione della *lex societatis*(30). La qualificazione del trust come persona giuridica non è tuttavia effettuabile nel diritto internazionale privato spagnolo(31). Anzitutto perché determina soluzioni distinte a seconda che il trust sia un *business trust* o abbia altra natura, ciò che produce un frazionamento della disciplina di diritto internazionale privato del trust che non è conveniente. In secondo luogo perché “es obvio que estructuralmente el trust” quand'anche sia un *business trust* “poco tiene que ver con una sociedad personal, una sociedad de capital o una fundación”(32).

In terzo luogo la tesi proposta è giustificabile negli ordinamenti che sottopongono le società alla legge del luogo di costituzione, come in quelli svizzero o italiano(33): in questi casi l'assimilazione del trust alle società conduce ad applicare al trust la legge del luogo di istituzione, che possiede generalmente una disciplina specifica del trust. In Spagna le società non sono tuttavia regolate dalla legge del luogo di costituzione bensì dalla legge nazionale ex art. 9.11 del codice civile spagnolo secondo cui “la ley personal correspondiente a las personas jurídicas es la determinada por su nacionalidad, y regirá en todo lo relativo a capacidad, constitución, representación, fun-

Note:

(28) Cfr. M. Checa Martínez, El trust angloamericano en el Derecho español, Madrid, 1998, *passim*; J. C. Fernández Rozas – S. Sánchez Lorenzo, Derecho *supra*, nota 23, p. 555. Traduzione: “1. Il possesso, la proprietà e tutti gli altri diritti sui beni immobili, così come la loro pubblicità sono regolati dalla legge del luogo in cui si trovano. 2. La medesima legge sarà applicabile ai beni mobili”.

(29) Cfr. C. González Beilfuss, El trust *supra*, nota 1, p. 93 s.

(30) Cfr. B. Dutoit, Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, IV ed., Basilea – Ginevra – Monaco, 2005, p. 529 s.; L. Mari, Il diritto processuale civile della Convenzione di Bruxelles, I, Il sistema della competenza, Padova, 1999, p. 247.

(31) Cfr. C. González Beilfuss, El trust *supra*, nota 1, p. 99.

(32) C. González Beilfuss, El trust *supra*, nota 1, p. 99. Traduzione: “è ovvio che il trust” quand'anche sia un *business trust* “ha poco in comune dal punto di vista strutturale con una società di persone, di capitali o una fondazione”.

(33) Cfr. T. Ballarino, Diritto internazionale *supra*, nota 6, p. 382; B. Dutoit, Commentaire *supra*, nota 30, p. 529 s.; L. Mari, Il diritto processuale civile *supra*, nota 30, p. 244.

cionamiento, transformación, disolución y extinción”(34). La nazionalità delle società è determinata dalla sua sede reale e conseguentemente “si el trust realiza principalmente actividades en España, se considerara sujeto al Derecho español e, incluso, resultará necesaria una adecuación a las formas societarias españolas”(35).

L'ordinamento spagnolo non conosce il trust: l'applicazione della legge spagnola rende quindi necessario effettuare una operazione di adattamento al trust di regole di diritto materiale che sono create per regolamentare istituzioni simili al trust, che non sono tuttavia il trust; e questa operazione di adattamento finisce con l'alterare profondamente la natura del trust. In quarto luogo “aunque el trust se asimile a una sociedad extranjera, si tiene un establecimiento en España, podría ser necesaria su inscripción en el Registro mercantil”(36) spagnolo, cosa che non viene mai effettuata e che sarebbe di problematica effettuazione per i trust.

Una seconda tesi è stata proposta sempre fuori dalla Spagna e consiste nel distinguere i trust tra quelli creati *inter vivos* e quelli creati *mortis causa* e nel qualificare i primi come contratti (37), mentre i secondi come istituti successori(38). La qualificazione del trust creato *inter vivos* come contratto conduce ad applicare la *lex contractus*. In Spagna questa legge non è determinata dalla Convenzione di Roma, perché l'art. 1.2, g) della Convenzione stabilisce che le sue disposizioni non si applicano “alla costituzione di – trusts – né ai rapporti che ne derivano tra i costituenti, i – trustees – e i beneficiari”, ma viene individuata dall'art. 10.5 del codice civile spagnolo secondo cui la *lex contractus* è “la ley a que las partes se hayan sometido expresamente, siempre que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate; en su defecto, la ley nacional común a las partes; a falta de ella, la de la residencia habitual común, y, en último término, la ley del lugar de celebración del contrato. / No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, a falta de sometimiento expreso, se aplicará a los contratos relativos a bienes inmuebles la ley del lugar donde estén sitos, y a las compraventas de muebles corporales realizadas en establecimientos mercantiles, la ley del lugar en que estos radiquen”(39). Chi qualifica il trust come contratto sottolinea che questa qualifica consente di applicare ai trust le norme di conflitto relative alle obbligazioni contrattuali; queste norme si caratterizzano per la loro flessibilità e per il ruolo che riservano all'autonomia della volontà,

conformemente alla natura del contratto nel diritto materiale, natura che esige l'applicazione di regole flessibili e idonee a rispettare l'autonomia della volontà; queste esigenze sono proprie anche del trust; applicando al trust le regole relative ai contratti internazionali viene quindi garantita la flessibilità e a sua volta il rispetto dell'autonomia della volontà in materia di trust. A ben vedere la qualificazione del trust come contratto non convince. Anzitutto perché essa pone il problema di stabilire chi sono i contraenti: “el settlor y el trustee, el trustee y los beneficiarios, el settlor y los beneficiarios o los tres?”(40).

In secondo luogo perché la qualificazione contrattuale può frazionare il trust in distinte operazioni contrattuali e precisamente in quelle tra il disponente ed il trustee, tra il trustee e i beneficiari e tra il disponente e i beneficiari, e questo frazionamento è

Note:

(34) Traduzione: “la legge personale delle persone giuridiche è quella determinata dalla loro nazionalità e regola qualsiasi questione relativa alla capacità, costituzione, rappresentazione, funzionamento, trasformazione, dissoluzione e estinzione”.

(35) Traduzione: “se il trust realizza principalmente attività in Spagna, si considera soggetto al diritto spagnolo e, tra l'altro, occorrerebbe effettuare un adattamento del trust alle forme societarie spagnole”.

(36) C. González Beilfuss, El trust [*supra*, nota 1], p. 99. Traduzione: “nonostante che il trust si assimili a una società straniera se possiede una sede in Spagna potrebbe essere necessaria la sua iscrizione nel registro mercantile”.

(37) Assimila il trust ad un contratto il Quebec, su cui v. E. Arroyo i Amayuelas, La regulación quebequesa del trust, La Notaria, 2001, 11. Il progetto di legge francese sulla *fiducie*, su cui v. E. Bayle Sabatier, La proposición de la ley francesa n. 178/2005 instituyendo la fiducia: interés para el derecho catalán, aspectos coincidentes y principales diferencia, in S. Nasarre Aznar – M. Garrido Melero (curr.), Los patrimonios [*supra*, nota 2], p. 651; S. Cámara Lapuente, Trust a la francesa: las doce preguntas de siempre y un reto desesperado a la luz de la proposición de Ley de 8 de febrero de 2005 que instituye la “fiducie”, *Indret*, 2, 2005, n. 283, 1. Sulla qualificazione contrattuale del trust, v. anche K. Siehr, Der Trust im IPR, in R. Bieber (cur.), *Mélanges en l'honneur de Bernard Dutoit*, Ginevra, Droz, 2002, pp. 297-309.

(38) Cfr. A. Dyer, Introductory Note [*supra*, nota 2], a p. 274.

(39) Traduzione: “la legge a cui le parti si sono sottomesse espressamente sempre che abbia una certa connessione con il contratto in questione; in mancanza la legge della cittadinanza comune delle parti; in mancanza la legge della residenza abituale comune, e in ultimo termine, la legge del luogo di conclusione del contratto. / Nonostante quanto disposto dal paragrafo precedente, in mancanza di scelta espressa si applicherà ai contratti relativi a beni immobili la legge del luogo in cui essi sono siti, e alle vendite di beni mobili corporali realizzate in locali commerciali, la legge del luogo in cui questi si trovano”.

(40) C. González Beilfuss, El trust [*supra*, nota 1], p. 81. Traduzione: “il disponente ed il trustee, il trustee ed i beneficiari, il disponente ed i beneficiari o tutti e tre?”. Cfr. anche B. Dutoit, *Commentaire* [*supra*, nota 30], p. 530.

Saggi

contrario all'esigenza di rispettare l'unità degli istituti quando si individua la legge loro applicabile. In terzo luogo perché questo frazionamento individua diversi diritti materiali applicabili che regolano congiuntamente le relazioni giuridiche create dal trust: un giudice spagnolo deve quindi adattare tra loro tutti questi diritti e così "realizar una tarea titánica" cuyo "resultado [...] sería, con toda probabilidad, decepcionante"(41).

In quarto luogo, perché quando le parti di ogni relazione contrattuale istituiscono una parte del trust non scelgono generalmente il diritto ad essa applicabile; la legge determinata con i criteri sussidiari a quello volontaristico previsti dall'art. 10.5 del codice civile spagnolo può essere quella di uno Stato che come la Spagna non conosce il trust: è quindi necessario effettuare una operazione di adattamento al trust di alcune regole di diritto materiale create per regolare istituti simili al trust, che tuttavia non sono il trust, e questa operazione altera profondamente la natura del trust(42). In quinto luogo, perché l'art. 10.5 del codice civile spagnolo "no es más que un muerto viviente" e quindi è "anacrónico" ed inidoneo a designare la legge regolatrice del trust(43).

Inoltre, questa seconda tesi qualifica il trust creato *mortis causa* come istituzione successoria e conseguentemente invoca l'applicazione della "ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren" (art. 9.8 codice civile spagnolo)(44). In realtà neanche la qualificazione del trust come istituto successorio può convincere. Anzitutto perché determina soluzioni distinte a seconda che il trust abbia natura successoria o meno, ciò che produce un frazionamento della disciplina di diritto internazionale privato del trust che non è conveniente. In secondo luogo perché l'art. 9.8 codice civile spagnolo si caratterizza per una grande rigidità che può condurre ad applicare sempre la legge nazionale del disponente e che può condurre a respingere del tutto l'autonomia della volontà del disponente e la sua scelta eventuale di un diritto applicabile, e questo risultato non soddisfa l'esigenza di flessibilità e di rispetto dell'autonomia della volontà che è a base del trust. In terzo luogo perché questa qualificazione conduce ad applicare la legge nazionale del disponente che può essere la legge di uno Stato che come la Spagna non conosce il trust: diviene quindi necessario effettuare un'operazione di adattamento al trust di regole di diritto materiale create per regolare isti-

tuti simili al trust, che non sono tuttavia il trust, e questa operazione altera profondamente la natura del trust(45).

Un'ultima tesi non propone un'unica qualificazione del trust, ma "combina la delimitación de ciertos aspectos de la institución con soluciones interpretativas de desarrollo judicial [...]" e sostiene che "las relaciones internas del trust quedan regidas por la propia ley designada y, en su defecto, a través de una solución basada en la agrupación de contactos relevantes: lugar de administración de los bienes, lugar de residencia o establecimiento del trustee, lugar de situación de los bienes objeto del trust, etc. La ley determinada conforme a este criterio regulará la validez sustancial de la creación del trust, su contenido y efectos respecto del constituyente, trustee y beneficiario, la administración y responsabilidad del trustee, etc."(46).

Inoltre, secondo questa tesi la parte del trust *inter vivos* che concerne la designazione del beneficiario per il momento della morte del disponente il trust è regolata dalla *lex successionis*, conformemente all'art. 9.8 codice civile. "Incluso con alcance general un trust puede requerir la aplicación de los límites impuestos por la ley sucesora a las donaciones, procurando su reducción cuando excedan la cuota disponible determinada en el momento de la apertura de la sucesión. Ni que decir tiene, que la acción del art. 9.8

Note:

(41) C. González Beilfuss, El trust [*supra*, nota 1], p. 81. Traduzione: "realizzare un compito titanico" il cui "risultato sarebbe con tutta probabilità deludente".

(42) C. González Beilfuss, El trust [*supra*, nota 1], p. 81.

(43) J. C. Fernández Rozas – S. Sánchez Lorenzo, Derecho [*supra*, nota 23], p. 555. Traduzione: "non è altro che un morto vivente", e dunque è "anacronistico".

(44) Traduzione: "legge nazionale del *de cuius* nel momento della morte, qualunque sia la natura dei beni e il paese dove si trovano".

(45) C. González Beilfuss, El trust [*supra*, nota 1], p. 82.

(46) J. C. Fernández Rozas – S. Sánchez Lorenzo, Derecho [*supra*, nota 23], p. 554. Traduzione: "combina la delimitazione di alcuni aspetti dell'istituto con soluzioni interpretative di origine giurisprudenziale" e sostiene che "le relazioni interne del trust rimangono regolate dalla legge designata e in sua mancanza dalla legge individuata attraverso una soluzione basata nel raggruppamento dei contatti rilevanti: luogo di amministrazione dei beni, luogo di residenza o stabilimento del trustee, luogo di situazione dei beni oggetto del trust, etc. La legge individuata tramite questo criterio regolerà la validità sostanziale della creazione del trust, il suo contenuto ed effetto rispetto al costituente, al trustee al beneficiario, la amministrazione e responsabilità del trustee, etc.". Cfr. anche M. Checa Martínez, El trust angloamericano [*supra*, nota 28], *passim*.

C.c. es todavía más limitativa si se trata de un trust mortis causa o testamentario”(47).

Infine, sempre secondo questa tesi, i trust creati per ragioni matrimoniali sono regolati dalla “ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo; en defecto de esta ley, por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio; a falta de esta elección, por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración, y, a falta de dicha residencia, por la ley del lugar de celebración del matrimonio”(48) (art. 9.2 codice civile spagnolo); il tutto senza pregiudicare l’intervento eventuale dell’art. 10.7 codice civile spagnolo, secondo cui le donazioni sono regolate in ogni causa, e dunque anche tra coniugi, dalla legge nazionale del donante(49). In realtà neanche quest’ultima tesi può totalmente convincere. Anzitutto perché non corrisponde ad alcun precetto di diritto codificato, e, in mancanza di una norma di conflitto, pare una soluzione meramente dottrinale. In secondo luogo perché questa tesi non è stata accolta da nessuna decisione giurisprudenziale spagnola e ciò conferma che essa è estranea al sistema spagnolo di diritto internazionale privato attuale. In terzo luogo, perché questa tesi fraziona il trust e considera applicabili diritti materiali diversi che regolano congiuntamente le relazioni giuridiche create in virtù del trust, ed abbiamo già visto gli inconvenienti che derivano da questo frazionamento e le difficoltà di quest’adattamento in materia di trust. In quarto luogo perché questa soluzione lascia molto spazio alla *lex successio- nis* con tutti i problemi già esaminati relativi all’applicazione di questa legge al trust.

§ 5. Conclusioni.

Se, come si è dimostrato, nessuna norma di diritto internazionale privato spagnolo offre in Spagna una soluzione adeguata in materia di trust, è obbligatorio domandarsi perché la Spagna non ratifica la Convenzione de L’Aja.

Una prima spiegazione potrebbe essere che la Convenzione de L’Aja si adatterebbe bene agli Stati di *common law* ma non ai sistemi romano-germanici, o di *civil law*; la ratifica della Convenzione de L’Aja da parte dei sistemi di *civil law* introdurrebbe regole di diritto internazionale privato che sarebbero estranee a tali sistemi e conseguentemente questi sistemi di *civil law*, e soprattutto la Spagna, non potrebbero

ratificare la Convenzione. Questa spiegazione non può essere accolta, perché vari Paesi di *civil law* hanno già ratificato la Convenzione de L’Aja – Olanda, Italia, Liechtenstein, Lussemburgo, Malta, San Marino, Svizzera ed un altro Stato di *civil law* – la Francia – l’ha firmata(50).

Una seconda spiegazione potrebbe essere che la ratifica della Convenzione de L’Aja introdurrebbe in Spagna l’istituto del trust e quest’istituto potrebbe lasciare uscire dal Paese i capitali, contro gli interessi economici del Paese; questa spiegazione non può essere accolta perché è stato scientificamente dimostrato che il trust, al contrario, è uno strumento utile per attrarre capitali nei Paesi che ammettono la sua istituzione(51).

Una terza spiegazione potrebbe essere che la ratifica della Convenzione de L’Aja introdurrebbe i trust interni in Spagna e ciò comporterebbe la possibilità di una segregazione patrimoniale che sarebbe contraria al principio di unità patrimoniale codificato dall’art. 1911 codice civile, secondo cui “del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros”(52); i trust in-

Note:

(47) J. C. Fernández Rozas – S. Sánchez Lorenzo, Derecho [*supra*, nota 23], p. 555. Traduzione: “anche in via generale un trust può richiedere l’applicazione dei limiti imposti dalla *lex successio- nis* alle donazioni, determinando la loro riduzione quando eccedano la quota disponibile nel momento di apertura della successione. Inutile dunque dire che l’azione *ex art. 9.8 c. c.* è ancora più limitativa se si tratta di un trust *mortis causa* o testamentario”.

(48) Traduzione “gli effetti del matrimonio saranno regolati dalla legge personale comune degli sposi al momento della celebrazione: in mancanza dalla legge personale o di residenza abituale di qualsiasi coniuge che sia stata scelta da entrambi tramite un documento autenticato e redatto prima della celebrazione del matrimonio; in mancanza di questa scelta dalla legge della residenza abituale comune agli sposi subito dopo la celebrazione del matrimonio, e, in mancanza di questa residenza, dalla legge del luogo di celebrazione del matrimonio”.

(49) J. C. Fernández Rozas – S. Sánchez Lorenzo, Derecho [*supra*, nota 23], p. 555.

(50) Cfr. S. Cámara Lapuente, Breve compendio geo-conceptual sobre trust, in S. Nasarre Aznar – M. Garrido Melero (curr.), Los patrimonios [*supra*, nota 2], p. 25 s.; G. Griffiths, The Common Law Trust and its Utility for Civil Law Systems, *ivi*, p. 53; L. F. Risso – D. Muritano, Il trust [*supra*, nota 7], *passim*.

(51) Cfr. J. Rius Riu, El renovado interés por el Quistclose trust: las nuevas perspectivas de acercamiento al concepto de trust, in S. Nasarre Aznar – M. Garrido Melero (curr.), Los patrimonios [*supra*, nota 2], p. 93; O. M. Stöcker, The Funding Register – on the Insolvency Remoteness of the Land Charge Held in a Fiduciary Capacity, *ivi*, p. 399 s.

(52) Traduzione: “il debitore risponde del compimento delle obbligazioni con tutto il suo patrimonio”.

Saggi

terni sarebbero contrari a questo principio di unità patrimoniale e conseguentemente non si dovrebbe introdurre nessuna regola di diritto spagnolo che riconosca formalmente questo tipo di trust. In realtà neanche questa spiegazione può essere accolta, anzi tutto perché la Spagna può scegliere di non riconoscere i trust interni *ex art. 13* della Convenzione de L'Aja, anche se sarebbe incoerente riconoscere i trust "internazionali" e non riconoscere quelli interni perché questi ultimi vulnererebbero il principio di unità patrimoniale *ex art. 1911* codice civile spagnolo e non sarebbero pertanto formalmente riconoscibili; e dunque sarebbe necessario rinunciare a riconoscere qualsiasi tipo di trust. In realtà neanche questa opinione merita accoglimento perché l'ordinamento spagnolo consente la costituzione di vari patrimoni separati (anche se non autonomi), come il patrimonio protetto delle persone incapaci⁽⁵³⁾ ed, inoltre, ammette la costituzione di un patrimonio separato e autonomo, che è il patrimonio della società a responsabilità limitata unipersonale; dato che sono legittimi questi patrimoni non è più possibile affermare che esiste oggi un principio di ordine pubblico spagnolo contrario alla segregazione patrimoniale⁽⁵⁴⁾; conseguentemente il trust interno non vulnera in astratto nessun principio di ordine pubblico spagnolo ed è formalmente riconoscibile in Spagna; possono dunque riconoscersi i trust interni e internazionali senza incorrere in nessuna incoerenza o in nessuna violazione dell'ordine pubblico spagnolo.

Un'ultima spiegazione potrebbe essere che la ratifica della Convenzione de L'Aja introdurrebbe regole di diritto internazionale privato molto complicate e di difficile applicazione da parte del giudice spagnolo; l'introduzione di nuove regole internazionali moltiplicherebbe le fonti giuridiche di natura distinta e ciò sarebbe contrario agli obiettivi di certezza giuridica caratteristici dello stato di diritto⁽⁵⁵⁾. In realtà neanche quest'ultima spiegazione può convincere perché già abbiamo esaminato la "tarea titánica" cui è costretto il giudice spagnolo in assenza di norme espresse sulla legge regolatrice del trust e questo compito arduo non rende sicuramente giustizia al principio della certezza giuridica in questione.

In conclusione sarebbe consigliabile che la Spagna ratificasse la Convenzione de L'Aja⁽⁵⁶⁾, perché, analogamente a quanto è successo in Italia, una ratifica spagnola della Convenzione può introdurre non soltanto una disciplina specifica di diritto internazionale privato del trust, ma può anche legittimare la

creazione di trust interni e l'applicazione ad essi della legge straniera scelta *ex art. 6* della Convenzione. Il tutto senza pregiudicare l'applicazione delle norme imperative e di applicazione necessaria spagnole *ex artt. 15 e 16* della Convenzione e la possibilità di non riconoscere un trust che sia in concreto manifestamente incompatibile con l'ordine pubblico spagnolo *ex art. 18* della Convenzione. Ciò sarebbe comunque certamente una prima tappa verso la necessaria introduzione di una regolamentazione anche sostanziale del trust in Spagna⁽⁵⁷⁾.

Note:

(53) Cfr. E. Muñiz Espada, Trust y patrimonio protegido de las personas con discapacidad, in S. Nasarre Aznar – M. Garrido Melero (curr.), Los patrimonios [*supra*, nota 2], p. 283.

(54) E. Arroyo i Amayuelas, Por qué el trust en Catalunya?, in S. Nasarre Aznar – M. Garrido Melero (curr.), Los patrimonios [*supra*, nota 2], p. 525.

(55) Cfr., per un discorso generale, J. C. Fernández Rozas, Problemas de asimilación de los tratados internacionales de derecho internacional privado en un sistema de base estatal: la experiencia española, in J.-F. Gerkens – R. Vigneron – H. Peter – P. Trenk-Hinterberger (curr.), Mélanges Fritz Sturm, II, Editions juridiques de l'Université de Liège, Liegi, 1999, 1446. Sulla rilevanza del valore della certezza giuridica nel diritto internazionale privato, v., per tutti: P. Hay, Flexibility versus Predictability and Uniformity in Choice of Law. Reflections on Current European and United States Conflicts Law, 226 Recueil des Cours 1991-I, pp. 281-412. Sulla rilevanza della certezza giuridica in generale, cfr. Aa. Vv., La certezza giuridica. Un valore da ritrovare, Milano, 1993, *passim*.

(56) Cfr. anche C. González Beilfuss, El trust [*supra*, nota 1], *passim* e M. Font i Mas, El trust i la fidúcia com a forma de fundacions. Experiència a Canadà y Quebec, in S. Nasarre Aznar – M. Garrido Melero (curr.), Los patrimonios [*supra*, nota 2], p. 121.

(57) Cfr. la proposta di regolamentazione del trust nel codice civile catalano, in S. Nasarre Aznar – M. Garrido Melero (curr.), Los patrimonios [*supra*, nota 2], *passim*.

Chasing the Bermudian dragon

di Simon Rylatt – Elizabeth Baghurst

In caso di divorzio i giudici possono compiere ampie ricerche onde determinare precisamente l'entità del patrimonio da suddividere, in modo giusto ed equo, tra i coniugi. Tali ricerche possono estendersi anche al trust del quale un coniuge sia beneficiario o al quale un coniuge sia comunque collegato, consentendo al giudice di valutare se il patrimonio ivi segregato debba o meno essere tenuto in considerazione ai fini del divorzio.

Recentemente il giudice inglese non ha esitato a compiere le proprie indagini non solo su trust inglesi, ma anche su trust *off-shore*, di talché ormai non sembra più possibile impiegare lo strumento del trust per celare alcunché agli occhi inquisitori dei giudici di Inghilterra e Galles.

In dividing assets on a divorce, the court will wish to find as much available money as possible, in a bid to ensure that the resulting split is fair. The court will therefore seek to establish whether assets held in trust and which have some nexus with the parties may be treated as 'available resources' for the purpose of making financial orders. Unsurprisingly, this is of concern to highnet-worth individuals seeking to protect family wealth (inherited or created) from future divorce, whether their own or those of their children or grandchildren. Perhaps rightly, they fear that there is nowhere to hide. In the recent Court of Appeal case of *Charman v Charman* [2006](1) we see on the one hand a divorcing wife claiming that trust assets of some £67m are available to the husband, and on the other hand, a husband arguing that the structure is a 'dynastic trust' established for future generations of the family. The husband consequently argues that the capital of the trust should not be taken into account as a resource available to him. The case confirms the increasing tendency of the divorce courts in England and Wales to scrutinise both onshore and offshore trusts. The present decision is not the end of the story by any means, only an

interesting chapter in its progress. There is to be a final hearing of Mrs Charman's application for ancillary relief.

Facts of the case

Mr and Mrs Charman were married in 1976 and have two adult children. When they married, neither had significant resources. During the marriage, the husband made a fortune in the insurance market and is now a multi-millionaire.

In 1987 Mr Charman set up a discretionary trust in Jersey called 'Dragon Holdings Trust' or 'the Dragon'. Mr Charman was the settlor and the beneficiaries were named as himself, Mrs Charman and the children (including future offspring). The appointed trustee was a Jersey trust company. The trustee was given the power to distribute capital as well as income to any of the beneficiaries. In Mr Charman's letter of wishes, he stated that his intention in establishing the trust was 'to protect and conserve certain assets for the benefit of myself and my family'. He further specified that, in his lifetime, he was to be consulted with regard to all matters relating to the investment and administration of the fund and thereafter his wife should assume this role. Mr Charman said he wished to have 'the fullest possible access to the capital and income of the settlement'. Between 1992 and 2003 the Jersey trustee 'treated' the Dragon as an interest in possession trust: it held the income of the trust for Mr Charman absolutely, which raises questions over its discretionary status.

In 2003 Mr Charman separated from his wife, left England for the sunny shores of Bermuda and took the Dragon with him, changing the proper law of the

Note:

Simon Rylatt is a partner and Elizabeth Baghurst is a solicitor in the tax and financial planning department at Boodle Hatfield. Questo articolo è stato originariamente pubblicato in *Trusts and Estates Law & Tax Journal*, n. 75, aprile 2006, p. 20. Ringraziamo gli Autori e l'editore per aver consentito la ripubblicazione in questa Rivista.

(1) *Charman v Charman* [2006] WTLR 1.

Saggi

trust to Bermuda and appointing a Bermudian trust company called Codan as trustee. The trustee formally resolved to regard the Dragon as an 'interest in possession' trust in favour of Mr Charman in the same vein as the Jersey trustee before it (although it appears the trust terms themselves remain discretionary). In May 2004 the husband sent a fresh letter of wishes to Codan asking that he be considered the primary beneficiary of the fund, although Codan was expected to consider the interests of the other immediate family beneficiaries. In his letter he also acknowledged that the annual income had been appointed to him as a 'life interest disposition' and expressed wishes that, if his children survived him, they should be treated as primary equal beneficiaries *per stirpes*.

Mrs Charman issued a petition for divorce in June 2004 in the English court. In the ancillary relief proceedings Mr Charman claimed that the 'relevant assets' falling for division between the parties amounted to £59m, having excluded the value of the Dragon. Mrs Charman argued, however, that the Dragon should be considered a relevant asset and put its value at £67m, bringing the total relevant assets to a massive £126m. The issue of disclosure of information in relation to the Dragon was brought before the court by Mrs Charman. As one would expect, her application was designed to elicit information about the Dragon for consideration at the final hearing of the ancillary relief proceedings, set for February 2006. In October 2005 Coleridge J made an order for the issue of a 'letter of request' to the Bermudian authorities to take the evidence of the Dragon's trustee and an order for the attendance of Mr Charman's accountant before the court at an inspection appointment to produce documents. The decision of Coleridge J was upheld in the Court of Appeal on 20 December 2005. The leading judgment by Wilson LJ looks at whether the trust is a 'resource' of the husband. It also sets out an analysis of the law relating to disclosure by way of letters of request and inspection appointments. Those high-net-worth individuals (and their advisers) who fear there is nowhere to hide should take note of its contents!

The trust as a financial resource

Arguably the most significant part of the judgment is to be found at paragraph 12, where Wilson LJ considered the central question that the

court, in this not unusual situation (as the court itself put it), has to determine: 'What does the word "resource" mean in this context?' The starting point is whether the trust is a 'financial resource' of the husband pursuant to s25(2) of the Matrimonial Causes Act 1973. Wilson LJ determined that the central issue here is whether, if Mr Charman were to request the trustee to advance the whole or part of the capital to him, the trustee would be likely to do so 'immediately' or 'in the foreseeable future'. This approach qualifies the previous approach expounded in the 1989 case of *Browne v Browne*(2), where the question was said to be simply whether there was 'immediate access to the funds'. This moves away from a question of whether the husband has 'effective control' over the trust (since there was no question in this case that the trustee was doing other than properly discharging its duties and that it would continue to do so). Whilst the quantum of assets in Charman is extraordinary, the issues reflected upon are not; they frequently arise in other more modest cases in which this analysis will be useful.

Interestingly, there is no reference in this judgment to the phrases 'antenuptial' and 'post-nuptial' settlements; we will have to wait for judgment to see whether a consideration of this characterisation of settlements or trusts formed any part of the case.

Having identified the central issue in the case, Wilson LJ then turned to consider the level of disclosure to which Mrs Charman was entitled. The balance to be struck here was what level of disclosure was required in order to establish the answer to the central 'resource' question, and whether the disclosure requested went further than was necessary, effectively amounting to a fishing expedition.

Letter of request

The order made by Coleridge J (subsequently approved by Wilson LJ) in respect of the Bermudian trustee was for the issue of a 'letter of request' to the Bermudian authorities to cause the Bermudian trustee to produce documents and give oral evidence. A 'letter of request' is a formal request from the court of one jurisdiction to the court of another

Nota:

(2) *Browne v Browne* [1989] 1 FLR 291.

jurisdiction for assistance in obtaining evidence. In respect of the accountant in London, Mr Clay, the order was for him to attend an inspection appointment.

In his judgment, Wilson LJ helpfully summarised the questions Mrs Charman sought to put to the Bermudian trustee:

(a) to produce trust accounts for the two most recent completed years;

(b) to produce any trust deeds, written resolutions and letters of wishes, other than identified documents of each class already disclosed by Mr Charman;

(c) to state whether it was the practice of the trustee to consult Mr Charman, and/or to be guided by him, about prospective policy decisions, whether as to investment, distribution or otherwise and, if so, give full details and produce all relevant documents;

(d) to state whether the trustee and Mr Charman had discussed the possible collapse of the trust or change in the expression of his wishes and, if so, give full details and produce all relevant documents; and

(e) to state whether there had been any communications between Mr Clay and the trustee 'regarding the trusts' and, if so, give full details and produce all relevant documents. This question was considered by Wilson LJ to be too wide. He said it should be modified to run parallel with question (c) relating to communications between the trustee and Mr Charman himself.

The order for an inspection appointment obliged Mr Clay to produce:

"[...] any documents [...] containing evidence of any advice given to, discussions with or communications from [Mr Charman] relating to the past, present and future treatment of the trust funds or which bear upon the conception, creation and possible ultimate dissolution of [Dragon]".

Although arguably onerous, the requests made were sanctioned by the Court of Appeal on the basis that the answer to the central 'resource' question could affect the outcome of Mrs Charman's claim by many millions of pounds. It was therefore considered that the court should make a decision in the light of the best possible evidence and that the best possible evidence would result from obtaining answers to the above requests. The requests set out provide a guideline for practitioners in framing requests for disclosure in terms the court will accept. However, it remains to be seen how the Bermudian authorities

will deal with the letter of request and what information will be provided by the trustee and the accountant.

Fishing expedition?

Part of the argument put forward by Mr Charman's counsel was that his wife's requests for such extensive information about the Dragon were merely a 'fishing expedition'. Wilson LJ disagreed, however, holding that the requests did not amount to a fishing expedition. In coming to that conclusion, he applied the principles laid down by Kerr LJ in *Re State of Norway's Application* [1987](3) in construing the requests as bona fide and raised with adequate particularisation. Wilson LJ went on to consider whether in financial proceedings on divorce the request to produce documents is to be limited to those which the applicant can prove to exist. Wilson LJ drew a distinction here between family proceedings and ordinary civil litigation where such a limitation would apply. Although such a distinction may be said to have existed for some substantial time, it is a point of which trust practitioners would be well advised to take careful note. In this context, Wilson LJ recognised that a wife is in a unique position in that while she may know the general sources of her husband's wealth, she is unlikely to know the details or have the knowledge with which to prove the existence of a document. So discovery plays a crucial role in financial proceedings in the family division.

Wilson LJ has, in essence, confirmed the well-established position of the family courts that as long as a request is reasonable, you will be expected to disclose.

The attitude of offshore jurisdictions

Charman highlights a particular quandary that the offshore jurisdictions are being forced to consider on an increasingly regular basis. The issue can be summed up by considering the following mainstream 'goals' of offshore jurisdictions in competing for trust business:

(a) that of offering holding structures that protect

Nota:

(3) *Re State of Norway's Application* [1987] 1 QB 433.

Saggi

wealth from challenges that might arise in other jurisdictions (for example, forced heirship or creditor claims); and

(b) that of portraying professional, 'above board', legally sound and reliable jurisdictions within which family wealth can be held (by showing, for example, that they will assist international efforts to reduce fraud and money-laundering).

Why might these two goals conflict with one another in circumstances such as those in *Charman*? Well, the issue here is the extent to which 'foreign divorce issues' fall into both goals (a) and (b) and where each jurisdiction will wish to draw its line. For example, why recognise an English ancillary relief award relating to a trust and perhaps not an entitlement under a civil law matrimonial regime? The principle of 'comity' - that jurisdictions will aim to respect the approaches of other jurisdictions to certain issues for which it is recognised that they ought to have 'the lead' - is a well-recognised international law concept. However, the extent to which the principle of comity will be given effect in any particular jurisdiction in light of goal (a) remains a relatively open question.

It is interesting to note that some offshore jurisdictions are attempting to sidestep these issues by adopting the position that no foreign court award, of whatever nature, will be allowed to upset a structure established under the local law. In such circumstances a local award or judgment would have to be secured instead, which may present its own difficulties. Such a stance of course conflicts with goal (b).

The thorny questions discussed above are slightly beyond the scope of *Charman* at present, given that the current status of the case revolves around information disclosure, but it is unlikely to be long before these more substantive issues come to the fore.

Conclusion: where do we go from here?

The full ramifications of this case are not yet known and we await the outcome of the ancillary relief case with both interest and a degree of trepidation. On the assumption that the court is satisfied that the Dragon should be included as a financial resource of Mr Charman, how will the trust be dealt with in practical terms in order to achieve the desired result for Mrs Charman and the children?

Another interesting question is how the Bermudian trustee will react to any order made by the English family court. Mrs Charman will hope that the order is phrased in a suitable way that will allow the Bermudian trustee and court to give effect to the order without offending the image and integrity of Bermudian trusts in general. Following *Jersey Fountain Trust* [2005](4), the trend has been for offshore trustees to be cautious, at least initially, in co-operating for fear of being found to have submitted to this jurisdiction. As ever, the likely advice to the Bermudian trustee in giving effect to any order will be for it to seek directions or take its approach from the Bermudian court as to how it ought to conduct itself. Whatever the outcome of *Charman* it does seem that, increasingly, no trust, Bermudian or otherwise, can be said to be wholly safe from the increasingly inquisitorial eye of the family courts in England and Wales.

Nota:

(4) *CI Law Trustees Ltd and Folio Trust Company Ltd as Trustees of the Fountain Trust* [2005] JRC 099; in questa Rivista, 2006, 263.

La responsabilità del trustee che contratta con i terzi, la sua successione e le controversie giudiziarie

di Igor Valas

SOMMARIO: § 1. Premesse: la soggettività giuridica del trust. – § 2. La successione del trustee. – § 3. La responsabilità del trustee nei confronti dei terzi. – § 4. La successione del trustee ed i procedimenti giudiziari. – § 5. La successione del trustee ed i procedimenti giudiziari pendenti.

§ 1. Premesse: la soggettività giuridica del trust.

Sempre più frequentemente si sente parlare di trust, quasi mai invece di trustee. L'immaginario collettivo, infatti, ed anche quello di alcuni tra i c. d. "addetti ai lavori", tende a disquisire sul trust dando ad intendere che lo stesso sia una sorta di entità dotata di una sua soggettività e personalità giuridica.

Tale impostazione, indubbiamente, deriva da una maggior comune facilità a parlare di un qualcosa che si può visualizzare ed al quale si può dare una connotazione concreta e materiale, piuttosto che di un concetto sicuramente più astratto quale quello di un negozio giuridico complesso della portata del trust. A confondere maggiormente le idee è poi la prassi tributaria di assegnare a ciascun trust un suo proprio codice fiscale e di ritenerlo, si ribadisce solo ai fini fiscali, quale non meglio identificato ente non commerciale. Alla prassi tributaria italiana volta all'entificazione del trust, dettata in fin dei conti esclusivamente dalla necessità di poter assoggettare a tassazione separata, rispetto a quella propria del trustee, i redditi derivanti dai beni in trust, ha fatto eco la recente legislazione fiscale in materia di trust della Repubblica di San Marino. Quest'ultima, infatti, ha editato che il trust (si noti, non il trustee) è soggetto passivo dell'imposta sui redditi del trust e che il trustee è solo solidalmente responsabile dell'obbligazione tributaria del trust(1).

Ebbene, se il trust è stato entificato per mera prassi ed esigenze tributarie, sul piano civilistico e normativo l'entificazione dello stesso è quanto di più aberrante si possa sostenere in materia.

Occorre pertanto porre un punto fermo: il trust

non ha alcuna soggettività e personalità giuridica a sé stante, non è un ente né alcunché di parificato a questo: il trust esiste perché vi è un trustee titolare di determinati beni ed utilità che gli appartengono, seppur con il vincolo del trust ("upon trust").

Richiamando le parole di uno dei massimi esperti contemporanei di diritto dei trust, il Prof. D. J. Hayton, un trust non è un soggetto giuridico, come una persona o una società, capace di possedere dei beni; affinché vi sia un trust, i beni devono essere assoggettati al trust in maniera tale che di questi sia stato investito uno o più trustee(2).

Ritenere il trust un soggetto giuridico dotato di una sua personalità giuridica è quello che viene definito da altra autorevole dottrina quale il più fondamentale degli errori in materia di trust(3).

Inutile sottolineare che anche la più autorevole dottrina italiana in materia ha avuto modo, a più riprese, di soffermarsi sull'aspetto, evidenziando sempre e comunque che il trust è un rapporto giuridico e non un autonomo soggetto di diritti(4).

Sono proprio gli elementi caratterizzanti il trust che escludono a priori una entificazione dello stesso:

Note:

Igor Valas è avvocato in Torino.

(1) Art. 3 del Regime Fiscale dei Trust Regolati dalla Legge della Repubblica di San Marino, amministrati da Trustee autorizzati, Legge promulgata dai Capitani Reggenti la Serenissima Repubblica di San Marino nella seduta del 17 marzo 2005.

(2) "[...] A trust is not a legal person, like an individual or a company, capable of owing property. For there to be a trust, property must be subject to a trust, so the property will be vested in a trustee or trustees (who may be individuals or companies) or in a nominee on behalf of the trust (though here the trustee's rights against the nominee may be regarded as property held by the trustee)": D. J. Hayton, *The Law of Trusts*, III ed., Londra, 1998, p. 3.

(3) "Perhaps the two most fundamental mistakes that people make in regard to trusts are to think of a trust as if it was a company, or some other form of legal entity, capable of ownership or external direction, and a trust instrument as if it were a contract capable of saying whatever the parties want it to say": J. Wadham, *Willoughby's Misplaced Trust*, II ed., Gostik Hall, 2002, p. 19.

(4) M. Lupoi, *I trust nel diritto civile*, in *Trattato di Diritto Civile diretto da R. Sacco*, vol. II, I diritti reali, Torino, 2004, p. 244 s.

S a g g i

qualsiasi norma di *common law* espressamente fa sempre riferimento ai beni in trust come a beni "held by or vested in a trustee upon trust" (art. 8, lett. a, Trusts Jersey Law, 1984, ad esempio), beni rispetto ai quali il trustee, pur essendone l'effettivo proprietario, ha l'obbligo di separazione dal proprio patrimonio personale.

Questo è quanto evidenziato anche dalla Convenzione de L'Aja(5) e dalle legislazioni di *common law*, tutte incompatibili con una qualche forma di entificazione del trust.

Il trust, come definito all'art. 2 della Convenzione (che altro non ha fatto se non riprendere e "riassumere" il concetto di trust in una chiave di lettura allo stesso tempo condivisibile dai sistemi di *common law* e intelligibile dai sistemi di *civil law*), è un rapporto giuridico in forza del quale dei beni sono posti sotto il controllo di un trustee, beni che non sono parte del patrimonio (n.d.a., personale) del trustee (lett. a), ma che sono a questi intestati (lett. b), con il potere e l'obbligo di amministrarli, gestirli e disporne in conformità alle disposizioni del trust (lett. c)

È di tutta evidenza che se il trust fosse soggetto ad una qualsiasi forma di entificazione, la Convenzione lo definirebbe tale.

La carenza invece di una soggettività giuridica autonoma del trust, e cioè indipendente dal proprio trustee, viene evidenziata tra l'altro in due precise situazioni che ben potrebbero dar luogo ad una frequente casistica giurisprudenziale: in occasione della sostituzione del trustee ed in occasione delle patologie delle obbligazioni assunte dal trustee nei confronti dei terzi.

§ 2. La successione del trustee.

Che il trust di per sé non abbia alcuna soggettività giuridica è del tutto evidente solo osservando cosa avviene nel caso di successione nell'ufficio.

Se il trust fosse una qualche sorta di ente, dovrebbe ipotizzarsi che la successione nell'ufficio di trustee comporti una automatica successione nella proprietà del fondo in trust e, soprattutto, in tutte le obbligazioni assunte dal precedente trustee, come se la successione del trustee operasse alla stregua della successione degli amministratori di una qualche società o tutt'al più, giusto per richiamare una figura tuttora abbastanza "ibrida" del nostro ordinamento, della successione tra amministratori di un condominio.

Così tuttavia non è.

La successione a seguito di pronuncia della corte è un caso a sé stante in quanto i c. d. *vesting orders* operano espressamente(6) come se i precedenti trustee avessero posto in essere tutte le formalità del caso richieste per l'effettivo trasferimento, ciò in maniera peraltro simile all'art. 2932 cod. civ., seppur per fattispecie più limitate nella legislazione italiana in quanto aventi ad oggetto solo la materia contrattuale; il titolo costituito dalla sentenza che dichiara qualcuno essere il nuovo trustee di un certo trust è a tutti gli effetti previsto essere un titolo non solo dichiarativo, ma anche costitutivo della proprietà in capo a chi viene così nominato trustee.

Non sono nemmeno così indicativi i casi in cui vi siano più trustee, in quanto la proprietà si accresce automaticamente in capo ai trustee residui, salvo gli obblighi di *traditio* per i beni nel possesso materiale del trustee sostituito.

È invece del tutto indicativa la situazione ove la successione nell'ufficio avvenga nel caso di trustee singolo.

Ebbene, occorre innanzitutto evidenziare che la linea tipica in caso di successione del trustee singolo, per dimissioni o revoca che sia, impone in ogni caso che il trustee così "uscente" rimanga comunque in carica sino alla nomina ed all'accettazione del nuovo trustee (e già da tale assunto si può iniziare a comprendere il concetto generale e tipico che non esiste un trust senza il suo trustee).

Una volta comunque che sia stato nominato il nuovo trustee e che questi abbia accettato la qualifica, è espressamente stabilito che colui che cessa di essere trustee deve diligentemente porre in essere tutte le formalità necessarie per investire i trustee, nuovi o residui, dei beni in trust(7).

Il trustee che si dimetta, si ritiri o venga revocato, infatti, deve correttamente attendere all'obbligo su di lui gravante di consegnare i beni in suo possesso o

Note:

(5) La Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985, è stata ratificata e resa esecutiva in Italia con la L. 16 ottobre 1989, n. 364, entrata in vigore il 1° gennaio 1992.

(6) Si veda, ad esempio, tra tutte, la *sect. 49 del Trustee Act 1961 (as amended, 2001)* dell'Isola di Man.

(7) "[...] A person who ceases to be a trustee under this Article shall concur in executing all documents necessary for the vesting of the trust property in the new or continuing trustees": art. 15, § 5 della Trusts Jersey Law 1984.

sotto il suo controllo⁽⁸⁾, potendo peraltro richiedere che gli siano fornite ragionevoli garanzie per sue responsabilità passate, presenti e future. Qualora a ciò si attenga, il trustee è liberato da responsabilità nei confronti dei beneficiari, dei trustee o di terzi vantanti diritti in relazione al trust, fatti salvi i casi di violazione del trust, di azioni volte a recuperare i beni in trust ancora in suo possesso e delle obbligazioni assunte, come di seguito si esporrà meglio.

Qualora il trustee sia deceduto o, se società, cessata o messa in liquidazione, i doveri di trasferire i beni in trust al nuovo trustee spettano all'esecutore testamentario o agli eredi del trustee deceduto (rammentando comunque che il fondo in trust non fa parte della successione dello stesso), o al liquidatore.

In alcune più recenti legislazioni⁽⁹⁾, a latere comunque in ogni caso dell'obbligo di cui sopra, sempre previsto, per il trustee "uscente" di consegnare e di porre in essere quanto dovuto per investire il nuovo trustee della titolarità dei beni in trust, si è tentato di giungere normativamente ad una sostituzione più automatica nella proprietà dei beni; è stato così stabilito che la nomina di un nuovo trustee – che avvenga per *deed* da parte di chi ha il potere di nominarlo – contiene, e se non la contiene è come se la contenesse, la clausola che il nuovo trustee viene sin da tale nomina investito dei beni in trust e che tale nomina opera indipendentemente da qualsiasi *conveyance or assignment*, ovvero senza altre formalità, e che una nomina espressa opera così direttamente nel senso di investire il trustee così nominato di quei diritti ed utilità, anche se non espressamente indicati, di cui sia possibile e sia sottointeso il nominato debba essere investito.

L'"investitura" automatica come sopra prevista, tuttavia, trova i suoi limiti nell'ambito di alcune proprietà per le quali sia prevista una qualche forma di iscrizione/pubblicità o addirittura iscrizione/istituzione del diritto, tanto che le legislazioni che così prevedono, altrettanto prevedono che l'automatismo così previsto non opera nei confronti di proprietà immobiliari soggette ad un *lease* che richieda il consenso di altri per il trasferimento (salvo tale consenso venga preventivamente ottenuto) o di altre proprietà quali titoli, quote ed azioni od altre che siano trasferibili solo a mezzo di apposite iscrizioni in appositi registri.

Non sfuggirà certo al lettore comparatista più accorto che la necessità della *conveyance* (consegna) deriva direttamente da principi cardine del diritto

inglese, tuttora incentrati sul passaggio della proprietà esclusivamente a mezzo della *traditio* romanistica, mentre tali principi nel nostro ordinamento sono stati integralmente innovati dall'evoluzione giuridica a favore, all'opposto, del passaggio della proprietà sulla base del regime consensualistico, al quale la *traditio* accede come mero impegno obbligatorio ed accessorio al trasferimento della proprietà, già intervenuto al momento del perfezionamento del reciproco consenso.

Tale differenza potrebbe ben portare ad ipotizzare che nel nostro ordinamento la nomina quale trustee e soprattutto l'accettazione della stessa comunicata al trustee uscente potrebbe comportare, sulla base del principio consensualistico, il pieno passaggio della proprietà in capo al nuovo trustee, immediatamente al momento della sua accettazione. Ciò ovviamente con l'eccezione, allo stato ancora da dirimere, del passaggio delle proprietà iscritte in pubblici registri che si scontra con il principio, peraltro meramente procedurale, della continuità delle trascrizioni.

Senza volersi addentrare ulteriormente nell'argomento così accennato, occorre solo osservare che non solo il sistema giuridico di *common law*, comunque, ben conosce dei casi di successione universale nei diritti che non ha ritenuto applicare alla successione del trustee, ma soprattutto che, a norma dell'art. 8 della Convenzione del L'Aja, è la legge applicabile al trust a disciplinare gli aspetti di questo e così anche la trasmissione delle funzioni di trustee e la circolazione dei beni in trust, fatta salva quella relativa ai beni immobili che, per convenzioni internazionali, è sempre assoggettata – più che altro nella forma e ritualità – alla legge dello Stato ove l'immobile è situato. A prescindere, pertanto, dai diversi principi di diritto applicabili al trasferimento della proprietà, quanto sopra evidenziato in materia di trust, e cioè la necessità che il trasferimento della pro-

Note:

(8) "[...] he shall duly surrender trust property in his possession or under his control": art. 30, § 1, della Trusts Jersey Law 1984. Parimenti è previsto, oltre che in diritto inglese, anche in tutte le legislazioni *off-shore* tra le quali, ad esempio, Malta – Trust Act 1988 (as amended 1994) e Trusts and Trustees Act 2004 –, Belize – Trusts Act 1992 (revised 2000) –, San Marino – Legge 17 marzo 2005.

(9) Ad esempio, nell'art. 39.(1) e s. del Trustee Act 1961 (as amended, 2001) dell'Isola di Man; parimenti nelle *sectt.* 47 e 48 del Trustee Act 1998 (as amended, 2004) delle Bahamas; alla *sectt.* 30.1 e s. del The Trustee Act 1975 (as amended, 2001) di Bermuda; alle *sectt.* 41.1 e s. del British Virgin Islands – Trustee Act 1961 (as amended 2003); alle *sectt.* 51.(1) e s., del Turks and Caicos Islands – The Trusts Ordinance 1990.

S a g g i

prietà da un trustee al suo successore necessiti della *conveyance*, non può diversamente, comunque, essere interpretato se non che la successione del trustee integra una forma di successione nella proprietà dei beni costituenti il fondo in trust a titolo derivativo e particolare e non, come invece si sarebbe diversamente portati a pensare, a titolo universale.

Sono intuibili le conseguenze correlate a questo tipo di successione, ulteriormente evidenziate dal regime delle obbligazioni contratte dal trustee e della responsabilità del trustee nei confronti dei terzi, di cui in seguito.

§ 3. La responsabilità del trustee nei confronti dei terzi.

Richiamando una frase sempre del Prof. D. J. Hayton⁽¹⁰⁾, i trustee sono personalmente responsabili, in solido tra loro e con tutto il loro patrimonio, per debiti, obbligazioni e qualsiasi tipo di responsabilità, tasse comprese, in relazione alle loro azioni od omissioni quali trustee di un determinato trust, a meno che non abbiano specificatamente e contrattualmente stabilito con i terzi di non esser responsabili personalmente, ma solo nei limiti della possibilità di far ricorso ai beni in trust, o che così non sia previsto per legge.

Tale è la prospettazione tradizionale della responsabilità dei trustee tuttora applicabile ai trustee di un trust regolato dalla legge inglese, ma non solo come si vedrà, per i quali non è prevista alcuna limitazione di responsabilità al fondo in trust, salvo solo il caso in cui nel contratto concluso con i terzi la limitazione sia espressamente e pattizamente prevista ed accettata.

Svariate legislazioni *off-shore* hanno innovato tale fattispecie, prevedendo normativamente una limitazione alla responsabilità del trustee che contratta con i terzi che, pur rimanendo generalmente personale, viene tuttavia limitata al fondo in trust, con diverse peculiarità a seconda della legge applicabile; è tuttavia necessario osservare che anche tali legislazioni *off-shore* non prescindono in ogni caso dalla responsabilità personale del trustee, che di norma rimane solo tale qualora il trustee, contrattando con i terzi, non abbia dichiarato di agire nella propria qualità di trustee o, comunque, il terzo non ne sia stato diversamente a conoscenza⁽¹¹⁾.

A tutela e garanzia della propria responsabilità personale, è previsto il pieno diritto per i trustee di

pagare direttamente con il fondo in trust qualsiasi spesa od obbligazione nella quale siano legittimamente incorsi così come di rimborsarsi di qualsiasi spesa abbiano legittimamente anticipato⁽¹²⁾, rimanendo comunque esposti al rischio che il fondo in trust sia insufficiente qualora la responsabilità personale non sia limitata al fondo in trust.

I terzi che vantano un qualche diritto nei confronti dei trustee, nel modello inglese, a differenza rispetto a quello di alcuni paesi *off-shore*, non hanno alcuna azione diretta nei confronti del fondo in trust che possono tutt'al più e solo aggredire sostituendosi ai trustee in surroga del loro diritto di essere tenuti indenni dal fondo stesso, diritto di surroga tuttavia che, in quanto tale, incontra possibili limiti quali, prescindendo dall'incapienza del fondo, la sostituzione e così il subentro in diritti dei trustee nulli od inesistenti, perché ad esempio il trustee non ha agito nel rispetto del trust o ha agito in piena violazione dello stesso, o di fatto incapienti, perché ad esempio il trustee ha un debito nei confronti del trust che compensa ampiamente il credito indennitario.

Come già sopra rilevato per il caso della successione del trustee, occorre poi evidenziare che, generalmente e per principio, le obbligazioni assunte dal trustee sostituito, seppur legittimamente operate, permangono sempre e solo in capo al trustee che le ha assunte; dette obbligazioni, infatti, non passano in capo al nuovo trustee solo per il fatto che questi è il nuovo trustee, salvo che quest'ultimo non se ne sia fatto carico, espressamente od implicitamente, e con liberazione o meno del precedente trustee; le stesse,

Note:

(10) D. J. Hayton, *The Law of Trusts* [*supra*, nota 2], p. 29: "Trustees are personally liable, jointly and severally, to the full extent of their own private property for debts, contracts, torts or taxes arising in respect of their acts or omissions as trustees, unless they specifically contract that they shall not be under personal liability but shall only be liable to the extent that recourse may be had to the trusts assets or unless legislation so provides [...]". Ed ancora D. J. Hayton - C. Mitchell, *Commentary and Cases on the law of trusts and equitable remedies*, XII ed., Londra, 2005, p. 693 s. Si veda anche: P. H. Pettit, *Equity and The Law of Trusts*, IX ed., Londra, 2001, p. 399 s.; che richiama espressamente la sentenza nella causa *Marston Thompson Evershed plc v Bend* (1997) 39 LSG 38; J. E. Martin, *Modern Equity*, XVI ed., 2001, p. 503 s.

(11) In tal senso, ad esempio, l'art. 28 della *Trusts Jersey Law 1984*; l'art. 32 del *Trusts and Trustees Act 2004* di Malta. La *sect. 26* del *Trusts Act 1992* (revised 2000) del Belize; la *sect. 31* della *The Trusts Ordinance 1990* di Turks and Caicos Islands.

(12) Ad esempio, si veda la *sect. 31(1)* del *Trustee Act 2000* inglese: "A trustee (a) is entitled to be reimbursed from the trust funds, or (b) may pay out of the trust funds, expenses properly incurred by him when acting on behalf of the trust".

diversamente, permangono in capo al trustee sostituito che le ha assunte, salvo il pieno diritto per quest'ultimo di chiedere ed esigere che il nuovo trustee e i beneficiari del trust lo manlevino o garantiscono(13), in alcune legislazioni addirittura potendo trattenere a garanzia delle predette obbligazioni parte del fondo in trust(14).

Da quanto sopra evidenziato, deve innanzitutto trarsi la debita conclusione che la responsabilità dei trustee nei confronti dei terzi in merito alle obbligazioni assunte nella loro qualità trova una diversa disciplina e regolamentazione a seconda della legge regolatrice.

A tal fine, con le opportune diversificazioni del caso, è agevole delineare in merito alla responsabilità del trustee una casistica differente a seconda della legge regolatrice del trust:

1) il trustee è personalmente ed illimitatamente responsabile, salvo il proprio diritto di essere rimborsato sul fondo in trust, ma limitatamente alla disponibilità dello stesso e con il rischio a proprio ed esclusivo carico che lo stesso sia incapiente (ad esempio, in Regno Unito, Isola di Man, Bahamas, Bermuda, ma anche, qualora il trustee non abbia dichiarato di agire nella propria qualità, in Jersey, Belize, Turks and Caicos Islands) e con mero diritto per i terzi di surrogarsi nei diritti del trustee senza poter in alcun modo aggredire direttamente il fondo in trust;

2) il trustee è personalmente responsabile, ma nei limiti del fondo in trust (generalmente valutato al tempo dell'assunzione dell'obbligazione) e con obbligo per i terzi di rivalersi solo sul fondo (ad esempio, nei casi in cui il trustee che contrae dichiara la propria qualità, in Jersey, Malta, Belize, Cook Islands, Turks and Caicos Islands, San Marino);

3) il trustee non è personalmente responsabile, con diritto dei terzi di essere soddisfatti direttamente con il fondo in trust (solo le Isole Vergini Britanniche in forza della *sect. 97* del *Trustee Act 1961* (as amended 2003) qualora espressamente richiamato nell'atto di trust e per il caso che il trustee abbia dichiarato di agire come tale).

Da notarsi quindi l'enorme differenza di previsioni tra un ordinamento e l'altro per le quali, a seconda della legge regolatrice, si può spaziare dalla posizione inglese, ove il fondo in trust è addirittura insensibile, seppur nei limiti indicati, alle legittime richieste di terzi che vantino un qualche inadempimento ad obbligazioni legittimamente assunte dal trustee a favore del trust, per giungere alla posizione

delle Isole Vergini Britanniche ove, qualora si applichi per espresso richiamo un articolo di legge anziché un altro ed il trustee contrattando abbia dichiarato la propria qualifica, il trustee stesso non è personalmente responsabile ed i terzi devono rivalersi esclusivamente sul fondo in trust.

§ 4. La successione del trustee ed i procedimenti giudiziari.

La lunga digressione sinora svolta si è resa necessaria per poter affrontare con maggior dovizia argomentativa la tematica delle vicende processuali del trust, pur limitatamente al caso prospettato, ove il trustee abbia contratto legittimamente con i terzi e nel mentre sia stato sostituito, vuoi per morte, incapacità, dimissioni o revoca.

Occorre pertanto ed innanzitutto evidenziare che allo stato non si disquisirà in merito alla responsabilità del trustee nei confronti dei beneficiari o in merito a situazioni che configurino una *breach of trust*, responsabilità quest'ultima in ogni caso sempre propria e personale del trustee, salvo il caso, previsto da svariate legislazioni, nel quale la corte stabilisca che di tale violazione il trustee non deve rispondere perché in buona fede, ovvero che l'addebito di tale violazione sia posto a carico di un beneficiario che abbia istigato la violazione stessa.

L'attenzione, invece, viene esclusivamente dedicata alla responsabilità del trustee che contrae con i terzi. Ebbene, tale responsabilità, come è stato sopra evidenziato e salve isolate eccezioni, è sempre e comunque personale del trustee, tanto che questi ha il pieno diritto di ottenere le opportune garanzie che le obbligazioni assunte siano rispettate nonché di essere manlevato da qualsiasi richiesta formulatagli da parte di terzi in relazione alla propria passata attività.

Occorre a tal punto enunciare un primo corollario di quanto sinora esaminato: in qualsiasi situazione patologica che richieda necessariamente il ricorso all'autorità giudiziaria, parte in causa non è e non potrà mai essere il trust, ma solo ed esclusivamente il trustee.

Note:

(13) Ad esempio, art. 34 della *Trusts Jersey Law 1984*; la *sect. 36.(3).a* del *Trustee Act 1998* (as amended, 2004) di Bahamas.

(14) Ad esempio, la *sect. 36.(3).b* del *Trustee Act 1998* (as amended, 2004) di Bahamas.

Saggi

Ciò deriva in via necessaria dall'assenza non solo di personalità giuridica del trust, ma proprio di una soggettività passiva del trust stesso; l'art. 75 cod. proc. civ., che disciplina la capacità processuale delle parti, prevede espressamente che sono capaci di stare in giudizio le persone che hanno il libero esercizio dei diritti che si fanno valere, che le persone giuridiche stanno in giudizio per mezzo di chi le rappresenta e che le associazioni ed i comitati, che non sono persone giuridiche, stanno in giudizio per mezzo delle persone indicate negli artt. 36 s. cod. civ.

È del tutto intuibile che il trust di per sé stesso non è una persona giuridica, non è una qualche entità quale quelle espressamente previste – associazioni e comitati – che trovano una loro regolamentazione codificata in merito alla rappresentanza ed alla responsabilità, tanto meno è una persona; il trust di per sé, pertanto, non può agire né essere convenuto in giudizio, difettando diversamente di capacità processuale autonoma, e ciò, si noti, anche qualora agisca o venga citato in giudizio il trust in persona del proprio trustee: sarà sempre e solo il trustee, nella sua qualità, che dovrà agire o essere convenuto in giudizio.

Le diverse legislazioni indicate, inoltre, prevedono espressamente ed in ogni caso, salvo isolate eccezioni, che la responsabilità del trustee sia personale, dal che, nuovamente, sempre e solo il trustee potrà essere convenuto in giudizio, ma non solo: a seconda della legge regolatrice, nella maggior parte dei casi il trustee dovrà essere convenuto in giudizio personalmente, nemmeno nella sua qualità di trustee; in altri casi, quelli, per inciso, ove vi sia il diritto, ma anche il dovere, per i terzi di rivalersi esclusivamente sul fondo in trust, il trustee sarà allora convenuto nella sua qualità di trustee, con espressa e necessaria richiesta giudiziale di condanna dello stesso a mezzo del fondo in trust.

Vi è a tal punto da domandarsi cosa accade in caso di successione del trustee.

Salvo un subentro, pattizio o fattivo, in ratifica, espressa o implicita, dei diritti e doveri particolari del trustee uscente, il nuovo trustee non risponde né è tenuto a rispondere delle obbligazioni assunte dal precedente trustee.

Come già evidenziato, inoltre, a seconda della legge regolatrice del trust, si può verificare che il trustee uscente, personalmente responsabile, abbia il diritto di essere tenuto indenne da qualsiasi richiesta a mezzo del fondo in trust ovvero che i terzi, pur stante la personale responsabilità del trustee, abbiano diritto solo di rivalersi sul fondo in trust.

Tale differenza non è solo ideologica, ma ampiamente sostanziale, soprattutto in relazione alle diverse possibili domande dei terzi e, non da meno, agli effetti delle sentenze così emesse nei confronti del trustee ed alla loro esecuzione.

Nella prima situazione, infatti, che prevede la possibilità per i terzi di rivalersi solo sul trustee e tutt'al più di surrogarsi nei diritti di quest'ultimo sul fondo in trust, il terzo deve innanzitutto rivalersi sul trustee che ha contratto, convenendolo in giudizio, quand'anche quest'ultimo non sia più nella proprietà del fondo in trust.

Può pertanto accadere che il trustee così convenuto, impregiudicato il suo diritto di promuovere successiva richiesta e causa al nuovo trustee per essere indennizzato e rimborsato con il fondo in trust, e nei limiti di questo, adempia e così si attenga alla sentenza emanata nei propri confronti.

È più agevole ipotizzare, comunque, che il trustee uscente chiami direttamente in causa il nuovo trustee, in garanzia e manleva della propria responsabilità con il fondo in trust.

Il terzo, in ogni caso, non ha alcuna azione diretta nei confronti del fondo in trust e del nuovo trustee e, qualora intenda convenire in causa anche quest'ultimo, può farlo esclusivamente con l'azione surrogatoria disciplinata dall'art. 2900 cod. civ., surrogandosi nei diritti del trustee uscente ad essere rimborsato ed indennizzato dal fondo in trust, ma in tal caso nei limiti del fondo stesso e delle eccezioni che il nuovo trustee può e, se legittime, deve sempre effettuare in merito dell'operato ed alle obbligazioni del precedente trustee. Il precedente trustee è comunque litisconsorte necessario in tale causa.

Nella seconda situazione, invece, che prevede, impregiudicata la responsabilità personale del trustee, il diritto ed obbligo per i terzi di rivalersi solo con il fondo in trust, il terzo innanzitutto deve sempre e comunque rivalersi sul trustee che ha contratto, convenendolo in giudizio quand'anche quest'ultimo non sia più nella proprietà del fondo in trust, ma non solo.

Pur lasciando l'argomento alla futura casistica giurisprudenziale e dottrina, deve evidenziarsi che in tal caso la sentenza emessa solo nei confronti del precedente trustee non avrebbe alcun effetto pratico stante la limitazione della propria responsabilità al fondo in trust; parimenti, detta sentenza non avrebbe alcun effetto nemmeno nei confronti del nuovo trustee, effettivo ed attuale titolare del fondo in tru-

st, ma in alcun modo parte di tale procedimento ed al quale in alcun modo potrebbero estendersi gli effetti della sentenza stessa.

È di tutta evidenza, pertanto, che la situazione prospettata potrebbe lasciar presagire un caso *sui generis* di litisconsorzio necessario ai sensi e per gli effetti dell'art. 102 cod. proc. civ. la cui previsione, utilizzando una frase di una sentenza (Cass. civ., 6 luglio 1981, n. 4411), è stata estesa a tutti i casi nei quali, "oltre che nei casi espressamente previsti dalla legge, la partecipazione di più soggetti al giudizio instaurato nei confronti di taluno di essi è necessaria allorché l'azione tende alla costituzione o al mutamento di un rapporto plurisoggettivo unico oppure all'adempimento di una prestazione inscindibile incidente su una situazione giuridicamente comune a più soggetti, sì da escludere che, senza il contraddittorio di tutte le parti interessate all'esito del giudizio, la sentenza da emanare possa avere alcuna pratica utilità per taluna di esse"(15).

§ 5. La successione del trustee ed i procedimenti giudiziari pendenti.

La successione del trustee può avvenire anche in corso di causa. In tal caso cosa accade?

Richiamando quanto già evidenziato e cioè che la successione del trustee integra una forma di successione nella proprietà dei beni costituenti il fondo in trust a titolo derivativo e particolare e non a titolo universale, è del tutto evidente che non può in alcun modo trovare applicazione l'art. 110 cod. proc. civ., che espressamente prevede che, in caso venga meno la parte per morte o altra causa, il processo è proseguito dal successore universale o in suo confronto.

Deve, invece, trovare applicazione il successivo art. 111 cod. proc. civ. che espressamente prevede che, qualora venga trasferito il diritto controverso, il processo prosegue tra le parti originarie, mentre se il trasferimento avviene a causa di morte, il processo è proseguito dal successore universale o in suo confronto. Il successore a titolo particolare però, può intervenire o esser chiamato nel processo e, con il consenso delle altre parti, l'alienante o il successore universale possono essere estromessi.

In ogni caso, la sentenza pronunciata contro questi ultimi spiega sempre i suoi effetti anche contro il successore a titolo particolare ed è impugnabile anche da quest'ultimo, fatte salve le norme sull'acquisto in buona fede dei mobili e sulla trascrizione.

La successione alla quale si applica la norma richiamata deve essere successione in senso tecnico a titolo particolare nel diritto controverso, e non – seppur a titolo particolare – nei diritti in genere derivanti o spettanti al trustee.

In altri termini, l'art. 111 cod. proc. civ. in genere e, più nello specifico, gli effetti della pronuncia nei confronti dell'avente causa – *id est*, nuovo trustee –, trovano applicazione qualora la successione di titolarità comporti un subingresso del sostituto nella posizione giuridica attiva o passiva cui strettamente inerisce la pretesa dedotta in giudizio. Semplificando ulteriormente, la previsione di cui all'art. 111 cod. proc. civ. trova sicuramente applicazione a qualsiasi trasferimento che comporti il trasferimento del diritto controverso quale, ad esempio, il trasferimento della cosa locata oggetto di causa (ad esempio, per canoni, spese, danni, ecc.), del fondo dominante in pendenza di una causa di riconoscimento di servitù, del fabbricato oggetto di un giudizio possessorio per mancato rispetto delle distanze ecc.

Del tutto diversamente accade invece nel caso di sostituzione di un trustee che abbia una qualche causa in corso per attività che, seppur certamente espletata quale trustee, non abbia ad oggetto un qualche bene o diritto specifico; si pensi, ad esempio, al mandato conferito dal trustee ad un professionista, ad una qualche azione per responsabilità extracontrattuale nella quale sia incorso il trustee, ecc.

In definitiva e concludendo, la responsabilità personale del trustee uscente, unita allo specular corollario che il nuovo trustee *ex se* non risponde *tout court* delle obbligazioni contratte dal precedente trustee (quantomeno non solo per il fatto di essere il nuovo trustee, eccezion fatta per qualsiasi opera di ratifica, espressa od implicita che sia), unita alla successione a titolo particolare e non universale nella titolarità del fondo in trust, implica necessariamente che il nuovo trustee non può ritenersi solo per tale fatto successore particolare del trustee uscente in qualsiasi causa pendente a carico di quest'ultimo, ma che è invece necessaria una verifica caso per caso dell'estensione o meno in capo al nuovo trustee degli effetti della sentenza eventualmente resa in capo al trustee uscente.

Nota:

(15) Cass., 6 luglio 1981, n. 4411, Mass. Giur. it., 1981, 1143.

Saggi

Accertamento del reddito dei coniugi e limiti al segreto fiduciario

di Andrea Gangemi – Federico Rasi

SOMMARIO: § 1. Il caso all'attenzione del Tribunale di Reggio Emilia nell'ordinanza 27 marzo 2006. – § 2. La riservatezza dell'attività fiduciaria: profili ricostruttivi. – § 3. La riservatezza dell'attività fiduciaria nel sistema tributario. – § 4. Osservazioni sulla riservatezza dell'attività fiduciaria. – § 5. Rapporti patrimoniali tra coniugi e tutela dei figli in seguito a separazione giudiziale e divorzio. – § 6. Il corpo ed i poteri della Polizia Tributaria: considerazioni generali. – 7. Le attività delegabili alla Polizia Tributaria in materia di diritto di famiglia e loro limiti. – 8. Considerazioni conclusive.

§ 1. Il caso all'attenzione del Tribunale di Reggio Emilia nell'ordinanza 27 marzo 2006.

Con l'ordinanza 27 marzo 2006, il Giudice istruttore del Tribunale di Reggio Emilia⁽¹⁾, nel corso di un procedimento di separazione, ha delegato la Guardia di Finanza ad acquisire informazioni relative a partecipazioni societarie detenute attraverso una società fiduciaria, dopo che quest'ultima aveva risposto negativamente ad una prima richiesta adducendo come motivazione "l'obbligo di riservatezza assunto ai sensi della legge 23 novembre 1939, n. 1966 che regola l'attività delle fiduciarie".

A seguito di tale rifiuto, il giudice istruttore ha proceduto a verificare l'esistenza nell'ordinamento nazionale di un simile segreto per verificare se esso possa essere superato nel corso di cause di separazione o di divorzio e, più in generale, nella materia del diritto di famiglia. In tali procedimenti, sono, infatti, attribuiti ai giudici nazionali ampi poteri nell'acquisizione di elementi probatori circa la determinazione del reddito, del patrimonio e del tenore di vita dei coniugi finalizzati alla quantificazione dell'assegno di divorzio (o di separazione) o all'adozione dei più opportuni ordini di protezione contro gli abusi familiari.

Tali poteri sono stabiliti dall'art. 5, L. 1° dicembre 1970, n. 898(2), che obbliga i coniugi a "presentare

all'udienza di comparizione avanti al presidente del tribunale la dichiarazione personale dei redditi e ogni documentazione relativa ai loro redditi e al loro patrimonio personale e comune" con la conseguenza che "in caso di contestazioni il tribunale dispone indagini sui redditi, sui patrimoni e sull'effettivo tenore di vita, valendosi, se del caso, anche della Polizia Tributaria". L'art. 155 cod. civ.(3), invece, autorizza il giudice, ai fini della determinazione dell'assegno di mantenimento a favore dei figli, a disporre, "ove le informazioni di carattere economico fornite dai genitori non risultino sufficientemente documentate, un accertamento della Polizia Tributaria sui redditi e sui beni oggetto della contestazione, anche se intestati a soggetti diversi". L'art. 736-bis cod. proc. civ.(4), infine, nel caso in cui la condotta di un coniuge o di altro convivente sia causa di grave pregiudizio all'integrità fisica o morale ovvero alla libertà dell'altro coniuge o convivente, consente al giudice di adottare ordini di protezione disponendo "anche per mezzo della Polizia Tributaria, indagini sui redditi, sul tenore di vita e sul patrimonio personale e comune delle parti, e provvede con decreto motivato immediatamente esecutivo".

Le norme in esame attribuiscono quindi alla Polizia Tributaria poteri di indagine in riferimento all'applicazione pratica dei quali sorgono però rilevanti problemi; la generica formulazione delle norme richiamate, infatti, pur facultando il tribunale a chiedere l'intervento della Polizia Tributaria omette, contestualmente, di indicarne i poteri ed i limiti di azione obbligando così l'interprete a cercare di col-

Note:

Andrea Gangemi svolge attività di ricerca presso l'Università di Roma Tre; Federico Rasi svolge attività di ricerca presso l'Università Luiss G. Carli.

Il paragrafo 5 è a cura di Andrea Gangemi, i restanti paragrafi sono stati redatti da Federico Rasi.

(1) Trib. Reggio Emilia, 27 marzo 2006, in questa Rivista, 2006, 421.

(2) Come sostituito dall'art. 19, L. 6 marzo 1987, n. 74.

(3) Come di recente sostituito dall'art. 1, L. 8 febbraio 2006, n. 54.

(4) Inserito dall'art. 13, L. 4 aprile 2001, n. 154.

mare tale lacuna⁽⁵⁾ facendo rinvio ai principî dell'ordinamento nazionale. La circostanza che oggetto delle indagini siano beni fiduciarmente intestati consiglia di verificare, in via preliminare, la natura ed i limiti della "riservatezza fiduciaria" così da comprendere, anche per tale particolare ipotesi, quali siano i poteri assegnati al giudice in materia di diritto di famiglia ed il ruolo della Polizia Tributaria in tali indagini.

§ 2. La riservatezza dell'attività fiduciaria: profili ricostruttivi.

Nell'ordinamento italiano, la L. 23 novembre 1939, n. 1966, riserva alle società fiduciarie la possibilità di intestarsi fiduciarmente i beni dei propri clienti per amministrarli nel loro esclusivo interesse e per garantire loro un'assoluta riservatezza nei rapporti con i terzi⁽⁶⁾. L'intestazione fiduciaria di titoli azionari o di beni integra così gli estremi dell'interposizione reale di persona ove l'interposto acquista (a differenza che nel caso di interposizione fittizia o simulata) la titolarità degli stessi, pur essendo, in virtù di un rapporto interno con l'interponente di natura obbligatoria, tenuto ad osservare un certo comportamento convenuto in precedenza con il fiduciante, nonché a ritrasferirli a quest'ultimo ad una scadenza stabilita, ovvero al verificarsi di una situazione che determini il venir meno della "causa fiduciae"⁽⁷⁾.

L'attività prestata dalle società fiduciarie, realizzando un fenomeno di dissociazione tra proprietà formale e proprietà sostanziale, garantisce al fiduciante il perfetto anonimato, salvo il rispetto di talune deroghe espressamente previste per legge. La più importante delle deroghe al principio della riservatezza fiduciaria è quella di cui all'art. 1, V comma, R. D. L. 29 marzo 1942, n. 239 ai sensi del quale "le società fiduciarie che abbiano intestato al proprio nome titoli azionari appartenenti a terzi sono tenute a dichiarare le generalità degli effettivi proprietari dei titoli stessi". Si tratta del c. d. principio della nominatività obbligatoria dei titoli azionari⁽⁸⁾. Obblighi di comunicazione sono poi previsti dall'art. 21, D. Lgs. 1° settembre 1993, n. 385 secondo il quale "le società fiduciarie che abbiano intestato a proprio nome partecipazioni in società appartenenti a terzi comunicano alla Banca d'Italia, se questa lo richieda, le generalità dei fiducianti".

Quelle menzionate sono le più importanti deroghe alla riservatezza fiduciaria previste dall'ordinamento nazionale⁽⁹⁾, per meglio comprendere le ragioni del-

Note:

(5) N. M. Larizza, È ancora scontro sulla compatibilità di disciplina tra separazione e divorzio, Giur. merito, 1997, 711.

(6) Come noto, lo strumento negoziale tramite cui viene ottenuto tale risultato è il negozio fiduciario. Esso è un negozio giuridico non previsto dalla legge nel quale una parte (fiduciante) trasferisce un bene che gli appartiene ad un altro soggetto (fiduciario), il quale, pur divenuto formalmente proprietario dello stesso, in realtà si è obbligato con il fiduciante ad utilizzare il bene secondo gli accordi presi e a restituirglielo ad una precisa scadenza. Si tratta, quindi, di una fattispecie complessa in cui due negozi sono collegati tra loro: l'uno di carattere esterno, realmente voluto e con efficacia verso i terzi, e l'altro di carattere interno, pure effettivamente voluto, di tipo obbligatorio diretto a modificare il risultato finale del primo negozio per cui il fiduciario è tenuto a ritrasferire il bene al fiduciante o a un terzo. Le società fiduciarie sono tenute a istituire un "Libro dei fiducianti", ove vengano annotate le generalità dei fiducianti stessi, con relativo domicilio, i beni, le somme di denaro o i valori mobiliari conferiti, i successivi conferimenti, gli eventuali rimborsi, le restituzioni di valori mobiliari. Cfr. Cass., sent. 1° aprile 2003, n. 4886, Gius. 2003, 15, 1727.

(7) Cass., sent. 14 ottobre 1997, n. 10031, Foro it., 1997, I, 851; Cass., sent. 27 novembre 1999, n. 13261, Banca Borsa, 2001, II, 268; Cass., sent. 16 novembre 2001, n. 14375, Giur. it., 2002, 780.

(8) Il principio di nominatività obbligatoria delle azioni è poi alla base dell'obbligo di comunicazione allo Schedario generale dei titoli azionari di cui alla L. 29 dicembre 1962, n. 1745, da coordinarsi con le modifiche apportate dal successivo art. 12 del D. Lgs. 21 novembre 1997, n. 461. In precedenza, l'articolo 2 del D. M. 20 settembre 1997 aveva previsto, per le comunicazioni di cui alla L. 29 dicembre 1962, n. 1745 (esercizio dei "diritti sociali" relativi al pagamento di utili o al deposito di azioni ai fini dell'intervento in assemblea ordinaria) il cui presupposto era sorto successivamente al 1° gennaio 1998, l'obbligo della trasmissione dei dati mediante collegamento telematico o supporto magnetico. Successivamente all'emanazione del sopracitato decreto è intervenuto però l'articolo 12, XIII comma, del D. Lgs. 21 novembre 1997, n. 461 il quale ha previsto che possono essere stabilite nuove modalità per l'effettuazione delle comunicazioni di cui alla L. 29 dicembre 1962, n. 1745 con possibilità di introdurre l'obbligo di effettuare le stesse nel modello di dichiarazione del sostituto d'imposta. L'introduzione dell'obbligo di effettuare le comunicazioni di cui trattasi nel modello di dichiarazione del sostituto, ha permesso di canalizzare su un unico modello (dichiarazione dei sostituti d'imposta, effettuata sul relativo modello o sul modello di dichiarazione unificata annuale o in via telematica, secondo le indicazioni di cui all'articolo 12 D. P. R. 29 settembre 1973, n. 600) tutti i dati e le notizie in materia di distribuzione di utili, da qualunque soggetto distribuiti, determinando così la cessazione della competenza dello Schedario Generale dei Titoli Azionari.

(9) Si segnala inoltre, a titolo meramente esemplificativo:

- D. M. 10 marzo 1964, che prescrive la tenuta del libro per l'annotamento giornaliero delle operazioni a termine e di riporto, in esecuzione dell'art. 17, L. 5 gennaio 1956, n. 1;
- L. 31 maggio 1965, n. 575, che prevede che il Procuratore della Repubblica o il Questore competente può richiedere direttamente a mezzo della Guardia di finanza o della Polizia giudiziaria ad ogni ufficio della Pubblica Amministrazione, ad Ente creditizio, nonché alle imprese, società ed Enti di ogni tipo, informazioni e copia della documentazione ritenuta utile ai fini delle indagini;
- L. 7 giugno 1974, n. 216, che prevede che le società fiduciarie, che abbiano intestato a proprio nome azioni o quote di società appartenenti a terzi sono tenute a comunicare alla Consob, se questa lo richieda, le generalità dei fiducianti;
- L. 3 aprile 1979, n. 95, che prevede che il Ministero dell'industria e i commissari possono richiedere alle società fiduciarie le generalità degli effettivi proprietari di partecipazioni in grandi aziende in crisi;
- L. 12 agosto 1982, n. 576, che prevede che le fiduciarie devono dichiarare, entro 15 giorni dalle richieste, i nomi dei mandanti per conto dei quali hanno acquistato azioni di società assicuratrici;

(Segue)

Saggi

le quali occorre chiarire la natura della riservatezza cui sono tenute le società fiduciarie(10). In proposito, vi è chi ha ritenuto loro applicabile la normativa in tema di segreto professionale(11). L'attività fiduciaria, secondo tale ricostruzione, è assimilabile all'attività dei professionisti; eserciterebbero anche esse un'attività professionale in quanto l'art. 4, legge 23 novembre 1939, n. 1966 richiede che i membri del collegio sindacale e del consiglio di amministrazione ed il personale non adibito a funzioni d'ordine soddisfino una serie di requisiti di professionalità. Sulla base di tali premesse, è stata ipotizzata l'applicazione alle società fiduciarie delle garanzie previste per l'attività dei professionisti ed, in particolare, del segreto professionale. Al riguardo, è stato ritenuto operante nei loro confronti l'art. 622 cod. pen. che sanziona la violazione del segreto professionale. Tale norma potrebbe infatti interpretarsi nel senso di vincolare al segreto non solo chi esercita una professione intellettuale protetta, ma anche tutti coloro che esercitano professionalmente ed in modo organizzato attività che conducono a conoscere notizie riservate.

A tale ricostruzione, si è tuttavia obiettato che le società fiduciarie sono imprenditori commerciali(12). In tale direzione milita la legge 23 novembre 1939, n. 1966 che testualmente prevede che l'esercizio dell'attività fiduciaria debba svolgersi in forma di impresa; l'attività fiduciaria è quindi ricostruibile quale svolgimento in forma collettiva di un'attività imprenditoriale (commerciale) di prestazione di servizi.

La tesi che qualifica come professionale l'attività delle società fiduciarie è censurabile sotto un ulteriore punto di vista: se fosse corretta la suesposta interpretazione dell'art. 622 cod. pen., tale norma sarebbe incostituzionale per violazione del principio di tassatività delle fattispecie penali ex art. 25 Cost. Una sua lettura costituzionalmente orientata impone, invece, di limitarne l'ambito di applicazione alle professioni protette. Inoltre, elemento costitutivo del reato di cui all'art. 622 cod. pen. è il pericolo che dalla rivelazione di un segreto derivi un danno ingiusto per il soggetto cui la notizia si riferisce; e tale non può considerarsi il pregiudizio che deriverebbe, dal punto di vista economico, ai fiducianti dal recupero di imposte o dall'applicazione di sanzioni fiscali o dall'adempimento di doveri imposti dall'ordinamento(13).

Non potendosi quindi ricondurre l'attività delle società fiduciarie nel novero delle professioni liberali, vi è chi ha tentato di predicare l'esistenza di uno specifico segreto fiduciario o piuttosto di un'area di "ri-

servatezza fiduciaria" i cui confini sono gli stessi posti dalla normativa riguardante le società fiduciarie(14). Il legislatore, secondo tale prospettiva, disciplinando le società fiduciarie avrebbe implicitamente valutato in maniera positiva l'attività da loro svolta, nonché le modalità operative a cui ricorrono (in particolare l'obbligo di segretezza), riservandosi però di superare, per determinate esigenze, lo schermo fiduciario.

Questa prospettiva ricostruttiva trova conferme nel D. M. 16 gennaio 1995(15) che indica i requisiti

Note:

(Continua nota 9)

- f) L. 23 marzo 1983, n. 77, che prevede che la Consob può richiedere dati e notizie (e disporre ispezioni) a società fiduciarie, con esclusivo riferimento a partecipazioni in società quotate in borsa o al ristretto, ovvero in società controllanti o controllate di/da queste;
- g) L. 4 giugno 1985, n. 281, che conferma che le società fiduciarie, che abbiano intestato a proprio nome azioni o quote di società appartenenti a terzi, sono tenute a comunicare alla Banca d'Italia, se questa lo richieda, le generalità dei fiducianti;
- h) L. 19 marzo 1990, n. 55, che prevede il divieto di intestazioni fiduciarie per imprese aggiudicatarie di appalti pubblici;
- i) L. 5 luglio 1991, n. 197, che include le società fiduciarie fra i soggetti tenuti agli obblighi di identificazione e di registrazione (tenuta dell'archivio informatico e comunicazioni all'Ufficio Italiano Cambi). Ciò comporta in particolare la tenuta del registro anticircolaggio dove annotare le movimentazioni richieste dalla legge istitutiva, nonché dal D. M. 19 dicembre 1991 e dai comunicati successivi, fra i quali assume particolare importanza la circolare 19 maggio 1993 dell'U.I.C. dove è stato chiarito in modo inequivocabile che le società fiduciarie autorizzate ai sensi della L. 23 novembre 1939, n. 1966, che eseguono operazioni in nome e per conto di fiducianti, attraverso ordine di pagamento o accreditamento disposti o ricevuti presso intermediari bancari, devono procedere alla registrazione di tali operazioni;
- j) L. 17 febbraio 1992, n. 154, che conferisce poteri alla Banca d'Italia di acquisire informazioni anche dalle società fiduciarie;
- k) D. M. 18 giugno 1993, che istituisce l'elenco di esperti per l'affidamento di incarichi ispettivi presso società fiduciarie e di revisione.
- Amplius:* G. Moro Visconti, *Le società fiduciarie di amministrazione*, Impresa c.i., 2001, 12, 1874.

(10) F. Di Maio, *Dalla nominatività obbligatoria alla riservatezza trasparente o alla trasparenza riservata*, Società, 2003, 1441.

(11) B. Santamaria, *Società fiduciarie e di revisione: profili civilistici e disciplina fiscale*, Riv. dir. fin., 1979, I, 107.

(12) P. Adonnino, voce "Società fiduciaria - II) Diritto Tributario", Enc. Giur., vol. XXIX, Roma, 1993, p. 10.

(13) N. Mazzacova, *Profili penale dell'attività fiduciaria*, Foro it., 1987, 89.

(14) F. Di Maio, *La "riservatezza" come elemento costitutivo dell'attività della fiduciaria*. Commento a Appello Trieste 15 gennaio 2004, Società, 2004, 604; Id., *Società fiduciarie ed enti di gestione fiduciaria*, Milano, 1986.

(15) Tale decreto elenca gli elementi informativi del procedimento di autorizzazione all'esercizio dell'attività fiduciaria e di revisione e le disposizioni di vigilanza. Esso costituisce un quadro normativo generale e prevede anche che per la carica di amministratore o direttore generale o sindaco o personale "non d'ordine" si trovano in situazione ostativa alla nomina coloro che: abbiano rivestito tale carica in società fiduciarie e/o di

(Segue)

per l'autorizzazione dell'esercizio dell'attività delle società fiduciarie e precisa che, nello svolgimento del loro incarico, le società stesse sono tenute ad osservare con particolare attenzione le norme che regolano gli aspetti fiscali e impongono misure di prevenzione della criminalità.

In definitiva, l'analisi della normativa che regola l'attività fiduciaria dimostra il favore del legislatore nei confronti di tale schema operativo⁽¹⁶⁾ il quale, tuttavia, consente che vi si deroghi per il conseguimento di precise e specifiche finalità tassativamente individuate dalla legge stessa.

§ 3. La riservatezza dell'attività fiduciaria nel sistema tributario.

La necessità di superare lo schermo fiduciario si pone, in particolare, nel campo tributario dove l'Amministrazione Finanziaria, in sede di accertamento dei redditi⁽¹⁷⁾, può avere la necessità di acquisire informazioni sul conto dei fiduciant⁽¹⁸⁾.

Come opportunamente sottolineato dall'ordinanza del Tribunale di Reggio Emilia, la questione è stata

Note:

(Continua nota 15)

revisione almeno per i due esercizi immediatamente precedenti l'assoggettamento alla procedura di liquidazione coatta amministrativa di società fiduciarie e di revisione, nonché in società attratte alla medesima procedura in base alla L. 1° agosto 1986, n. 430 e comunque per tutti coloro nei cui confronti è stata promossa azione sociale di responsabilità. Tale inibizione ha la durata di cinque anni dalla data di assoggettamento alla procedura di liquidazione coatta amministrativa, o del maggior termine nell'eventualità che il commissario liquidatore abbia proposto l'interruzione dei termini di prescrizione dell'azione di responsabilità sociale, fino alla conclusione giudiziaria della predetta azione.

(16) A. Borgioli, voce "Società fiduciaria - I) Diritto Commerciale", Enc. Giur., vol. XXIX, Roma, 1993, p. 7.

(17) Il sistema tributario nazionale prevede ulteriori deroghe alla riservatezza fiduciaria. Il D. L. 28 giugno 1990, n. 167 (convertito, con modificazioni, dalla L. 4 agosto 1990, n. 227), recante norme in tema di rilevazione a fini fiscali di taluni trasferimenti da e verso l'estero di denaro, titoli e valori e il D. Lgs. 21 novembre 1997, n. 461 recante la disciplina tributaria dei redditi di capitale e dei redditi diversi, prevedono a carico delle società fiduciarie una serie di obblighi di rilevazione e di trasmissione di dati. Anche le società fiduciarie, assieme a banche, società di intermediazione mobiliare, Ente poste italiane, società finanziarie ed ogni altro intermediario professionale, residenti in Italia sono tenuti al rispetto degli obblighi di evidenza, conservazione, comunicazione previsti dalla disciplina del monitoraggio fiscale valutario relativamente alle operazioni da o verso l'estero.

La L. 25 marzo 1991, n. 102, prevede che le fiduciarie, entro il 30 aprile di ogni anno, devono comunicare al Ministero delle finanze (con supporto meccanografico) i dati delle singole operazioni effettuate nell'anno precedente.

Le società fiduciarie sono rese poi destinatarie degli obblighi di comuni-

cazione previsti dall'istituenda "Anagrafe dei conti e dei depositi". L'articolo 20, IV comma, lettera b), della L. 30 dicembre 1991, n. 413 prevede, infatti, l'adozione di un regolamento per stabilire, "con il massimo della riservatezza, le modalità delle comunicazioni, da parte delle aziende ed istituti di credito, dell'Amministrazione postale, nonché delle società fiduciarie e di ogni altro intermediario finanziario, dei dati identificativi, compreso il codice fiscale, di ogni soggetto che intrattenga con loro rapporti di conto o deposito o che comunque possa disporre del medesimo, nonché i criteri per le relative autorizzazioni". L'attuazione di tale norma si è avuta con il D. M. 4 agosto 2000, n. 269, che prevede che le richieste debbono essere formulate con la specificazione di nome, cognome, luogo e data di nascita, per le persone fisiche sottoposte ad indagine; denominazione e sede legale, per le persone giuridiche sottoposte ad indagine (codice fiscale in entrambi i casi, se in possesso del richiedente), nonché, limitatamente alle richieste dirette a consentire l'espletamento delle attività fiscali, gli specifici motivi per i quali sono presentate con indicazione delle sommarie ragioni dell'accertamento e delle disposizioni di legge in forza delle quali tale accertamento e le eventuali attività istruttorie sono eseguiti.

L'anonimato garantito dall'intestazione fiduciaria è, infine, superato anche nel recente D. Lgs. 18 aprile 2005, n. 84 di attuazione della direttiva 2003/48/CE del 3 giugno 2003 in materia di tassazione dei redditi da risparmio sotto forma di pagamento di interessi. Obiettivo della menzionata direttiva è l'introduzione di un sistema automatico di scambio di informazioni tra le amministrazioni fiscali europee al fine di consentire che i redditi da risparmio sotto forma di pagamenti di interessi corrisposti in uno Stato membro a beneficiari effettivi che siano persone fisiche residenti in un altro Stato membro siano soggetti a un'imposizione effettiva secondo la legislazione nazionale di quest'ultimo Stato membro. Il legislatore italiano, all'art. 1 del D. Lgs. 18 aprile 2005, n. 84, ha individuato nella banche, nelle società di intermediazione mobiliare, nelle Poste Italiane S.p.A., nelle società di gestione del risparmio, nelle società finanziarie e, per quanto qui di interesse, anche nelle società fiduciarie, residenti nel territorio dello Stato, i soggetti obbligati a comunicare all'Agenzia delle Entrate le informazioni relative agli interessi pagati o il cui pagamento è attribuito direttamente a persone fisiche residenti in uno Stato dell'Unione Europea (o in uno Stato convenzionato) che siano beneficiari effettivi di tale pagamento.

Quelle appena illustrate sono le principali deroghe in materia tributaria alla riservatezza fiduciaria. Esse non sono il frutto di un disegno organico volto a realizzare un complesso di strumenti che consentano all'Amministrazione Finanziaria una completa conoscenza della situazione sottostante il rapporto di intestazione fiduciaria, quanto piuttosto il tentativo di rispondere ad esigenze contingenti. Tuttavia, elemento costante di tali interventi è la circostanza che il legislatore consente il superamento del segreto fiduciario soltanto in presenza di effettive esigenze connesse all'accertamento ed a condizione della precisa individuazione dei contribuenti accertati rendendo così opportuna un'interpretazione dell'art. 32, D. P. R. 29 settembre 1973, n. 600 che si muova in tale prospettiva.

Per un'analisi delle varie normative trattate cfr. G. Escalar, Monitoraggio fiscale e dichiarazione delle attività estere di natura finanziaria e degli investimenti all'estero, Rass. trib., 1995, 848; A. Fiducia, Il monitoraggio dei conti bancari: dalla richiesta preliminare al contribuente all'archivio informatico dei depositi, ivi, 1997, 847; E. Nuzzo, Fiscalità, riciclaggio di capitali e politiche criminali, ivi, 1995, 991; V. Suppa - S. Senatore, Decreto 4 agosto 2000, n. 269: l'anagrafe dei conti e dei depositi, Fisco, 2000, 12114; A. Viotto, I poteri di indagine dell'Amministrazione Finanziaria nel quadro dei diritti inviolabili di libertà sanciti dalla Costituzione, Milano, 2002, p. 176 e 245; F. Saponaro, Lo scambio di informazioni tra Amministrazioni finanziarie e l'armonizzazione fiscale, Rass. trib., 2005, 453; J. S. Pastoriza Vasquez, La nuova direttiva sulla tassazione del risparmio: applicabilità ed efficacia, ivi, 2005, 1095; I. Caraccioli, Quale avvenire per il segreto bancario. Armonizzazione dei sistemi giuridici dell'Unione Europea, Fisco, 1998, 567; F. Gallo, Mercato unico e fiscalità: aspetti giuridici del coordinamento fiscale, Rass. trib., 2000, 725; P. Adonnino, voce "Società fiduciaria - II) Diritto Tributario" *supra*, nota 12, p. 6.

(18) G. Corasaniti, I poteri istruttori dell'Amministrazione finanziaria nei confronti delle società fiduciarie, Dir. prat. trib., 2004, 313; F. Gallo, Sugli obblighi tributari gravanti su una società fiduciaria di mera amministrazione e sulle conseguenze di una loro eventuale violazione, Rass. trib., 1998, 1122.

Saggi

recentemente affrontata dal Consiglio di Stato con il parere n. 2345 del 1° luglio 2003(19). Quest'organo, chiamato a verificare l'estensione dell'obbligo di riservatezza delle società fiduciarie nei confronti dell'Amministrazione finanziaria, ha, da un lato, escluso che tramite le società fiduciarie si possa realizzare una "zona franca" nell'accertamento, dall'altro ha ritenuto la questione meritevole di "un intervento d'adeguato livello normativo" in quanto "resta aperto [...] il problema [...] circa le modalità di esercizio del potere di richiedere [...] dati e notizie relativi a soggetti indicati singolarmente "o per categorie".

Queste erano le conclusioni e gli auspici che formulava il Consiglio di Stato che sono stati accolti dal legislatore con l'art. 1, CDII comma, legge 30 dicembre 2004, n. 311. Alla luce di queste modifiche, gli Uffici dell'Amministrazione Finanziaria:

a) non possono richiedere alle banche, alla società Poste italiane S.p.A., per le attività finanziarie e creditizie, agli intermediari finanziari, alle imprese di investimento, agli organismi di investimento collettivo del risparmio, alle società di gestione del risparmio e alle società fiduciarie la comunicazione, anche in deroga a contrarie disposizioni legislative, statutarie o regolamentari, di dati e notizie relativi a soggetti indicati singolarmente o per categorie (art. 32, I comma, n. 5, D. P. R. 29 settembre 1973, n. 600), mentre;

b) possono richiedere(20) alle banche, alla società Poste italiane S.p.A., agli intermediari finanziari, alle imprese di investimento, agli organismi di investimento collettivo del risparmio, alle società di gestione del risparmio e alle società fiduciarie, 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 (art. 32, I comma, n. 7, primo periodo, D. P. R. 29 settembre 1973, n. 600) e

c) possono richiedere(21) alle società fiduciarie di cui alla legge 23 novembre 1939, n. 1966, e a quelle iscritte nella sezione speciale dell'albo di cui all'articolo 20 del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, le generalità dei soggetti per conto dei quali esse hanno detenuto o amministrato o gestito beni, strumenti finanziari e partecipazioni in imprese, inequivocamente individuati (art. 32, I comma, n. 7, secondo periodo, D. P. R. 29 settembre 1973, n. 600).

A mente del precedente contenuto del I comma,

n. 5, primo periodo, dell'art. 32, D. P. R. 29 settembre 1973, n. 600, l'Amministrazione finanziaria poteva, invece, richiedere agli organi e alle Amministrazioni dello Stato, agli enti pubblici non economici, alle società ed enti di assicurazione ed alle società ed enti che effettuano istituzionalmente riscossioni e pagamenti per conto di terzi, ovvero attività di gestione e intermediazione finanziaria, anche in forma fiduciaria, la comunicazione, anche in deroga a contrarie disposizioni legislative, statutarie o regolamentari, di dati e notizie relativi a soggetti indicati singolarmente o per categorie. Nel testo novellato dalla legge Finanziaria 2005, queste previsioni sono rimaste in vigore limitatamente alla parte relativa agli organi ed Amministrazioni statali, agli enti assicurativi e che effettuano pagamenti e riscossioni per conto terzi, mentre è stato soppresso il riferimento alle "società o enti che effettuano [...] attività di gestione e intermediazione finanziaria, anche in forma fiduciaria"(22). Conseguentemente alla soppressione, è stata introdotta, nell'ambito della nuova versione del n. 7 del I comma, primo periodo, dell'art. 32, D. P. R. 29 settembre 1973, n. 600, una nuova potestà di richiesta esercitabile dall'Amministrazione finanziaria specificamente nei riguardi delle sole società fiduciarie. In particolare, è ora previsto che alle società fiduciarie di cui alla legge 23 novembre 1939, n. 1966 (società fiduciarie c. d. statiche) ed a quelle iscritte nella sezione speciale dell'albo di cui all'art. 20 del D. Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 – testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (società fiduciarie c. d. dinamiche)(23) possa essere

Note:

(19) F. Di Maio, Parere del Consiglio di Stato n. 2345/2003: la richiesta alle società fiduciarie di dati e notizie del fiduciante di una partecipazione sociale, Fisco, 2003, 5154; *contra*, M. Di Capua, Precisazione del Direttore centrale Accertamento dell'Agenzia delle Entrate sul "Parere del Consiglio di Stato n. 2345/2003. La richiesta alle società fiduciarie di dati e notizie del fiduciante di una partecipazione sociale", *ivi*, 2003, 6053.

(20) Previa 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.

(21) Vedi *supra*, nota 20.

(22) S. Screpanti, Finanziaria 2005: dalle indagini bancarie alle indagini finanziarie, Fisco, 2005, 634.

(23) Le società fiduciarie si suddividono in due categorie: società fiduciarie di "amministrazione" o "statiche" e società fiduciarie di "gestione" o "dinamiche". Tale distinzione trova origine nel disposto dell'art. 17 della L. 2 gennaio 1991, n. 1, secondo il quale le società fiduciarie, previa
(Segue)

richiesto, tra l'altro, "specificando i periodi temporali di interesse, di comunicare le generalità dei soggetti per conto dei quali esse hanno detenuto o amministrato o gestito beni, strumenti finanziari e partecipazioni in imprese, inequivocamente individuati".

Mentre prima alle società fiduciarie potevano essere richiesti esclusivamente dati e notizie attinenti a soggetti preventivamente individuati ovvero appartenenti ad una certa e specifica categoria, con esclusione, quindi, di richieste finalizzate a conoscere gli estremi identificativi dei soggetti che avevano affidato le proprie disponibilità finanziarie o patrimoniali alle predette società, adesso risultano legittimate, nei confronti delle sole fiduciarie, richieste volte anche soltanto ad individuare tali soggetti, pur non preventivamente identificati.

Si permette, così, il superamento del segreto fiduciario, condizionando peraltro tale possibilità all'inequivoca individuazione della fattispecie sottoposta ad accertamento. Tale requisito obbliga l'Amministrazione Finanziaria ad individuare e indicare non solo l'oggetto dell'attività di accertamento, ma anche le esigenze che giustificano il ricorso alla disposizione speciale in luogo di quella generale di cui alla prima parte della norma. L'utilizzo dell'avverbio rafforzativo risponde all'esigenza di consolidamento delle motivazioni alla base dell'accertamento speciale consentito dalla seconda parte della norma⁽²⁴⁾.

Il legislatore dimostra così di aver accolto i suggerimenti proposti dal Consiglio di Stato nel menzionato parere ove affermava di non potersi "prescindere dalla puntuale indicazione del contribuente nei cui confronti si stanno svolgendo le indagini, dovendosi tener conto dei principi desumibili dal ripetuto articolo 32 del D. P. R. n. 600 del 1973, considerato nel suo complesso". Tale ricostruzione trova conferme nel successivo provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate attuativo di quanto previsto dall'art. 32, III comma, D. P. R. 29 settembre 1973, n. 600⁽²⁵⁾. Si tratta del provvedimento 22 dicembre 2005, n. 188870 ove vengono forniti importanti chiarimenti circa l'esatta individuazione delle operazioni oggetto dello scambio telematico di informazioni tra Amministrazione finanziaria e intermediari finanziari. Il

Note:

(Continua nota 23)

iscrizione nella sezione speciale dell'albo CONSOB, di cui all'art. 3 della medesima legge, potevano esercitare l'attività di gestione di patrimoni

agendo in nome proprio, laddove gli altri intermediari dovevano spendere il nome del cliente. Di contro, una volta iscritte nel suddetto albo, erano vincolate a svolgere il servizio di gestione patrimoniale in via esclusiva, essendo loro preclusa sia la prestazione delle altre attività tipiche delle fiduciarie, come individuate dalla L. 23 novembre 1939, n. 1966, che l'esercizio degli altri servizi di investimento. I successivi D. Lgs. 23 luglio 1996, n. 415, e D. Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (c. d. Testo unico dell'intermediazione finanziaria), hanno confermato l'inapplicabilità alle fiduciarie di gestione (c. d. dinamiche) della L. 23 novembre 1939, n. 1966, sicché il servizio di amministrazione statica dei beni resta riservato alle fiduciarie che non intendono svolgere l'attività di gestione di portafogli di investimento e non sono, quindi, iscritte nella sezione speciale dell'albo di cui all'art. 20, D. Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (c. d. società fiduciarie statiche). L'art. 60, IV comma 4, D. Lgs. 23 luglio 1996, n. 415 (confermato dal D. Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58) ha poi ulteriormente puntualizzato che le società fiduciarie che svolgono il servizio di gestione di portafogli possono esercitare altri servizi di investimento soltanto a condizione che cessino di operare mediante intestazione fiduciaria. *Amplius*, G.P. La Sala, Articolo 199 – Società fiduciarie, in *Testo Unico della finanza*, Commentario diretto da G. F. Campobasso, vol. 3, Sanzioni, Torino, 2002, p. 1546; A. Borgioli, voce "Società fiduciaria – I) Diritto Commerciale" [*supra*, nota 16], p. 7.

(24) In aggiunta, una differente interpretazione sarebbe incompatibile con i principi generali in materia di accertamento previsti dalla L. 27 luglio 2000, n. 212 (c. d. Statuto del Contribuente). Con lo Statuto il legislatore ha introdotto una serie di prescrizioni dotate di una marcata connotazione garantistica che si muovono nell'ottica di attuare il bilanciamento delle contrapposte posizioni del fisco e del contribuente secondo i criteri della necessità e proporzionalità discendenti dai precetti costituzionali racchiusi negli artt. 2, 13, 14 e 15 Cost., che sovrintendono alle libertà inviolabili. Del resto, gli stessi criteri sono ritraibili dai principi di imparzialità e buon andamento dettati dall'art. 97 Cost., il quale è menzionato dall'art. 1 dello stesso Statuto, assieme agli artt. 3, 23 e 53 Cost., come disposizione alla cui attuazione è diretto lo statuto medesimo. Pertanto, il concetto di inequivocità di cui all'art. 32, D. P. R. 29 settembre 1973, n. 600 deve essere apprezzato alla luce delle disposizioni di cui agli artt. 7 e 12 della summenzionata legge ai sensi dei quali l'individuazione delle operazioni da accertare può considerarsi "non equivoca" soltanto:

- a) a condizione che gli Uffici diano adeguatamente conto delle suddette circostanze e provvedano ad illustrarle in modo chiaro tanto da permettere al contribuente di avanzare eventuali difese (così art. 7, Statuto del contribuente);
- b) ove le esigenze di indagine e di controllo non siano altrimenti esperibili senza la conoscenza dei dati del conto fiduciario (così art. 12, Statuto del Contribuente).

Nonché dell'art. 10 della medesima legge secondo il quale i rapporti fra contribuente e amministrazione devono essere improntati al principio della collaborazione e della buona fede. Cfr. D. Deotto, *Interventi a prova di garanzie*, Il Sole 24 ore, 1° aprile 2005, 23; A. Viotto, *I poteri di indagine dell'Amministrazione Finanziaria nel quadro dei diritti inviolabili dei libertà sanciti dalla Costituzione* [*supra*, nota 17], p. 179 e ss.; M. Piazza, *Controlli personalizzati anche nella fiduciaria – Le modifiche agli accertamenti non travolgono lo Statuto*, Il Sole 24 ore, 31 maggio 2005, 26; L. Ferlazzo Natoli – R. Salvatore, *La tutela del contribuente ex articolo 12 della legge n. 212/2000*, Boll. trib., 2002, 1045.

(25) L'art. 32, III comma D. P. R. 29 settembre 1973, n. 600 prevedeva che le richieste di cui al I comma, numero 7), nonché le relative risposte, anche se negative, dovessero essere effettuate esclusivamente in via telematica e pertanto delegava il direttore dell'Agenzia delle Entrate a fissare con provvedimento le disposizioni attuative e le modalità di trasmissione delle richieste, delle risposte. Con provvedimento del 25 maggio 2005, il Garante per la protezione dei dati personale (c. d. Garante per la *privacy*), ha ricordato che il citato provvedimento del direttore dell'Agenzia delle entrate incide sulle materie disciplinate dal Codice in materia di protezione dei dati personali e, per tale ragione, deve essere sottoposto alla previa consultazione del Garante, in conformità al Codice e al diritto comunitario (art. 154, IV comma, del Codice; art. 28, par. 2, direttiva n. 95/46/CE). Il Garante per la *privacy* ha esercitato tale potere con il successivo parere del 21 dicembre 2005.

S a g g i

provvedimento codifica in dettaglio i rapporti e le operazioni monitorate, nonché quelle escluse, delinea anche in maniera puntuale il contenuto delle richieste che gli Uffici possono formulare. La richiesta può essere relativa a un determinato soggetto sottoposto ad indagine per il quale si richiedono rapporti, movimenti e operazioni, oppure può essere relativa ad una particolare operazione o serie di operazioni precisamente individuate per le quali si richiedono i dati dei soggetti coinvolti(26). È inoltre ribadito che tutti i dati devono essere raccolti e trasmessi nell'osservanza della normativa in materia di riservatezza, nel rispetto del diritto alla protezione dei dati personali e devono essere strettamente "utilizzati per il controllo e la valutazione della capacità contributiva dei singoli contribuenti, assicurando il rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali [...]”(27).

La previsione di tali garanzie ha permesso al Garante della *privacy* di esprimere nel parere del 21 dicembre 2005 il proprio consenso, riconoscendo che il provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle entrate è in linea con "i principi di necessità, pertinenza e non eccedenza" nella richiesta di informazioni sanciti dal Codice in materia di protezione dei dati personali. A parere del Garante, il provvedimento del direttore dell'Agenzia delle entrate realizza un equo temperamento tra le esigenze dell'accertamento e le esigenze del contribuente di evitare indebite aggressioni nella propria sfera di riservatezza personale.

Anche nella materia tributaria, quindi il superamento dello schermo assicurato dalla riservatezza fiduciaria è possibile, come già oggi accade per altri settori dell'ordinamento, solo laddove sussista e sia comprovabile una specifica e precisa esigenza di verifica dell'Amministrazione Finanziaria fondando comunque l'indagine sulla puntuale indicazione del contribuente o della fattispecie oggetto di accertamento(28).

§ 4. Osservazioni sulla riservatezza dell'attività fiduciaria.

L'ordinamento nazionale attribuisce quindi piena legittimità alle modalità operative delle società fiduciarie limitando a ipotesi tassative e a finalità specifiche i casi in cui può essere superato lo schermo fiduciario. Dette ipotesi sono considerate deroghe eccezionali, sicché, come pacificamente riconosciuto dalla giurisprudenza(29) devono essere applicate in

maniera restrittiva limitandole alle ipotesi legislativamente previste. Si deve quindi concordare con l'ordinanza che qui si commenta laddove desume l'esistenza di una sfera di riservatezza fiduciaria dall'"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".

Si deve sottolineare che le principali leggi che prevedono obblighi di comunicazioni a carico delle società fiduciarie riguardano sostanzialmente sempre soggetti pubblici che agiscono per interesse pubblico (il Fisco, l'ISVAP, la Banca d'Italia, il Garante per l'editoria) con l'effetto che "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" (così la summenzionata ordinanza).

Le deroghe al segreto fiduciario si giustificano, infatti, per il perseguimento di esigenze di interesse pubblico, inoltre, pur imponendo comunicazioni a determinate autorità pubbliche, pongono precisi limiti entro i quali possono essere effettuate le richieste alle fiduciarie onde sacrificare le posizioni dei privati solo nei limiti del necessario, e con le dovute garanzie.

Note:

(26) S. Mazzei, Al decollo le indagini bancarie on-line, ItaliaOggi, 9 gennaio 2006, 8; Id., Indagini bancarie pronte al decollo, ItaliaOggi, 6 febbraio 2006, 12.

(27) Così testualmente il provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate del 22 dicembre 2005, n. 188870, al punto 8.1.

(28) Per l'analisi dei profili generali di diritto amministrativo, M. Clari-ch, Trasparenza e protezione dei dati personali nell'azione amministrativa. Intervento al Convegno su "Trasparenza e diritti della personalità nell'attività amministrativa", Roma, 11 febbraio 2004, Il foro amministrativo T.A.R., 2004, 3885; P.G. Cirillo, Diritto all'accesso e diritto alla riservatezza: un difficile equilibrio mobile. Intervento al seminario "Il diritto di accesso ai documenti amministrativi tra presente e futuro", 11 maggio 2004, Il consiglio di Stato, 2004, II, 1681.

(29) Cfr. App. Milano, 21 gennaio 1994, Società, 1994, 923, ove, a titolo di esempio, si riconosce che "[...] l'obbligo, di cui all'art. 1 del R.d. n. 239/1942 per le società fiduciarie di dichiarare la generalità degli effettivi proprietari dei titoli azionari ha finalità esclusivamente fiscali e non ha alcun rilievo civilistico".

Occorre allora verificare se, come ritenuto nell'ordinanza del Tribunale di Reggio Emilia, anche nella materia del diritto di famiglia siano rinvenibili esigenze pubblicistiche che presiedono ad interessi di rango costituzionale più elevato rispetto alla tutela della riservatezza e, conseguentemente, a quali condizioni il principio della riservatezza fiduciaria possa essere superato in questo settore.

§ 5. Rapporti patrimoniali tra coniugi e tutela dei figli in seguito a separazione giudiziale e divorzio.

Anche senza affrontare, in questa sede, la controversa questione sulla natura pubblicistica o privatistica del matrimonio(30), bisogna comunque rilevare come l'intera disciplina sia pervasa da istanze che trascendono gli interessi individuali delle persone coinvolte per attingere a valori superiori, quali la tutela della famiglia e della prole. Conseguenza immediata ne è, ad esempio, che gli obblighi previsti dagli artt. 143 e 147 cod. civ., relativi ai diritti e doveri reciproci dei coniugi ed ai loro doveri verso i figli, sono inderogabili e indisponibili.

Anche le norme che regolano la crisi del matrimonio ed il suo scioglimento risentono, pertanto, di un'attenzione particolare del legislatore per gli interessi coinvolti(31). Per quanto riguarda gli effetti del divorzio sul piano patrimoniale, l'art. 5, VI comma, legge 1° dicembre 1970, n. 898 prevede che "con la sentenza che pronuncia lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, il tribunale, tenuto conto delle condizioni dei coniugi, delle ragioni della decisione, del contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di ciascuno o di quello comune, del reddito di entrambi, e valutati tutti i suddetti elementi anche in rapporto alla durata del matrimonio, dispone l'obbligo per un coniuge di somministrare periodicamente a favore dell'altro un assegno quando quest'ultimo non ha mezzi adeguati o comunque non può procurarseli per ragioni oggettive".

Dai diversi aspetti presi in considerazione, dalla norma emerge come l'assegno di divorzio abbia in sé una componente assistenziale, data appunto dalla finalità di mantenere il coniuge che non abbia "mezzi adeguati", una componente risarcitoria, determinata dalle ragioni che hanno portato allo scioglimento del matrimonio e, infine, una componente compensativa, che si riferisce al contributo dato dal coniuge as-

segnatario nel corso della vita coniugale(32). Si è sostenuto a lungo, in proposito, che l'assegno avesse pertanto una natura composita. In seguito alla riforma della disciplina dello scioglimento del matrimonio, operata dalla L. 6 marzo 1987, n. 74, la Corte di Cassazione, a Sezioni Unite(33), ha chiarito, invece, che si tratta di natura esclusivamente assistenziale, laddove gli altri parametri rilevano solo ai fini della determinazione dell'ammontare dell'assegno(34).

L'assegno di divorzio, cioè, ha come finalità quella di "provvedere ai bisogni essenziali del coniuge che da solo non è in grado di farvi fronte"(35). Unico presupposto necessario per l'attribuzione dell'assegno è che il coniuge richiedente non abbia, e sia impossibilitato a procurarseli, mezzi adeguati a conservare un tenore di vita analogo a quello goduto in costanza di matrimonio. Solo una volta accertata la necessità dell'assegno, dopo cioè che si sia disposto in ordine all'an dell'obbligo, si devono prendere in considerazione tutti gli altri parametri enunciati dalla norma, che funzionano quali criteri moderatori per determinare l'importo dell'assegno, per disporre quindi in ordine al *quantum*.

A fronte della giurisprudenza di legittimità domi-

Note:

(30) Per una panoramica di insieme sul dibattito tra concezione consensuale e concezione istituzionale del matrimonio si rinvia a G. Ferrando, *Matrimonio civile*, Dig. disc. priv., sez. civ., XI, Torino, 1994, 248.

(31) Basti pensare alle sanzioni penali previste dall'art. 12-sexies, L. 1° dicembre 1970, n. 898 per il coniuge che si sottrae all'obbligo di corresponsione dell'assegno o agli artt. 9, II, III e XII-bis comma della stessa legge in materia previdenziale.

(32) V. E. Quadri, *Divorzio nel diritto civile e internazionale*, Dig. disc. priv., sez. civ., VI, Torino, 1990, 537; F. Santosuosso, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, Torino, 1994, p. 329; G. Ferrando, *Il matrimonio*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu - F. Messineo, V, I, Milano, 2002, p. 105 ss.

(33) Cass., sent. 29 novembre 1990, n. 11490, *Foro it.*, 1991, I, 67 (note E. Quadri e V. Carbone); *Nuova giur. civ.*, 1991, I, 112 (nota E. Quadri); *Corr. giur.*, 1991, 305 (nota G. Ceccherini); *Giur. it.*, 1991, I, 1, 536 (nota G. M. Pellegrini); *Giust. civ.*, 1991, I, 1223 (nota A. Spadafora), *ivi*, 2119 (nota E. Bruschi). Con uguale contenuto Cass., sez. un., sent. 29 novembre 1990, n. 11492, *Arch. civ.*, 1991, 419 (nota L. Del Conte); *Dir. fam. pers.*, 1991, 119 (note G. Nappi e F. Dall'Ongaro); *Giur. it.*, 1991, I, 1, 1410 (nota P. Coltella).

(34) Sebbene ormai la giurisprudenza sia unanime e pacifica sul punto, si riscontrano in dottrina alcune voci contrarie, per le quali tutte le componenti rilevano non solo per il *quantum* dell'assegno ma anche per l'an. V. ad es. E. Quadri, *Divorzio nel diritto civile e internazionale* [*supra*, nota 32], a p. 538; *Id.*, *La natura dell'assegno di divorzio dopo la riforma*, *Foro it.*, 1989, I, 2513; *Id.*, *Assegno di divorzio: la mediazione delle Sezioni Unite*, *ivi*, 1991, I, 68.

(35) Così G. Ferrando, *Il matrimonio* [*supra*, nota 32], p. 106.

Saggi

nante, che afferma la natura assistenziale dell'assegno di divorzio, vi è invece chi ne sostiene la natura alimentare. In questo senso si è espressa la Corte Costituzionale⁽³⁶⁾, secondo la quale se "si prescinde da considerazioni puramente nominalistiche per guardare al suo profilo funzionale, risulta chiaro come il credito di alimenti sia diretto a soddisfare, in conformità al significato comune dell'espressione, le necessità di vita dell'alimentando anche se in misura quantitativamente diversa a seconda delle circostanze e dei soggetti che vengono di volta in volta in considerazione. Ed è indubbio che la funzione sopra specificata è propria, nella sua ampiezza, anche del credito di mantenimento del coniuge separato o divorziato". La distinzione tra la prestazione degli alimenti, sancita dall'art. 433 cod. civ., e l'assegno di mantenimento, sarebbe pertanto meramente quantitativa⁽³⁷⁾.

Un altro ordine di problemi si pone riguardo alla nozione dei "mezzi adeguati" di cui deve godere il coniuge richiedente. A fondamento della soluzione suesposta⁽³⁸⁾, si afferma un vincolo di solidarietà post-coniugale che permane, anche una volta sciolto il matrimonio, in forza della passata esperienza comune, una sorta di "ultrattività"⁽³⁹⁾ dei doveri assunti che si estendono anche al periodo successivo. Vi è poi un diverso atteggiamento a seconda che si consideri il tenore di vita effettivamente tenuto dalla coppia o quello migliore che le condizioni economiche della famiglia avrebbero potuto consentire o che in base a quelle ci si sarebbe potuti aspettare⁽⁴⁰⁾.

Il parametro di riferimento del tenore della vita coniugale, tuttavia, è stato sottoposto a severa critica in considerazione del fatto che con il divorzio, a differenza di quanto avviene con la separazione, cessano gli effetti civili del matrimonio⁽⁴¹⁾. Venuto meno qualsiasi legame con il precedente matrimonio, resta soltanto un dovere di solidarietà, confermato dalla natura assistenziale dell'assegno, che impone di soccorrere il coniuge che si trovi in stato di bisogno. Il presupposto per la concessione dell'assegno di divorzio, pertanto, deve essere ricercato esclusivamente nell'impossibilità del richiedente di condurre, con i propri mezzi, un'esistenza economicamente autonoma e dignitosa; di conseguenza l'importo dell'assegno sarà tale da fornire al richiedente solo i mezzi necessari per un modello di vita libero e dignitoso da valutare, di volta in volta, in base alla coscienza sociale⁽⁴²⁾.

Vi è invece completo accordo sul fatto che la determinazione dell'obbligo di corrispondere l'assegno

di divorzio, così come la sua quantificazione, non possono dare vita ad una "rendita parassitaria"⁽⁴³⁾: si deve evitare che il coniuge debole si limiti a gravare sull'altro coniuge, senza attivarsi per raggiungere, almeno in parte, una certa indipendenza economica (ad esempio trovando un lavoro che prima, magari per dedicarsi interamente alle esigenze familiari, aveva abbandonato o non aveva cercato).

Note:

(36) Corte Cost., sent. 21 gennaio 2000, n. 17, Arch. civ., 2000, 275; Cons. Stato, 2000, II, 24; Dir. e giustizia, 2000, 4, 33; Famiglia e dir., 2000, 537 (nota A. Figone); Giur. it., 2000, 677 (nota L. Barbiera); Giur. costituzione, 2000, 123; Giust. civ., 2000, I, 641; Guida al dir., 2000, 5, 58 (nota A. Finocchiaro); Nuove leggi civ., 2000, 626 (nota M. T. Persico); Rass. dir. civ., 2000, 338 (nota M. Pennasilico).

(37) Tesi variamente sostenuta anche in dottrina. V. su tutti L. Barbiera, I diritti patrimoniali dei separati e dei divorziati, Bologna, 1993, p. 14 ss.

(38) Il parametro del tenore di vita precedente al divorzio rappresenta ormai la posizione di gran lunga prevalente in giurisprudenza. Tra le posizioni favorevoli in dottrina C. M. Bianca, Divorzio, in Commentario al diritto italiano della famiglia, a cura di G. Cian - G. Oppo - A. Trabucchi, VI, Padova 1993, p. 326 ss.; M. Dogliotti, Più luci che ombre nella riforma del divorzio, Giust. civ., 1987, II, 492; Id., Separazione e divorzio, Torino 1988, p. 175; A. e M. Finocchiaro, Diritto di famiglia, III, Il divorzio, Milano, 1988, p. 405; G. Ferrando, Il matrimonio [*supra*, nota 32], p. 106; A. Trabucchi, Assegno di divorzio: attribuzione giudiziale e disponibilità degli interessi, Giur. it., 1981, I, 1, 1556. Tale soluzione, peraltro, è stata chiaramente accolta, in materia di separazione, dalla citata L. 8 febbraio 2006, n. 54.

(39) Le Sezioni Unite (Sent. 29 novembre 1990, n. 11490 [*supra*, nota 33]) hanno affermato chiaramente che "tutto il sistema della legge riformata privilegia le conseguenze di una perdurante [...] efficacia sul piano economico di un vincolo che sul piano personale è stato disciolto". In dottrina v. *ex multis*, C. M. Bianca, Divorzio [*supra*, nota 38], p. 345; G. Ferrando, Il matrimonio [*supra*, nota 32], p. 106.

(40) Cass., sent. 16 maggio 2005, n. 10210, Guida al dir., 2005, 29, 55 (nota S. A. R. Galluzzo); Cass., sent. 6 ottobre 2005, n. 19446, Foro it. Mass., 2005, 1886; Cass., sent. 26 novembre 1996, n. 10465, Giust. civ., 1997, I, 3140; Cass., sent. 18 marzo 1996, n. 2273, Dir. fam., 196, 1371.

(41) In questo senso T. Auletta, Il diritto di famiglia, Torino, 1993, p. 250; L. Barbiera, I diritti patrimoniali dei separati e dei divorziati [*supra*, nota 37], p. 22; O. B. Castagnaro, La Cassazione si ostina a far sopravvivere uno status economico connesso ad un rapporto definitivamente estinto ed a non riconoscere il carattere alimentare dell'assegno di divorzio, Giur. it., 2001, 462; V. De Paola, Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale, II, Milano, 1995, p. 274 ss.; A. Luminoso, La riforma del divorzio: profili di diritto sostanziale (prime impressioni sulla L. 6 marzo 1987, n. 74), Dir. fam., 1988, 449; F. Macario, Assegno di divorzio e "mezzi adeguati", Foro it., 1990, I, 1166; S. Runfola Testini, Assegno di divorzio: la Cassazione conferma l'ultrattività del matrimonio, Giur. it., 1998, 416.

(42) Così Cass., sent. 2 marzo 1990, n. 1652, Arch. civ., 1990, 692 (nota L. Alibrandi); Corr. giur., 1990, 459 (nota V. Carbone); Dir. fam., 1990, 437 (nota G. Nappi - F. Dall'Ongaro); Foro it., 1990, I, 1165 (nota E. Quadri - F. Macario); Giur. it., 1990, I, 1, 1742 (nota C. Iacovino); Giust. civ., 1990, I, 925 (nota S. Sotgiu), ivi, 2390 (nota A. Spadafora); Nuova giur. civ. comm., 1990, I, 400 (nota E. Quadri); Vita not., 1990, 61 (A. Finocchiaro).

(43) In questo senso si è espressa già la citata Cass., sez. un., sent. 29 novembre 1990, n. 11490 [*supra*, nota 33].

Occorre quindi una valutazione ampia, ponderata e bilaterale, ad opera del giudice, che tenga conto di tutti gli elementi enunciati dall'art. 5, L. 1° dicembre 1970, n. 898, che bilanci tra loro tutti gli interessi coinvolti e che può portare, in casi estremi, anche ad un ribaltamento dell'iniziale valutazione sulla concessione dell'assegno, concludendosi con la sua negazione(44).

A tal fine riveste notevole importanza, innanzi tutto, la durata del matrimonio. Tale parametro, infatti, rivela l'importanza e la stabilità dell'unione matrimoniale e, di conseguenza, il contributo personale che il coniuge ha dato alla conduzione familiare nonché alla costituzione della comunione materiale e spirituale(45). Ciò vale, ovviamente, sia in relazione alle mansioni e alle prestazioni tipiche della vita domestica sia in relazione alla partecipazione nella formazione del patrimonio della famiglia. Bisogna tenere conto, cioè, di tutti gli apporti personali in una prospettiva globale: un coniuge, ad esempio, può aver rinunciato alla carriera professionale per dedicarsi alla cura della famiglia e della prole e aver consentito così all'altro coniuge di migliorare la propria posizione lavorativa. Ne deriva la componente "compensativa", per il contributo fornito dal richiedente all'unione matrimoniale, che da sempre è stata riconosciuta come elemento essenziale nella determinazione e nella valutazione dell'assegno.

La durata del matrimonio può portare anche a negare del tutto il riconoscimento della somministrazione dell'assegno, benché sussista il presupposto dello stato di bisogno del richiedente. Si vuole evitare, cioè, che unioni molto brevi, magari concluse per mera convenienza, possano avere conseguenze sproporzionate sul resto della vita dei coniugi(46).

Analogamente occorre tenere conto delle ragioni(47) che hanno portato alla rottura della comunione materiale e spirituale, in forza della componente "risarcitoria" dell'assegno. Anche in questo caso ragioni di equità consigliano di non accordare un eccessivo beneficio al coniuge che con i propri comportamenti abbia causato lo scioglimento del matrimonio ed allo stesso tempo di non gravare eccessivamente il coniuge incolpevole(48).

Più delicato è il problema, centrale nella sentenza in commento, della valutazione dello stato patrimoniale dei coniugi. Nonostante il riferimento dell'art. 5, L. 1° dicembre 1970, n. 898 sia ai soli "redditi", da tempo la giurisprudenza ha chiarito che si deve tenere conto di tutti gli elementi patrimoniali su-

scettibili di valutazione, cioè di tutti i beni, le sostanze, le utilità di cui i coniugi godano e di cui possano disporre(49). Bisogna prendere in considerazione, ad esempio, l'eventuale titolarità di beni immobili che, pur non immediatamente liquidabili e quindi non utilizzabili per i bisogni quotidiani, costituiscono tuttavia una potenziale fonte di reddito, così come della assegnazione al coniuge richiedente della casa familiare ad opera del giudice. Tale analisi è tanto più importante in quanto l'obbligo dell'assegno, secondo la giurisprudenza dominante, dipende dalla possibilità, per i coniugi, di mantenere il tenore di vita precedente ed implica, pertanto, una comparazione dei redditi ed una eventuale compensazione dello squilibrio patrimoniale(50).

È in questo ambito che si inserisce la previsione, all'art. 5, IX comma, L. 1° dicembre 1970, n. 898, della presentazione della dichiarazione personale dei redditi e di ogni documentazione relativa ai redditi e ai patrimoni dei coniugi; ove sorgano contestazioni in ordine a tali risultanze, la stessa disposizione ac-

Note:

(44) Come avvenuto nel caso di Cass., sent. 29 ottobre 1996, n. 9439, Foro it., 1997, I, 1541 (nota E. Quadri).

(45) L'importanza della durata del matrimonio quale "filtro privilegiato" nella valutazione dell'assegno di divorzio viene sottolineata da G. M. Pellegrini, La determinazione dell'assegno di divorzio al vaglio delle Sezioni unite, Giur. it. 1991, I, 535; v. anche E. Quadri, La nuova legge sul divorzio, I, Napoli, 1987, p. 28 ss.; Id., I profili patrimoniali e personali della separazione e del divorzio, Famiglia e dir., 1997, 382.

(46) In Cass., sent. 29 ottobre 1996, n. 9439 [supra, nota 44], i coniugi si erano separati dopo poco più di un mese. Analoghe sono le situazioni decise dal Trib. Casale Monferrato, sent. 24 giugno 1998, Arch. civ., 1998, 1090 e dal Trib. Catania, sent. 31 gennaio 1991, Foro it., 1991, I, 899. V. però Cass., sent. 22 settembre 2000, n. 12547, Giur. it., 2001, 1379 (nota L. Barbiera) che dimostra come il giudizio debba essere ampio ed attento laddove, anche in presenza di un matrimonio di breve durata, un coniuge abbia rinunciato per tale unione ad altre entrate economiche.

(47) Le "ragioni della decisione" devono essere valutate considerando l'intero periodo di vita coniugale, tanto quello precedente alla separazione quanto quello successivo (Cass., sent. 9 settembre 2002, n. 13060, Arch. civ., 2003, 32; Giur. it., 2003, 1794).

(48) Per una limitazione di tale criterio v. Cass., Sez. Un., sent. 16 maggio 2005, n. 10210, Foro it. Mass., 2005, 626; Cass., sent. 11 giugno 2005, n. 12382, Foro it. Mass., 2005, 1076.

(49) Così già Cass., sent. 29 novembre 1990, n. 11490 [supra, nota 33].

(50) Si ritiene, in particolare, che anche il semplice deterioramento del tenore di vita di un coniuge, pur se si mantiene a un livello dignitoso, è sufficiente a giustificare la somministrazione dell'assegno periodico (da ultimo Cass., sent. 23 febbraio 2006, n. 4021, Foro it. Mass., 2006, 356; Cass., sent. 12 febbraio 2003, n. 2076, Famiglia e dir., 2003, 344 (nota F. Piccaluga). In Cass., sent. 16 luglio 2004, n. 13169, Foro it. Mass., 2004 e Cass., sent. 3 novembre 2004, n. 21080, Foro it. Mass., 2004, ad esempio, il reddito di un coniuge era pari a circa il triplo di quello dell'altro.

S a g g i

corda la facoltà al giudice di servirsi della Polizia Tributaria a fini di accertamento.

L'indagine del giudice, tuttavia, non deve condurre ad un esame analitico del patrimonio, fino ad una valutazione matematicamente precisa del suo ammontare. Un controllo penetrante sulla situazione patrimoniale, infatti, incide fortemente sulla sfera soggettiva del coniuge(51) e merita pertanto alcune cautele. Un primo limite consiste nella necessaria "contestazione" di parte e nella valutazione, da parte del giudice, della fondatezza delle stesse(52). È stato inoltre sottolineato come, in base al dettato letterale della norma, il giudice si possa avvalere della Polizia Tributaria "se del caso", locuzione che "dovrebbe essere interpretata in senso molto rigoroso, essendo la Polizia Tributaria impegnata in gravi compiti istituzionali, spesso di importanza nazionale"(53) laddove, nella maggior parte dei casi, sono sufficienti delle consulenze tecniche o mere richieste al datore di lavoro del coniuge.

In giurisprudenza si incontrano spesso indicazioni, coerenti con l'esposta interpretazione e con la *ratio* della norma, in base alle quali non è indispensabile una stima precisa del patrimonio nel suo esatto ammontare, essendo sufficiente accertare un livello medio di reddito, eventualmente anche facendo riferimento a "fatti notori" non smentiti da prova contraria(54).

La valutazione del giudice è inevitabilmente legata al momento della pronuncia, ben potendo le condizioni dei coniugi variare con il tempo(55). È la stessa legge a prevedere tale eventualità, stabilendo la possibilità di una revisione dell'assegno qualora sopravvengano "giustificati motivi"(56), ove cioè vengano a mutare le condizioni economiche dei coniugi. Tali mutamenti possono portare anche ad una sensibile diminuzione dell'ammontare dell'assegno, fino alla sua completa revoca. Ciò può avvenire per un peggioramento della situazione reddituale dell'obbligato(57), oppure per un miglioramento di quella del beneficiario. Nelle intenzioni del legislatore, infatti, il coniuge bisognoso si deve comunque attivare per migliorare autonomamente il proprio stato patrimoniale, innanzi tutto cercando un impiego remunerativo(58); ma il miglioramento del suo tenore di vita può dipendere anche da una nuova convivenza *more uxorio*(59). Una alternativa all'assegno periodico, soggetto a revisione, è la corresponsione in una unica soluzione, disciplinata dall'art. 5, VIII comma, L. 1° dicembre 1970, n. 898 a seguito della quale, per

espressa previsione di legge, non può più essere avanzata alcuna pretesa economica.

La valutazione ponderata e bilaterale del giudice nella attribuzione e nella determinazione dell'assegno di divorzio è caratterizzata da ampi margini di discrezionalità. Controverso è, al riguardo, il ruolo che possono svolgere le condizioni eventualmente concordate tra i coniugi in un periodo anteriore al giudizio di divorzio. Secondo la giurisprudenza tradizionale tali accordi sono nulli per nullità della causa per tre ordini di motivi(60): innanzi tutto gli accordi anteriori al divorzio costituirebbero un atto di disposi-

Note:

(51) Tanto da aver suscitato, in qualche commentatore, dubbi di legittimità costituzionale: A. Finocchiaro, *Diritto di famiglia* [supra, nota 38], p. 413. Dubbi di legittimità costituzionale sono stati sollevati anche per il fatto che la norma in oggetto era prevista in caso di divorzio ma non in caso di separazione. La lacuna è stata ora colmata dalla citata legge 8 febbraio 2006, n. 54 che ha modificato l'art. 155 cod. civ. aggiungendo, all'ultimo comma, la previsione di accertamenti mediante polizia tributaria.

(52) E. Quadri, *Divorzio nel diritto civile e internazionale* [supra, nota 32], a pag. 510.

(53) F. Santosuosso [supra, nota 32], p. 334.

(54) Cass., sent. 25 maggio 1985, n. 3183, *Foro it. Mass.*, 1985; enuncia questo principio ma in tema di separazione Cass., sent. 8 maggio 1998, n. 4679, *Foro it. Mass.*, 1998.

(55) È pacifico in giurisprudenza che le sentenze di divorzio passano in giudicato *rebus sic stantibus*, rimanendo suscettibili di modifiche per il sopravvenire di fatti nuovi. V. *ex multis* Cass., sent. 7 giugno 2005, n. 11793, *Foro it. Mass.*, 2005, 727; Cass., sent. 25 agosto 2005, n. 17320, *Foro it. Mass.* 2005, 1549; Cass., sent. 2 novembre 2004, n. 21049, *Giust. civ.*, 2005, I, 1845.

(56) Art. 9, L. 1° dicembre 1970, n. 898. Si deve comunque trattare di "sviluppi naturali e prevedibili dell'attività svolta durante il matrimonio", mentre non possono essere computati i miglioramenti percepiti per una carica elettiva assunta dal coniuge onerato successivamente alla separazione. Così Cass., sent. 28 gennaio 2004, n. 1487, *Dir. e giustizia*, 2004, 8, 23 (nota G. Dosi); *Famiglia e dir.*, 2004, 237 (nota A. Liuzzi); *Lessico e famiglia*, 2004, 209.

(57) V. recentemente Cass., sent. 11 marzo 2006, n. 5378, *Foro it.*, 2006, I, 1361.

(58) Si deve considerare, tuttavia, da un lato la notevole difficoltà di inserirsi nel mondo del lavoro in età avanzata, dopo essersi dedicati per molto tempo esclusivamente alle esigenze della famiglia e, dall'altro, le attitudini personali e le capacità professionali del coniuge. V. G. Ferrando, *Le conseguenze patrimoniali del divorzio tra autonomia e tutela*, *Dir. famiglia*, 1998, 728.

(59) Cass., sent. 8 luglio 2004, n. 12557, *Giust. civ.*, 2005, I, 1892; Cass., sent. 9 settembre 2002, n. 13060, *Arch. civ.*, 2003, 32; *Giur. it.*, 2003, 1794; Cass., sent. 9 aprile 2003, n. 5560, *Foro it. Mass.*, 2003; Cass., sent. 8 agosto 2003, n. 11975, *Dir. famiglia*, 2004, 72; *Giur. it.*, 2004, 1601, ove si evidenziano i caratteri della stabilità, continuità e regolarità della convivenza.

(60) Cass., sent. 4 giugno 1992, n. 6857, *Giur. it.*, 1992, I, 1, 338 (nota E. Dalmotto).

zione dello *status* di coniuge, influenzando la scelta stessa in merito al divorzio (se ad esempio le condizioni economiche pattuite per il periodo successivo allo scioglimento del matrimonio sono eccessivamente rigide, funzioneranno come deterrente, limitando la libertà di scelta del coniuge svantaggiato).

La natura assistenziale dell'assegno di divorzio, ormai generalmente riconosciuta, porta inoltre, logicamente, a configurarlo come indisponibile ed irrinunciabile(61). Se lo scopo dell'obbligo di mantenimento è quello di venire incontro al richiedente che non abbia i mezzi necessari per mantenere un determinato tenore di vita, ne consegue che la tutela del coniuge bisognoso non può essere incisa da accordi tra le parti. Si estende cioè anche al periodo successivo allo scioglimento del matrimonio(62) quella inderogabilità degli obblighi posti dalla legge a carico dei coniugi che caratterizza la disciplina del matrimonio (su tutti gli artt. 143, 147, 160 cod. civ.). In tale prospettiva gli accordi con i quali si fissa preventivamente "il regime giuridico del futuro ed eventuale divorzio sono nulli [...] in quanto diretti, implicitamente o esplicitamente, a circoscrivere la libertà di difendersi nel giudizio di divorzio"(63).

L'efficacia degli accordi preventivi, infine, sarebbe comunque limitata, stante la possibilità, prevista per legge, di chiedere delle revisioni successive dell'importo dell'assegno.

Considerazioni in parte analoghe devono essere svolte riguardo all'obbligo di corrispondere un assegno periodico in seguito alla separazione *ex art.* 156 cod. civ.(64). Anche per l'assegno di mantenimento è opinione generale che l'importo debba essere tale da consentire al coniuge, che non abbia adeguati redditi propri e al quale non sia addebitabile la separazione, di mantenere un tenore di vita analogo a quello precedente(65). Anche in questo caso è necessaria un'indagine sui rispettivi redditi dei coniugi: mentre l'art. 156, I comma cod. civ. prevede come requisito per il mantenimento la mancanza di adeguati redditi propri del richiedente, il II comma fa espresso riferimento alle "condizioni e ai redditi dell'obbligato" come parametro per determinarne l'entità(66). Con il venir meno della convivenza, infatti, viene meno "un modo 'combinato' di provvedere a diversi bisogni in-

lità di liquidare una somma in unica soluzione (art. 5, VIII comma, L. 1° dicembre 1970, n. 898) o la possibilità di non richiedere affatto, in sede giudiziale, la somministrazione dell'assegno. V. G. Ferrando, *Il matrimonio* [supra, nota 32], p. 112 ss. E. Dalmotto, *Sull'errore emendabile ex art.* 287 seg. c.p.c., *Giur. it.*, 1993, I, 1, 337, a p. 347 ss. ove si delinea una distinzione tra indisponibilità sostanziale e disponibilità in sede processuale.

(62) Per la già vista ultrattività degli effetti del matrimonio o, secondo altri, per un'interpretazione analogica della norma anche alla diversa disciplina del divorzio. V. E. Dalmotto, *Sull'errore emendabile* [supra, nota 61], a p. 345.

(63) Cass., sent. 14 giugno 2000, n. 8109, *Corr. giur.*, 2000, 1021 (nota Balestra); *Dir. e giustizia*, 2000, 24, 7 (nota G. Dosi); *Giur. it.*, 2000, 2229 (nota L. Barbiera). Nella giurisprudenza più recente, tuttavia, si riscontra un nuovo atteggiamento in base al quale gli accordi in esame vengono ritenuti leciti nella misura in cui non ledano la funzione fondamentale dell'assegno e non limitino la tutela del coniuge bisognoso. V. oltre alla stessa sentenza citata, Cass., sent. 21 febbraio 2001, n. 2492, *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, 345 (nota M. Grondona); Cass., sent. 21 febbraio 2001, n. 4038, *Arch. civ.*, 2001, 759; Cass., sent. 1° dicembre 2000, n. 15349, *Giust. civ.*, 2001, I, 1592.

(64) Il rapporto tra gli effetti economici della separazione e quelli del divorzio è oggetto di un vivo dibattito. Si è già rilevato come, mentre con il divorzio cessino tutti gli effetti civili del matrimonio, ciò ancora non avviene con la separazione, la quale presuppone la sussistenza del vincolo coniugale (G. Ferrando, *Il matrimonio* [supra, nota 32], p. 108). Nel senso di una netta distinzione tra assegno di separazione e di divorzio si è espressa inizialmente la Corte Costituzionale (sent. 31 luglio 1989, n. 472, *Dir. e famiglia*, 1990, 5 (nota F. Dall'Ongaro); *Foro it.*, 1990, I, 1815 (nota E. Quadri); *Giust. Costituzione*, 1989, I, 2217; *Vita not.*, 1989, 432). La stessa Corte, tuttavia, in una successiva decisione (sent. 21 gennaio 2000, n. 17 [supra, nota 36]) sembra rivedere la propria posizione, laddove accomuna i due assegni sotto il punto di vista della loro funzione. La Corte di Cassazione ha costantemente ribadito la separazione tra i due assegni di talché "la determinazione dell'assegno di divorzio [...] è indipendente dalle statuizioni patrimoniali operanti, per accordo tra le parti e in virtù di decisione giudiziale, in vigenza di separazione dei coniugi [...] con la conseguenza che l'assetto economico stabilito con l'atto della pregressa separazione personale costituisce solo un elemento utile di valutazione nel contesto degli ulteriori dati presuntivi emersi" (Cass., sent. 27 luglio 2005, n. 15728, *Foro it. Mass.*, 2005, 1529; nello stesso senso Cass., sent. 11 settembre 2001, n. 11575, *Famiglia e dir.*, 2002, 285 (nota G. Sciancalepore); *Giust. civ.*, 2002, I, 60; *Giur. it.*, 2002, 704; Cass., sent. 27 luglio 1998, n. 7352, *Giur. it.*, 1999, 692 (nota M. De Robertis, nella quale l'autore solleva dei dubbi sulla posizione della Cassazione, concludendo che "la distinzione [...] che opera la Suprema Corte tra i criteri di valutazione applicabili a prestazioni che a suo dire sono collegate a situazioni tra loro non assimilabili può essere mantenuta solo a livello di principio ma scompare davanti sia ad una attenta analisi del dato testuale sia a livello pratico ove perde consistenza visto che il giudice difficilmente riuscirà a discostarsi dall'assetto dei rapporti patrimoniali raggiunti in sede di separazione, tanto più se è maturata con l'accordo dei due coniugi"). Si discosta invece Cass., sent. 9 settembre 2002, n. 13060, *Foro it. Mass.*, 2002, la quale accomuna i due assegni in caso di esigenze di carattere alimentare.

(65) Cass., sent. 12 aprile 2001, n. 5492, *Giust. civ.*, 2002, 3237 (nota M. Finocchiaro); Cass., sent. 4 aprile 1998, n. 3490, *Giur. it.*, 1999, 728 (nota G. F. Doria); Cass., sent. 30 luglio 1997, n. 7127, *Giust. civ.*, 1998, 1413 (nota G. e F. Casini).

(66) Si riscontra in giurisprudenza, a tale proposito, l'orientamento già analizzato in relazione all'assegno di divorzio, in base al quale l'accertamento dei redditi deve comprendere tutte le utilità economicamente valutabili, pur senza scendere in una determinazione analitica e matematicamente puntuale dell'intero patrimonio. Bisogna tener conto, ad esempio, dell'assegnazione della casa familiare, poiché da un lato rientra nelle utilità dell'assegnatario e dall'altro comporta l'insorgere di un nuovo onere per il coniuge che dovrà trovare una diversa sistemazione (App. Messina, sent. 27 dicembre 1999, *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, 100 (nota G. Capilli). Per una ampia rassegna si rinvia a M. Finocchiaro, *Patrimoni dei coniugi e loro redditi, ai fini dell'assegno di mantenimento ex art. 156 cod. civ.*, *Giust. civ.*, 2002, 3239.

Note:

(61) Molte critiche vengono sollevate in dottrina, ove si mettono in rilievo i limiti dell'indisponibilità dell'assegno di divorzio, quali la possibi-

Saggi

dividuali e comuni”(67), nonché il “godimento diretto di taluni beni dell’uno o dell’altro” coniuge(68) ed i bisogni a cui provvedere diventeranno di conseguenza più onerosi per uno o per entrambi i coniugi.

Come già rilevato, invece, l’opinione prevalente distingue l’assegno di mantenimento da quello di divorzio in base al suo fondamento: mentre il secondo ha natura assistenziale, il primo deriva da una continuità degli obblighi contratti con il matrimonio, non ancora sciolto(69), e rappresenta pertanto un’esecuzione del dovere di contribuire con le proprie sostanze e le proprie capacità ai bisogni della famiglia(70).

Nell’assegno di mantenimento, inoltre, in un unico emolumento periodico viene ricompresa una pluralità di componenti, volte a soddisfare diversi interessi(71). In particolare si tende ad accomunare la somministrazione al coniuge affidatario con quella a favore dei figli. Se da un punto di vista pratico ciò può risultare giustificato dal fatto che, comunque, spetta al coniuge che ne beneficia il compito di accudire la prole e quindi di provvedere, in concreto, ai suoi bisogni, da un punto di vista teorico è necessario operare una distinzione.

Il dovere di mantenere, istruire ed educare i figli, prescritto dall’art. 147 cod. civ., incombe su entrambi i genitori e non viene meno con la separazione(72): ai sensi dell’art. 155 cod. civ.(73) il giudice determina però la misura e le modalità del contributo dato rispettivamente dai coniugi. Il ruolo del giudice, nella fase di assegnazione dei figli, è tanto più importante in quanto rivolto esclusivamente alla tutela del loro interesse morale e materiale(74): è necessario tenere conto della personalità, delle attitudini, delle caratteristiche dei figli e di ogni loro necessità, nonché della capacità dei genitori di fornire loro l’ambiente e l’educazione migliori per la crescita e la formazione.

Anche senza dover riconoscere natura pubblicistica al ruolo dei genitori(75) bisogna tuttavia rilevare come gli interessi ed i valori in gioco vadano oltre la semplice volontà dei coniugi e sono oggetto di un’attenzione particolare del legislatore. Con la legge 8 febbraio 2006, n. 54 i figli ottengono maggior tutela sul piano economico grazie alla previsione di parametri prefissati per la quantificazione dell’assegno, e cioè:

- 1) le attuali esigenze del figlio;
- 2) il tenore di vita goduto dal figlio in costanza di convivenza con entrambi i genitori;
- 3) i tempi di permanenza presso ciascun genitore;
- 4) le risorse economiche di entrambi i genitori;

5) la valenza economica dei compiti domestici e di cura assunti da ciascun genitore;

nonché dall’automatico adeguamento dell’assegno in base agli indici ISTAT. Per determinare l’importo dell’assegno il giudice dovrà accertare le capacità reddituali dei genitori. Anche in questo caso, in analogia con quanto esposto riguardo all’assegno di divorzio e di separazione, non appare necessaria un’indagine puntuale e aritmeticamente dettagliata dei rispettivi patrimoni, essendo sufficiente chiarirne l’entità, in modo tale da garantire ai figli lo stesso tenore di vita.

Note:

(67) P. Zatti, La separazione personale, in Trattato di diritto privato, diretto da P. Rescigno, Torino, 1994, p. 243.

(68) F. Morozzo Della Rocca, voce “Separazione personale (dir. priv.)”, Enc. Dir., Milano, 1994, 1397.

(69) Si può interpretare come conseguenza di tale differenza anche il fatto che, mentre per il divorzio è prevista la possibilità di risolvere definitivamente i rapporti economici tra i coniugi in una unica soluzione, escludendo così qualsiasi ulteriore pretesa o controversia, ciò non viene considerato per il regime di separazione: nel primo caso il matrimonio è stato sciolto ed appare giustificato il desiderio delle parti di definire la posizione considerata complessivamente, nel secondo caso il vincolo matrimoniale prosegue ed i relativi obblighi non possono essere “liquidati” in una sola volta.

(70) Non mancano le posizioni contrarie: G. F. Doria, “Niente di nuovo” in tema di assegno di mantenimento tra coniugi separati?, Giur. it., 1999, 728 afferma, ad esempio, che il dovere di mantenimento sorge proprio con il venir meno del dovere di contribuzione, che finisce con il cessare della convivenza.

(71) Sottolineano criticamente tale prassi giurisprudenziale G. e F. Casini, Brevi note in tema di determinazione dell’assegno di mantenimento nella separazione personale dei coniugi, Giust. civ., 1998, I, 1416, a p. 1417 ss.

(72) I doveri dei genitori non cessano neppure con il raggiungimento da parte del figlio della maggiore età: la giurisprudenza prevalente, adeguandosi alle mutate esigenze di formazione ed alle difficoltà di ingresso nel mondo del lavoro, ha parificato al figlio minore il maggiorenne che non abbia ancora raggiunto una propria indipendenza economica. V. ad esempio Cass., sent. 3 aprile 2002, n. 4765, Giust. Civ., 2003, 185 (nota N. Monticelli).

(73) La norma, nella sua formulazione precedente alla L. 8 febbraio 2006, n. 54, si riferiva in particolare al coniuge non affidatario, mentre il testo novellato riguarda entrambi i genitori.

(74) Rileva correttamente F. Morozzo Della Rocca, Separazione personale [supra, nota 68], a p. 1396, che, non essendo i figli parte del giudizio di separazione, la loro tutela pertanto è affidata esclusivamente al giudice o all’intervento del Pubblico Ministero. La previsione della partecipazione del Pubblico Ministero al giudizio, peraltro, rivela la presenza di interessi superiori e indipendenti da quelli dei soggetti direttamente coinvolti nel processo.

(75) In senso contrario ad una concezione pubblicistica della potestà dei genitori e del loro ruolo si schiera P. Zatti, La separazione personale [supra, nota 67], p. 268 s., per il quale invece la problematica va ricondotta all’ambito privatistico del rapporto educativo, nel quale rientrano i rispettivi diritti e doveri dei soggetti coinvolti.

La medesima valutazione va fatta in merito alla citata norma dell'art. 736-bis cod. proc. civ., che autorizza il giudice a disporre, "anche per mezzo della Polizia Tributaria, indagini sui redditi, sul tenore di vita, e sul patrimonio personale e comune delle parti", benché la materia disciplinata si ponga su di un piano diverso.

Ambito di applicazione della norma è quello degli ordini di protezione regolati dagli artt. 342-bis e 342-ter cod. civ.(76), ove le istanze pubblicistiche sono ancora più marcate: le tutele prestate non sono a favore di interessi individuali, bensì "dell'interesse sociale alla tranquillità delle famiglie"(77). Nel caso delle violenze familiari la condizione economica dei coniugi rileva sotto due profili. In primo luogo l'art. 342-ter, Il comma cod. civ. prevede espressamente la possibilità, per il giudice(78), di disporre "il pagamento periodico di un assegno a favore delle persone conviventi che, per effetto dei provvedimenti di cui al primo comma, rimangano prive di mezzi adeguati, fissando modalità e termini di versamento e prescrivendo, se del caso, che la somma sia versata direttamente all'avente diritto dal datore di lavoro dell'obbligato, detraendola dalla retribuzione allo stesso spettante". Con l'allontanamento dalla casa familiare, infatti, viene a mancare la convivenza e ne può derivare un pregiudizio economico per i familiari oggetto della violenza. Il riferimento letterale della norma ai "mezzi adeguati" dei beneficiari dell'assegno induce a rinviare alle considerazioni svolte, al riguardo, a proposito dell'assegno di divorzio. Anche gli accertamenti della Polizia Tributaria devono essere interpretati, pertanto, in modo analogo.

In secondo luogo si è evidenziato(79) come la fattispecie descritta dall'art. 342-bis cod. civ., cioè il "grave pregiudizio all'integrità fisica o morale ovvero alla libertà" causato dalla condotta del coniuge o di altro convivente, può essere integrata anche dalla c. d. "violenza economica", nel caso in cui il coniuge si rifiuti di contribuire con i propri averi al benessere ed ai bisogni della famiglia. La giurisprudenza di merito si è tuttavia espressa in senso contrario, affermando la natura accessoria, rispetto all'obbligo di allontanamento dai luoghi familiari, dell'obbligo di prestare l'assegno(80). Se però si ammette che il pregiudizio subito a causa della violazione degli obblighi stabiliti dagli artt. 142 e 147 cod. civ., e soprattutto quelli di contribuzione economica, possa giustificare l'adozione dei provvedimenti in esame, trova naturale applicazione anche la norma che conferisce al giudice i

pervasivi poteri istruttori per l'accertamento dei redditi e del patrimonio delle parti: per determinare in quale misura il coniuge si sottragga al proprio dovere di sostenere i bisogni ed il tenore di vita della famiglia occorre accertare, pur sempre senza eccessi analitici, i mezzi di cui dispone.

§ 6. Il corpo ed i poteri della Polizia Tributaria: considerazioni generali.

Come chiarito, nella materia del diritto di famiglia il legislatore ha consentito in numerose occasioni il ricorso alla Polizia Tributaria, ma, come anticipato, le norme menzionate omettono di indicare i poteri di cui il corpo dispone ed i limiti che incontra. Per colmare tali lacune occorre, in via preliminare, analizzare le competenze generali di tale corpo.

La Polizia Tributaria nasce come istituzione nell'ambito della Guardia di Finanza per effetto del Regolamento direttoriale 18 gennaio 1923, n. 95, il quale prevedeva la costituzione di "un contingente di militari in abito civile per speciali servizi di investigazione" deputato esclusivamente al contrasto all'evasione fiscale (c. d. "Polizia Tributaria investigativa"). Ai sensi degli artt. 31 e ss., L. 7 gennaio 1929, n. 4 sono ufficiali della Polizia Tributaria gli ufficiali e il personale appartenente ai ruoli "ispettori" e "sovrintendenti" del Corpo della guardia di finanza, mentre sono agenti della Polizia Tributaria gli appartenenti al ruolo "appuntati e finanziari" della Guardia di finanza, nonché, qualora una legge finanziaria attribuisca l'accertamento di determinati reati a funzionari ed agenti dell'Amministrazione, anche questi

Note:

(76) Si tratta del Titolo IX-bis del Libro I del cod. civ. rubricato "Ordini di protezione contro abusi familiari", introdotto dalla L. 4 aprile 2001, n. 154 recante misure contro la violenza nelle relazioni familiari.

(77) Cass., sent. 5 gennaio 2005, n. 208, Famiglia pers. success., 2005, 126 (nota Pontorieri); Foro it., 2006, I, 224.

(78) Il provvedimento è reclamabile presso il tribunale (art. 736-bis, IV comma cod. proc. civ.) ma non è impugnabile in Cassazione, né con ricorso ordinario, escluso dalla citata norma, né con ricorso straordinario ex art. 111 Cost. stante la sua natura non decisoria e non definitiva (Cass., sent. 5 gennaio 2005, n. 208 [supra, nota 77]).

(79) R. Sabato, Gli ordini di protezione contro gli abusi familiari: prime elaborazioni della giurisprudenza", Nuova giur. civ. comm., 2006, 243.

(80) Trib. Bari, sent. 29 maggio 2003, Foro pad., 2003, I, 178; Trib. Bari, sent. 18 luglio 2002, Famiglia e dir., 2002, 623 (nota G. De Marzo); Trib. Firenze, sent. 15 luglio 2002, Foro it., 2003, I, 948 (nota Mariani Mazzotta); Famiglia e dir., 2003, 263 (nota G. De Marzo).

S a g g i

funzionari ed agenti acquistano nei limiti del servizio a cui sono destinati e secondo le attribuzioni ad essi conferite dalla legge, la qualità di ufficiali e, rispettivamente, di agenti della Polizia Tributaria(81).

La Polizia Tributaria nasce, quindi quale articolazione interna della Guardia di Finanza con l'effetto che tutti i poteri previsti dalla legge per la Guardia di Finanza erano implicitamente accordati alla Polizia Tributaria in quanto composta da militari appartenenti a quel corpo, mentre non tutti i poteri attribuiti alla Polizia Tributaria erano automaticamente estesi alla Guardia di Finanza(82). Tale distinzione, nel corso degli anni, ha progressivamente perso gran parte della propria importanza atteso che i decreti delegati conseguenti alla riforma tributaria del 1971 hanno realizzato una pressoché completa sovrapposizione dei corpi e delle funzioni fino a diventare pressoché irrilevante per effetto della crescente specializzazione del corpo della Guardia di Finanza quale organo di polizia a competenza generale in materia economica e finanziaria del Paese, preposto alla tutela del bilancio dello Stato, degli Enti locali e dell'Unione europea (art. 2, I comma D. Lgs. 19 marzo 2001, n. 68).

L'attuale assetto della Guardia di Finanza è quello sancito dal D. Lgs. 19 marzo 2001, n. 68 il quale le attribuisce due ordini di funzioni:

a) funzioni di polizia economica e finanziaria e di controllo della spesa pubblica;

b) funzioni di polizia giudiziaria e di polizia giudiziaria militare, di ordine e sicurezza pubblica, di polizia militare e di sicurezza, nonché di concorso alla difesa politico-militare della Nazione.

Esulando le funzioni *sub b*) dalla presente analisi(83), ci si soffermerà su quelle *sub a*) che sono previste dall'art. 2, II comma, del decreto menzionato. Tale disposizione, rubricata "Tutela del bilancio", demanda al Corpo della Guardia di Finanza i compiti di prevenzione, ricerca e repressione delle violazioni in materia di:

1) imposte dirette e indirette, tasse, contributi, monopoli fiscali e ogni altro tributo, di tipo erariale o locale;

2) diritti doganali, di confine e altre risorse proprie nonché uscite del bilancio dell'Unione europea;

3) ogni altra entrata tributaria, anche a carattere sanzionatorio o di diversa natura, di spettanza erariale o locale;

4) attività di gestione svolte da soggetti privati in regime concessorio, ad espletamento di funzioni pub-

bliche inerenti la potestà amministrativa d'imposizione;

5) risorse e mezzi finanziari pubblici impiegati a fronte di uscite del bilancio pubblico nonché di programmi pubblici di spesa;

6) entrate ed uscite relative alle gestioni separate nel comparto della previdenza, assistenza e altre forme obbligatorie di sicurezza sociale pubblica;

7) demanio e patrimonio dello Stato, ivi compreso il valore aziendale netto di unità produttive in via di privatizzazione o di dismissione;

8) valute, titoli, valori e mezzi di pagamento nazionali, europei ed esteri, nonché movimentazioni finanziarie e di capitali;

9) mercati finanziari e mobiliari, ivi compreso l'esercizio del credito e la sollecitazione del pubblico risparmio;

10) diritti d'autore, *know-how*, brevetti, marchi ed altri diritti di privativa industriale, relativamente al loro esercizio e sfruttamento economico;

11) ogni altro interesse economico-finanziario nazionale o dell'Unione europea.

In definitiva, assegnando al corpo la vigilanza sull'osservanza dei principali obblighi economici degli operatori giuridici coerentemente con la dipendenza esclusiva del corpo stesso dal Ministero dell'Economia e della Finanze, è stato assegnato alla Guardia di Finanza un potere di controllo diretto ed indiretto sulla spesa pubblica. Il controllo diretto viene esercitato attraverso il monitoraggio sulle diverse entrate tributarie di spettanza erariale o locale; sulle risorse e i mezzi finanziari pubblici; sulle entrate e sulle uscite relative alle gestioni separate nel comparto previdenza, assistenza e sulle altre forme di sicurezza sociale pubblica; sul demanio e sul patrimonio dello Stato;

Note:

(81) G. Nanula, voce "Polizia Tributaria", Enc. Giur., vol. XXIII, Roma, 1990, 2.

(82) B. Santamaria, voce "Polizia Tributaria", Enc. Dir., vol. XXXIV, Milano, 1985, 189; S. Gallo, Polizia Tributaria, Dig. Disc. Priv., sez. comm., vol. XI, Torino, 1995, 144.

(83) Questa seconda categoria di compiti affidati al Corpo riguarda gli interventi della Guardia di Finanza quale polizia giudiziaria e polizia giudiziaria militare con funzioni di ordine e sicurezza pubblica, di polizia militare e di sicurezza, nonché di concorso alla difesa politico-militare della Nazione. In questi settori, la riforma effettua una ricognizione e rivisitazione dei compiti già attribuiti al Corpo dal vigente ordinamento ribadendo, in particolare, le funzioni già oggi assolte sulla base delle leggi e regolamenti vigenti. Quanto ai poteri che la Guardia di Finanza può esercitare in questi settori viene effettuato un rinvio a quelli attribuiti dal codice penale e dal codice penale militare.

sui diritti doganali e di confine nonché sulle risorse proprie e sulle uscite di bilancio dell'Unione europea. Il controllo indiretto, invece, è realizzato attraverso l'attribuzione di poteri finalizzati al rispetto da parte di tutti gli operatori di tutto il quadro normativo posto a presidio dell'esercizio delle attività economiche. Si comprende così l'attribuzione di poteri in materie quali il diritto d'autore e la privativa industriale, le valute, i titoli, i valori e gli altri mezzi di pagamento nazionali, europei ed esteri, le movimentazioni finanziarie e di capitali, ovvero gli interessi economico-finanziari dello Stato e dell'Unione europea anche non direttamente connessi al profilo tributario e del bilancio, ma correlati all'attività di vigilanza nei settori di interesse politico-economico già presenti nella legge di ordinamento quali l'attività dei mercati finanziari e mobiliari(84).

Ciò comporta il riconoscimento alla Guardia di Finanza di una duplice natura:

a) di polizia economica nei limiti in cui il decreto le affida il compito di assicurare la ricerca e la denuncia delle violazioni che ledono le regole stesse di funzionamento dell'economia, della concorrenza e del mercato;

b) di polizia finanziaria in quanto è chiamata a provvedere alla prevenzione e repressione degli illeciti afferenti l'acquisizione, la gestione e l'impiego delle risorse necessarie per i beni ed i servizi pubblici.

Per l'espletamento delle funzioni sul versante economico-finanziario, il D. Lgs. 19 marzo 2001, n. 68 espressamente consente agli appartenenti alla Guardia di Finanza di far ricorso al complesso dei poteri e facoltà a loro già riconosciuti in materia tributaria. Il III comma del summenzionato art. 2 precisa, infatti, che "nell'espletamento dei compiti di cui allo stesso art. 2, i membri della Guardia di Finanza si avvalgono delle facoltà e dei poteri previsti dagli articoli 32 e 33, D. P. R. 29 settembre 1973, n. 660, e successive modificazioni, 51 e 52, D. P. R. 26 ottobre 1972, n. 633, e successive modificazioni". È così consentito, per lo svolgimento delle funzioni di polizia economico-finanziaria, l'impiego dei poteri previsti dal D. P. R. 29 settembre 1973, n. 600 e dal D. P. R. 26 ottobre 1972, n. 633 anche al di fuori del settore tributario per il quale tale norme sono, invece, emanate. Tale estensione si giustifica sulla base della identità di interessi tutelati: infatti, nel settore tributario come negli altri settori di intervento della Guardia di Finanza viene tutelato il bilancio pubblico, delle regioni, degli enti locali e dell'Unione europea.

Il tenore letterale della norma che consente e limita l'utilizzo dei poteri tributari solo per i compiti affidati alla Guardia di Finanza dal D. Lgs. 19 marzo del 2001, n. 68, nonché la *ratio* di tale attribuzione consentono di concludere ritenendo il III comma dell'art. 2 menzionato norma eccezionale non applicabile al di fuori delle ipotesi da essa tassativamente previste. Ne consegue che per l'assolvimento di compiti diversi da quelli di cui all'art. 2, D. Lgs. 19 marzo 2001, n. 68, in assenza di una diversa disposizione normativa, la Guardia di Finanza non potrà usare i poteri tributari.

Così ricostruiti i poteri della Guardia di Finanza si deve allora comprendere quali siano i poteri che il corpo esercita ove sia delegato dal giudice ad effettuare indagini ai sensi dell'art. 5, L. 1° dicembre 1970, n. 898, dell'art. 155 cod. civ. e dell'art. 736-bis cod. proc. civ.

§ 7. Le attività delegabili alla Polizia Tributaria in materia di diritto di famiglia e loro limiti.

Alla luce delle conclusioni cui si è appena giunti, si può innanzitutto escludere che l'art. 5, L. 1° dicembre 1970, n. 898, l'art. 155 cod. civ. e l'art. 736-bis cod. proc. civ. autorizzino i giudici ordinari a svolgere verifiche fiscali in senso stretto(85). Le norme fiscali sono norme di carattere eccezionale con l'effetto che il ricorso ad esse è consentito solo in presenza di un'espressa previsione normativa. Nella materia del diritto di famiglia, pur venendo tutelati diritti costituzionalmente garantiti, non si pongono quelle esigenze di tutela del bilancio che come chiarito consentono di ricorrere ai poteri previsti per la ma-

Note:

(84) G. Mariella, La Guardia di Finanza ed i controlli in materia economico-finanziaria, Riv. Guardia di Finanza, 2001, 1891; G. Sbarra, L'operatività del Nucleo Speciale di Polizia Valutaria in materia di contrasto al riciclaggio, *ivi*, 1999, 297; C. Di Gregorio - G. Mainolfi, IVA; i profili finanziari delle frodi e il ruolo della polizia economico - finanziaria, Fisco, 2005, 3670.

(85) G. Pessuto, Le indagini reddituali e patrimoniali della "Polizia Tributaria" nei procedimenti di separazione e di divorzio, Fisco, 2003, 2556; G. Fortuna, Le attività delegabili alla Polizia Tributaria da parte del giudice civile nell'ambito delle cause per lo scioglimento del matrimonio, Riv. Guardia di Finanza, 1995, 1027; S. Salvatore, Le indagini della Polizia Tributaria sui redditi e sul patrimonio dei coniugi in sede di causa di divorzio, un falso problema processuale - un problema di fatto, Boll. trib., 1988, 837; *contra* A. Costantini - L. Costantini, Le indagini della polizia tributaria nei procedimenti di divorzio e di separazione personale, Fisco, 1998, 7662.

Saggi

teria tributaria. In questa materia, peraltro, la misurazione del reddito, del patrimonio e del tenore di vita dei coniugi costituisce uno degli elementi di cui deve tenere conto il giudice per determinare, di norma equitativamente, l'entità dell'assegno di separazione o di divorzio da corrispondere all'altro coniuge o ai figli o per individuare le misure di protezione più opportune per il caso concreto; nei settori di cui all'art. 2, II comma D. Lgs. 19 marzo 2001, n. 68, invece, l'accertamento del reddito, del patrimonio o del tenore di vita del soggetto indagato costituisce il fine stesso dell'indagine.

Tali conclusioni trovano conferma nell'ordinanza in esame laddove il giudice afferma di aver ipotizzato di inquadrare la facoltà di avvalersi della Polizia Tributaria "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 ordinamentali previste per la sua attività "ordinaria" per concludere però ritenendo che "non si tratta 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".

Chiarito quindi che le norme menzionate non consentono ai giudici ordinari di svolgere verifiche fiscali in senso stretto, si ritiene che le attività delegabili siano riconducibili alle categorie generali previste dal codice di procedura civile e quindi alle seguenti tipologie:

1. attività di acquisizione e comunicazione di informazioni in possesso della Guardia di finanza o da questa reperibili;

2. attività di valutazione;

3. esecuzione di indagini delegate(86).

Quanto all'ipotesi *sub* 1), la Polizia Tributaria può essere delegata ad effettuare un'attività di acquisizione e di comunicazione di dati ed informazioni riconducibili alle ipotesi di cui all'art. 213 cod. proc. civ. In particolare, la Guardia di finanza potrà essere delegata ad accedere ai sistemi informativi dell'Anagrafe tributaria, delle Camere di commercio, del Pubbli-

co registro automobilistico, delle Conservatorie dei registri immobiliari per acquisire informazioni dalle quali è possibile desumere indicazioni circa i comportamenti delle parti e verificare la corrispondenza tra quanto dichiarato nel corso del procedimento e quanto risulta all'Amministrazione finanziaria. Si tratta di informazioni dalle quali il giudice può verificare i comportamenti della parti e le loro abitudini così da poter ricostruire il tenore di vita dei coniugi e quindi la relativa situazione reddituale(87).

Un'altra tipologia di attività nella quale la Polizia Tributaria può venire coinvolta è l'ausilio alla valutazione degli elementi acquisiti, allorché sia necessario disporre di cognizioni tecniche specialistiche. In questo caso la Polizia Tributaria, agendo quale consulente tecnico di ufficio ai sensi degli artt. 191 e 198 cod. proc. civ., svolgerà una funzione di consulenza di carattere contabile nell'analisi delle informazioni raccolte.

Quanto all'ipotesi di svolgimento di indagini delegate *sub* 3), il loro contenuto dipenderà dall'ordinanza del giudice con il quale questi incaricherà la Polizia Tributaria di procedere e contemporaneamente ne fisserà i poteri(88). La Polizia Tributaria potrà essere delegata a richiedere chiarimenti alle parti, assumere informazioni da terzi (salvo che il giudice non li convochi in qualità di testimoni) (art. 210 cod. proc. civ.)(89), estrarre copie di eventuali documentazioni (art. 261 cod. proc. civ.), effettuare ispezioni (art. 258 cod. proc. civ.)(90). Queste operazioni potranno essere svolte nei confronti di uno dei due coniugi o anche nei confronti di terzi, infatti, la possibilità di agire anche nei confronti di soggetti diversi dai coniugi è ora testualmente prevista dall'art. 155 cod. civ. che consente di estendere indagini ai beni intestati a soggetti terzi.

Note:

(86) G. Fortuna, Le attività delegabili alla Polizia Tributaria da parte del giudice civile nell'ambito delle cause per lo scioglimento del matrimonio [*supra*, nota 85], a p. 1038.

(87) S. Salvatore, Le indagini della Polizia Tributaria sui redditi e sul patrimonio dei coniugi in sede di causa di divorzio, un falso problema processuale – un problema di fatto [*supra*, nota 85], a p. 837.

(88) G. Miele, Delega (dir. amm.), Enc. Dir., vol. XI, Milano, 1962, 906.

(89) *Contra* F. Di Maio, Sul principio di riservatezza delle società fiduciarie, Società, 2001, 777.

(90) G. Fortuna, Le attività delegabili alla Polizia Tributaria da parte del giudice civile nell'ambito delle cause per lo scioglimento del matrimoni [*supra*, nota 85], a p. 1038.

Il ricorso a tali poteri soggiace oltre che ai limiti previsti dalle varie disposizioni del codice di procedura civile, ai limiti posti dalle stesse norme che consentono il ricorso alla Polizia Tributaria. L'art. 5, L. 1° dicembre 1970, n. 898, l'art. 155 cod. civ. e l'art. 736-bis cod. proc. civ. condizionano il potere del tribunale di disporre indagini sui redditi, sui patrimoni e sull'effettivo tenore di vita dei coniugi alla contestazione dei redditi indicati da uno dei coniugi da parte dell'altro. Come chiarito in giurisprudenza⁽⁹¹⁾, tale contestazione non può esaurirsi nella semplice negazione delle risultanze in atti ma deve essere supportata da sufficienti elementi di ragionevolezza, sicché nel giudizio per la determinazione della misura dell'assegno di divorzio, l'esercizio da parte del giudice del potere discrezionale di disporre indagini di Polizia Tributaria in ordine alla consistenza dei patrimoni ed alla entità dei redditi degli *ex* coniugi presuppone la formulazione ad opera delle parti di istanze articolate su elementi di fatto specifici non del tutto sforniti di riscontro.

Nel caso in cui le contestazioni riguardino beni fiduciariamente intestati, si ritiene che il giudice potrà disporre indagini nei confronti delle società fiduciarie intestatarie ordinando loro l'esibizione di documenti o formulando richieste di chiarimenti. Il superamento dello schermo fiduciario in questi casi sarà possibile solo a condizione che le indagini non siano meramente esplorative. Il coniuge interessato dovrà pertanto fornire le maggiori informazioni possibili, ivi compreso il nome del fiduciante, e dimostrare di non poter confermare diversamente questa informazione. In presenza di queste condizioni, il giudice potrà formulare le necessarie richieste alle società fiduciarie le quali potranno così fornire le relative risposte. La società fiduciaria, infatti, non venendo chiamata a rilevare il nominativo del titolare sostanziale dei beni poiché tale elemento è già acquisito al processo, bensì semplicemente a confermare il suo ruolo di intestatario dei beni, non violerà così il mandato fiduciario⁽⁹²⁾.

Ove, pur in presenza di queste condizioni, la società fiduciaria continuasse a rifiutarsi di rispondere, si crede che il giudice possa desumere argomenti di prova a favore della parte istante ed a danno del cliente fiduciante.

Qualora, invece, uno dei coniugi asserisse, senza dimostrare neppure per presunzioni l'esistenza di un rapporto fiduciario, la relativa richiesta violerebbe i principî posti in materia di prove dal codi-

ce di procedura civile legittimando così la società fiduciaria ad opporre il suo obbligo di riservatezza. La regola della riservatezza insita nell'attività delle società fiduciarie comporta la possibilità di avanzare alle società fiduciarie solo richieste nominative; non è possibile chiedere loro in maniera del tutto generica chi siano i proprietari dei beni loro intestati.

§ 8. Considerazioni conclusive.

Permettendo, in procedimenti su questioni di diritto di famiglia, di avvalersi anche della Polizia Tributaria, il legislatore ha inteso mettere a disposizione dei giudici il Corpo che per professionalità e struttura risulta il più adatto ad effettuare indagini sul reddito, sul patrimonio e sul tenore di vita dei coniugi, senza per questo attribuire ai giudici ordinari i poteri di accertamento tributario⁽⁹³⁾. Tali poteri, infatti, sono attribuiti alla Guardia di Finanza esclusivamente nelle ipotesi in cui opera quale polizia economico – finanziaria, sicché le indagini che verranno disposte in un ordinario giudizio contenzioso dovranno muoversi entro i limiti posti dal codice di procedura civile. L'ordinanza 27 marzo 2006 del Tribunale di Reggio Emilia correttamente applica queste principî in quanto con essa il Giudice istruttore delega la Guardia di finanza ad operare "quale suo delegato" investendola "dei suoi medesimi poteri".

Discende da tali considerazioni che eventuali richieste di informazioni inoltrate a società fiduciarie non potranno essere ricondotte all'art. 32 D. P. R. 29 settembre 1973, n. 600 bensì dovranno essere valutate alla luce dei principî generali che regolano la riservatezza delle società fiduciarie.

L'obbligo di riservatezza è insito nell'attività delle società fiduciarie e solo in determinati casi, con determinate forme e limiti previsti dalla legge o per ordine dell'autorità, il Fisco ed altre autorità pubbliche possono chiedere alle società fiduciarie notizie

Note:

(91) Cass., sent. 23 gennaio 1996, n. 496, Famiglia e dir., 1996; App. Roma, sent. 16 luglio 1990, Fisco, 1990, 5855.

(92) M. Nuzzo, voce "Società fiduciaria", Enc. Dir., vol. XLII, Milano, 1990, 1094.

(93) G. Pessuto, Le indagini reddituali e patrimoniali della "Polizia Tributaria" nei procedimenti di separazione e di divorzio, [*supra*, nota 85], p. 2556.

Saggi

sui loro fiducianti, senza però poter chiedere genericamente chi siano i proprietari delle partecipazioni intestate alla società fiduciaria. Nei confronti delle società fiduciarie si può solo muovere dai soggetti (i fiducianti) agli oggetti (i beni fiduciarmente intestati).

Questa regola generale soffre un'eccezione nella materia tributaria nella quale, a seguito della recente riformulazione dell'art. 32, D. P. R. 29 settembre 1973, n. 600 ad opera dell'art. 1, CDII comma, L. 30 dicembre 2004, n. 311, l'Amministrazione finanziaria può procedere ad accertamenti muovendo dagli oggetti ai soggetti. La menzionata norma fiscale ha carattere eccezionale, per cui essa non può trovare applicazione al di fuori della materia tributaria confermando che per finalità diverse da quelle tributarie sono possibili soltanto indagini nominative.

Tali principî valgono anche nell'ipotesi in cui a richiedere informazioni ad una società fiduciaria sia un giudice il quale potrà così soltanto chiedere di confermare il ruolo della società fiduciaria di intestataria di beni di un fiduciante puntualmente indicato. Tale limite opera anche nella materia del diritto di famiglia, ove, come chiarito l'art. 5, L. 1° dicembre 1970, n. 898, l'art. 155 cod. civ. e l'art. 736-bis cod. proc. civ. espressamente autorizzano indagini (non fiscali) sul reddito, sul patrimonio e comunque sul tenore di vita dei coniugi. Peraltro, in questi casi, l'obbligo di operare solo attraverso indagini nominative risulta ulteriormente rafforzato da considerazioni di fatto: le parti del procedimento di divorzio, di separazione o quelle destinarie di ordini familiari sono necessariamente individuate a priori così da non potersi porre il caso di accertamenti non nominativi, e da ragioni di diritto: l'esercizio da parte del giudice dei propri poteri istruttori presuppone la formulazione dalle parti di istanze precise e puntuali.

L'ordinanza del Tribunale di Reggio Emilia rispetta il principio della nominatività, tuttavia fonda il proprio diritto a richiedere informazioni alle società fiduciaria non solo sulle norme del codice civile e del codice di procedura civile, ma anche sulle disposizioni dell'art. 32 D. P. R. 29 settembre 1973, n. 600 considerando tale disposizione generale⁽⁹⁴⁾. Il rinvio alle norme tributarie è inconferente in quanto, come chiarito, né da tali norme si può trarre un principio generale valido per un materia diversa da quella tributaria né esse sono applicabili dal giudice ordinario, e superfluo in quanto le norme civilistiche più volte

richiamate poste a tutela di interessi di natura anche pubblicistica ed i principî generali dell'ordinamento già di per sé consentono di richiedere informazioni alle società fiduciarie.

Nota:

(94) L'ordinanza testualmente recita "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)".

Separazione consensuale dei coniugi, trust e vincolo del trust sui beni costituiti in fondo patrimoniale

Italia – Tribunale di Milano

Fondo patrimoniale – separazione personale dei coniugi – trust auto-dichiarato – figli beneficiari del trust – segregazione in trust alla cessazione del fondo

Tribunale di Milano, E. Siniscalchi, Pres.,
M.T. Bruno, M. Frediani, 7 giugno 2006
[P.F. e C.M.]

Può essere omologato il verbale di separazione personale dei coniugi nel quale sia inserita l'istituzione di un trust auto-dichiarato dagli stessi coniugi separandi, in favore dei loro figli, con la finalità di segregare in trust i beni costituiti in fondo patrimoniale anche dopo la cessazione del vincolo coniugale.

Testo del Verbale e del Decreto di Omologazione della Separazione

TRIBUNALE DI MILANO

Verbale ai sensi dell'art. 711 Cod. Proc. Civ.

Oggi 6 aprile 2006 in Milano.

Innanzi al Presidente Dott. Ezio Siniscalchi.

A seguito di decreto di convocazione sono comparsi i Signori:

P.F. nata a ... il ... residente in Milano, Via ...

Professione casalinga

Titolo di studio licenza media superiore
Codice fiscale ...

e

C.M. nato a ... il ... residente in Milano, Viale ...

Professione dottore commercialista

Titolo di studio laurea

Codice fiscale ...

Coniugi sposati a Milano il ... in separazione di beni; con due figli: B. nata in data ... e A. nato in data ...

Il Presidente sente i coniugi e ne tenta la conciliazione, ma questa non riesce.

I coniugi dichiarano di volersi separare consensualmente alle seguenti condizioni:

CONDIZIONI

1. i coniugi vivranno separati nel mutuo reciproco rispetto;

2. il figlio minore A. è affidato con-

giuntamente ai genitori e vivrà nell'alloggio di Milano via ... con la madre e la sorella B.;

3. i genitori eserciteranno congiuntamente la potestà sul figlio minore A. e assumeranno insieme le decisioni di maggior importanza per la sua educazione, istruzione e crescita;

4. il padre potrà incontrare e tenere con sé A. quando lo desideri compatibilmente con gli impegni scolastici e non del figlio stesso e tenendo conto dell'organizzazione di vita della madre; in ogni caso, il padre potrà tenere con sé A. a week end alternati; per 15 giorni consecutivi durante le vacanze estive e per metà delle vacanze natalizie, ad anni alterni durante le vacanze pasquali; per ogni altro ulteriore periodo di vacanza i genitori assumeranno di volta in volta gli accordi;

5. il padre per contribuire al mantenimento del figlio minore si obbliga a corrispondere alla madre in via anticipata entro il giorno 5 di ogni mese, fino al raggiungimento dell'autonomia economica dello stesso, l'importo complessivo di € 1.200,00 (milleduecento) onnicomprensivo di tutte le spese ordinarie; assegno soggetto a rivalutazione annuale istat a decorrere dal 1 aprile 2007; per le spese straordinarie i genitori assumeranno di volta in volta accordi per la ripartizione dell'onere;

6. il padre si fa carico di provvedere direttamente al mantenimento della figlia B., maggiorenne;

7. il Signor C.M. si obbliga inoltre a farsi direttamente carico delle spese condominiali ordinarie e straordinarie, di ogni onere fiscale (ICI, TARSU, etc.) relativo sia all'unità immobiliare destinata ad abitazione principale dei figli A. e B., conviventi con la madre, sia dell'unità immobiliare destinata a casa di vacanza della famiglia;

8. il Signor C.M. per concorrere al mantenimento della moglie si obbliga a corrispondere un assegno mensile di € 2.500,00 (duemilacinquecento), in via anticipata entro il giorno 5 di ogni mese, da rivalutarsi annualmente secondo gli indici istat a decorrere dal 1 aprile 2007; l'assegno si deve intendere al netto delle imposte che saranno a carico del marito;

9. inoltre i coniugi sul presupposto che

- hanno costituito fra gli stessi un fondo patrimoniale con atto in data ... n. ... Rep. Dott. ... Notaio in Milano, ivi registrato il ... al n. ..., trascritto nei pubblici registri ed annotato a margine dell'atto di matrimonio, destinando a far fronte ai bisogni della famiglia beni immobili e un bene mobile loro appartenenti;

- desiderano perpetuare i benefici connessi al fondo patrimoniale anche per il caso in cui il fondo stesso dovesse cessare (scioglimento del vincolo coniugale per morte o divorzio e raggiungimento della maggior età del figlio attualmente minore);

- desiderano assicurare ai figli B. e A. lo stesso tenore di vita goduto in costanza di convivenza dei genitori sino a che non avranno completato il ciclo di studi e avranno raggiunto l'autonomia economica;

- nel contempo desiderano ulteriormente segregare i beni conferiti nel fondo patrimoniale per sottrarli alle proprie vicende personali e successorie e, in generale, per poter trarre da essi utilità, sia direttamente sia indirettamente, da destinare

Nota:

Riproduciamo il testo del verbale e del decreto di omologazione della separazione dal loro originale.

Giurisprudenza

ai bisogni della famiglia, considerato inoltre che:

- il rapporto giuridico che consente di realizzare tale finalità è il TRUST,
- al riconoscimento dei trust istituiti in Italia e sottoposti a una legge straniera si applicano le disposizioni della Convenzione de L'Aja del 1/7/1985, ratificata in forza della legge 16.10.1989 n. 364 ed entrata in vigore il 1/1/1992,
- si tratta di realizzare una esigenza meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico italiano, per cui non trova applicazione la riserva prevista dall'art. 13 della citata Convenzione,
- ai sensi dell'art. 6 della citata Convenzione il soggetto che istituisce un trust può scegliere la legge dalla quale il trust sarà disciplinato,
- il diritto inglese ammette la possibilità di vincolare beni in trust mediante dichiarazione unilaterale del Disponente, senza che ciò sia seguito da trasferimento dei beni a un terzo, cosicché il Disponente assuma egli stesso la qualifica di Trustee.

Tanto premesso e considerato i Signori P.F. e C.M., d'ora in poi "Disponenti", dichiarano di istituire, e con il presente atto irrevocabilmente istituiscono, il Trust denominato

TRUST B & A

(d'ora in poi "Trust") regolato dalle seguenti disposizioni:

Art. 1 Finalità del Trust

A. La finalità del Trust è perpetuare i benefici connessi al fondo patrimoniale anche per i casi in cui il fondo stesso dovesse cessare mantenendo il vincolo di destinazione impresso ai beni del fondo per soddisfare i bisogni della famiglia assicurando ai figli B. e A., alla madre e, ove necessario, al padre, lo stesso tenore di vita goduto in costanza di convivenza dei genitori, sino a che i figli non avranno completato il ciclo di studi e avranno raggiunto l'autonomia economica.

Art. 2 Beneficiari del Trust

A. Il termine "Beneficiari" indica gli attuali componenti il nucleo familiare dei Disponenti.

Art. 3 Il Fondo in trust; i Beni in trust

A. I Disponenti, in virtù della facoltà prevista nell'atto di costituzione del Fondo patrimoniale, unanimemente vincolano nel Fondo in trust i seguenti beni:

1) immobili di spettanza del Signor C.M. per l'usufrutto generale vitalizio e di

spettanza della Signora P.F. per la nuda proprietà:

a) in Comune di Milano, alla Via ..., unità immobiliare ad uso abitazione al piano terzo, composta di sei locali e servizi, con annessi e pertinenti vano di cantina e spazio di solaio al piano sottotetto; censita all'Agenzia del Territorio di Milano - Catasto dei Fabbricati del predetto Comune, al foglio ... - particella ... - via...- P. 3 / S1 - Z.C. 2 - CAT. A/3 - Cl 4 - vani 9 - Rendita € 1.231,75; confini in senso orario dell'unità immobiliare ad uso abitazione: stabile di Via ..., particella già ... e vano scala comune; appartamento al sub ...; vano scala e cortile comuni: muro di confine con la casa di Via ..., particella già ...; Via ... Confini del vano cantina: a nord-est: cantina sub. 4; a sud-est muro perimetrale verso il cortile: a sud-ovest: cantina al sub 6; a nord-ovest: corridoio comune: confini dello spazio di solaio: a nord-est: area di solaio "g"; a sud-est: corridoio comune; a sud-ovest: area di solaio "i"; a nord-ovest: muro perimetrale verso la Via ...

b) in Comune di Moneglia (Ge), alla via ..., a parte del condominio denominato "...", in ... - unità immobiliare ad uso abitazione al primo piano, numero interno 29 e catastalmente numero interno 3, composta da tre locali e servizi; censita all'Agenzia del Territorio di Genova - Catasto dei Fabbricati del Comune di Moneglia al foglio ..., particella ..., sub. ..., ... - cat. A/3, cl. 4. vani 3,5 - Rendita catastale € 506,13. Confini: a tre lati muri perimetrali su distacchi e dal quarto lato appartamento n. 30.

Con la rispettiva quota di proprietà a ciascuno dei beni spettanti sugli enti, spazi e servizi comuni degli stabili di cui ciascuno fa parte.

2) mobili di proprietà di entrambi i coniugi in ragione di 12 carati ciascuno:

imbarcazione da diporto a motore iscritta all'ufficio Circondariale Marittimo di Savona nominativo internazionale ... - nome ... - sigla e numero iscrizione ... - modello AZ35 - ditta costruttrice AZIMUT lunghezza f.t. 11,02 metri - larghezza f.t. 3,96 metri - stazza lorda 14,95 tonnellate. Apparato motore: numero motori 2 - AB Volvo PENTA - matricola ... e ...; ditta costruttrice Volvo Penta - modello TAM D 63L anno di fabbricazione 2004; tipo entrobordo Diesel - entrambi a quattro tempi, cilindrata 5475

ciascuno, della potenza massima di 234 CV, cavalli fiscali 39 (ciascuno);

3) mobili di proprietà della moglie P.F.:

la quota di nominali € 9.690,00 (€ novemilaseicentonovanta) pari al 95% (novantacinquepercento) del capitale della società... costituita in Italia e con sede in Milano, Viale ..., capitale sociale di € 10.210,00 (€ diecimiladuecentodieci), iscritta al Registro Imprese di Milano al numero ..., C.F....

B. Sono "Beni in trust" i suddetti beni immobili e mobili, ogni altro bene o diritto che i Disponenti vincolino in trust, ogni reddito scaturente da tali beni e diritti, ogni loro trasformazione, permutazione, sostituzione, incremento, surrogazione.

C. È in facoltà dei Disponenti di procedere ad ulteriori apporti di beni mobili o immobili.

D. I Beni in Trust sono separati dal patrimonio proprio di un Trustee e del Trustee, costituiscono una massa distinta, non sono in alcun caso aggredibili dai loro creditori né dai creditori dei Disponenti in forza della legge applicabile e secondo il disposto dell'art. 11 della Convenzione de L'Aja del 1 luglio 1985, ratificata con Legge 364/1989.

Art. 4 Legge regolatrice del Trust

A. Il Trust è regolato dalla legge inglese. Essa è la legge applicabile al Trust, alla sua validità, alla sua amministrazione e all'interpretazione di queste disposizioni.

B. Peraltro, le obbligazioni e la responsabilità del Trustee sono disciplinate cumulativamente dalla legge inglese e dalla legge italiana.

C. Per l'applicazione della legge italiana il Trustee è considerato quale gestore di beni che, sebbene di sua proprietà, sono destinati a soddisfare esclusivamente interessi di terzi e a essere loro trasferiti al termine del trust.

D. La validità, l'efficacia e l'opponibilità degli atti del Trustee posti in essere in Italia o riguardanti beni immobili siti in Italia sono regolati dalla legge italiana.

Art. 5 Durata del Trust

A. Per Durata del Trust si intende il periodo:

1. il cui termine iniziale è la data della omologazione delle condizioni della separazione consensuale alle quali la presente istituzione di trust accede

2. il cui termine finale è il decorso di 10 (dieci) anni dal termine iniziale.

Art. 6 Il Trustee e la successione nell'ufficio

A. Trustee del Trust sono i Disponenti.

B. Il termine "Trustee" individua chi riveste l'ufficio di trustee; in caso di più persone indica ciascuna di esse.

C. In caso di morte, dimissioni o sopravvenuta incapacità

1. di uno degli attuali Trustee, la funzione è esercitata dal superstite;

2. di entrambi gli attuali Trustee, la funzione è assunta dal Dr. C.P., Commercialista di Milano, domiciliato via ...

3. in mancanza, il Trustee è nominato dal Presidente del Collegio notarile di Milano.

D. Un trustee che cessa dall'ufficio perde ogni diritto sui Beni in Trust in favore di colui o coloro che gli succedono nell'ufficio.

E. Chi cessa dall'ufficio:

1. pone in essere senza indugio ogni comportamento necessario per consentire al Trustee di esercitare i diritti spettanti al trustee sui Beni in trust;

2. consegna al Trustee i Beni in trust e ogni documento riguardante il Trust che sia in suo possesso, gli fornisce ogni ragguaglio il trustee gli richieda e in genere lo pone in grado, per quanto in suo potere, di prendere possesso dei beni in trust e di assolvere le obbligazioni inerenti l'ufficio;

3. può fare e trattenere copie dei documenti che consegna, ma unicamente per avvalersene in caso di azioni proposte contro di lui.

F. In caso di morte di un trustee e suddetti diritti e obbligazioni fanno capo ai suoi eredi.

Art. 7 Spettanza dei beni in trust

A. Sopraggiunto il termine finale della Durata del Trust, i Beni in trust sono trasferiti di diritto:

1. ai Disponenti, se viventi, attribuendo a ciascuno di essi i Beni in trust secondo la rispettiva provenienza;

2. in mancanza, agli eredi di ciascun Disponente per la quota allo stesso spettante ai quali soltanto da quel momento appartengono.

B. Il Trustee cura qualunque trasferimento e adempimento necessario per rendere tale appartenenza giuridicamente opponibile ai terzi.

Art. 8 Poteri del Trustee

A. Il Trustee:

1. ha, rispetto ai Beni in trust, ogni potere e diritto del proprietario e quindi

anche capacità processuale attiva e passiva;

2. può comparire nella sua qualità di trustee dinanzi a Notari e pubbliche autorità;

3. può rivolgersi all'Autorità Giudiziaria per ottenerne direttive.

B. Il Trustee svolge le proprie funzioni personalmente.

Art. 9. Amministrazione del Trust

A. Fintanto che duri il vincolo nascente dal Fondo patrimoniale

1. gli atti di amministrazione non richiedono il concorso del Trustee;

2. gli atti di disposizione

– non richiedono il concorso del Trustee qualora siano preordinati al reimpiego nel Fondo patrimoniale,

– richiedono il previo consenso del Trustee in caso diverso;

3. gli atti che gravano o vincolano o sottopongono a garanzia beni inclusi nel Fondo patrimoniale richiedono il previo consenso del Trustee.

B. Successivamente, nel corso della Durata del Trust il Trustee può:

1. impiegare reddito del Trust:

a. per manutenzioni, riparazioni e migliorie dei beni inclusi nel Fondo in trust;

b. pagare imposte e altre spese che sarebbero altrimenti da soddisfare tramite il Fondo in trust, purché contesti le pretese ragionevolmente contestabili;

2. destinare i Beni in trust a soddisfare le esigenze abitative e di vacanza dei Beneficiari;

3. impiegare qualsiasi altro Bene in trust a beneficio della famiglia sino a che i figli non saranno autonomi ed economicamente indipendenti.

Art. 10 Segregazione

A. Il Trustee tiene i Beni in trust separati sia dai propri che da qualunque altro bene del quale sia trustee o fiduciario e distintamente identificabile. Inoltre:

1. quando si tratti di beni iscritti in registri, pubblici o privati, il Trustee ne richiede l'iscrizione al proprio nome in qualità di trustee o in altro modo che palesi l'esistenza del Trust;

2. ogni conto bancario e ogni contratto stipulato dal Trustee sono al nome del Trustee nella sua qualità di trustee o in altro modo che palesi l'esistenza del Trust e ogni somma è depositata nei conti così denominati.

B. I Beneficiari possono chiedere che il giudice accerti che determinati beni o diritti sono inclusi fra i Beni in trust.

Art. 11. Giurisdizione e competenza

A. Ogni controversia sulla validità o gli effetti del Trust o sui diritti o obbligazioni di qualunque soggetto menzionato in questo Strumento è sottoposta esclusivamente alla magistratura italiana, foro di Milano.

B. Ogni procedimento perché siano date direttive al Trustee è proposto esclusivamente dinanzi alla magistratura italiana, foro di Milano; qualora essa declini di provvedere, alla magistratura inglese.

Art. 12 Forma degli atti; Modificazioni

A. Ogni comunicazione, nomina e consenso per i quali né la legge applicabile né questo Strumento prescrivano alcuna forma deve essere fatto per iscritto e accompagnato dalla prova della sua ricezione.

B. Il Trustee con il consenso unanime dei Beneficiari può, per atto autentico, modificare qualsiasi disposizione di questo Strumento qualora ritenga che la modificazione sia opportuna per meglio attuare le finalità del Trust.

^*^*^*^

10. I coniugi dichiarano che le conseguenze patrimoniali della separazione sono regolamentate nel presente verbale e con l'istituzione del "TRUST B. & A"; si danno pertanto reciprocamente atto di aver definito ogni questione patrimoniale e di non aver nulla a che pretendere l'uno dall'altro, salvo quanto qui previsto e pattuito.

(P.F.)

(C.M.)

IL PRESIDENTE

Autorizza i coniugi a vivere separati alle condizioni sopra trascritte ed ordina la rimessione degli atti al P.M. per il suo parere sulla omologazione.

Il Presidente

IL TRIBUNALE DI MILANO

Sezione IX Civile

Riunito in Camera di Consiglio nelle persone dei Signori

Dr. E. Siniscalchi Presidente

Dr. M.T. Bruno Giudice

Dr. M. Frediani Giudice

Ha emesso il seguente decreto di omologazione della separazione personale

Giurisprudenza

consensuale fra i coniugi indicati nel verbale che precede.

Udita la relazione del Presidente; rilevato che nel verbale del 06/04/2006 i coniugi P.F. e C.M. hanno dichiarato di se-

pararsi consensualmente alle condizioni ivi indicate; considerato che tali condizioni non trovano ostacolo nella legge e che le formalità prescritte sono state tutte osservate; visto l'art. 711 cp.c.

OMOLOGA

per ogni effetto di legge il verbale della separazione personale dei coniugi. Ordina l'annotazione sull'atto di matrimonio.

LIBRI

La giurisprudenza italiana sui trust dal 1899 al 2006

La raccolta di **tutta** la **giurisprudenza** italiana sui trust, è edita **dalla fine del XIX secolo** alla prima metà dell'anno **2006**, e delle **pronunce dell'Agenzia** delle **entrate**.

Un'opera che rende immediatamente disponibili documenti che sarebbero altrimenti di reperimento disagevole.

Lo studio del materiale che la giurisprudenza ci offre è il modo migliore per avvicinarsi ai trust in Italia, ormai comunemente chiamati "**trust interni**": materiale che consente, in primo luogo, accertamenti effettuali altrimenti impossibili. Chi, quando, come e perché si istituisce un trust? Quali sono i **reali problemi giuridici** che, caso per caso, scaturiscono? La chiave di lettura corretta è quella che privilegia la soluzione scelta dal giudice, ma la **soluzione**, soprattutto nella giurisprudenza di merito e nelle pronunce delle autorità amministrative, riguarda

una concreta vicenda e, dunque, muove dall'esame di quest'ultima quale origine del problema giuridico.

Il riferimento alle autorità amministrative non è casuale: il libro raccoglie, infatti, le posizioni dell'Agenzia delle entrate considerandole "giurisprudenza" nel senso antico e nobile di questo termine. E' così assicurata una maggiore **ricchezza** delle **fonti** e uno spettro più vasto di casi di trust.

II Edizione, pagg. 420
IPSOA 2006 – € 35,00

Per informazioni

- **Servizio Informazioni Commerciali**
www.ipsoa.it/servizioclienti
E-mail: info.commerciali@ipsoa.it
Tel. 02.82476794 – Fax 02.82476403
- **Agente Ipsoa di zona**
www.ipsoa.it/agenzie
- **www.ipsoa.it**

Responsabilità del trust per le obbligazioni contratte da un terzo

Italia – Tribunale di Bologna

Trust – obbligazioni contratte personalmente da un terzo – responsabilità del trust – insussistente

Tribunale di Bologna, A. Palombi,
20 marzo 2006 [Canard s.r.l. c. Trust
s.r.l.]

I beni vincolati in trust non possono essere impiegati dal trustee per far fronte alle obbligazioni contratte personalmente dal genitore dei beneficiari del trust perché ciò esula dai poteri conferitigli dall'atto istitutivo del trust, e ciò sebbene il trustee possa aver ingenerato nel terzo l'erroneo convincimento che tali obbligazioni sarebbero state soddisfatte mediante i beni in trust.

La citazione in giudizio del trust "in persona del suo legale rappresentante", anziché della persona del trustee nella sua qualità, realizza ugualmente la vocatio in jus del convenuto, nonostante la circostanza che il patrimonio in trust non abbia giuridicamente un legale rappresentante, qualora il trustee si sia costituito in giudizio ed abbia esercitato i poteri difensivi spettanti al convenuto.

Testo della Sentenza (omissis)

nella causa civile iscritta al n. ... del Ruolo Generale dell'anno 2004, promossa da:

Canard s.r.l.

elettivamente domiciliata in Bologna, via Monte Grappa 3, presso e nello studio dell'avv. Gabriella Luca che la rappresenta e difende

- ricorrente

contro

Trust s.r.l. non in proprio ma in qualità di trustee del trust "Figli di ..."

elettivamente domiciliata in Bologna, Via Collegio di Spagna 5/2, presso e nello studio dell'avv. Antonella Vannacci che la rappresenta e difende

- resistente

In punto a:
PAGAMENTO CANONE DI
LOCAZIONE

CONCLUSIONI

Il Procuratore della ricorrente chiede e conclude:

"Ogni contraria istanza ed eccezione respinta e previa ogni opportuna declaratoria,

\\accertato che la sig.ra T. A. ved. C. ha rilasciato anticipatamente e senza alcun preavviso e consenso della proprietà i locali siti in Bologna via ... di proprietà della ditta CANARD;

\\accertato che il Trust Figli di ... in persona del legale rappresentante pro tempore gestisce il patrimonio dei C. e pertanto è tenuto a rispondere dei debiti contratti dalla sig.ra T. A.;

\\dichiarare lo stesso Trust Figli ... in persona del legale rappresentante responsabile del grave inadempimento;

\\condannare di conseguenza il convenuto a versare alla ditta ricorrente i canoni di locazione a partire dal mese di aprile 2002 fino al mese di settembre 2002 compreso per un importo totale di € 11.163,18 oltre interessi convenzionali pari al tasso ufficiale di sconto maggiorato di tre punti oltre spese condominiali di € 824,89 oltre al risarcimento dei danni pari ad € 7.456,06 pari alle spese sostenute per la riparazione della porta basculante del garage ed al ripristino dell'appartamento rilasciato e così in totale per € 19.547,09 detratto il deposito cauzionale di € 5.577,73 per un totale di € 13.969,36 oltre interessi legali o di quella diversa somma che dovesse risultare di giustizia, con rivalutazione monetaria ed interessi;

\\condannare il Trust Figli di ... al rimborso delle spese, diritti ed onorari del

presente giudizio con sentenza esecutiva per legge".

Il Procuratore della resistente chiede e conclude:

"In ipotesi: dichiarare la nullità dell'atto introduttivo, per incertezza sulla parte convenuta;

In ipotesi gradata: dichiarare la irregolare notifica dello stesso;

In tesi: voglia dichiarare l'assoluta carenza di legittimazione passiva della TRUST srl nel procedimento n. .../04 promosso dinanzi a codesto Giudice.

Con vittoria di spese, diritti ed onorari di causa".

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con ricorso depositato il 18.2.2004 la ditta Canard s.r.l., in qualità di proprietaria e locatrice di un immobile ad uso abitativo sito in Bologna via ..., chiedeva, previo accertamento dell'unilaterale e non autorizzato rilascio del bene da parte della conduttrice T. A. e previo altresì accertamento dell'obbligo del Trust Figli di ... di rispondere dei debiti contratti dalla medesima, condannare il Trust stesso al pagamento dei canoni di locazione dal mese di aprile 2002 sino al mese di settembre 2002, con gli interessi legali, nonché al risarcimento dei danni corrispondenti alle spese sostenute per il ripristino dell'immobile, con conseguenziale condanna alle spese processuali.

Assumeva parte ricorrente che la conduttrice aveva rilasciato l'immobile previo invio di disdetta in data 5.7.2002 contravvenendo alla clausola che prevedeva la naturale scadenza del contratto al 30.9.2005

Nota:

Riproduciamo il testo della sentenza dal suo originale.

Giurisprudenza

e rimanendo morosa nel pagamento dei canoni dal mese di aprile 2002; che la proprietà aveva reperito un nuovo conduttore solo nel mese di settembre 2002; che la conduttrice T. aveva procurato danni all'immobile; che il patrimonio della sig. T. veniva gestito dal Trust convenuto.

Si costituiva la Trust s.r.l. non in proprio ma quale trustee del Trust "Figli di ..." eccependo la mancanza di legittimazione passiva di quest'ultimo in quanto privo di personalità giuridica e nel merito chiedendo il rigetto delle domande attoree attesa l'estraneità del patrimonio costituente la dotazione del Trust Figli di ... rispetto alle obbligazioni patrimoniali facenti capo direttamente alla sig. T., madre dei soggetti beneficiari del Trust.

La causa veniva decisa all'udienza del 17.11.2005 con la lettura immediata del dispositivo in udienza.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Esaminata preliminarmente, deve disattendersi la preliminare eccezione di difetto di legittimazione passiva: difatti, benché impropriamente sotto il profilo lessicale, l'individuazione in ricorso della controparte nel "Trust Figli di ... in persona del Legale rappresentante pro-tempore" realizza esattamente la *vocatio in jus* della parte convenuta secondo la volontà della parte ricorrente la quale, difatti, ri-

teneva di poter far valere le proprie ragioni sul patrimonio costituente la dotazione del Trust medesimo.

La circostanza che tale patrimonio non costituisca un soggetto autonomo di imputazione giuridica e non abbia, quindi, giuridicamente un legale rappresentante ma rappresenti solo un patrimonio separato rispetto a quello personale del trustee, cioè del soggetto (persona fisica o giuridica) cui è demandata l'amministrazione di esso resta priva di effetti e rilevanza qualora, come nel caso di specie, ci sia stata in giudizio la costituzione del trustee ed il pieno esercizio da parte di questi dei poteri difensivi.

Nel merito, le domande del ricorrente sono infondate.

Dall'atto istitutivo del Trust "Figli di ..." si evince chiaramente che il fine del Trust è l'amministrazione dei beni costituenti la dotazione di esso nell'interesse dei soli beneficiari A. ed A. C. S., figli appunto di M. C. e della di lui vedova T. A.

Pertanto, per le obbligazioni contratte direttamente dalla sig. T. quest'ultima è l'unica a doverne rispondere patrimonialmente, essendo invece del tutto irrilevante che nei contatti stragiudiziali il precedente trustee del Trust convenuto abbia operato in maniera tale da far ingenerare nella parte ricorrente il convincimento erroneo che quelle obbligazioni sarebbero

state onorate ricorrendo alle disponibilità economiche del Trust.

L'assoggettamento del patrimonio costituente la dotazione del Trust al soddisfacimento di obbligazioni non contratte nell'interesse dei beneficiari è, infatti, assolutamente estraneo alle facoltà ed ai poteri riconosciuti al trustee dall'atto istitutivo del trust.

Conclusivamente, l'adempimento del debito - se ed in quanto esistente - della sig. T. in ordine al pagamento dei canoni dovuti per la locazione dell'immobile di proprietà della parte ricorrente ed al risarcimento dei danni arrecati all'immobile medesimo doveva essere chiesto alla stessa sig. T. e non già al Trust "Figli di ...".

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate, d'ufficio, come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale di Bologna, definitivamente pronunciando, ogni contraria istanza, eccezione, deduzione disattesa, così provvede:

- 1) Rigetta la domanda di cui al ricorso;
- 2) Dichiara tenuta e condanna parte ricorrente alla refusione delle spese di lite in favore della parte convenuta che liquida d'ufficio in complessivi € 1.100,00 di cui € 700,00 per onorari, € 400,00 per diritti, oltre spese generali, cpa ed iva come per legge.

Nomina dell'amministratore di sostegno e autorizzazione all'istituzione di un trust

Italia – Tribunale di Modena

Amministratore di sostegno – nomina – disabile erede universale dalla defunta madre – autorizzazione all'istituzione di un trust in favore del disabile – concessa

Tribunale di Modena, G. Stanzani, 11 agosto 2005 [M., D, A., L., G., E., R., L., F., B.]

Il Giudice Tutelare, con la nomina dell'amministratore di sostegno di un disabile, può concedere l'autorizzazione a vincolare in un trust in favore del disabile stesso tutti i beni da questi ereditati dalla defunta madre, nonché le somme residue degli emolumenti percepiti dal disabile (pensioni, indennità di accompagnamento, rendite) una volta soddisfatti gli oneri gestionali e versate le rette alla comunità in cui egli si trova ricoverato.

Testo del Decreto (omissis)

Premesso

(a) Con ricorso depositato in data 15/6/05, Mario, Dorina, Alcide, Leonardo, Gianna, Ebe, Rolando, Liliano ..., Franca ..., e Bruna ... hanno chiesto la nomina di amministratore di sostegno a Colombo ... precisando di esaurirne il novero dei parenti entro il quarto grado, altri non essendovene in vita.

(b) A supporto della richiesta sono state addotte, e documentate, infermità psichiche consistenti in una oligofrenia medio grave tale da rendere la persona non autonoma e proprio per questo stabilmente residente, da anni, presso la "Comunità ..." di via ...

(c) Secondo parte istante queste disabilità determinerebbero, per il Signor Colombo ... l'impossibilità totale e stabile di provvedere ai propri interessi con conseguente necessità di sostegno per sostituirlo nel compimento dei seguenti atti: (1) riscossione delle due pensioni mensili e dell'indennità di accompagnamento, per complessivi euro ... circa, (2) utilizzo di queste rendite per le esigenze ordinarie

della persona e l'ordinaria amministrazione dei suoi beni, (Colombo ... che non possiede immobili, è titolare di un conto corrente presso la Cassa di Risparmio di ... su cui vengono versate le rendite mensili, è intestatario, presso lo stesso Istituto, di un deposito titoli – attualmente contestato a Mario ... e ad Alcide ... - con provvista attuale di circa euro ..., è cointestatario, ancora e sempre con Mario ... ed Alcide ... di un secondo conto corrente presso Unicredit di ..., Filiale di ... su cui vengono versati i frutti dei titoli), (3) presentazioni di istanze per richieste di assistenza, (4) presentazione delle dichiarazioni dei redditi e sottoscrizioni di atti di natura fiscale.

(d) In sede di ricorso "i nominandi Amministratori" propostisi nelle persone di Mario ... e Franca ..., hanno chiesto poi l'autorizzazione a costituire un "trust", in favore del beneficiario e secondo lo schema negoziale prodotto avente ad oggetto i valori mobiliari tutti pervenutigli dalla intervenuta sua nomina di erede universale della madre Maria ...

Osservato e deliberato

(a) In sede di esame del beneficiario, effettuato da questo Giudice in data 4/8/05, è emerso che lo stesso, solo moderatamente orientato nel tempo e nello spazio, si trova, a causa delle sovraricordate, e constatate, patologie di affezione, in uno stato di concreta ed effettiva impossibilità di compiere in modo autonomo gli atti di cui in premessa.

(b) Vanno perciò ravvisati, nella fattispecie, allo stato e con riserva di ogni diversa e futura regolamentazione rapportata alle eventuali variazioni della situazione di disabilità oggi appurata, i presupposti di legge che, pur nell'attenta ablazione minima della capacità d'agire dell'interes-

sato, giustificano che gli si nomini un amministratore di sostegno con potere di compiere in Suo nome e per conto gli atti di cui alla parte dispositiva.

(c) In vista delle finalità che lo qualificano, l'incarico va attribuito, *rebus sic stantibus*, a tempo indeterminato.

Considerato e ritenuto

(a) Sempre in data 4/8/05 sono stati sentiti i ricorrenti Mario ... e la di lui moglie Franca ... nonché Alcide ... che hanno ribadito le proposte istanze; quest'ultimo ha confermato l'assenso, già espresso in atto introduttivo al pari di quello degli altri parenti firmatari a che la nomina dell'amministratore sia fatta nelle persone di Mario ... e Franca ... dichiaratisi, per parte loro e come già detto, disponibili.

Nota:

Riproduciamo il testo del Decreto dal suo originale.

In materia si v. anche Trib. Genova, 14 marzo 2006, in questa Rivista, 2006, 415.

Pubblichiamo qui di seguito il testamento all'origine dell'intera vicenda e *infra*, 635, l'atto istitutivo di trust autorizzato dal Giudice Tutelare.

Testamento olografo

Io sottoscritta M.B. nata a ... il ... residente in ... in Via ...

nomino

erede universale dei miei beni e denari il mio unico figlio P.C. nato a ... il ... ed affido la tutela dei suddetti beni a mio nipote P.M. nato a ... il ... e a sua moglie nata a ... il ... entrambi residenti a ... in Via ...

Il denaro servirà per i bisogni di mio figlio – vestiario – cura – assistenza ecc.

Sono fiduciosa nei suddetti perché sono affezionato.

Premetto che anche mia cognata B.F. e i suoi figli A. e L.P. cugini di mio figlio sono al corrente di tutto.

In fede M.B.

... agosto 1994

Giurisprudenza

(b) Il beneficiario ha espresso adesione convinta e apparentemente cosciente alla attivazione dell'istituto nonché sulla designazione delle persone degli amministratori.

(c) Non sono emerse esigenze di cura e protezione della persona tali da legittimare il ricorso ai residuali, ed ormai eccezionali, istituti dell'interdizione o dell'inabilitazione dopo l'avvenuta introduzione nell'ordinamento di quello generale costituito dall'amministrazione di sostegno.

(d) Mentre non si è evidenziata, per un verso, controindicazione alcuna alla designazione di Mario ... e Franca ... quali amministratori di sostegno, la designazione viene valutata, per l'altro e da parte di questo Giudice, come la più idonea, nello specifico contesto fattuale, per superare alle esigenze di vita ed economiche del beneficiario e per porre in essere ogni iniziativa utile per la cura della sua persona; la duplice nomina comporta poteri disgiunti per ogni atto di ordinaria amministrazione e poteri obbligatoriamente congiunti per tutti quelli di straordinaria amministrazione.

Per l'effetto, notiziato il Pubblico Ministero, peraltro non intervenuto all'udienza.

Nomina

il Sig. Mario ..., nato a ... e la sig.ra Franca ..., nata a ... entrambi residenti in ... amministratori di sostegno con poteri disgiunti quanto agli atti e/o negozi di ordinaria amministrazione ed obbligatoria-

mente congiunti quanto a quelli di straordinaria amministrazione del Sig. Colombo ... nato a ... e dom., a ... c/o Alloggio ...

con le seguenti prescrizioni:

1) L'incarico è a tempo indeterminato.

2) Gli amministratori di sostegno avranno il potere di compiere, in nome e per conto del beneficiario, le seguenti operazioni:

– riscossione delle pensioni mensili, dell'indennità di accompagnamento e di ogni altro emolumento di spettanza del beneficiario rilasciando quietanza;

– utilizzo delle suddette rendite nei limiti degli oneri mensili necessari per le esigenze ordinarie della persona assistita e l'ordinaria amministrazione dei suoi beni;

– pagamento di ogni spesa ordinaria, nonché delle rette della Comunità ...;

– compimento di quanto si renderà necessario per le esigenze di protezione e per i bisogni e le richieste del beneficiario;

– presentazione di istanze ad Uffici ed Enti Pubblici per la richiesta di assistenza economica e/o sanitaria;

– presentazione della dichiarazione dei redditi e sottoscrizione di altri atti di natura fiscale.

3) Letto lo schema negoziale prodotto in allegato al ricorso, il Giudice Tutelare (a) autorizza gli amministratori di sostegno, ad istituire, in forza delle facoltà loro concesse dalla convenzione de L'Aja 1 giugno 1985 ratificata con l. 16 ottobre 1989, n. 364 e secondo lo schema negoziale stesso, un "trust" a beneficio di Colombo ... avente ad oggetto i valori mo-

biliari tutti pervenutigli a seguito dell'intervenuta nomina di erede universale della madre Maria ...; (b) dispone che gli amministratori provvedano a devolvere in "trust" (allo scopo di accantonare quote di risparmi per fronteggiare eventuali spese future straordinarie del beneficiario) le somme residue degli emolumenti tutti di quest'ultimo una volta pagati oneri gestionali ordinari a carico del medesimo e rette della comunità alloggio.

4) Gli amministratori di sostegno dovranno riferire per iscritto entro la fine di febbraio di ogni anno solare al Giudice Tutelare circa l'attività svolta nel corso dell'annata precedente e le condizioni di vita personale e sociale del beneficiario; nello stesso termine saranno tenuti al deposito di rendiconto.

5) Gli amministratori di sostegno dovranno chiedere l'autorizzazione al Giudice Tutelare per gli atti indicati negli artt. 374, 375 e 376 del codice civile e sono soggetti all'obbligo di informare tempestivamente il beneficiario circa gli atti da compiere, nonché il Giudice Tutelare in caso di dissenso con esso.

6) Il beneficiario conserva la facoltà di compiere senza l'amministratore di sostegno gli atti necessari a soddisfare le esigenze della vita quotidiana; a sua indispensabile tutela ne viene disposta ablazione di capacità di compiere atti di straordinaria amministrazione senza autorizzazione di questo Giudice Tutelare per il tramite degli amministratori di sostegno.

Decreto esecutivo per legge.

Sul sequestro conservativo “mondiale”: le linee guida inglesi

Inghilterra e Galles – Court of Appeal

Arbitrato internazionale – “World Freezing Order” – esecuzione all’estero –
richiesta di autorizzazione al giudice – linee guida

Court of Appeal (Civil Division), Ward, Arden, Moore-Bick, L.J.J., 11 aprile 2006 [Dadourian Group International Inc. and others v Simms and others]

È prassi che la parte risultante vittoriosa in un procedimento arbitrale internazionale che abbia ottenuto, a difesa dei propri interessi, un “World Freezing Order” sui beni della parte soccombente ricorra al giudice affinché lo autorizzi a dare esecuzione all’estero all’ordine. Il giudice, nel valutare la richiesta autorizzazione, ferma restando la propria discrezionalità, può tenere in considerazione alcune linee guida: la correttezza e la convenienza dell’operazione, l’attenta valutazione di tutte le circostanze del caso specifico, il bilanciamento degli interessi delle parti coinvolte, l’entità dei vantaggi che il richiedente può conseguire, le informazioni sull’ordinamento straniero nel quale si intende agire e sui beni su cui il richiedente intende soddisfarsi, la reale possibilità che esistano beni su cui soddisfarsi, il pericolo che essi possano essere dispersi dall’obbligato e, infine, il rispetto delle garanzie processuali in favore dell’obbligato.

Sommario

La controversia oggetto della sentenza della Court of Appeal ha inizio a seguito del pronunciamento di un lodo arbitrale internazionale in base al quale gli attuali appellanti avrebbero dovuto versare alla Dadourian Group International Inc. la somma di quattro milioni e mezzo di dollari.

Allo scopo di ottenere l’esecuzione del lodo in proprio favore, la Dadourian Group chiede un ordine di sequestro conservativo mondiale (“WFO”), che impedisce al debitore di disporre del proprio patrimonio e quindi di dissiparlo in pregiudizio del creditore.

In Inghilterra, in caso di ottenimento di un WFO, è prassi non tentare di dare esecuzione all’ordine in un’altra giurisdizione senza aver prima ottenuto il consen-

so del giudice. Ciò è proprio quello che è accaduto nel caso qui riportato: la Dadourian Group, infatti, desidera dare esecuzione all’Order in Svizzera e, pertanto, propone la domanda giudiziale. I soccombenti eccepiscono che l’ordine dovrebbe essere annullato e che il giudice non potrebbe, di conseguenza, rilasciare alcuna autorizzazione. L’eccezione, tuttavia, viene disattesa: l’High Court, infatti, stabilisce che il WFO non può essere annullato se è provato che in Svizzera sono ragionevolmente presenti dei beni sui quali il creditore possa soddisfarsi.

Avverso la sentenza è proposto appello adducendo che il giudice non può acconsentire a che un WFO venga eseguito all’estero se la parte obbligata dimostra di essere proprietaria di beni situati in Inghilterra.

Nel rigettare l’appello, stabilendo che l’High Court aveva correttamente autorizzato l’esecuzione del WFO in Svizzera, la Court of Appeal enuncia otto linee guida in materia:

1- la concessione del permesso di dare esecuzione all’estero ad un WFO deve essere giusta e conveniente allo scopo di assicurarne l’effettività, ma non deve essere eccessivamente gravosa per le parti del procedimento inglese o terze persone che possano essere coinvolte nel processo estero;

2- devono essere considerate tutte le circostanze e le possibilità. In particolare, devono essere rispettati tutti i termini, tra i quali, ad esempio, quelli connessi al tipo di procedimento che può essere instaurato all’estero. Ed inoltre deve attribuirsi rilevanza anche ad un criterio di proporzionalità rispetto alle azioni che si intende intraprendere all’estero;

3- gli interessi del ricorrente devono essere bilanciati con gli interessi delle altre parti del procedimento e di ogni altro soggetto che dovesse successivamente intervenire nel procedimento estero;

4- il permesso non può normalmente

essere concesso in termini tali da consentire al richiedente di ottenere dal procedimento straniero maggiori benefici rispetto a quelli garantiti dal WFO;

5- a sostegno della richiesta di autorizzazione devono essere fornite tutte le informazioni (per quanto sia ragionevolmente possibile avuto riguardo al tempo disponibile) necessarie affinché il giudice possa emettere una decisione informata, ivi incluse quelle sulla legge applicabile e sulla prassi vigente all’estero, sulla natura del procedimento che ivi si intende instaurare, sulla tipologia e quantità dei beni sui quali ci si intende soddisfare e che si pensano situati all’estero, nonché sui nominativi delle persone intestatarie;

6- lo *standard* richiesto per la prova della presenza dei beni indicati nell’ordine come situati nella giurisdizione straniera è quello di una prospettiva ragionevole: il richiedente, cioè, deve dimostrare che sussiste una “real prospect” che i beni si trovino dislocati nel giurisdizione nella quale intende eseguire il WFO;

7- deve essere data prova del rischio che i beni in questione rischino di essere dissipati;

8- normalmente la richiesta di autorizzazione deve essere notificata alla controparte, ma in casi di urgenza, quando sia necessario, il consenso può essere concesso *inaudita altera parte*; in questo caso, comunque, il soccombente deve avere la possibilità di chiedere il riesame della questione.

La sentenza si segnala in particolare modo per due ordini di ragioni.

Innanzitutto, da quando è sorta la prassi per la quale, ottenuto un WFO, la

Nota:

Riproduciamo il testo della sentenza da [2006] 3 All. ER. 48.

Pubblichiamo questa sentenza per la sua grande importanza anche in materia di trust con interessi internazionali.

Giurisprudenza

parte che intende eseguirlo all'estero fa richiesta di un'autorizzazione in tal senso al giudice, è la prima sentenza che individua delle linee guida, dei principi generali, ai quali il giudice può attenersi nel concedere l'autorizzazione.

In secondo luogo, è importante ricordare che queste linee guida sono soggette alla discrezionalità del giudice: la flessibilità, pertanto, è la chiave di lettura della materia e l'enunciazione delle linee non può escludere che vengano tenuti in considerazione altri fatti o circostanze rilevanti per il caso specifico.

(E. B.)

Testo della Sentenza

[1] These appeals arise out of the exercise by the court of its discretion to permit a party to enforce a worldwide freezing order (WFO), formerly called a worldwide Mareva order, in a foreign jurisdiction. We have not been shown any authority which decides how this discretion should be exercised and so this would appear to be the first time that this question has arisen directly on any appeal. In this judgment of the court, to which all members of the court have contributed, we set out guidelines to apply when an application for permission to enforce a WFO is made. A WFO is now an important interim remedy, having been principally developed by the courts in the last two decades of the twentieth century. There is now a specimen form of freezing order in the practice direction supplementing CPR Pt 25. A freezing order enables the court to grant to a party who can show that he has an arguable claim against another party an order prohibiting that party from disposing of his assets to the amount of his claim. The principal benefit and objective of this type of order is that it prohibits a party against whom it is granted from dissipating his assets to defeat a judgment that the party obtaining the order may in due course obtain against him. In an appropriate case the WFO will prevent the party from dealing with his assets wherever they happen to be in the world. In that event, the WFO will usually contain an undertaking by the party who obtained the order not to seek to enforce it in another jurisdiction without its permission.

[2] A major reason for requiring an

undertaking in this form is to protect the defendant from a multiplicity of suits. However its very existence recognises that it may sometimes be necessary or desirable for the claimant to take separate proceedings in another jurisdiction. In this case, on a without notice application, Lewison J made an order (referred to below as the Swiss variation order) granting permission to enforce a WFO in Switzerland against the appellants. The appellants then applied to Laddie J to discharge the order. Laddie J refused. He held that the permission ought not to be set aside when the party who sought permission could show that there was a real prospect of assets in (in this case) Switzerland. The appellants' main case on this appeal is that he misdirected himself in law in that he should have proceeded on the basis that the court should not give permission to enforce a WFO abroad if the party alleged to hold the assets can be brought before the English court. In our judgment, for the reasons explained below, this is too rigid an approach. The court has a discretion to grant permission whenever it considers it just so to do. None the less, as we explain below, there is a range of factors which the court is likely to need to consider for this purpose.

[3] In the next section of this judgment we give a summary of the background. We will then set out guidelines and explain the relevant principles. We will then apply those guidelines and principles to this case, which will require us to deal with the circumstances of this case in greater detail. There is a subsidiary application for permission to appeal as to the costs order which the judge made. We will deal with this at the very end of this judgment as it is a self-contained matter.

[4] The appeals concern the position in advance of any trial and accordingly for the purposes of these appeals there are no findings of fact against any of the appellants. We should also add that there is no proprietary claim made by the respondents to assets held by the appellants.

Background

[5] At this stage we deal only with the background necessary for an understanding of our conclusions on the point of principle.

[6] There are two appeals before us. The first defendant in this action Mr Paul Simms, who appears in person, brings one. The third and fourth defendants, Mr and Mrs Jack Dadourian for whom Mr Smouha QC appears, bring the other. By agreement Mr Smouha made his submissions first. The appeals are both against the order of Laddie J ([2005] EWHC 268 (Ch), [2005] 2 All ER (Comm) 224) dated 16 February 2005. The judge dismissed the applications of all the appellants to set aside an order of Lewison J made without notice to the appellants and dated 13 February 2004. That order (the Swiss variation order) gave the respondents permission to enforce in Switzerland the WFO that they had obtained against the appellants. They obtained the WFO first by the order of Lindsay J dated 3 February 2004 and then, on the expiry of that order, by the order of Lewison J dated 13 February 2004. On the latter occasion, Mr and Mrs Dadourian did not appear. Where it is necessary to do so, I refer to this below as 'the Lewison J WFO'.

[7] The WFOs were also granted against the second defendant in this action but he was not a party against whom the Swiss variation order was made and so we need not refer to him hereafter.

[8] The respondents' claims against the appellants are substantial. We can take the essential facts from the judgment of the judge:

'[3] This litigation arises out of an arbitration between the claimants and a company called Charlton Court plc (Charlton). In essence, the claimants and Charlton entered into an agreement relating to the manufacture of hospital beds and related equipment. The agreement went sour. In November 1998 Charlton brought breach of contract proceedings against [the first respondents] and claims of fraudulent misrepresentation against [the second and third respondents]. Those proceedings were commenced in the Supreme Court, New York County in the United States of America.

[4] In the spring of 1999 the United States District Court, Southern District of New York halted the action. It ordered that it be determined by arbitration pursuant to an arbitration clause in the Charlton/[the first respondent] contract. That was to include the claims against

[the second and third respondents]. The arbitration was commenced very shortly thereafter. [The respondents] counterclaimed for, amongst other things, fraudulent misrepresentation.

[5] In July 2002 the arbitrator dismissed Charlton's claims on the ground that it had failed to provide security in response to an order to do so. He also upheld [the first respondent's] counterclaim for fraudulent misrepresentation. I should mention that an attempt by Charlton's side to have the arbitrator removed for bias failed. The arbitrator held that the fraudulent misrepresentation had been made by Mr Simms and another individual, Selim Rahman, the second defendant. Apparently during the course of the arbitration Mr Simms gave evidence that Jack and Helga Dadourian were shareholders in Charlton via nominee offshore entities or trusts.

[6] The arbitrator made an order in the claimants' favour in the sum of \$4.5m. None of it has been paid. This has led to the current English proceedings [...].

[9] The causes of action in these proceedings include fraudulent misrepresentation and conspiracy.

[10] Mr Simms, the first appellant and first defendant in this action, was a solicitor with an international commercial practice. He is no longer a solicitor, having been struck off the roll on 2 February 2004 following proceedings before the Solicitors Disciplinary Tribunal. It is alleged that he was a close adviser of the second and third appellants, and an intermediary between them and their Swiss bankers and advisers.

The material terms of the Lewison J WFO

[11] The Lewison J WFO prohibited the disposal by the appellants of their assets, wherever situate, up to \$5.5m. None of the appellants now suggests that the WFO should not have been granted. The WFO extends to all the assets of each of the appellants-

'whether or not they are in his own name and whether they are solely or jointly owned. For the purpose of this order the respondent's assets include any asset which he has the power, directly or indirectly, to dispose of or deal with as if

it were his own, and the respondent is to be regarded as having such power if a third party holds or controls the asset in accordance with his direct or indirect instructions.'

[12] However, the respondents could not enforce the WFO in a foreign jurisdiction unless the court gave its permission because of the undertaking to the court not to do so. The undertaking was set out in the WFO and read:

'The Applicant will not, without the permission of the court, seek to enforce this order in any country outside England and Wales or France, or seek an order of a similar nature, including orders conferring a charge or other security against the Respondent or the Respondent's assets, other than in those jurisdictions'.

[13] This undertaking is based on the form of order stipulated in the Civil Procedure Rules. The Swiss variation order was made pursuant to this undertaking.

[14] The WFO contained a number of other provisions based on the example of a form of order set out in the practice direction [on interim injunctions] supplementing CPR Pt 25, including terms about the extra-territorial effect of the order:

'19. Persons outside England and Wales

(1) Except as provided in paragraph (2) below, the terms of this order do not affect or concern anyone outside the jurisdiction of this court.

(2) The terms of this order will affect the following persons in a country or state outside the jurisdiction of this court-(a) the Respondent or his officer or agent appointed by power of attorney; (b) any person who: (i) is subject to the jurisdiction of this court; (ii) has been given written notice of this order at his residence or place of business within the jurisdiction of this court; and (iii) is able to prevent acts or omissions outside the jurisdiction of this court which constitute or assist in a breach of the terms of this order; and (c) any other person, only to the extent that this order is declared enforceable by or is enforced by a court in that country or state.

20. Assets located outside England and Wales

Nothing in this order shall, in respect of assets located outside England and

Wales, prevent any third party from complying with-

(1) what it reasonably believes to be its obligations, contractual or otherwise, under the laws and obligations of the country or state in which those assets are situated or under the proper law of any contract between itself and the Respondent; and,

(2) any orders of the courts of that country or state, provided that reasonable notice of any application for such an order is given to the Applicants solicitors [...].

[15] The key point is that, if the respondents obtain the permission of the court to enforce the WFO in Switzerland, they can enforce the WFO against assets there if they can obtain from the Swiss court an order that declares that the order is enforceable by the courts of that jurisdiction: see para 19(2)(c).

[16] In addition to the above provisions, when the WFO was granted, the respondents, as is usual, gave a number of undertakings to the court that were also set out in the WFO. The court attaches great importance to these undertakings and breach of them would be a serious matter. These undertakings included the usual undertakings to pay damages should it be found that the party applying for the order should pay damages to the other party, to provide a copy of the court's order to persons notified of the court's order, to pay the costs and damages to third parties and not without the court's permission to use the information obtained under it except for the purpose of the instant proceedings. These undertakings were as follows:

'(1) If the court later finds that this order has caused loss to the Respondent, and decides that the Respondent should be compensated for that loss, the Applicant will comply with any order the court may make.

(2) Anyone notified of this order will be given a copy of it by the Applicant's legal representatives.

(3) The Applicant will pay the reasonable costs of anyone other than the Respondent which have been incurred as a result of this order including the costs of finding out whether that person holds any of the Respondent's assets and if the court later finds that this order has caused such person loss, and decides that such person should be compensated for that loss, the

Giurisprudenza

Applicant will comply with any order the court may make.

(4) [...]

(5) The Applicant will not without the permission of the court use any information obtained as a result of this order for the purpose of any civil or criminal proceedings, either in England or Wales or in any other jurisdiction other than this claim.'

[17] Mr Simms applied for permission to appeal against the WFO but this was refused by Dyson LJ on 13 May 2004. Accordingly the appellants no longer challenge the making of that order.

The swiss variation order

[18] The respondents had difficulty in locating the assets of Mr and Mrs Dadourian. The latter appear to have few assets in their own name but to be interested in trusts set up abroad. By 13 February 2004, the respondents had identified the possibility of assets in Switzerland which they considered were assets of the appellants to which the WFO applied. These included bank accounts and trust's assets. Although this was not explained to the court, they wanted to enforce the WFO against assets held by a bank (which I will call the Swiss bank) and the trust. The Swiss bank was Canadian Imperial Bank of Commerce (referred to in some of the witness statements as 'CIBC') which subsequently became CREDIT Agricole Suisse SA. The respondents applied to Lewison J for permission to do so, which he gave in the form of the Swiss variation order.

[19] The critical part of the Swiss variation order was as follows:

'The applicant has permission and is authorised to enforce the order in Switzerland [viz the WFO of 13 February 2004] and to seek in Switzerland an order of [a] similar nature, including orders conferring a charge or other security against the respondents or the respondents' assets'.

[20] Thus the Swiss variation order gave the respondents permission to obtain orders which conferred greater rights over the appellants' assets than were conferred by the WFO.

Events in switzerland following the swiss variation order

[21] Both parties have put in evidence as to events which have occurred since

the Swiss variation order. In brief, what happened was that the respondents sought to obtain orders in Switzerland against the appellants for the enforcement of the WFO made by Lindsay J and the Lewison J WFO, an order prohibiting the applicants from reducing their assets, including funds held by the Swiss bank, whether legally or beneficially owned, an order preventing the Swiss bank from disposing of any of the appellants' assets, including those held on trust by third parties and further relief including an order for costs against the appellants. The relief included orders preventing the disposal of funds held or owned at the Swiss bank.

[22] The original order of the District Court in Zurich dated 20 February 2004 merely enforced the WFO made by Lindsay J on 3 February 2004, rather than the Lewison J WFO, and dismissed the other applications. This was the position at the time of the application to Laddie J who directed the respondents to withdraw any relief in Switzerland relating to the order of Lindsay J. The respondents appealed to the Supreme Court of the Canton of Zurich which on 21 March 2005 upheld their appeal to the extent only of granting a declaration of enforceability in relation to the Lewison J WFO and discharging the order of the district court in relation to the order of Lindsay J. The respondents had withdrawn the appeal in relation to assets to which Mrs Dadourian was only economically entitled, and in relation to the relief sought against the Swiss bank.

[23] In the end, therefore the Swiss courts gave relief only as against the appellants. However, in due course the trust was made a party to the English proceedings in which the respondents obtained a WFO against the trust. Thus, the effect of the Swiss proceedings was that the respondents obtained little, if anything, which they had not obtained in the English proceedings. In the result, as between the parties, these appeals may concern little more than costs. As to that, we are told by Mr Smouha that some L 150,000 has been expended in costs by the parties in appearing before the judge and now on this appeal.

The issue of principle

[24] We can now turn to the issue of principle which we identified at the start

of this judgment. To do this we do not need to set out the cases which show how the courts developed the WFO jurisdiction. It is enough to say that this court held in *Derby & Co Ltd v Weldon (No 1)* [1989] 1 All ER 469, [1990] Ch 48 that a freezing order could be made in respect of assets which were outside the jurisdiction. However, the making of the order in respect of foreign assets is a serious step and the risks of refusing this relief must justify it. There is an obvious risk of oppression to the defendant and third parties. To meet the court's concerns about the risk of oppression to the defendant arising from the commencement of proceedings abroad, the plaintiffs in the *Derby & Co* case offered an undertaking not to seek (among other things) to enforce the WFO abroad without the permission of the court. As explained above that undertaking is now ordinarily given when a WFO is made. There was, however, little discussion in the *Derby & Co* case about the circumstances in which the court would give its permission, save for the following passage from the judgment of Nicholls LJ. He held ([1989] 1 All ER 469 at 476-477, [1990] Ch 48 at 59):

'In the present case the plaintiffs propose that this point should be dealt with by the plaintiffs giving to the English court an undertaking in terms which will preclude them from making any application to a foreign court to enforce the order without first obtaining leave from the English court. This seems to me to be a convenient course. If this undertaking is accepted, and an order is made, it would then be for the judge of the English court to whom any application for such leave might be made to consider, amongst other matters, whether the enforcement of the order in the country (or countries) for which leave is sought will, under the law of that country, result in the order having a substantially similar effect there to a Mareva, restraint order in this country, as distinct from the order having there a more far-reaching effect (such as the assets in the country being attached as a form of security for the plaintiffs' claims, which is not the object of a Mareva, restraint order). On any application for such leave, which normally would be inter partes, the judge can be expected to have before him what we do not have,

namely evidence of the law and practice in the country or countries in which the order is sought to be enforced. The undertaking, I add, is being offered by all the plaintiffs, which include amongst their number English companies whose substance has not been questioned. So the undertaking is a worthwhile one'.

[25] Nicholls LJ contemplated, therefore, that the court would consider a range of matters, but that in particular it would consider the form of relief that might be obtained abroad, and evidence as to the law and practice of the foreign jurisdiction. With the benefit of these observations, a number of guidelines can in our judgment be stated about the exercise of discretion to grant permission to enforce a WFO abroad. We refer to these guidelines below as the Dadourian guidelines. We will now set out the guidelines, and in the paragraphs that follow below we set out commentary on each of the guidelines in turn.

Guideline 1: The principle applying to the grant of permission to enforce a WFO abroad is that the grant of that permission should be just and convenient for the purpose of ensuring the effectiveness of the WFO, and in addition that it is not oppressive to the parties to the English proceedings or to third parties who may be joined to the foreign proceedings.

Guideline 2: All the relevant circumstances and options need to be considered. In particular consideration should be given to granting relief on terms, for example terms as to the extension to third parties of the undertaking to compensate for costs incurred as a result of the WFO and as to the type of proceedings that may be commenced abroad. Consideration should also be given to the proportionality of the steps proposed to be taken abroad, and in addition to the form of any order.

Guideline 3: The interests of the applicant should be balanced against the interests of the other parties to the proceedings and any new party likely to be joined to the foreign proceedings.

Guideline 4: Permission should not normally be given in terms that would enable the applicant to obtain relief in the foreign proceedings which is superior to the relief given by the WFO.

Guideline 5: The evidence in support

of the application for permission should contain all the information (so far as it can reasonably be obtained in the time available) necessary to enable the judge to reach an informed decision, including evidence as to the applicable law and practice in the foreign court, evidence as to the nature of the proposed proceedings to be commenced and evidence as to the assets believed to be located in the jurisdiction of the foreign court and the names of the parties by whom such assets are held.

Guideline 6: The standard of proof as to the existence of assets that are both within the WFO and within the jurisdiction of the foreign court is a real prospect, that is the applicant must show that there is a real prospect that such assets are located within the jurisdiction of the foreign court in question.

Guideline 7: There must be evidence of a risk of dissipation of the assets in question.

Guideline 8: Normally the application should be made on notice to the respondent, but in cases of urgency, where it is just to do so, the permission may be given without notice to the party against whom relief will be sought in the foreign proceedings but that party should have the earliest practicable opportunity of having the matter reconsidered by the court at a hearing of which he is given notice.

Guideline 1: The principle applying to the grant of permission to enforce a WFO abroad is that the grant of that permission should be just and convenient for the purpose of ensuring the effectiveness of the WFO, and in addition that it is not oppressive to the parties to the English proceedings or to third parties who may be joined to the foreign proceedings

[26] It should be emphasised at the outset that the grant of permission to take proceedings abroad to enforce a WFO is a discretionary exercise. The court must exercise the discretion in the way that seems to it most just and convenient. It is not possible to foresee all the circumstances in which applications of this kind can arise, and accordingly, justice is most likely to be achieved if judges have the maximum flexibility as to the circumstances in which, and the terms on which, an order will be made.

[27] A primary reason for giving

permission to enforce a freezing order abroad is that in the particular case under consideration it is the way in which the WFO is most likely to be rendered effective to safeguard the position of the applicant in relation to assets which exist, or are thought to exist in the relevant jurisdiction. Those assets must of course be ones to which the WFO applies. Issues often arise about ownership of such assets. In some cases issues as whether property held by third parties is in fact owned by the defendant may also more easily be determined and managed by the courts of the jurisdiction where that asset or third party is located than in the English courts.

[28] A court that grants a WFO must control the proliferation of foreign proceedings to enforce the WFO as the grant of the WFO might otherwise become oppressive. The court has an ongoing responsibility for seeing that the WFO is not oppressive. However, where the need to enforce the order abroad is shown, the court can in our judgment retain that control by the terms on which it grants its permission (see guideline 2, below). In other words, as we see it, there is no need for the court to have as its preferred option, as submitted by the appellants in this case, that the court should not grant permission, where there is or is likely to be a dispute as to who owns the asset, unless it considers that the dispute cannot be resolved in the English proceedings.

[29] If the dispute is more properly fought out in the English courts, it would be possible to follow the procedure laid down by Lloyd LJ, with whom Sir George Waller agreed, in *SCF Finance Co Ltd v Masri* [1985] 2 All ER 747 at 753, [1985] 1 WLR 876 at 884, as follows:

'(i) Where a plaintiff invites the court to include within the scope of a Mareva injunction assets which appear on their face to belong to a third party, eg a bank account in the name of a third party, the court should not accede to the invitation without good reason for supposing that the assets are in truth the assets of the defendant. (ii) Where the defendant asserts that the assets belong to a third party, the court is not obliged to accept that assertion without inquiry, but may do so depending on the circumstances. The same applies where it is the third party who makes the assertion, on an

Giurisprudenza

application to intervene. (iii) In deciding whether to accept the assertion of a defendant or third party, without further inquiry, the court will be guided by what is just and convenient, not only between the plaintiff and the defendant, but also between the plaintiff, the defendant and the third party. (iv) Where the court decides not to accept the assertion without further inquiry, it may order an issue to be tried between the plaintiff and the third party in advance of the main action, or it may order that the issue await the outcome of the main action, again depending in each case on what is just and convenient.⁷

[30] However, it is possible that the foreign court will have some similar process. Accordingly, even accepting Mr Smouha's argument that the third party will want to have the dispute resolved, it need not follow that the third party should be joined to the English proceedings for this purpose. If the dispute is resolved in favour of the claimant, Mr Smouha recognises that it may be necessary at that stage for the court to give permission for the WFO to be enforced abroad. On this basis, the preferred route favoured by Mr Smouha will not remove the need for permission to be granted at that later stage, and that is another reason in our judgment for rejecting his argument that the English court should have a preference for joining the third party into the English proceedings, wherever possible.

[31] It may be suggested that a third party needs to be joined to the English proceedings to obtain the benefit of the undertaking to compensate third parties for their costs incurred as a result of the WFO (the costs undertaking). In our judgment, this undertaking can be extended to protect him without his being joined as a party, as part of the terms imposed by the court (see guideline 2, below).

Guideline 2: All the relevant circumstances and options need to be considered. In particular consideration should be given to granting relief on terms, for example terms as to the extension to third parties of the undertaking to compensate for costs incurred as a result of the WFO and as to the type of proceedings that may be commenced abroad. Consideration

should also be given to the proportionality of the steps proposed to be taken abroad, as well as the form of any order

[32] The discretion to grant permission is one to be exercised in the light of all the circumstances. It follows from this that consideration should be given to all the options that are feasible in the light of those circumstances. Such options would undoubtedly include the option of granting permission on terms, for example by stipulating the type of actions to be commenced abroad and the number of actions that may be brought with the court's permission and by requiring the claimant in appropriate circumstances to report back to the court.

[33] If a third party is not to be joined to the English proceedings, the court is likely to want to consider whether he should have the benefit of an extension of the costs undertaking. (In an appropriate case, security may be required to be given to support any such extension.) It may be that third parties should also be given liberty to apply in the English proceedings for the purposes of an application to revoke the permission. These terms will help to reduce the risk of oppression to the third party as a result of the grant of permission. But the court may conclude that the question of what safeguards should be given to protect the interests of a third party should be left to be dealt with by the foreign court in accordance with its normal practice.

[34] Consideration should also be given to the option of refusing to give permission and leaving the claimant to litigate the matter in England. This will often be possible even if it means that a new party has to be joined to the proceedings. However, we accept Mr Smouha's submission that a person holding assets which the claimant contends belongs to the defendant could be served with the English proceedings even though he is himself out of the jurisdiction on the ground that he is a necessary and proper party: see Council Regulation (EC) 44/2001 (on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters) (OJ 2001 L 12 p 1) (the judgments regulation), art 6(1) and the Lugano Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters 1988, art 6(1) (as set out in Sch

3C to the Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982), where the judgments regulation and the Lugano Convention respectively apply, and in other cases, CPR 6.20(3).

[35] Likewise the court must be astute to see that there is a real prospect that something will be gained by starting proceedings abroad. In retrospect, in the present case, as already noted, the respondents obtained little if anything that they could not have obtained in the English proceedings. The benefit to be obtained by the claimant by commencing proceedings abroad must be proportionate to the cost and inconvenience to the defendant of defending the foreign proceedings as well as the English proceedings. In considering the various options the court should consider the extent to which the objections to giving permission could be met by imposing a requirement for an undertaking to be given by the claimant, including for example an undertaking to return to the court if there is a material change in circumstances.

[36] If the court decides that it is appropriate for it to give permission, consideration should be given to the form of the order, in particular the scope of the permission given to the applicant, the terms on which it is given and any restrictions to be placed on the permission. The permission will inevitably be restricted to enforcement in a specified jurisdiction and against specified defendants. But, over and above that, the court will need to bear in mind that the mere fact that the undertaking, not to seek to enforce the order abroad, was given in unqualified terms does not mean that the court's permission with respect to enforcement should also be in unqualified terms.

Guideline 3: The interests of the applicant should be balanced against the interests of the other parties to the proceedings and any new party likely to be joined to the foreign proceedings

[37] In exercising its discretion, the court should balance the interests of the claimant against those of the defendant and any other party who is likely to be joined to any proceedings in the foreign court. So far as the claimant is concerned, he is at first sight entitled to take reasonable steps to ensure that the WFO

provides him with effective safeguards against dissipation and to take steps in foreign courts where it is necessary to do so to obtain that safeguard. As Robert Walker J said in *International Credit and Investment Co (Overseas) Ltd v Adnam* [1998] BCC 134 at 136:

‘it has become increasingly clear, as the English High Court regrettably has to deal more and more often with major international fraud, that the court will on appropriate occasions, take drastic action and will not allow its orders to be evaded by the manipulation of shadowy offshore trusts and companies formed in jurisdictions where secrecy is highly prized and official regulation is at a low level’.

[38] On the other hand, so far as the defendant is concerned there is the risk of oppression from a multiplicity of suits and the costs which the foreign proceedings will generate. How serious this is depends on such matters as what litigation is contemplated and the other pressures on the defendant from the English litigation.

[39] In the case of the third party, once the court reaches the conclusion that the claimant has shown proper grounds for bringing some proceedings against the third party, the court should weigh up the inconvenience to him of being sued in this jurisdiction as against the inconvenience to him of being sued in the foreign jurisdiction in which the claimant proposes to sue him. However, less weight needs to be given to the interests of a third party who is not independent of the parties against whom the WFO was obtained.

Guideline 4: Permission should not normally be given in terms that would enable the applicant to obtain relief in the foreign proceedings which is superior to the relief given by the WFO

[40] It is well established that under English law a WFO only operates in personam and does not give the claimant any interest in the assets which fall within its scope. In many foreign jurisdictions, however, orders designed to fulfil a broadly similar purpose may give the person who obtains them priority over other creditors in the event of insolvency. In principle the permission given to the applicant should not enable him to obtain relief in the foreign proceedings unless it is equivalent to the

relief obtained in the English proceedings, and no more. By contrast, the terms of the Swiss variation order quoted above contemplate that a charge may be obtained, although (as explained) the WFO itself conferred no security interest. The order should not give the applicant permission to obtain a superior form of protection in the foreign court without good reason. If the only form of relief available in the foreign court is one which is more extensive than the WFO, the court may be less willing to grant its permission to take proceedings abroad. In an appropriate case, however, it may do so. The applicant should bear in mind that it may be necessary to provide evidence of the range of orders available under foreign law in order that the court can make a properly informed choice as to whether to grant permission to seek a superior form of relief abroad (see guideline 5 below).

Guideline 5: The evidence in support of the application for permission should contain all the information (so far as it can reasonably be obtained in the time available) necessary to enable the judge to reach an informed decision, including evidence as to the applicable law and practice in the foreign court, evidence as to the nature of the proposed proceedings to be commenced and evidence as to the assets believed to be located in the jurisdiction of the foreign court and the names of the parties by whom such assets are held

[41] To enable the court properly to exercise its discretion, the evidence in support of the application should set out the facts relevant to the court’s consideration of the grant of permission with care and in sufficient detail to enable the court to reach a properly informed decision. Scrutiny of this evidence is another way in which the English court exercises control over the enforcement of the WFO. The party seeking permission should file evidence describing the nature of the proceedings which it proposes to commence in the foreign jurisdiction if permission is granted, including details of the names of the parties whom it is proposed to sue and (so far as known) details of the property against which it is desired to enforce the WFO.

[42] We recognise, however, that the

stage of investigating the existence of assets belonging to the defendants and the stage of enforcement of the WFO against those assets cannot be kept wholly separate and that the claimant may not be able to identify with certainty the assets against which it desires to enforce the order.

[43] The evidence supporting the application for permission should also describe the relevant law and practice of the foreign court. This should cover such issues as whether the foreign court would be likely to grant the order to be sought, on what basis the foreign court would allow proceedings against a third party who was holding assets alleged by the claimant to belong to the defendant and whether its procedures would grant the defendant (and the third party) the right of access to court, and of a fair trial on any issue in dispute, guaranteed by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms 1950 (Rome, 4 November 1950; TS 71 (1953); Cmnd 8969). That is relevant to the question of oppression. The evidence should also, where practical, cover issues such as how long the proceedings are likely to take and, if costs are to be sought against any party, what they are likely to be. It may also be desirable for the evidence to set out the range of other orders that the foreign court may make in the circumstances, particularly where the court is being asked to permit the applicant to seek abroad a form of relief which is superior to that conferred by the WFO (as to this, see guideline 4 above).

[44] The evidence should also cover the extent to which the foreign court is likely to be familiar with a WFO. Clearly the more familiar the foreign court is with a WFO, the more predictable the result of the foreign proceedings will be. However, it does not seem to us that it would necessarily be an objection to giving permission that the evidence shows that the foreign court would grant interim relief against assets held by a third party whose ownership is disputed by the defendant on some lower threshold than an English court. That would merely be one of the factors which the court would have to consider.

[45] In some cases there may be evidence that the defendant is present within the jurisdiction of the foreign

Giurisprudenza

court. In such cases the court can more readily give permission for proceedings in that jurisdiction of a kind that would enable the foreign court to exercise its personal jurisdiction over the defendant.

[46] The evidence about the practice of the foreign court will be relevant to the court's assessment of the risk of inconsistent judgments. Mr Smouha drew the court's attention to this risk. This again is something that the court should consider and weigh in the balance. It may occasionally be possible to take steps to avoid a duplication between the issues which have to be decided in both courts. It may be that the risk can in some way be mitigated by conditions imposed on the claimant. It may be that the risk is more theoretical than real.

Guideline 6: The standard of proof as to the existence of assets that are both within the WFO and within the jurisdiction of the foreign court is a real prospect, that is the applicant must show that there is a real prospect that such assets are located within the jurisdiction of the foreign court in question

[47] The court will need to satisfy itself that the proceedings in the foreign court are necessary and justified. For this purpose, the claimant does not in our judgment have to show that assets are likely to exist but merely that there is a real prospect that such assets exist. This is a sufficiently high test because of the safeguards which the court can impose in other ways to protect the interests of the persons against whom an action may be taken by the claimant in the foreign proceedings. It may appear more logical that the court should not permit a claimant to seek to enforce a WFO against assets whose ownership is disputed prior to resolution of that dispute, but, where there is a risk that the assets will be spirited away in the meantime and of the claimant going unpaid, logic has to give way to that course of action which appears to the court to be most likely in practice to be productive of justice between all the affected parties. That is likely to involve the taking of immediate steps to hold the position until the dispute as to ownership is resolved.

Guideline 7: There must be evidence

of a risk of dissipation of the assets in question.

[48] The court needs to be satisfied that there is a risk of dissipation of the assets in relation to which the claimant wishes to bring the foreign proceedings. However, if there is a real prospect that the assets are beneficially owned by the defendant this burden is likely to be discharged by the evidence already filed in the English proceedings.

Guideline 8: Normally the application should be made on notice to the respondent, but in cases of urgency, where it is just to do so, the permission may be given without notice to the party against whom relief will be sought in the foreign proceedings but that party should have the earliest practicable opportunity of having the matter reconsidered by the court at a hearing of which he is given notice

[49] The application for permission to enforce a WFO abroad should be on notice to the other parties unless the party seeking permission shows that there is a good reason for the application to be made without notice, as where there is a real risk that the assets may be removed from the jurisdiction of the foreign court if notice is given. If an order is made without notice, the order should be made on the basis that an application should be made on notice to renew it, and that will expire unless renewed. Nevertheless, the order giving permission should be served immediately unless the court gives permission otherwise, which it may do under CPR 23.9. To defer service may prevent or hinder a party from applying to discharge the order or from appealing to a higher court, and so such an order should only be made for good reason and for the shortest practicable period.

General caveat

[50] We have formulated the above guidelines in an attempt to bring together the extensive submissions made to us by both counsel, for which we are very grateful. There is inevitably some overlap between them. However, the guidelines should not be treated as exclusive of any other matter which in the particular circumstances of an individual case needs to be considered. Judges will obviously be alert to such matters, and the advocates

should draw such matters to their attention and include them in their submissions.

Application of the Dadourian guidelines to the judgment of Laddie J

[51] We now return to the present case. The appendix to this judgment summarises the judgment of the judge. The crucial part of the judgment is quoted verbatim.

[52] The judge did not have the benefit of all the submissions made on these appeals. The principal submission Mr Smouha made to us was that the court should order the joinder to the English proceedings of the third party alleged to be holding any assets within the scope of the WFO but located in the foreign jurisdiction, unless some good reason to the contrary was shown. The English court could then extend the WFO to the third party. (That route was referred to in argument as route B.) He also submitted to us that the judge should have applied the test of good arguable case to the existence of relevant assets in the foreign jurisdiction. As we have rejected both these submissions in the commentary accompanying the Dadourian guidelines, those submissions cannot undermine the judge's judgment.

[53] However it is also clear that there were other matters which the judge did not consider. These include the question of possible oppression of the third parties whom it was proposed to join to the proceedings in Switzerland, evidence as to the law and practice in Switzerland, and the terms on which the Swiss variation order should have been made or should be continued.

[54] In our judgment it follows that the exercise by the judge of his discretion to refuse to discharge the Swiss variation order must be set aside. On that basis it falls to this court to exercise that discretion in his stead. In those circumstances this court is entitled to have regard to matters now in evidence even if the evidence of them was not before the judge and indeed even if they had not then occurred.

[55] The fact that further evidence for example as to Swiss law needed to be filed does not mean that it would be a wrong exercise of discretion to refuse to discharge the Swiss variation order. If the judge had appreciated that such evidence

ought to have been produced, he would have merely adjourned the application for a short period to enable it to be filed, or accepted what he was told on instructions on the basis of an undertaking by the advocate to the court to confirm all such matters in a witness statement to be filed with the court after the hearing. In our judgment there would have been no difficulty in obtaining satisfactory evidence or instructions as to Swiss law and practice. The appellants have not in our judgment pointed to any matter which, under the Dadourian guidelines, should have been considered which would have prevented the exercise by the judge of his discretion to continue the permission given by the Swiss variation order.

[56] We are also satisfied that there was no other consideration in this case which would have caused the court to discharge the Swiss variation order. The appellants argue that subsequent events have shown that the grant of permission to enforce the proceedings in Switzerland was unnecessary. But that does not mean that it was not right to grant the relief at the time and if it was right then it should not now be discharged except in a case of necessity (which is not present) since to do so may affect the incidence of costs. We note that the Swiss variation order permitted the respondents to obtain a charge over assets in Switzerland and that there was and is no evidence which would justify this. (We do not exclude the possibility that there might be such evidence in other cases, for example where the court has no power to grant a provisional measure equivalent to a freezing order but only power to grant for example a nantissement or saisie conservatoire.) In the light of the lack of evidence we would have discharged that part of the Swiss variation order which gives permission to obtain a charge or other security. However, it is not in our judgment necessary to do this because the respondents no longer seek relief in Switzerland and would have to return to the court for a fresh order if they changed their position on this.

[57] In our judgment a major consideration supporting the grant of relief in this case is the fact that Mr and Mrs Dadourian have clearly sought to hinder the claimants in their pursuit of assets within the scope of the WFO. The

evidence before us shows that there have been many applications to judges of the Chancery Division seeking relief against them since the WFO was granted. We have counted about ten orders against them. The applications against them include two further applications to enforce the WFO abroad, in France and the United States respectively. In the event, the application in relation to France was withdrawn. Of course the number of applications and orders does not of itself mean that Mr and Mrs Dadourian have failed to co-operate with the respondents in identifying the assets subject to the WFO but there is one instance at least where they have clearly done so and this is in relation to Brinton Establishment (Brinton). We explain briefly below the events which support this point though we do not set out all the events that have occurred in relation to Brinton as it is unnecessary for us to do so to support the point we are making.

[58] Mr and Mrs Dadourian's evidence filed in these proceedings is that Mr Dadourian, who is some 85 years of age, has transferred virtually all his assets to Mrs Dadourian. Her evidence in turn is that she has transferred most of these assets to a trust of which she is a potential discretionary beneficiary. She originally declined to disclose the name of the trust but an entity known as Azuri Ltd (Azuri), and alleged by the appellants to be a nominee of the trust, was ordered by Evans-Lombe J to make this disclosure. The trust is Brinton. Mrs Dadourian, however, disclosed that the trust provided Mr and Mrs Dadourian with an income of about \$100,000 per year. In addition, they are entitled to occupy rent-free (1) a property in France owned indirectly by Azuri and (2) a further property in Lennox Gardens in London. Mrs Dadourian's evidence is that the trust was entitled to the ultimate beneficial ownership of both properties. The trust was also on her evidence responsible for the outgoings and rent on a property in Florida which Mr and Mrs Dadourian also occupied (rent-free) for part of the year. All this would suggest that the trust had a substantial positive net worth. As we shall explain in the next paragraph, however, that impression was shown to be false.

[59] In due course the respondents applied to the court for a freezing order

and other relief against Azuri. After an initial hearing before David Richards J, the matter came before Mr Edward Bartley Jones QC, sitting as a deputy judge of the Chancery Division. He gave judgment on 13 July 2005. In his judgment he notes the reluctance by anyone involved with Azuri or Mrs Dadourian to disclose information concerning Brinton. He referred to the order dated 22 April 2005 of Evans-Lombe J requiring Azuri to provide details of the entity which was subsequently disclosed to be Brinton. Mr Bartley Jones drew the inference that Mrs Dadourian was concerned that the respondents should not discover the name of Brinton and that Azuri was anxious to follow the wishes of Mrs Dadourian. Mr Bartley Jones also records in his judgment that Mrs Dadourian described Brinton as holding significant assets on a discretionary basis. She describes the potential beneficiaries as including children and later descendants of Mr Dadourian. She states that she is merely one of a list of potential beneficiaries. Mr Bartley Jones contrasts this evidence with evidence of Dr Grabher on behalf of Azuri to the effect that Mrs Dadourian is the named principal beneficiary but that she has no entitlement to payments made by Brinton. In the result, Mr Bartley Jones continued a WFO previously made by David Richards J on 22 March 2005 against Brinton. In addition he joined Azuri to the proceedings. He directed an issue to be tried as to whether the assets of Azuri (and by necessary implication Brinton) were assets of Mr or Mrs Dadourian available to satisfy any judgment obtained by the respondents against them. The respondents served the freezing order on a director of Brinton, Dr Marxer. The order required him to disclose the assets of Brinton. He disclosed that Brinton owned a mere \$9,514.52 but he did not disclose any other assets. The solicitors for Mr and Mrs Dadourian wrote to Dr Marxer to query this. Dr Marxer's firm in Lichtenstein replied giving notice of a meeting of Brinton for 10 November 2005. The letter merely proposed that the legal structure and position of Brinton should be explained in the presence of Mr Simms as representative of Mr and Mrs Dadourian.

[60] As far as we can see there is no

Giurisprudenza

satisfactory explanation before this court for the discrepancies in the evidence regarding the asset position of Brinton. Those discrepancies throw considerable doubt on the reliability of the evidence of Mr and Mrs Dadourian as a complete and accurate disclosure of the existence and location of assets within the scope of the WFO. We shall return to the question of the location of those assets below.

[61] We turn to consider the position of Mr Simms. His case is that there is no evidence of any assets in Switzerland belonging to him. Strictly that is correct. However, there is evidence of a close working relationship between him and Mr and Mrs Dadourian and between him and the Swiss bank. This is contained for example in the affidavit of Michael Clarke, a partner in the respondents' then solicitors, sworn on 13 February 2004 in support of the application for the Swiss variation order. He stated:

'7. At page 302 of bundle MPC1 there is a copy of a letter written by First Defendant, Mr Simms, to Mr Moser at CIBC Zurich on 8 January 1998 in which Mr Simms requests Mr Moser to telephone Helga Dadourian and then to send to Mr Simms a draft "letter of comfort".

8. Having read the transcript of notes taken at the Disciplinary Tribunal by a shorthand writer engaged by the Claimants. I can say that Mr Simms gave evidence to the Tribunal to the effect that he knew CIBC in Zurich, that he had been to the Bank and met senior officers of the Bank and (in other parts of his evidence under cross examination) reference was made by Leading counsel for the Law Society to a letter from Mr Moser (qv) at that Bank in relation to Hackar Funding Corporation, a company of which Mr Simms admitted to being a Director in 1998. Although the precise terms of the letter from Mr Moser and the nature of the First Defendant's business with the Bank in Zurich is not clear from the note, I believe that the First Defendant may have business relations with CIBC in Zurich.

9. In para 54 of my first Affidavit I referred to the finding of the arbitration tribunal in litigation arising from the fraudulent sale by Jack Dadourian of 500,000 tonnes of wheat in Uzbekistan in which the tribunal said: "Following the judgments given against him in England

and California, Mr Dadourian divested himself of his assets, which he put in the name of his wife [...]".

10. I respectfully submit that this evidence, drawn substantially from material supplied by Charlton in the arbitration justifies my belief that the First-Fourth Defendants (or one or more of them) may hold significant assets in Switzerland. Accordingly I ask that the Claimants'undertaking at paragraph (8) of Sch B be amended so as to allow for enforcement in Switzerland or the seeking of a similar order there'.

[62] Moreover, Mr Simms was a director and the chairman of Charlton and Charlton had an account with the Swiss bank. There is also evidence that Mr Simms was the principal beneficiary of Hackar Funding (referred to by Mr Clarke), a trust whose banking was handled by Mr Moser, and that Mr Simms had a number of offshore trusts or companies which had connections with the Swiss bank and in addition that Mr Simms had a long and continuing involvement with Mr and Mrs Dadourian. This included directorships of companies owned and controlled by Mr Dadourian, and his ownership and control of the Citilegal group of companies which was materially involved with entities said by Mr and Mrs Dadourian to be owned or controlled by Brinton. In all the circumstances we accept the submission of Mr Freedman QC that if the entities with which Mr Simms was associated or if Mr and Mrs Dadourian had assets in Switzerland, the court is entitled to hold that there is a real prospect that Mr Simms has assets there too. We note also that the passage from Mr Clarke's affidavit set out above contains evidence that Mrs Dadourian had a relationship with the Swiss bank in Zurich which would further imply that there was a real prospect of finding that she had assets in Switzerland. For the purpose of the exercise of the discretion to continue the Swiss variation order, the position of Mr and Mrs Dadourian cannot be distinguished because the evidence of Mr Dadourian about transferring his assets to Mrs Dadourian has not yet been tested by cross-examination. In the circumstances in our judgment the respondents have discharged the onus of showing that there is a real prospect that the appellants have assets in Switzerland

and moreover in the light of the history of this matter it is reasonable and proportionate for them to seek to enforce the WFO in Switzerland in order to safeguard their rights under the WFO in relation to those assets.

Disposition of the main appeal

[63] In the circumstances in our judgment the appeals in so far as they relate to Laddie J's refusal to discharge the Swiss variation order should be dismissed.

Procedural issues arising out of the circumstances of these appeals

[64] The appeals before us are against the order of Laddie J rather than against the Swiss variation order. However, the Swiss variation order is said to be unusual procedurally for the reasons given below and we need to deal with those points as they may if well founded constitute grounds for challenging the refusal of Laddie J to discharge that order.

[65] First, Lewison J made the Swiss variation order on an application made to him in open court by the respondents without notice to the appellants, even though the judge had just before that application heard the application for renewal of the WFO against them on notice. Mr Clarke explained in his affidavit that the claimants had received advice from Swiss lawyers that the Swiss courts would not enforce the WFO unless it had been made on a hearing on notice to the appellants, but the claimants feared that the appellants would dispose of their assets in breach of the WFO if given notice of the application for the Swiss variation order. Mr and Mrs Dadourian were not represented on this application or on the application for the Swiss variation order.

[66] At first sight it may seem odd that the application for permission should have been heard without notice before the same judge as had heard the application for renewal of the WFO on notice. It has not, however, been suggested by the appellants that the judge could not deal with both applications. In my judgment, given that the application to renew the WFO was heard in open court and on notice, it is difficult to see that the fact that the judge had heard that application should preclude him from hearing the application made without notice for the Swiss variation

order. There is a possibility he might have felt that he could not deal fairly with the on notice application knowing (if he did then know) that there was to be an application without notice in the absence of the defendants immediately thereafter for the Swiss variation order. That was obviously not this case. If it occurred then clearly the judge should recuse himself in the usual way.

[67] The second procedural point is this. Lewison J did not give any reasons when he made the Swiss variation order. In my judgment, while it would have been better if he had expressly explained why he was making the order, this is not a valid criticism. In the context of this urgent application, it was the clear implication of his making the order sought that he accepted that the submissions made to him were a sufficient basis for granting the order.

[68] The third procedural point is this. Under r 23.9 the Swiss variation order should have been served forthwith on the appellants unless the court gave permission otherwise. This did not happen although the judge was not asked to make an order deferring service of the order. This was an error on the part of the respondents, not the judge. The appellants' case is that they were unaware of the order until January 2005. They then applied to Laddie J to discharge the order. I refer to the judgment of Laddie J below, and that is the judgment under appeal.

[69] The respondents clearly ought to have sought an order deferring service. We consider that on the evidence before the judge the court would probably have made such an order but only for a period sufficient on the evidence for the respondents to obtain some provisional measure in Switzerland. Once that relief was obtained, the Swiss proceedings would have to have been served and there would be no need to defer service of the Swiss variation order any longer.

[70] Mr Simms submits that, if the Swiss variation order had then been served, the appellants could then have applied to discharge it, and the costs of the Swiss proceedings would have been avoided. We do not accept this submission. Once the Swiss proceedings were served, the appellants were in a position to investigate whether the English court had given permission and if so on what evidence and on what terms.

While we do not in any way condone the respondents' failure to obtain an order under r 23.9 we do not consider that it was causative to a material extent of the appellants' loss. In addition, if the judge was entitled to refuse the application to set aside the Swiss variation order, that is another reason for rejecting Mr Simms' submissions. In this situation, it is not enough for him to say that another judge might have exercised his discretion differently.

The appeal against the judge's order as to costs

[71] There is a separate application for permission to appeal the judge's order as to costs. The appellants submit that the judge should not have made an order that the appellants should be jointly and severally liable to pay the costs of the applications, but rather that he should have apportioned them as between on the one hand Mr and Mrs Dadourian and on the other hand Mr Simms. The order which the judge made was as follows:

'3. The First, Third and Fourth Defendants do pay the Claimants' costs of the Applications summarily assessed in the sum of L 60,000 by no later than 4pm on 16th March 2005. For the avoidance of doubt, the First, Third and Fourth Defendants are jointly and severally liable for the said sum.'

[72] Mr Smouha submits that before the judge there was a separate application by Mr Simms which was made on different evidence and that accordingly the costs of that application should not have been aggregated with that of the applicants whom he represents. The judge held in his short judgment on costs that there was no basis upon which it would be reasonable to split the costs as assessed by him between the various defendants. Mr Smouha submits that the judge could have assessed the overlap and made all the defendants jointly and severally liable for that element only.

[73] Mr Simms submits that there should have been separate apportionment of the costs of the claimants in relation to particular applications. He submits that of the time taken by the court (two days) he addressed the court for approximately one hour. He therefore submits that his share was approximately 10%-15% of the total costs. Much of the argument was in relation to the trusts.

[74] Mr Freedman submits that the appellants were effectively the same side and there was therefore a large overlap between the costs incurred in relation to each of them and therefore the joint and several order was appropriate.

[75] He takes the example of a claim against an employer and an employee with respect to the issue of vicarious liability. He submits that the usual order would be joint and several. He submits there was a very large overlap and that Mr Evans (then counsel for Mr and Mrs Dadourian) accepted this. He refers to page 8 of the transcript.

[76] Moreover, Mr and Mrs Dadourian insisted that their application should be considered with that of Mr Simms. He accepts that Mr Simms spoke for only a small part of the hearing as Mr Evans dealt with all the principal matters. He sought to reopen the matter resolved by Dyson LJ on the application for permission to appeal arising out of the Lewison J WFO. Accordingly Mr Simms did not add significantly any costs. In those circumstances it was completely artificial to have two estimates of costs. The reaction of the judge was important. He observed that the costs could not be apportioned.

[77] Mr Freedman also relies on the fact that in interim applications the principle today is 'pay as you go'.

[78] Mr Freedman points out that the respondents estimated their costs at L 100,000. The judge assessed them as L 60,000 and he submits that this court should not further reduce that sum.

[79] On the question of the order for costs made by the judge, we refuse permission to appeal. Mr Evans, who then appeared for the third and fourth defendants, accepted that there was an extremely large overlap in costs between the two applications and he made no submission that the costs could be apportioned between the three appellants. In those circumstances, there was little else that the judge could do apart from make an order for the costs to be paid by the appellants jointly and severally.

Appendix: Judgment of Laddie J on the appellants' application to discharge the Swiss variation order (the judgment under appeal)

[80] For present purposes, the

Giurisprudenza

appellants' main argument before the judge was that there was insufficient evidence to show that they had any assets in Switzerland. Mr Simms also submitted that the order should be discharged because the respondents failed to serve it on the appellants as required by r 23.9(2) and in addition that the order did not comply with r 23.9(3) in that it did not state that the appellants could apply to discharge the Swiss variation order. The respondents accepted that they failed to comply with r 23.9 but stated that the omission of the statement about the right to apply to discharge was not prejudicial and that, if they had sought permission not to serve the order, the judge would have granted that permission. The respondents also explained that they had not given notice to the appellants of their application for the Swiss variation order in case they tried to avoid an order of the Swiss court by disposing of their Swiss assets.

[81] The judge reminded himself by reference to *Derby & Co v Weldon (No 1)* [1989] 1 All ER 469, [1990] Ch 48 that the requirement in the order to obtain the permission of the court before making application to enforce an WFO in another jurisdiction was to prevent such applications becoming oppressive to the defendant. He set out a number of paragraphs from the judgments of this court in that case, including the passage from the judgment of Nicholls LJ set out above, and continued:

'[47] A number of propositions can be distilled from these paragraphs. (1) Where a worldwide freezing order is made by an English court, it is for that court to determine whether and to what extent the claimant should be allowed to seek enforcement through foreign courts. It must regulate the proceedings. (2) To that end, a party applying for a worldwide freezing order should normally offer an undertaking not to try to enforce abroad without prior permission from the English court. (3) Applications for permission to seek enforcement abroad will normally, but not inevitably, be made inter partes. (4) In deciding whether to give permission, the English court must bear in mind that a proliferation of foreign proceedings may well be oppressive to the defendant. (5) It must also be informed of the relevant law and practice in the foreign court so that it can satisfy itself

that the satellite relief obtained in the foreign court will not go further than that secured by such orders in this country.

[48] However, these paragraphs do not determine to what level of confidence the claimant must satisfy the court here that the defendant has assets within the jurisdiction of the foreign court. Both Mr Evans [counsel for Mr and Mrs Dadourian] and Mr Simms argue that the claimant[s] must prove that such assets exist in that country, that they belong to the defendants and that there is a real risk of dissipation, all to the same level of confidence as is necessary to justify the grant of a freezing order in the first place, that is to say the claimants must show a strong case. Based on that, they argue that there is little or no evidence of foreign assets, or that they belong to the defendants, or are held for them. Furthermore, Mr Evans emphasises that there is no suggestion from the claimants that any of the defendants have defied the freezing injunction and dissipated assets in Switzerland.

[49] Mr Freedman argues that the burden on his clients is nowhere near as high as this. He says it is enough for the claimants to demonstrate a real prospect that there are relevant assets in the country for which permission to enforce is sought.

[50] At first sight, the defendants' argument is attractive. The standard for obtaining freezing orders is high. Why should English courts accept a lower standard when a claimant wants to enforce abroad? However, I accept Mr Freedman's suggestion that this is too superficial a view. The reasons why courts demand a strong case before making freezing orders are well known. They are obtained in the absence of argument from the intended target. They can destroy a business or the target's business reputation in very short order. They may significantly harm third parties. These are considerations which apply to the grant of freezing orders restricted to the jurisdiction of this court. The same considerations apply when a worldwide order is sought, with the added factors that the claimant must show the likelihood of assets abroad and the likely inadequacy of assets within the jurisdiction. These are all matters which the court must take into account so that the interests of the unrepresented target

are protected as much as possible. However, once these hurdles have been crossed the court will make the order. Once made, the order is effective in personam. If it is restricted to England and Wales, the target may not dispose of or hide assets in those countries. If, as here, the order is worldwide, it binds the target throughout the world again in personam. No supporting order from a foreign court is necessary.

[51] An order permitting enforcement in a foreign jurisdiction does not create the same risks and dangers to the target. Those are created by the freezing order itself. The considerations which come into play when considering whether to allow enforcement abroad are those set out above. The court is protective of the target to the extent that it will try to ensure that enforcement abroad is not oppressive, in the sense that it generates unnecessary satellite litigation, and will also have in mind that some of the documents disclosed in the proceedings are likely to be covered by the automatic restriction on use for collateral purposes without permission. But the granting of permission to enforce abroad, in contrast to the freezing order itself, does not interfere with the trade or business relationships of the target. Furthermore, it should be borne in mind that permission is only granted in circumstances where the court has already determined that the claimant is entitled to the freezing order. The mechanisms by means of which the latter orders will be better implemented or policed, for example by enforcement abroad, seem to me to involve different considerations to the earlier question of whether the freezing order should be made at all. This also accords with the reality which is likely to exist in many cases. The claimant will demonstrate a good case that the defendant has assets, has hidden or dissipated them, or is likely to do so, and that there is a good prospect of liability to the claimant. Frequently the claimant will only have clues as to where the assets are. The more nefarious the target, the more likely it is that he will have already taken steps to hide them. In such circumstances, once the claimant has demonstrated the need for a freezing order, it would be odd if he also had to show a high level of confidence precisely where those assets are.

[52] It follows that I accept Mr Freedman's submission that his clients need only demonstrate a real prospect that the assets are in the country where enforcement is sought. To that I would only add one qualification. As I have pointed out above, usually an application to enforce abroad is made *inter partes*. Where, as here, it is made without notice, the court must take special care to analyse the claimant's evidence and submissions,

since the target is not there to put counter arguments [...].

[82] Thus the judge held that all the respondents needed to show about the existence of assets abroad was that there was a real prospect that the appellants were entitled to assets in that jurisdiction. Because the 'target' of the order was not there the court would need to scrutinise the evidence with special care. The judge held that that test had been met.

[83] The judge rejected the argument that the order obtained in Switzerland went further than the WFO. The argument was that the Swiss variation order was directed to third parties who held assets for the appellants, but the judge held that the WFO applied to such assets.

[84] For these reasons, the judge dismissed the appellants' application to discharge the Swiss variation order.

Repubblica Popolare del Congo, frode nei confronti dei creditori, sham

Ighilterra e Galles – High Court

Repubblica Popolare del Congo – cessione dei crediti nei suoi confronti – lodo arbitrale – riscossione del credito – “charging order” – società di copertura – sottrazione di beni alla disponibilità del creditore – “sham”

High Court, Queen’s Bench Division (Commercial Court), Morison, J., 6 dicembre 2005 [Walker International Holdings Ltd v République Populaire Du Congo and others and Conjoined cases]

Qualora sia dimostrato che la Repubblica Popolare del Congo abbia agito per mezzo di società che essa integralmente controlla e che siano tra loro collegate allo scopo di defraudare i propri creditori “nascondendo” beni di sua proprietà mediante intestazioni simulate (e che, pertanto, sia interessato beneficamente nelle società e nei rispettivi patrimoni), il soggetto che vanta un credito verso il medesimo Stato può avvalersi della sect. 423 dell’Insolvency Act 1986.

Sommario

In base ad un lodo arbitrale del 2000, lo Stato del Congo viene condannato a versare un’ingente somma di denaro alla Walker, un’organizzazione tra quelle che hanno acquistato per un valore molto ridotto i crediti derivanti da prestiti concessi da terzi allo stato africano, e che ora tenta di soddisfare i propri diritti. A seguito di queste cessioni, in effetti, si è verificato un flusso di controversie aventi ad oggetto azioni esecutive promosse contro il Congo in Francia, negli Stati Uniti, nelle Isole Cayman e in Inghilterra, sebbene lo Stato sia determinato a non onorare alcun debito e abbia intrapreso una serie di azioni volte a celare i propri beni ai creditori come la Walker.

Il caso portato all’attenzione del giudice Morison ha ad oggetto la partecipazione azionaria in una società, la Jackson, titolare di una proprietà in Londra: la Walker, infatti, dopo aver ottenuto l’esecutorietà del lodo, ottiene un *charging order* avente ad oggetto le azioni della Jackson, formalmente intestate alla Fininco,

onde poter soddisfare su di esse le proprie pretese.

La Fininco è una società congolese controllata da un’altra società, la SNPC, a sua volta controllata dallo Stato (gli accertamenti probatori hanno consentito al giudice di determinare che essa, più che essere una società pubblica, è un vero e proprio organo di Stato: oltre ad un’attività commerciale avente ad oggetto la commercializzazione del petrolio, infatti, fin dalla sua costituzione la SNPC ha assolto a funzioni puramente governative ed istituzionali – tra cui interventi contro la povertà, il finanziamento elettorale, etc.).

In sostanza, la Walker afferma che la SNPC e lo Stato del Congo sono un’unica entità e che, conseguentemente, la partecipazione azionaria della Jackson in capo alla Fininco, quale soggetto terzo ed indipendente, è una simulazione (“sham”): in applicazione della sect. 423 dell’Insolvency Act 1986, pertanto, la società chiede al giudice di dichiarare che la SNPC e il Congo hanno inteso frodare i creditori di questo prendendo parte ad un’operazione volta esclusivamente a sottrarre e nascondere i beni della Repubblica dalle pretese che essi dovessero avanzare.

Fininco, al contrario, sostiene l’assenza di qualsivoglia presupposto che consenta di dichiararla *sham* in quanto sarebbe stata costituita in base alla legge congolese quale società indipendente. Inoltre, la società sostiene che se si dovesse accertare che la SNPC e lo Stato sono una medesima entità, il giudice dovrebbe comunque accertare anche che questa “entità” è un *alter ego* del secondo, prima di poter dichiarare la natura simulata della stessa Fininco.

Il giudice, come anticipato, dopo gli accertamenti probatori arriva alla con-

clusione che la SNPC è sostanzialmente un organo di Stato, che il suo patrimonio è in realtà della Repubblica, e che la Fininco, non avendo una propria autonomia finanziaria, è interamente controllata dalla SNPC e quindi in definitiva dallo Stato. Indice dello stretto legame tra queste società e lo Stato sarebbe il fatto che la Fininco ha spesso ricevuto ingenti capitali dalla SNPC senza che però fosse mai predisposto un piano di restituzione o che fosse manifestata un’intenzione in tal senso.

Pertanto, quando la Fininco ha acquistato le azioni della Jackson ha agito come una società di copertura: essa, infatti, all’epoca non disponeva né di un conto bancario, né di impiegati, ed i capitali necessari erano stati forniti dalla SNPC. D’altronde, la SNPC e la Repubblica congolese, hanno consentito che risultasse intestataria dei titoli la Fininco senza che l’operazione fosse caratterizzata da alcuna *consideration*. Tutte queste valutazioni consentono al giudice di affermare che lo Stato debitore è “interested beneficially” nelle azioni della Jackson e nell’immobile londinese, ciò che lo espone all’azione della Walker (e di qualsiasi altro creditore) ai sensi della sect. 423 dell’Insolvency Act 1986.

(E. B.)

Testo della Sentenza Introduction

[1] In this Judgment I shall call Walker International Holdings Limited ‘Walker’; République Populaire du Congo

Nota:

Riproduciamo il testo della sentenza da [2005] EWHC 2813 (Comm.), 2000/1194 (Transcript).

'Congo', Societe Nationale des Petroles du Congo 'SNPC'; Jackson 31 Limited 'Jackson'; and Financiere et Investissements Du Congo SA 'Fininco.'

[2] By an arbitral Award made on 20 July 2000, Congo was ordered to pay Walker an amount in excess of FFr 100 million. On 30 October 2000, Master Miller ordered that Walker be at liberty to enforce the Award in the same manner as a judgment, and on 16 August 2001 judgment was entered against Congo for the Euro equivalent of the debt plus interest, and the costs of the arbitration.

[3] The debt on which Walker sued arose out of a loan agreement made between Congo [the State] and a lender called Sadelmi Cogepi [whose rights were subsequently assigned to Walker]. Walker is one of a number of organisations which have bought debts due from the Congo at a substantial discount and are seeking to enforce their rights against Congo. There has been a steady stream of litigation relating to enforcement action in France, the Cayman Islands, the USA and in this jurisdiction. Congo is determined not to pay these debts and has taken steps to try and put its assets out of the reach of creditors such as Walker.

[4] This case is slightly different from the other litigation in that it relates to shares ['the shares'] in a company, Jackson, which owns a property in London. Walker says that the shares which were acquired in the name of Fininco are truly shares which belong to Congo and can be made the subject of charging orders. Interim charging orders were made over the shares and property on 23 June 2003 and in the light of objections made by Fininco and Jackson, Master Miller, on 20 November 2003, made an order in the following terms:

"There be a trial of the issue as to whether the judgment debtor [Congo] is "interested beneficially" within the meaning of section 2 of the Charging Orders Act 1979 in either the share capital of [Jackson] or the property at 31 Sackville Street, London W1S 3 DZ."

[5] This trial started on 11 July 2005; the last day of evidence was 28 July 2005 and closing submissions were made over two days at the beginning of October 2005.

(omissis)

[6] There are some 60 files of paper material; and the parties [counsel, to whom I am grateful, provided the court with closing submissions in writing running to 100 pages for Walker, and for Fininco 75 pages.

[7] I have to say that much of the evidence was of marginal relevance only to the issues which I must determine.

Summary of the parties' submissions

[8] In essence, Walker's case is

(1) Congo and SNPC are to be regarded as one and the same thing or that SNPC is to be regarded as Congo's agent, nominee and trustee in all, or some of its dealings (including, at the very least its dealings in respect of the Shares) and that SNPC's assets are available for execution in satisfaction of the debt owed by Congo to Walker. In any event, it is contended that Fininco and Jackson are estopped from arguing to the contrary by virtue of the declaration of the Appeal Court in Paris [judgment dated 3 July 2003] and/or the order of the Grand Court of the Cayman Islands [dated 17 July 2003]. The judgment of the Cayman Islands Court has now been registered in this jurisdiction by virtue of an Order of Master Miller dated 22 July 2005. Congo and SNPC have been kept fully informed about this hearing and have elected to take no part.

(2) Fininco itself (or at the very least, Fininco's ownership of the Shares) is a sham, pretence, device, cipher or facade giving the appearance of ownership of the Shares by an independent third party but in reality leaving ownership in the hands of Congo/ SNPC.

"Fininco is nothing but another example of [Congo's] use of corporate (and other) ownership structures conceived to retain ownership and control of [Congo's] assets in [Congo's] hands whilst giving the impression of genuine third party ownership as a way of secreting assets and frustrating creditors. Fininco is, accordingly, a sham or pretence and is, to all intents and purposes, to be equated with and treated as [Congo/ SNPC] by another name." paragraph 16 of Walker's closing submissions.

(3) Alternatively, Fininco holds the Shares as a mere agent, nominee or trustee for Congo/ SNPC.

(4) To the extent that it is necessary

to assert it, Fininco is an emanation d'Etat of Congo/ SNPC.

(5) Walker has been and is the victim of transactions and/or arrangements entered into, or participated in, by Congo/ SNPC with the intention of placing assets of Congo/ SNPC beyond the reach of creditors such as Walker and prejudicing the interests of such creditors within the meaning of section 423 of the Insolvency Act 1986. In such circumstances, pursuant to its wide powers under section 423(2) of the Act, the Court should grant relief.

[9] In essence, the case for Fininco, as advanced on their behalf by Mr Julian Flaux QC is as follows:

(1) There is no basis for concluding that Fininco is a sham entity. On the contrary it is a separate corporate entity established according to Congolese Law and OHADA [Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires] with its own assets and operations. Fininco is "recognised as a corporate entity within the SNPC group, distinct from its parent not only by its own external auditors, Ernst & Young, but by the external auditors appointed to audit SNPC at the behest of the IMF, KPMG."

(2) To establish agency or nomineehip requires an intention that the particular purchase will be as agent or nominee. An examination of the purchase files relating to the acquisition of the shares and the property are inconsistent with Fininco being a mere nominee as opposed to purchasing for itself.

(3) Only if the court concluded that Fininco was a sham and was to be equated with SNPC would the Court need to consider whether SNPC and Congo are to be equated. As a matter of English Law the language used is whether the entity is an alter ego or organ of the State; mere State control will not suffice.

(4) The alternative case under section 423 of the Insolvency Act does not add anything to Walker's case "and should be rejected". The transaction in question has to be one to which the debtor was a party and that begs the question whether SNPC and Congo are one and the same. In any event, there is no factual basis for the assertion that a "substantial purpose" of the transaction was to put assets out of the reach of

Giurisprudenza

creditors. The attack on the transaction under this head is solely on the basis that SNPC advanced the money to Fininco interest free. There is no evidence that the sale took place at an under value having regard to the potential increase in the value of the property which would redound to the benefit of SNPC as 80% shareholder.

The previous decisions

[10] In the light of these submissions it is necessary therefore to refer to the judgment of the Appeal Court of Paris. It concluded that SNPC was created by the Law of 23 April 1998 and was

“defined as a public industrial and commercial establishment taking the form of a company with the status of a legal entity and with financial autonomy, all of its capital being owned by the state, according to its articles of association dated 9 April 1999, that company: has as its purpose to intervene on behalf of the state, directly, through its subsidiaries or in association with foreign partners, in all operations concerning the production, processing, transformation, development and transport of liquid and gaseous hydrocarbons on Congolese territory and abroad, and particularly to undertake or participate in all operations connected with the aforementioned mission, to conduct the necessary investment operations and market the products, on behalf of the state to hold and manage the assets and rights belonging to it, directly or through an interposed company and generally to undertake the public service mission of developing, operating and marketing Congolese hydrocarbons; has a capital of 900,000,000 CFA francs, mainly constituted by all the assets, rights and mining titles initially held by the state; the company is placed under the financial control of the state and the Audit Office.

Whereas it results from this strong guardianship that S.N.P.C does not have enough statutory operational independence as regards taking autonomous decisions, in its own interest, to enable it to be considered as having autonomy in law and in fact with respect to the Congolese State. It is not even in control of its own future through a personal investment policy, or of its organisational structure. The existence and extent of a commercial activity of its

own distinct from its public service mission is not clearly apparent from its accounts. According to the annual report on its 2000 accounts, the company made a net theoretical book profit of \$58.5 million, but it is specified that “the recording of the State’s reimbursements of undertakings to certain operators by a deduction from production equivalent to the SNPC oil profit, representing a debt due from the company to the state, leads to an entirely absorbed result”. Thus, having no real autonomy, the company can only invoke a debt due to it from the state without really building a development policy based on its financing of itself.

Whereas if as a rule the state’s guardianship or even control of a legal entity, exercised through its directors, and the public service mission which is devolved to it, are not sufficient to enable it to be considered as an entity emanating from the state implying its assimilation with that state, in the cases in point with respect to S.N.P.C. the Congolese state has reserved to itself not a simple power of supervision but a veritable power of guidance and approval constituting true interference. This means that S.N.P.C has no real autonomy that could result from its status as a company recorded in the register of financial operators. It constitutes a legal entity which is clearly fictitious and, hence, is an emanation of the Republic of the Congo”.

[11] In the Cayman Islands, the Claimants were Walker and another company in a similar position to it [Afcap]. During the course of the French proceedings the existence of an arrangement, the subject matter of the Cayman proceedings, came to light. The defendants were Congo, “its debt management agency” CCA, SNPC and a special purpose vehicle, incorporated in the Cayman Islands, called Olearius. SNPC and Congo granted a loan facility to Olearius repayable out of the proceeds of forward sales of oil made by SNPC as ‘agent for Olearius’; and Congo assigned all its oil rights to Olearius. The way the scheme worked was described by the Chief Justice in his judgment dated 14 October 2003 as follows:

“The Banks first make the funds available to Olearius. These funds are used to buy oil from SNPC under the Forward Purchase Agreement. Some of

the oil that Olearius purchases is for on sale to Vitol SA and other buyers. The oil sold by SNPC to Olearius is the property of [Congo]. Cash proceeds of the sales under the Forward Purchase Agreement are credited directly to the Collection Account from which payment on the loan facility is made to the Lenders by Olearius. Excess proceeds in that account are passed by Olearius on to or to the order of SNPC. SNPC is also responsible for the repayment of bridge financing, facility fees, expenses, hedge premise and the funding of the Debt Service Reserve Account. An additional element of the Scheme is that [Congo] has guaranteed the loan on behalf of Olearius and has also assigned rights to Olearius to receive oil. The entire arrangement is known as the Hedge Crude Oil Prepayment Facility.”

[12] The Court continued:

(1) The entire capital of SNPC is held by ROC. It was responsible for the marketing of ROC’s oil production.

(2) Members of the Board of Directors are chiefly representatives of the Government and are appointed by decree issued in Council of Ministers.

(3) The Company is under the economic and financial supervision of the Government Accounting Office.

(4) The Ministry has permanent power of orientation and supervision of the enterprise.

(5) The Company’s mission is to undertake any necessary investment operation on behalf of the ROC and to hold and manage on behalf of the Government the assets and rights belonging to the Government.

The Paris Court of Appeal ultimately came to the conclusion that because the Congolese Government had reserved to itself “not a simple supervisory power but a rather genuine power of orientation” that had nullified any realty that SNPC was an autonomous company.

What gives this Court pause is the need to take the leap from finding that SNPC is closely supervised to the conclusion that it therefore is an “emanation” of ROC to the extent as a matter of English common law; that that connotes a fiction, a mere sham or facade. Even if this Court accepts all five of the French Court’s findings of fact, that does not lead ipso facto to the conclusion that SNPC is fictional. Again that

conclusion may be a matter of French law, having no corresponding basis in English Law.

The approach taken by the French Court may be criticised as flawed, to the extent it implies a fiction or mere sham; in that every State is at liberty to set up Government bodies and agencies which lawful under their Governmental systems for perfectly legitimate purposes such as those expressly forming the *raison d'être* of SNPC. Moreover, there are obvious and troubling concerns of international comity which arise from arriving too readily at such conclusions.

As to Olearius, the only allegation of a facade or sham in the Plaintiffs' pleadings was that the formation and use of Olearius in the alternative marketing arrangement was a device or sham to ostensibly retain the Congolese Defendants' assets by structuring their affairs in such a way as to prevent execution against them. The Plaintiffs point out that the Facility was so structured that there would be no collection account in the name of the producer of the commodity, that being SNPC. As a result of this that account would be unavailable for attachment by creditors of the producer.

I have already described from the Lenders point of view, the *raison d'être* of Olearius; which by its name, conveys the metaphoric derivatives of its oil bearing purpose.

The same can be said for the use of the SPV Scheme. There is nothing inherently exceptionable in the use of the SPVs as financial vehicles. SPVs are used extensively throughout the world for the structuring of financial transactions for many different reasons. Olearius, as a Cayman Islands SPV, is by no means unique in that regard.

The Lenders contend that the Facility negotiated with SNPC was for the legitimate commercial purpose of the provision of a commercial loan to be repaid from and secured by the production of oil and the sale of oil.

I accept without reservation, that the transaction evidenced by the Facility Documents is a legitimate structured finance arrangement which enables the Mandated Arrangers to seek to obtain better security by lending to an SPV rather than lending to the producer of the oil.

Based on all the foregoing, this Court declines the Plaintiffs' invitation to declare SNPC the alter ego of ROC or a mere sham or facade. The Court also expresses reservations about the propriety of any such relief against Olearius.

Notwithstanding the foregoing, I am however satisfied that SNPC is a necessary and proper party whose assets because of the nature of its relationship with ROC, should be made available to satisfy ROC's judgment debts.

[13] Part of the evidence put before the court in the Cayman Islands was what is known as the Cleary Gottlieb Memorandum dated 16 May 2002. I refer to this memorandum when considering the question whether SNPC is an organ of the Government in Congo such that its assets can be regarded as the assets of Congo.

[14] There is an appeal from the decision of the Paris Court to the Court of Cassation and an appeal has been lodged. There is a dispute between the French Law experts as to whether the Appeal Court has correctly applied the law. Unlike the Chief Justice, I decline to express any conclusion on that. It is for the French Courts and not this court to determine whether the law has been correctly applied. I simply take note of the decision of the Appeal Court and the reasons for it so far as relates to this case.

[15] There is a third decision of relevance and that is by Tomlinson J. in the case of *Kensington International v Republic of the Congo* dated 16 April 2003.

"Mr McQuater submits, and I accept, that the evidence overwhelmingly shows that SNPC is a Congolese public entity for the purposes of Clause 1 of the April 1984 Loan Agreement. As Mr McQuater points out, for the purposes of these claims, this is as far as the claimant needs to go. However, Mr McQuater submits, and I agree, that the evidence in the case does, in fact, go further and demonstrates that SNPC is simply part of the Congolese state and has no existence separate from the state. That is demonstrated by the Congolese legislation, which establishes SNPC and demonstrates that its purposes are to undertake the exploitation of Congo's oil reserves on behalf of Congo, to hold the state's related assets on its behalf and to represent the state in oil related matters. The by-laws of SNPC are to similar effect.

It is financed by the state. Its function is to act on behalf of the state, it is under the financial and economic control of the state and its officers are government appointees.

In a recent decision of the French Court of Appeal, in the matter of *SNPC v Walker International Holdings Limited* on 23 January 2003, that court found in contested proceedings that SNPC was simply the alter ego of Congo, thereby affirming the decision at first instance to the same effect. On 29 January 2002, the Tribunal de Grand Instance, Paris reached a similar conclusion in favour of another creditor, Connecticut Bank of Commerce".

[16] But, and it hardly needs saying, each case must be decided on its own facts. Congo did not enter an appearance before Tomlinson J. I do not know what material was presented to the French Courts nor to the Court in the Cayman Islands. There is in a sense an elaborate game of 'cat and mouse' being played by the creditors and Congo in the courts throughout the world, where each party seeks to build upon a success and explain away a defeat in other courts. As one entity is 'found' another entity appears in its place. The fact that, in their cases, the Chief Justice did not think that SNPC was an emanation of the State; whereas the Paris Court of Appeal and Tomlinson J thought otherwise is of interest. Judicial good sense might demand that courts should adopt a uniform approach, but there is, as yet, no apparent uniformity and that means that I must plough my own furrow on the field of evidence with which I have been provided.

The evidence in this case

(omissis)

Fininco's incorporation

(omissis)

[25] Fininco is, therefore, owned directly and indirectly by Congo/ SNPC and the shareholding arrangements referred to above give cause for concern that form overrides actuality. The arrangements for its creation and financing are deceptive.

[26] It is true that Fininco has Articles of Association in a form which

complies with OHADA accounting requirements. There is a minute of a board meeting held on 23 January 2002 at which Mr Itoua was appointed Chairman and a Mr Ovoudard was appointed Managing Director. Neither of them was called to give evidence although both were available. It also has its accounts audited by Ernst & Young of Brazzaville. But for the first year, described by the auditors as the “first actual year” ending December 2002 it recorded in the Profit & Loss Account a nil figure for staff charges, although other documents, if genuine, would suggest that Mr Akobo was recruited as an employee as from 15 November 2002 and Ms Ngakala was recruited from 9 September 2002 the same day as Mr Ikama was appointed as managing director. I do not understand how any of the three of them were paid for such service as they may have rendered in 2002; whoever was responsible for their salaries it was not Fininco. I infer that they were on SNPC’s payroll.

[27] There is also what purports to be an agreement between SNPC and Fininco relating to a *compte courant* [running account]. The agreement purports to be dated 9 September 2002 although for reasons explained hereafter I do not accept that this document records a concluded agreement at that date.

[28] So far as Fininco’s financial autonomy is concerned, in my judgment it had none in 2002 and 2003, and this appears to be common ground between the accountancy experts [see para 8 of the joint memorandum where they say:

“The experts agree to admit that FININCO did not have any financial autonomy in relation to SNPC during 2002 and 2003. The situation was due to both the financing method set up and the lack of any significant activity by FININCO during those two years [...]”.

[29] Further, the *compte courant* method of financing has some unexplained features about it in this case. I accept that as between parent and subsidiary, as a method of financing, a *compte courant* into which the parent feeds money for the benefit of the subsidiary is both a common occurrence and not inconsistent with a subsidiary’s autonomy vis a vis its parent. Contributions by the parent to a subsidiary in this way are considered as

loans and not as contributions to the share capital. The main characteristic of a *compte courant* is that it is redeemable [repayable] at any time [see paragraph 18 of M. Hinfray’s report]. But, in the first place, the financial position of Fininco is such that it has no real prospect of repaying the money. Essentially, Fininco does nothing and earns little or nothing. There is no mention made of this ‘debt’ or its repayment in what is apparently a Programme of Activities for Fininco for the years 2004 to 2007; there has been no demand for repayment by SNPC nor document evincing any intention on SNPC’s part to regard itself as a creditor of Fininco. In Fininco’s accounts for the year 2002 it is said that the advances were repayable within the year; but in reality there was no prospect at that time that the monies would be repaid and no reliable evidence that there is any intention to repay the monies at any time.

[30] As M. Hinfray, whom I regarded as a reliable witness, said, many of the payments made by SNPC went directly to third parties. That is not a common feature of the operation of a *compte courant*. Normally, general advances are made which are then disbursed on the directions of the subsidiary’s board of management, but as Fininco had no bank account this was probably not possible. Because Fininco did not have a bank account until nearly the end of the year 2002, 99.3% of payments booked in the *compte courant* were paid directly by SNPC to third parties and for 2003 the figure is 81%.

[31] Further, there has been limited disclosure of documents relating to Fininco’s *compte courant*. A document has been produced which appears to be dated 9 September 2002. It purports to be signed by Mr Itoua on behalf of SNPC and Mr Ikama on behalf of Fininco. The agreement records that both companies have their registered offices at the same address. It further records that Fininco

“is set up among other things for the carrying out of financial operations relating to the financing of projects, the management of group funds, the purchase, management, assignment of shareholdings both commercial or industrial and property companies;

SNPC and Fininco SA by virtue of their capital links, regularly carry out

funding operations together; Fininco SA also contracts with SNPC for the provision of services [at normal market conditions] - (my translation of “dans les conditions obeissant aux regles normales du marche”).

[32] Article 4 of the Agreement is headed “Interest”. And it provides:

“The credit account balances in favour of [SNPC] (described as “Partner”) shall earn interest at the central bank rate increased by two points.

The interest earned shall be payable and passed to the credit account half yearly.

Interest shall be capitalised according to the trading rules.

The definitive balance shall be fixed when all the current operations and all the undertakings of the Partner have passed to the current account.”

[33] The only other document disclosed in relation to the *compte courant* is one sheet of an accounts ledger which is expressed to be for the period from 1 January 2002 to 31 December 2002. This document shows that SNPC advanced 1,572,974,048 FCFA. There is no provision for interest and nothing in the debit movement column. In their joint memorandum [paragraph 7] it is recorded by M. Hinfray and Madame Perrier:

“The two experts reveal that, for reasons unknown to them, such interest was neither calculated nor recorded in the current account for 2002 and 2003. For 2004, the documents submitted to the Court do not enable them to determine if interest was entered against the current account existing between FININCO and SNPC.”

[34] It also shows that the first seven advances were made before the agreement as to the *compte courant* was purportedly made. Although Madame Perrier indicated that she thought that in practice it sometimes occurred that monies were advanced before the agreement was formalised, she considered that in such a case the conditions would be agreed first and then formalised later. She had seen nothing to show that this had happened in this case. This ledger sheet was printed out in December 2003. As Mr Trace QC submitted on behalf of Walker, there are none of the proper documents disclosed: there should be ledger accounts and petty cash books and a salaries book and so on.

Madame Perrier had not been able to look at all the accounting documents and nor had M. Hinfray.

[35] The latter points to a number of matters which cast doubt on the veracity of the date on the *compte courant* agreement. He points to a document dated 2 April 2003 which stated that Fininco's Board were seeking the assistance of the parent company's administrative and legal department to look over the first draft of a financial agreement. He comments that he has seen no financial agreement other than that relating to the *compte courant*. In October 2003, the Board required the transmission to the parent company of the *compte courant* so that it could be analysed and standardised within the group. In the Notes to the 2002 and 2003 financial statements all the information required by the OHADA regulations were disclosed except that which related to the *compte courant*. "This suggests the people who prepared the 2002 and 2003 financial statements were unaware of it." The Ernst & Young report for the year ended 31 December 2003 [dated 4 June 2004] contained, in accordance with OHADA regulations a report on related party transactions. What they reported on "based on the information supplied to us" [it not being their task "to ascertain the possible existence of other agreements"] was the *Compte Courant*. The Director concerned, that is, the reporting director, was Mr Itoua. Against the heading "Nature and Purpose" Ernst & Young report "Contribution of funds to current account"; and against the heading "Terms and Conditions" are the words "Not reported". If there was a formal agreement in place at the time, M. Hinfray observes, with force, that for some unexplained reason it cannot have been shown to the auditors. But if, as he suggests, there was at this date no formal agreement, then the *compte courant* agreement must have been backdated.

[36] Mr Flaux QC points out that in an activity report prepared by Mr Ikama and apparently considered at a Board meeting in April 2003, there was a reference to the *compte courant*. It is also true that a representative of Ernst & Young was apparently present when it was resolved to send a copy of the *compte courant* agreement to SNPC for analysis and standardisation. He submitted

"There is simply no basis for the suggestion that the agreement had not been signed or was in draft or that this was a reference to some other agreement than that signed on 9 September 2002, let alone that Ernst & Young were not aware of the existence of the agreement given that their representative was present during the board discussion of and approval of the agreement."

[37] There has been a lack of disclosure of documents which might have resolved the present issue. There are no drafts of any agreement and no correspondence between Fininco and SNPC. Fininco has apparently taken no independent advice about the *compte courant*. SNPC has disclosed no corresponding entries in their books relating to this *compte courant*. On the basis of the material before me I would not be prepared to conclude that the *compte courant* agreement was formally in existence as at 9 September 2002. Had it been in existence as a concluded agreement then there could be no purpose in submitting it for approval to SNPC; apart from anything else, SNPC would presumably have had a copy of it. Further, the words in the special report are clear. The terms and conditions of the agreement were simply not reported to Ernst & Young and the obvious inference I draw, in the circumstances, is that there were no terms and conditions yet agreed between the parties. Had Ernst & Young been aware of the terms of the agreement then they would surely have considered the obligations under that agreement and the liability of Fininco, whose accounts they were preparing, for interest. If that is so, then I find on a balance of probabilities that the agreement which was apparently signed on 9 September 2002 was back-dated and is yet another example of form taking precedence over reality. As Mr Trace QC put it

"the *compte courant* agreement was essentially "window dressing" initiated and imposed by SNPC on Fininco".

[38] I agree. It also shows a much stronger than normal control by a parent over its subsidiary: huge sums were advanced without interest being provided for and without any formal agreement, contrary to the OHADA principles. In my judgment, Madame Perrier was not factually in a position to support her conclusion that the treatment of the

compte courant was in compliance with proper accounting principles. If there was an 'informal' agreement in existence before Mr Ikama's appointment, it was not reported to the Board nor considered in any meeting before the end of the 2002 year and the absence of underlying documents disables her from expressing her opinion. On this issue I have no hesitation in preferring the careful evidence of M. Hinfray, whose meticulous approach to the task in hand was, I think, impressive. In order to ascertain whether there was any reliability in the figures produced on behalf of Fininco it would have been necessary to reconcile their accounts with the accounts of SNPC. But SNPC has decided not to participate in this trial; there has been no disclosure of documents by them and it is unlikely that SNPC would be willing to make such documents available if requested to do so: SNPC was not prepared to make documentation relating to the sales of petroleum products available to the auditors KPMG on grounds, which might appear odd, of "security."

[39] In conclusion I can say that I reject the evidence of Mr Ikama on the question of interest on the *compte courant*. He suggested that the reason why interest had not been provided for was because the rate of interest was subject to re-negotiation and that interest would be capitalised when the process of re-negotiation was complete. There are no documents suggesting that interest was or is under review and such documents as exist show no discussion of interest. Mr Ikama is unquestionably a very clever and able man; I think his explanation was one that occurred to him whilst giving evidence and that this part of his evidence was untrue.

[40] The overall conclusion at this stage of the judgment is that it was of no concern how much money was advanced to Fininco because it was never anticipated in 2002 and 2003, that any money advanced would be repaid or that interest would accrue due to SNPC. The existence of Fininco was not necessary. SNPC was spending its own money [or the Congo's money] as SNPC wanted and without any intermediate intervention.

How did Fininco come to buy the shares in Jackson?

[41] The sources of information for

Giurisprudenza

this part of the case comes from the files of the solicitors instructed to act on behalf of the purchasers, Eversheds, and a file, disclosed during the trial, from the purchasers' agents: James Andrew International [JAI].

[42] The chronology of events is as follows:

[43] In the middle of February 2002 Mr Ebelebe had contacted JAI about the property. Because neither Mr Ebelebe nor David Lightstone of JAI were called to give evidence we do not know in what circumstances the contact was made. After a visit to the property JAI wrote and said:

"I know you have already commenced procedures to obtain consent to proceed with this purchase and in this interim period I will, of course, keep closely in touch with you and the vendor's agent. If any other serious interest is received for the building during this period I am relying on him to tell me and I will, of course, inform you immediately."

[44] On 5 March 2002 JAI sent a fax to Mr Ebelebe asking if he could be told the current position regarding the property. "The owners have some other interest now and want to know how we stand." On that fax in what appears to be Mr Lightstone's hand writing are the words "Purchasers name SNPC parent of SNPC(UK) Ltd."

[45] On 6 March, Mr Itoua of SNPC UK assured JAI of their interest in the property and "give you authorisation to go ahead with the purchase." On the same day the agents got in touch with Eversheds. The note of the telephone conversation is "buy SNPC parent of SNPC (UK) ltd". On that day, there is a note in Eversheds' file saying that clients of "ours (SNPC) [would] like us to deal with the purchase of an office building in the region of L 3. "something" million. "

[46] The following day a "New Matter Information Form" was completed by someone at Eversheds identifying the matter in question as purchase of 31 Sackville Street, London W1 and giving the client's reference number. That was the number allocated to SNPC. At this stage the solicitors had spoken to David Lightstone, the purchaser's agents "who we know well as they look after the Libyans."

[47] Also on 7 March 2002, JAI wrote to the vendors' agents [James Boardman &

Partners: - "Boardman"] confirming that they had been instructed "by my clients" SNPC to submit an offer to purchase the fully paid up share capital of Jackson, a Special Purpose Vehicle whose sole asset is the unencumbered freehold interest in the property. Under the heading "Purchaser" the agents wrote: "The company will probably be purchased by SNPC which is the parent company of SNPC (UK) Ltd."

[48] On 12 March 2002 JAI wrote on behalf of their clients, SNPC, to Boardman confirming that SNPC were prepared to increase their offer to buy the shares in Jackson.

"As requested, I have asked Eversheds to provide a letter confirming our client's bona fide intent in this connection, that they are instructed to progress legal formalities as soon as possible and that funds are available to effect the purchase, albeit an amount of this nature is most likely to be transferred from the head office in Congo."

[49] This increased offer [an extra L 75,000] was accepted by Boardman on the same day, identifying the purchaser as SNPC "which is the parent of SNPC (UK) Ltd." Also on the same day, JAI sent a 'comfort fax' to Eversheds to pass to Boardman, and which was copied to Mr Ebelebe, which stated:

"I have spoken to SNPC's representative this morning and he tells me that [. . .] once lawyers have agreed the documentation, the funds will be made available to complete the purchase."

[50] On the same day, in a letter from Eversheds to JAI, the solicitors said:

"I understand that you have agreed terms, subject to contract on behalf of our mutual client [SNPC] for the purchase of the special purpose vehicle that owns the [. . .] property.

I confirm that this firm has acted for SNPC and its associated companies for several years.

I have spoken to SNPC's representative this morning. He tells me that the purchase will be in the name of Finaco [presumably a mistake for Fininco] and that once lawyers have been able to agree the documentation the funds will be made available to complete the purchase."

[51] In an internal note of 14 March 2002, Eversheds noted that they had been

instructed by SNPC, that their client contact was with Mr Ebelebe. The note concluded:

"Contrary to what is said in the heads of Terms, Paul [Ebelebe] tells me that the purchase will be in the name Finaco [sic] SA."

[52] On May 17 2002, in a letter dated 17 May 2002, Eversheds reported on Title. The letter appears to be addressed to Fininco "C/o SNPC (UK) Limited 70/71 New Bond Street, London. On 31 May 2002 there was an internal message in Eversheds reporting that there will be no difficulty in organising the funds so there is nothing to stop us agreeing the documents ASAP."

[53] On 19 June 2002, the agents sent an email to Mr Ebelebe and copied it to Mr Itoua.

"As you know I spoke to Mr Elenga [SNPC's lawyer] in Paris yesterday to explain that I am coming under increasing pressure from the vendors to give them a date by which we will be ready to exchange contracts for the purchase. I explained to Mr Elenga that the normal procedure in the UK to legally commit two parties together in a transaction is at the point of exchange of contracts when 10% of the purchase price is payable with the balance due 28 days thereafter. Mr Elenga explained to me that a Board Meeting is due to be held in Paris in 10 days time after which he will be in a position to give me a date for exchange. I will pass this information on [to] the vendors and I hope that they will be patient with us as I know they have other interest in the property."

[54] A copy of this email was sent to Mr Itoua but it may not have arrived with him.

On 12 July 2002 a report was prepared by Eversheds on Jackson and was sent to Mr Ebelebe. The report was acknowledged on 18 July 2002 by a Mr Ambvouli in a letter on SNPC UK's writing paper:

"However, M Bruno Itoua, SNPC's chairman wishes you to continue your investigation further in order to make a final decision. "

[55] On 13 August 2002 Eversheds wrote to Mr Ebelebe at SNPC UK with the latest draft of the Agreement telling him that it envisaged a deposit of 10% [L 367,500] being paid on exchange.

[56] At the end of that month, in an

internal note, Eversheds were asking whether they had details “of who will execute the SPA [Share Purchase Agreement] on behalf of SNPC?” to which the answer was “No.”

[57] The documentation appears to have been agreed by about 12 September and the vendors were pressing for exchange by noon on 13 September 2002. There was then difficulty in getting the deposit money. Mr Ebelebe confirmed on 18 September 2002 that Fininco wanted to buy the property and that its managing director was Mr Ikama, who had full authority to contract on Fininco’s behalf. By 20 September Eversheds were expecting a telegraphic transfer of deposit from SNPC which did not arrive until 27 September and contracts were exchanged on 4 October at 5:37pm with the deposit monies taken from Eversheds client account in the name of SNPC.

[58] Under the contract, the vendors had the right to demand completion on giving two weeks’ prior written notice; otherwise completion was scheduled for 2 months from exchange. On 9 October 2002 the vendors served notice requiring completion by 4 November 2002 and Eversheds wrote to Mr Ebelebe giving him advance warning of the monies that would then be required, including stamp duty and agents’ fees. At his request, Eversheds said that they would endeavour to obtain an extension of time, which, at the end of October, was granted to 18 November 2002. During the intervening period, complaints were made by Mr Ikama and Mr Ebelebe about Eversheds’ handling of the purchase. Mr Ikama wrote one letter on Fininco paper and Mr Ebelebe, on SNPC UK paper also wrote and complained. One of their complaints was that they had not appreciated that completion could take place before the end of the two month period. It is not for this court to say whether the complaint was manufactured to justify the delay in obtaining the necessary funds to complete or whether Mr Ebelebe had not understood what he appears to have been told. Eversheds sent a full response to each of the complaints on 5 November 2002 to Mr Ikama in Brazzaville and an incomprehensible response was received by them from Mr Ebelebe on the same day.

[59] On 14 November 2002 Eversheds sent an urgent fax to Mr Ikama

reminding him that completion was to take place on 18 November 2002 and asking for the money. Because the response to the complaint made about Evershed’s conduct had been sent to Mr Ikama, Mr Ebelebe telephoned Eversheds to say that he had now been taken “off the case”. I infer that the fax was sent to Mr Ikama because of this telephone call. The following day, in the absence of contact with Mr Ikama, Mr Ebelebe spoke with Eversheds and told them that there was difficulty in “collecting together all the money needed to complete the purchase of” Jackson. Mr Ikama’s response which came through on 15 November on Fininco paper said that

“We have contacted financial institutions with a view to set up a financial arrangement allowing us to pay the sums remaining to be paid.”

[60] In the light of a possible extension being granted, provided that the vendor could be reassured about the money being available in due course, Eversheds suggested, on 15 November 2002 to Mr Ikama/Abelebe that

“the best way of reassuring the Vendors is for one of those financial institutions to confirm that, subject to the usual formalities being completed, they are prepared to set up the necessary financial arrangements to make the money available to Fininco.”

[61] There was no substantive response to this and Mr Ebelebe indicated that he had spoken to “Ikama’s boss, Bruno Itoua” (Head of SNPC in Congo). On 12 December 2002, Eversheds wrote to Mr Ikama saying that the Vendor’s agents:

“are requesting written confirmation that the funds will be in place to ensure completion of the acquisition of the above property on 18 December 2002.”

[62] It appears that on 17 December 2002 the Ministry of Finance gave permission to SNPC to transfer funds to Eversheds, although the precise status and meaning of this document is unclear. By a fax dated 18 December 2002 Mr Ikama said that:

“we have taken the relevant steps to make the balance of sums payable available to you in relation to 31 Sackville Street.”

[63] Mr Ikama said that funds had been authorised on 17 December 2002 for transmission to the UK.

[64] In fact, funds were not made available before Christmas or the New Year. On 3 January 2003 Mr Ikama asked Mr Itoua, the head of SNPC, if SNPC would transfer the money direct to Eversheds for the account of Fininco and this was agreed to by Mr Itoua. I emphasise that this is what the documents appear to show. I have heard no credible evidence about them. On 8 January 2003, there is a note of what Mr Ebelebe told Eversheds about the money. He said he had spoken to Mr Ikama who had told him that:

“he had been to see the bank this morning and that either later this evening or tomorrow morning we would be getting a fax from him confirming the bank instructions and giving full details of the transfer.”

[65] In fact, on 8 January 2003, Mr Itoua on behalf of SNPC gave instructions to their Bank in the Congo [BGFI bank Brazzaville] to transfer to Eversheds’ client account at their bank in the UK [the Holborn Branch of HSBC] just under L 3.5 million.

[66] Mr Ikama was contacted on 9 January 2003 and he explained that:

“the funds were available pre Xmas, but due to the Xmas close down could not be transferred.”

[67] On 14 January Mr Ikama sent a copy of a confirmation of transfer of funds in sterling from SNPC’s account at BGFI bank in Libreville to Eversheds account at HSBC, dated 10 January 2003. Boardman, who received copies of them from Eversheds, acknowledged receipt:

“They look official but are not evidence of an actual transfer. They are internally generated instructions to the BGFI bank [in Libreville]. We are concerned at the delays and would like some verification that the Bank are in funds and confirmation that the funds were sent.”

[68] The monies from SNPC arrived at Eversheds’ Bank on 16 January 2003 and were credited to their client account in the name of SNPC and the sum was withdrawn from the account on 21 January 2003 [see the cheque requisition form] when completion took place. I should deal with one document in particular, namely the letter from Fininco addressed to SNPC and dated 3 January 2003 [see paragraph 64 above]. The letter purports to be confirmation that SNPC “is

Giurisprudenza

agreeing to lend us the sums relating to the acquisition of the company Jackson.” Mr Trace QC says that this document is suspicious for a number of reasons. First he says that this is nothing more than a paper trail: it was always the intention that SNPC would provide the funds. Second, it is remarkable that this document should be produced when there are no other similar documents relating to sums advanced by SNPC through the *compte courant*, including monies for the deposit payment. There was no report from Fininco to show that the funds had been applied to the purchase. The registered office of Fininco remained on paper, at least until March 2003, at 146 Avenue General de Gaulle, Brazzaville although it was physically located at 96 Avenue General de Gaulle. Thus, there is a letter in the bundles, addressed to Eversheds from Mr Ikama, dated 9 January 2003 with the 146 address on it. Yet, this letter of 3 January 2003 on which Fininco rely is on paper from 96 General de Gaulle. It is of course possible that as an address changes, old paper is used up so that paper with either address on it is available. On the other hand, this document is remarkable for its existence: it is unique, it was unnecessary, and there is doubt about the address. Because there is a pattern of deceptive behaviour I am prepared to conclude that this falls into that pattern. I believe it is a document generated solely for the purpose of this action.

[69] Eversheds continued to correspond with Mr Ebelebe about matters such as the payment of the outstanding tax liability of Jackson.

[70] From these facts, the following conclusions can be drawn:

(1) At the time when the contract to purchase the shares was entered into Fininco had no bank account and no share capital and no employees on its payroll. The possibility that Fininco would be the nominal purchaser of the shares was first mentioned in March, which was before Mr Ikama had been appointed and when there was no board meeting of Fininco to approve the acquisition. The decision to buy in the name of Fininco was probably taken by SNPC at a Board Meeting in Paris and was communicated to Eversheds by Mr Ebelebe who never was an officer of Fininco but was acting on behalf of SNPC (UK) or SNPC itself. He did not

give evidence, although he was available to be called. It is clear that the property was found by SNPC for occupation by SNPC UK. Mr Ikama made a significant slip when giving evidence as to his involvement with the transaction. He was explaining how he came into the picture on 3 September 2002.

“I came in on the 3rd, I was updated on what was going on, and I was told that there were pressures. The person who was there told me what Ebelebe had been doing; sorry, the manager director of Fininco who was there before me, what he had been doing. I know the banks and their agents, having worked a long time with them, and I can tell them: this is the problem that we have, can you help us?”

The files show that the managing director of Fininco, Mr Ovoudard, played no part in the transaction: Mr Ebelebe was the person with whom the agents and solicitors had had extensive dealings. The change in Mr Ikama's evidence was not a correction of an understandable slip of the tongue, it was, in my judgment a calculated alteration because Mr Ikama realized that if he (truthfully) admitted that he had been briefed by Mr Ebelebe, who was not an officer of Fininco but was an officer of SNPC (UK), it would damage Fininco's case that it was in charge of the purchase of the shares and was not acting as a mere conduit pipe for SNPC. In short, the change was a deliberate attempt to mislead the court.

(2) The funds for the purchase of the shares came from SNPC as was always contemplated. Mr Ikama's reference to having contacted “financial institutions” was not truthful and I am reinforced in this view by the fact that he failed to identify them when requested by Eversheds to do so, in order to buy time. At that time Fininco had no bank account and no share capital and the idea that he had contacted financial institutions with a view to raising the money is quite implausible. I am satisfied on the evidence that Mr Ikama knew that the money was always coming from SNPC. I also doubt whether the funds had been made available before Christmas: there are no documents which support that contention, other than an instruction by SNPC to one of its banks.

(3) Fininco had no decision making role to play in relation to the acquisition

of the shares in Jackson. It was committed to buying them well before it had the capacity to do so. The truth of the position is that SNPC decided, through Mr Itoua and Mr Ebelebe, to make SNPC funds available to buy the shares and it then decided to put the purchase into the name of Fininco. Thus, although in legal terms Fininco and SNPC appear to be two separate corporations, at the time when the shares were bought, Fininco took no decisions to buy the shares: they were bought for them by SNPC as though Fininco had no separate role to play in the decision making process. The property was being bought for SNPC (UK) to occupy them. Whether SNPC (UK) did occupy them is unclear; they paid no rent for the property. Mr Ikama's evidence about this was evasive and unclear [see Day 4 pages 23 - 26].

(4) The whole transaction simply involved putting the shares and property into the name of a company ostensibly owned by SNPC so that the assets could be held by Fininco whilst remaining, in reality, under the ownership and control of SNPC. I reach this conclusion without having to resolve an argument between counsel as to whether there is what Mr Flaux QC describes as a halfway house between Fininco being considered a sham or a mere facade or the transaction itself being so described, on the one hand, and Fininco acting as nominee agent or trustee of Congo/ SNPC whether generally or just in relation to this transaction, on the other. Fininco was not incorporated as a genuine subsidiary of SNPC with its own commercial purpose. On the contrary, it was set up so that it could be used as a tool for SNPC's purposes, in the hope that creditors would not be able to get their hands on Congo/ SNPC money. Fininco is as much an organ of the State as SNPC.

Is SNPC an organ of the state and to be regarded as part of the state?

A. The geopolitical background

(omissis)

B. The legal test

[91] The legal question which is relevant at this stage is whether SNPC is to be equated with the State so that it does not have an existence separate from the State so that its assets can be regarded

in law as belonging to the State. In English law the concept of “emanation of the State” arises when considering whether Directives made under the European Treaties have direct effect in relation to employees of State or State like corporations such as British Gas or Rolls Royce. However, the issue in English law at this stage is akin to but different from the question whether a Directive has direct effect. Nor is the test the same as deciding whether SNPC is a public authority which falls within art 6 of the European Convention on Human Rights. When considering the phrase “non governmental organisation” [in art 34] and whether a Parochial Church Council fell within it, Lord Hope said this: [*Aston Cantlow PCC v Wallbank* [2003] UKHL 37, [2004] 1 AC 546 at 567, para 55]

“Whatever [the] value [of the phrase ‘emanation of the State’] may be in the context of Community Law, however, it would be neither safe nor helpful to use this concept as a shorthand way of describing the test that must be applied to determine whether a person or body is a non-governmental organisation for the purposes of art 34 of the Convention. There is no right of individual application to the European Court of Justice in EC law. The phrase ‘non governmental organisation’ has an autonomous meaning in Convention Law.”

[92] In *Doughty v Rolls Royce plc* [1992] CMLR 1045 at 1059 Lord Mustill referred to the concept of ‘emanation of the State’ as “an important feature of public international law.” However, counsel’s researches have been unable to find an applicable or universally accepted definition of “emanation of the state” in public international law.

[93] The question here is not whether SNPC is a governmental or non governmental organisation, although that may be part of the answer, the question is whether it is to be regarded either as an organ of the State or, on the other hand, as a State owned commercial company. If it is an organ of the State, as I understand that expression, then it would not be regarded as a separate and distinct commercial organisation owned by the State, and for Convention purposes, which do not apply, would either be regarded as the State itself or as a governmental organisation.

[94] Mr Flaux QC has persuaded me that the test is more akin to the test of whether a State owned company is, for immunity reasons, to be regarded as a department of State or as a separate entity [see s 14 of the State Immunity Act 1978]. If that is correct, then the decisions in *Trendtex v Central Bank of Nigeria* [1977] QB 529, [1977] 1 All ER 881, *Czarnikow v Rolimpex* [1979] AC 351, [1978] 2 All ER 1043 and *Kuwait Airways v Iraq Airways* [1995] 3 All ER 694, [1995] 1 WLR 1147 are relevant. It follows that the question whether SNPC is an ‘emanation of the State’, which was the issue before the French Courts, is not the relevant question in this jurisdiction. Therefore, pace the estoppel argument [for which see below], I am not concerned with the question whether SNPC is an emanation of the State as that phrase is understood in English law; still less with the question whether I consider that the French Court has correctly applied its own law and whether the appeal to the Court of Cassation will or will not succeed.

The arguments on behalf of Fininco

[95] It is Mr Flaux’s case based on the documents that:

[96] SNPC was established pursuant to a Congolese Law of 23 April 1998 intended to take over the upstream functions of the older State owned organisation HydroCongo. It has its own Articles. By a further Government decree in September 1999 all the assets and rights of the state oil concessions and contracts and all the Government’s rights and interests in CORAF, the power generation company, were transferred to SNPC. He invites the court to conclude that the clear intention was that SNPC should be legally and functionally distinct from Congo. He submitted that SNPC had two distinct areas of activity: first it manages the oil rights of Congo on behalf of the state. These rights arise under production sharing agreements with international oil companies of which the major player is TotalFinaElf under which Congo is entitled to 31% of the oil production. Mr Flaux QC submitted that SNPC markets the oil in its own name. It also manages and sells its own oil. That oil is, submits Mr Flaux QC, on the evidence of Mr Ikama, oil belonging to SNPC: “this part of SNPC’s activities and

functions is definitely commercial and is conducted on its own behalf and not on behalf of Congo “ [see para 71.4 of Mr Flaux QC’s closing submissions]. He further submits that this position is supported by the KPMG reports prepared for the World Bank/IMF.

The decision

[97] The conclusions I draw from the documentation, the only source of potentially reliable evidence, is as follows: SNPC is ultimately controlled by its Chairman who is the President’s representative, to whom the Board have power to delegate their functions. Mr Itoua appears to have been personally responsible for signing most if not all documents on behalf of SNPC. There are some aspects of SNPC’s existence which suggests it is a company owned by the State. For example it was formally incorporated and has its own Articles. It has a Board of Directors. Its accounts are audited [to a limited extent]. On the other hand, SNPC has unaudited and unverifiable compte courants with the State; it does not declare dividends and its profits do not return to the State in cash: instead it makes expenditures normally made by Government, such as paying for elections, peace initiatives and making donations by way of humanitarian aid. This is inconsistent with SNPC being a commercial company owned by the State.

[98] There was a black hole in the accounts of SNPC in 2001 because of the relationship between it and the state. Commercial companies do not use their assets to pay for items of expenditure demanded or required by the Government. Instead, they declare dividends which the State collects, out of profits on which the company pays tax. Here, SNPC is, to an extent a tax collector on behalf of the State and an arm of the Treasury in financing Government projects. Those are not functions associated with a State owned commercial organisation. It is, therefore, essentially and fundamentally different from a State owned oil company by reason of its Articles of Association, its funding, its investments, the way its profits are dealt with and its accounting policies.

[99] The distinction which Mr Flaux QC seeks to draw between SNPC’s own

Giurisprudenza

oil and that belonging to the State is one without substance since its accounts do not and cannot accurately differentiate between the two: it has one set of earnings and not two and oil cargoes are mixed. The oil trading cannot be verified since Congo is unwilling for SNPC's documents to be disclosed on grounds of security, not security of SNPC but of the State. The consequence of the Government causing or permitting SNPC to continue its present activities in the way it does is to cause a leak in the monies available for State purposes and to encourage corruption. It also puts SNPC firmly into the category of an organ of the State with no independent commercial existence. The State uses SNPC as a vehicle for doing the Government's business. It is properly to be regarded as a governmental organisation. This case is distinguishable from the facts in the *Rolimpe* case. There, the Polish company did not make disbursements out of its funds for the benefit of the Government. It was expected to make a profit from activities which, albeit under the control of the Minister, were determined by the company itself. Here there was no dividend; the control of the Government was absolute in terms of the voting majority on the Board, even assuming that the Articles were a reality rather than just window dressing. In that case the court received extensive evidence from the company; here no-one has come to tell the court about the way its business is run.

[100] Furthermore, I am not persuaded that it would be safe to rely on the face value of the documents. Form and reality may not coincide. For example, the impossibility of separating out the oil trades made by SNPC of State oil from the trades made of what is called its own oil suggests that the distinction between the two is not in reality maintained. Further, it is clear that the state is requiring SNPC to undertake activities which fall outside its articles [see the IMF report]. Finally, the complete lack of witnesses from SNPC to explain the problems which I have identified makes it impossible for the court to accept Mr Flaux QC's submissions. The documents alone do not tell the whole truth. A combination of the factors that I have identified leads me to the conclusion that SNPC is an organ of the state.

Fininco

[101] I return to Fininco.

[102] Even if Fininco were to be regarded as a nominee or organ of the State when the shares were acquired, has it become a separate and independent subsidiary of SNPC and should I regard its first two years of existence as anomalous and atypical of the status of the company?

[103] The arguments here centred on Mr Ikama's evidence and the documents which have been disclosed. It is Mr Flaux QC's case that:

(1) Fininco was formally incorporated as a subsidiary of SNPC in compliance with OHADA principles governing the incorporation of companies.

(2) There is no evidence to suggest, as Walker does, that Fininco was set up to avoid the consequences of the *saisie* proceedings taken by Walker against SNPC in the French Courts. The first *saisie* was obtained on 24 October 2001 and was directed at two of the banks with which SNPC had pre-financing arrangements. "For an oil company such as SNPC to wish to set up a subsidiary specialising in financial and investment matters is neither surprising nor sinister, nor is the fact that the investments which such a company should make should include the purchase of commercial property in London."

(3) The absence of financial autonomy does not mean that Fininco is not a genuine and independent corporate entity.

(4) Fininco's accounts were audited by Ernst & Young of Brazzaville and if there had been any irregularity in the accounts they would have said so. The "increase in Fininco's share capital was financed by way of set-off against amounts loaned by SNPC and its treatment in the company's accounts were both approved by Ernst & Young [. . .]"

(5) The court should reject M. Hinfray's contention that Fininco had "no managerial or administrative autonomy whatsoever from SNPC and essentially does what it is told to do by SNPC." But a company in a group set up to carry out finance and investment would make the investments in accordance with the financial objectives of the group; but that is different from simply acting on the parent's instructions. Thus, Mr Ikama prepared a business plan and a programme of activities setting out

the activities of the company as he saw them. These were then discussed in the board. It is not a case of SNPC issuing *diktats*. Whilst Mr Hinfray referred to a number of items in Board Minutes for his thesis that Fininco had no administrative and managerial autonomy, on analysis they amounted to no more than a desire to standardise group procedures on matters such as taking advice from the parent's lawyers or sending the *compte courant* agreement to SNPC for their analysis and standardisation.

(6) Mr Ikama told the court that he was responsible for the way that the financial objectives were achieved; that he controlled day to day management and was responsible for the staff under his control.

Decision

[104] In reaching my decision on this aspect of the case I start with the first and obvious point that in formal terms Fininco is supposed to be a subsidiary of SNPC. Yet, on my findings, SNPC does not fulfil the functions of a company separated from the state. Largely because its monies are used to pay for Government expenditure I have concluded that as a matter of English law SNPC is, effectively, a Government Department of the State. It raises taxes and pays for elections and does not pay dividends to the State. Government Departments do not have 'subsidiaries'; it is clear that Fininco is a company set up by a Government Department and its relationships with SNPC must be looked at in that light. To an extent this affects the submissions of Mr Flaux QC who would have the court accept that the relationship between SNPC and Fininco was that of parent and subsidiary and was no different from the way that companies within a group behave to one another.

[105] Again, it is fair to say that Fininco was incorporated as a company and as a subsidiary of SNPC although the circumstances of its incorporation give rise to a number of unanswered questions. Its accounts are audited. It holds board meetings. On the other hand, it does not make any money; it is financially dependent upon the *compte courant* with SNPC, which is a potentially legitimate and mainstream method of a parent keeping its subsidiary in funds.

[106] Since I have had no reliable oral evidence, and no evidence at all from people who could have helped most, including in particular Mr Itoua, I have had to rely upon documents, which may be more for show than reality. I cannot conclude for certain that Fininco was set up because Walker had made attempts to seize the assets of SNPC in France. On a balance of probabilities, this seems a reasonable inference to draw. The circumstances in which it was incorporated [see paras 20 - 40 above] show that it was done in a hurry. The cross investment between COSER and Fininco is very odd: each apparently investing in the other, even though Fininco's investment in COSER is not recorded in its books and COSER itself never paid any money by way of share capital to Fininco.

[107] I am satisfied for the reasons referred to earlier in this judgment that the shares in Jackson were acquired with SNPC funds without any management participation by the Board of Fininco, which had no money or bank account when the contract to buy the shares was made. Fininco's incorporation was, as was noted, incompatible with the objectives of the World Bank/IMF that the State oil company should be privatised. I infer from the circumstances of its incorporation, the way the *compte courant* was established, and the way the shares were bought that Fininco was simply a tool of the Congo/ SNPC in 2002 and 2003. Although Fininco nominally held the shares in Jackson, in reality ownership of them was retained by SNPC/Congo. Fininco was no more than an extension of SNPC using Government money to undertake various projects. As such, it was a device used by Congo to spend more of the money, which should have gone to the Treasury, for its own ends. Whether Mr Trace QC is right to say that it was used for the purpose of frustrating creditors I am not absolutely sure, but reach that conclusion on a balance of probabilities.

[108] The control of SNPC's earnings which should belong to the State is diluted by Fininco, which is a tool of SNPC and is dissipating SNPC's assets one step removed from SNPC. Fininco is engaged on doing State business under the control of Mr Itoua, initially, and thereafter his successor.

Fininco since 2003

[109] Strictly, it is unnecessary to consider whether Fininco's position has changed over the years. At the time of the relevant acquisition it was simply a tool of SNPC. I remain unconvinced that Fininco has achieved sufficient semblance of autonomy after 2003 to alter that conclusion. It is, in form, a separate corporate entity and audited by Congolese offices of reputable accountants. Substantially, Fininco has done no business since its formation. That is not to say that it has not developed somewhat grandiose schemes for the future. It has resolved to become a founder member of the Central African Stock Exchange, BVMAC. The documents show that there was a closing budget for the 2003 year which proclaimed that:

"The foundations of the launch of Fininco [...] have been laid. Thanks to the assistance of the parent company, the company has constituted a reliable patrimony (property and financial assets). The capital increase and capital payment operations in the 2002 financial year supported the equity capital of Fininco [...] giving it the means of affirming itself as a "group leader" financial company."

[110] In the financial year 2003 Fininco established a French subsidiary [wholly owned]. For this purpose it used monies advanced to it by SNPC. It also acquired shares in BVMAC for 140 millions ECFA. In fact for the 2003 year Fininco did no business as it was still "in the process of setting up its operational structure." In June 2004, there appears to have been a Board Meeting of Fininco's directors approving the final form of the accounts for the 2003 year. As a Miscellaneous item it was noted that the parent company would set up a unit to "consider fiscal matters" and that the unit would be instructed by the Board to "take responsibility [for] training, the monitoring of legal and fiscal affairs and auditing." There was also a need for collaboration in the area of accounts and finance and the Board "pointed out that the organisation charts of the subsidiaries must be finalised and sent to the parent company for approval. Only then can the appointments take place." Further

"the procedures relating to offices and interim responsibilities at subsidiary level: the requests relating to the offices of Managing Director of the subsidiaries

must be sent to the Chairman of the Board. The interim memoranda stating the scope of powers must be initialled by the Chairman of the Board. The interim memoranda stating the scope of powers must be initialled by the Chairman of the Board."

[111] Mr Ikama produced a 'Programme of Activities' for the years 2004 - 2007.

The following items were discussed

(1) The idea of Fininco issuing bonds "to obtain funds from the public to meet the State's and the SNPC Group's finance requirements."

(2) The design of "cover products to protect the State's petroleum revenue and the group's activity against the volatility of the US dollar exchange rate, the flow of oil and the level of the interest rates".

(3) The setting-up of a second category "micro-finance establishment the purpose of which would be to demonstrate to the Congolese more tangibly the use made of the national petroleum resources on behalf of the official banking sector." It was proposed that it would apply for the necessary approval "with the aim of becoming operational in March [2004]."

(5) Fininco is looking into the possibility of setting up an entity for wholesale trading in the currency markets.

(6) Obtaining finance for the members of the group.

(7) Financial Consultancy

(8) Centralised management of the group's funds.

[112] The aim of the scheme was to make Fininco financially independent of SNPC. "It should be stressed however, that the success of almost all these activities is linked to the favourable development of the activities of the parent company and the state development of the worldwide petroleum market."

[113] At a board meeting held on 23 December 2003 the Board set Fininco the following major objectives:

"progressive transformation of the SNPC's group oil assets into financial assets;

Control of an insurance company by 2005-2006;

Control or creation of an "investment bank" type of financial banking establishment by 2006-2007."

[114] It is difficult to understand what benefit Fininco would receive from an investment in BVMAC, since, on the evidence, investment in a Stock Exchange, unless it is mature, does not create a positive return on the investment. This is the sort of investment one would expect the Government to do. The decision to acquire these shares cannot have been taken by Fininco on the basis that it was a good commercial investment from their point of view. In my judgment, this was an investment which the Government wanted and simply put the operation into Fininco and provided Fininco with the money to do it. The micro finance initiative was essentially part of the State's anti-poverty initiative. This was State money being used for State business. This is not a genuine business venture for a subsidiary company. Fininco, with SNPC money bought a building in Brazzaville which is let to an organisation called Agricongo, a quasi public NGO. This was a State investment using money from the State and is no different from SNPC's direct expenditures on behalf of the State. As to trading in the currency markets, Mr Ikama explained that this would be hedging currency fluctuations arising from SNPC's oil trades. If done, it would be no different from SNPC doing its own hedging. As to the suggestion that Fininco should act as a central cash pool within "the SNPC group", Fininco's own business plan reveals that the main initiative would be to "enable SNPC through the intermediary of Fininco to invest money on a short-term basis so that it will continue to be more readily available for use." That speaks for itself.

[115] I agree with M. Hinfray that Fininco enjoyed no financial independence in 2004 either. I also agree with M. Hinfray's evidence relating to administrative and managerial control. Not all the points carried significant weight, but taken overall I regarded the points he made as substantial.

(omissis)

[119] Taking into account that M. Hinfray was giving evidence in English, which was not his first language, it is reasonably clear what he is saying. He says that looking at the Minutes of Board Meetings overall, there are a number of

indicators which suggest an unusual degree of control by a parent of a subsidiary. His conclusion, which I accept, is that Fininco had no financial, legal administrative or managerial autonomy. He also says that whilst there were elaborate plans being made there was no evidence from the accounts which he saw that any of these plans had been put into effect. Fininco was never in a position to own a bank or insurance company or trade in currency unless it was backed by SNPC, who could as well have done those things itself on behalf of the Government. The explanation put forward by Mr Flaux QC that things happen slowly in Africa may or may not be a sufficient explanation for the difference between form and reality. Having concluded that SNPC, while having the form of a company was simply being used as an organ of Government, it is a conclusion I am equally prepared to draw in the case of Fininco. It was in form a company with an independent mind; in reality it was simply a conduit pipe through which Government monies were channelled for purposes of which the Government approved. The pretence, as I think it is, that Fininco is a genuine commercial organization separate from Government is probably part of the game of cat and mouse to which I have referred.

Estoppel

[120] It seems to me that the estoppel argument cannot succeed in relation to the French proceedings, if only because the issue whether SNPC was an emanation of the State is not the relevant issue in this jurisdiction. In any event, although I have concluded that Fininco, SNPC and the Congo are effectively one and the same entity, until that finding was made on the basis of the evidence before me, there could be no estoppel. The fact that on the application of English Law this court has reached the same conclusion, under a different umbrella, to a limited extent fortifies my conclusion on that issue. As to the Cayman Islands case I have to say, with the greatest of respect to the Judge there, that I am not sure upon what basis he arrived at his final conclusion that SNPC's assets should be made available to satisfy the judgment debt owed by Congo. But, again, I note that I have reached the same conclusion but for different reasons.

The Insolvency Act

[121] Sections 423 and 425 of the Insolvency Act 1986 provide as follows:

"423 Transactions defrauding creditors

(1) This section relates to transactions entered into at an undervalue; and a person enters into such a transaction with another if:

(a) he makes a gift to the other person or he otherwise enters into a transaction with the other on terms that provide for him to provide no consideration; or

[...]

(c) he enters into a transaction with the other for a consideration the value of which, in money or money's worth, is significantly less than the value, in money or money's worth, of the consideration provided by himself.

(2) Where a person has entered into such a transaction, the court may, if satisfied under the next sub-section, make such order as it thinks fit:

(a) restoring the position to what it would have been if the transaction had not been entered into, and

(b) protecting the interests of persons who are victims of the transaction.

(3) In case of a person entering into such a transaction, an order shall only be made if the court is satisfied that it was entered into by him for the purpose:

(a) of putting assets beyond the reach of a person who is making, or may at some time make, a claim against him, or

(b) of otherwise prejudicing the interests of such a person in relation to the claim which is making or may make."

[...]

"425 Provision which may be made by order under s.423

(1) Without prejudice to the generality of section 423, an order made under that section with respect to a transaction may (subject as follows) -

(a) require any property transferred as part of the transaction to be vested in any person, either absolutely or for the benefit of all the persons on whose behalf the application for the order is treated as made;

(b) require any property to be so vested if it represents, in any person's hands, the application either of the proceeds of sale of property so transferred or of money so transferred;

[...]

(d) require any person to pay to any

other person in respect of benefits received from the debtor such sums as the court may direct;

[...]

(f) provide for security to be provided for the discharge of any obligation imposed by or arising under the order, for such an obligation to be charge on any property and for such security or charge to have the same priority as a security or charge released or discharged (in whole or in part) under the transaction.

(2) An order under section 423 may affect the property of, or impose an obligation on, any person whether or not he is person with whom the debtor entered into the transaction; but such an order -

(a) shall not prejudice any interest in property which was acquired from a person other than the debtor and which was acquired in good faith, for value and without notice of the relevant circumstances, or prejudice any interest deriving from such an interest, and

(b) shall not require a person who received a benefit from the transaction in good faith, for value and without notice of the relevant circumstances to pay any sum unless he was a party to the transaction."

The parties' submissions

[122] Mr Trace QC made the following submissions:

(a) The jurisdiction proceeds on the assumption, as it was put in the Cork Report [The Report of the Review Committee on Insolvency Law & Practice - Cmnd.8558, June 1982] that "persons must be just before they are generous and that debts must be paid before gifts can be made."

(b) There are two basic elements that are required:

(i) that a transaction has been entered into for no consideration or at an undervalue and

(ii) that the purpose of the debtor in so doing was to defeat creditors' claims or in some other way prejudice their interests.

(c) In relation to the first element, the wording of s 423 should not be construed so as to frustrate the purpose of the section: see *The Department for Environment Food and Rural Affairs v Feakins* [26 November 2004] per Hart J. at paras 44 and 45.

(d) As for the second element, the statutory purpose does not have to be the sole or the dominant purpose and dishonesty does not have to be proved. In *IRC v Hashmi* [2002] 2 BCLC the Court of Appeal confirmed that it must be established that it was a "real substantial purpose" of the transferor to put his assets beyond reach of creditors or otherwise prejudice the interests of such persons.

(e) Applying those principles, there are a number of arrangements or transactions which fall within the section:

(i) The arrangements of setting up Fininco so as to divert to it assets belonging to Congo/ SNPC so as to avoid creditors - comparable to the insertion of Olearius into the chain of oil sale transactions. Since Fininco is never going to be able to repay the monies advanced to it and since there is no intention that it should, Fininco has given no consideration for the advances made to them.

(ii) Jackson's shares were put into Fininco's name rather than into the name of SNPC or SNPC (UK) and this amounts to a transaction for which there was no or no significant consideration. It was based on monies from SNPC and was 'covered' by a letter which purported to confirm a loan which was an empty paper trail.

(iii) At the very least, the business opportunity of buying Jackson and acquiring a commercial property was worth something and the benefit of that opportunity was transferred to Fininco for no consideration.

(f) The purpose of using Fininco to hold the assets was plainly for the statutory purpose, having regard to the way Fininco was incorporated, the fact that it was effectively managed and run by SNPC/ Congo and that there is no valid reason why SNPC or SNPC (UK) should not own the shares themselves in their own name unless they were worried that their creditors would more readily be able to trace and get their hands on the assets.

(g) As for the defence raised that s 423 is incapable of having extra-territorial effect, as a matter of law that is wrong. In a decision in the Court of Appeal in *Re Paramount Airways Ltd (in administration)* [1993] CH 223 at page 235, on s 238 of the Act, but in which s

423 was also considered, the Vice Chancellor [Sir Donald Nicholls] said:

"[...] on its face, the legislation is of unlimited territorial scope. To be within the sections a transaction must possess certain features. For instance, it must be at an undervalue [...] If a transaction satisfies these requirements, the section applies, irrespective of the situation of the property, irrespective of the nationality or residence of the other party, and irrespective of the law which governs the transaction. In this respect, the sections purport to be of universal application. The expression "with any person" merely serves to underline this universality."

Thus, as the court made clear "siphoning money abroad [...] is a typical case to which the new legislation must have been intended to apply." But in this case, the property is located here; Jackson is an English registered company; the acquisition of the shares was governed by English Law and Fininco was intended to be at least the nominal company which bought the shares. It was submitted to me that I should therefore be readily satisfied that Fininco is "sufficiently connected with England for it to be just and proper to make the order against him despite the foreign element." [per Sir Donald Nicholls at page 239-40].

[123] For Fininco, Mr Flaax QC made the following submissions:

(a) In order to succeed, Walker would have to establish that Congo/ SNPC and Fininco are one and the same.

(b) Walker cannot establish that the substantial purpose of the transaction was to put assets beyond the reach of creditors. In *Hashmi* [paragraphs 39-40] Simon Brown LJ said that the court should ask

"Can the court be satisfied that a substantial purpose of the debtor's transaction was (putting it in shorthand) to escape his liabilities" but "if in fact the judge were to find in any given case that the transaction is one which the debtor might well have entered into in any event [for example, out of a wish to avoid inheritance tax], he should not then too readily infer that the debtor also had the substantial purpose of escaping his liabilities.

(c) The test of whether the debtor had that intention is subjective and he must be shown actually to have the intention. In this case there is "simply no

Giurisprudenza

basis whatsoever for Walker's suggestion that the purpose (let alone the substantial purpose) of the relevant transaction was to enable SNPC let alone [Congo] to put assets beyond the reach of its creditors." [Skeleton closing submission para 89].

(d) The section only applies to transactions "at an undervalue". There must at least be some "gratuitous element". The court will take into account the reality of the benefit received and not merely what was expressed to be the consideration. The real transaction which Walker seeks to impugn is the acquisition of the shares in Jackson with monies advanced by SNPC without "interest". But the fact that a loan is provided interest free does not mean that it is a transaction at an undervalue. Thus, increases in commercial property values would enhance the value of the shares held by Fininco in Jackson. If SNPC had purchased the shares in their own name they would then have been responsible for the costs of managing and administering the property which are not inconsiderable. "It is difficult to see how it can be suggested that the consideration provided by SNPC was significantly less than that received, let alone involves a gift or a gratuitous element." - para 92 of the Closing Submission.

Decision

[124] With great respect to him, in my view Mr Flaux QC is wrong when he says that, as a precondition to the application of this section, the court must have first concluded that Congo/ SNPC and Fininco were one and the same. On the contrary, had that been a necessary condition, the Claimants would have been entitled to succeed without the application of the section. It may be that this error stems from the fact that in their opening submissions, Fininco treated the transaction between Fininco and Jackson as being the relevant transaction. But that is a misunderstanding of how the section works in this case. The transaction that is being 'attacked' is that between SNPC and Fininco, namely 'putting' the shares into Fininco's name. It so happens that I have concluded that Congo/ SNPC and Fininco are one and the same. The consequence is not that the section can now be considered; rather that a consideration of it is not necessary to my decision. However, in the light of

the arguments addressed to me, I propose to deal with this part of the argument on the assumption that Fininco is separate and distinct from Congo/ SNPC [but that SNPC is a Government Department rather than a State owned corporation].

[125] Has a transaction been entered into at an undervalue? In my view, the 'transaction' is, essentially, that identified in para 122(e)(ii), namely the 'putting' of the shares into the name of Fininco when Fininco effectively gave no consideration for the acquisition. The only suggestion that Fininco gave consideration is the existence of the *compte courant* and the letter apparently dated in January 2003 from Fininco purporting to evidence a loan from SNPC. I have already concluded that there was no prospect that Fininco could repay SNPC and I infer that there was no intention that it should do so, since Fininco had effectively earned nothing since its incorporation. The letter was probably written as part of the cat and mouse game and has no evidential weight. In any event, even had SNPC genuinely made a loan to Fininco, the loan was interest free and that made the transaction at an undervalue, since a commercial transaction even between parent and subsidiary would involve the parent receiving interest on monies lent, as the *compte courant* provided for. Fininco did not give and was never intended to give full value for the acquisition of the shares. They were bought with SNPC money which was never going to be repaid and which was interest free.

[126] What was the purpose of the transaction? Unless SNPC wanted to hide their funds from their creditors' gaze, there was no sensible purpose for putting the property into Fininco's name. The original intention was to acquire premises for SNPC UK and when pressure came on SNPC in the litigation in Paris a decision must have been taken to 'put' the shares into a different and as yet unknown name. I have no difficulty in inferring, from all the circumstances outlined above, that the purpose of transferring the shares to Fininco was to put them beyond the reach of creditors such as Walker who were making claims against SNPC [for whom read Congo]. Fininco was 'inserted' into the transaction, just as *Olearius* had been in the Cayman Islands Case, in order to

meet the aspirations outlined in the Cleary Gottlieb Memorandum; namely to avoid paying Congo's creditors.

[127] Had this been the sole ground upon which Walker relied, I would have found in their favour upon it and used the court's powers under s 425 of the Act to require the shares to be vested in SNPC, which would then have become amenable to execution on the basis that Congo, the debtor was "interested beneficially" in both the shares and Jackson's property. When the parties have had a chance to read this judgment in draft, I will consider whether it would be appropriate to make any such order having regard to my finding that Fininco is simply an organ of the State, just like SNPC.

Conclusion

[128] It follows, therefore, that I hold that Congo are beneficially interested in the shares of Jackson and Jackson's property. I will consider the form of order after hearing arguments from counsel.

Addendum

Since writing my judgment and sending it to the parties for correction, I have had the chance to read the judgment of Cooke J in the matter of *Kensington International Limited v Republic of Congo & as third parties Glencore Energy UK Limited, Sphynx UK Limited, Sphynx (BDA) Limited, Africa Oil & Gas Corporation and Cotrade SA* [Folio 2002 Nos 1088, 1281, 1282 & 1357, judgment handed down on 28 November 2005.] In his judgment, as in mine, Cooke J. concluded that Congo had:

- (a) put forward dishonest oral evidence;
- (b) failed to disclose relevant documents;
- (c) relied on documents which did not evidence the true situation and were backdated.

These are serious matters. Witnesses who deliberately lie in court may be prosecuted for perjury. The creation of false and misleading documents for use in court may expose those who participate in it to prosecution for forgery. Deliberately trying to mislead the court may also involve proceedings for contempt of court. I simply express the hope that those who advise Congo/ SNPC will take note of this for the future.

Bonifici bancari e *dishonest assistance*

Inghilterra e Galles – High Court

Trasferimento di somme – doveri fiduciarie – trust – “dishonest assistance” – criteri che ne consentono l’individuazione

High Court of Justice (Queen’s Bench Division), Treacy J., 28 novembre 2005 [Adnan Shaaban Abou-Rahmah and another v Al-Haji Abdul Kadir Abacha and others]

Non può essere ritenuta responsabile di dishonest assistance la banca che abbia trasferito a terzi una somma di denaro bonificata su un conto corrente aperto presso di essa quando non sia dimostrato che essa fosse a conoscenza della relazione fiduciaria intercorrente tra colui che ha effettuato il deposito ed il beneficiario del versamento, con la conseguente violazione delle obbligazioni fiduciarie connesse al rapporto; oppure che essa fosse a conoscenza del fatto che la somma bonificata sul conto corrente fosse il frutto della violazione di obbligazioni fiduciarie o che costituisse il prodotto di una fraud.

Sommario

Con l’instaurazione di questo procedimento la Queen’s Bench Division della High Court inglese viene chiamata a pronunciarsi su un caso di *dishonest assistance*.

Oggetto della controversia è la pretesa dei ricorrenti di essere risarciti da uno dei convenuti, una banca nigeriana, per la perdita da essi subita a causa di un’operazione fraudolenta compiuta in loro danno dalla stessa banca e da altri convenuti. Il Sig. Adam, infatti, ricevette la proposta di partecipare all’istituzioni di un trust del quale sarebbe stato nominato trustee: tale incarico avrebbe dovuto fruttargli considerevoli guadagni. Tuttavia, per agevolare il superamento di alcuni ostacoli burocratici all’istituzione del trust, al Sig. Adam venne richiesto un contributo economico (che sarebbe stato restituito) da versarsi su di un conto corrente aperto presso l’istituto di credito da uno dei proponenti. La richiesta venne prontamente soddisfatta, ma dopo poco tempo, non soltanto

la somma fu trasferita dalla banca su di un diverso conto corrente, ma dei proponenti l’affare si persero le tracce.

Palesatasi dunque la frode, i ricorrenti pongono a fondamento della propria pretesa risarcitoria nei confronti della banca una *dishonest assistance* della banca stessa nella commissione della frode: essi, infatti, sostengono che l’istituto avrebbe negligenemente trasferito ad un terzo estraneo all’operazione il denaro versato dal Sig. Adam, violando in questo modo le obbligazioni fiduciarie su di esso gravanti; in virtù di tale *breach of trust* e della condotta disonesta, inoltre, i ricorrenti chiedono che il giudice riconosca l’incidenza, su quelle stessa somma, di un *resulting trust* o di un *Quistclose trust*(1) in loro favore.

Il giudice, tuttavia, rigetta le domande attrici indicando alcuni criteri e principî di cui si deve tener conto affinché sia configurabile la *dishonest assistance*:

1. innanzi tutto è necessaria la consapevolezza della persona ritenuta responsabile di *dishonest assistance* di aver preso parte ad un’operazione che vada contro agli *standard* che consentono, normalmente, di considerare onesta una certa condotta,

2. in secondo luogo è necessaria la consapevolezza che l’operazione in corso è tale per cui una persona non possa prendervi parte in tutta onestà, ovvero senza avere il sospetto, unito alla volontà di non fare indagini, che l’operazione non sia lecita,

3. senza, però, che ciò possa far ritenere necessario che l’accusato fosse a conoscenza della presenza del trust o della obbligazione fiduciaria che si assume essere stata violata,

4. essendo sufficiente il sospetto che il denaro fosse vincolato in un trust.

Dalle prove emerse nel corso del pro-

cedimento, tuttavia, nessuno dei criteri e principî indicati risulta essere stato soddisfatto, cosicché nessuna responsabilità può essere ravvisata in capo all’istituto di credito nigeriano.

Del pari, non sussiste in capo alla banca né una responsabilità per violazione di un presunto *duty of care*, non ravvisabile nella fattispecie, né una condotta contraria a principî di buona fede, né, infine, essa può essere considerata trustee di un *resulting* o di un *Quistclose trust* poiché, al momento del trasferimento della somma di denaro gli attori-depositanti non si riservarono su di essa alcun *beneficial interest*.

(E. B.)

Testo del sommario della Sentenza

The First and Second Claimants (‘A’ and ‘K’) sought recovery of \$625,000 paid to the Fourth Defendant (‘CEB’) arising from a fraud of which A and K claimed they were victims. A was informed by the First, Second and Third Defendants (‘D’) that they intended to set up a family trust worth \$65m that they wished to transfer to A as a trustee to invest in an Arab country. K agreed to assist A in making suitable investments with the proposed trust money.

D claimed that the trust money was located in Benin, and that there was a series of bureaucratic obstacles which could only be overcome by making

Note:

In virtù dell’accordo di collaborazione intercorrente tra questa Rivista e Wills & Trusts Law Reports, riproduciamo il testo del sommario della sentenza da [2006] WTLR 377.

(1) Barclays Bank Ltd. v Quistclose Investment Ltd., [1968] 3 All ER 651, *infra*, 626.

Giurisprudenza

payments. A was asked to contribute towards those payments, and K, at the request of A, paid the sum of \$625,000 into a bank account held by CEB in London. Those payments were made with instructions that the money was to be held for the benefit of 'Trust International', which was the name of the party to which D had instructed A to pay the money. Despite assurances from D that the trust money would be released following payment of the \$625,000, it was never paid to A. D subsequently disappeared and it was apparent that the scheme had been used to defraud A and K.

CEB was a Nigerian registered bank that used the London account to receive sums in dollars against which it could release money to customers in Nigeria. The \$625,000 had been released to customers operating under the name 'Trusty International'. It was clear that 'Trusty International' was in league with D.

A and K contended that:

1. the circumstances of CEB's receipt and handling of the \$625,000 amounted to knowing or dishonest assistance on its part in the fraud which had been committed against them;

2. the payment by CEB to a party other than the one specified in the instructions as the proper beneficiary was negligent;

3. the money was held by CEB on a resulting or Quistclose trust that was breached when the money was paid to a party other than the one identified in the instructions; and

4. the circumstances of the payment gave rise to a claim in restitution on the basis of money had and received and/or mistake.

In response, CEB asserted that there was an over-arching allegation of illegality, saying that A and K were knowingly involved in a dishonest scheme or were involved in the illegal performance of a scheme in such a way as to disentitle them to relief. On the specific claims it:

1. denied that it had any necessary degree of knowledge that would render it liable for knowing or dishonest assistance;

2. contended that it did not owe A and K a duty of care in relation to the money paid into its London account, denied breach of any duty in paying the money to Trusty International, denied

that loss had been sustained as a result of any action that it carried out, and asserted that if negligence was established, then there was contributory negligence on behalf of the Claimants;

3. denied that the instructions which were given and which accompanied the payment of the moneys into the London account were capable of amounting to an express trust, and asserted that by paying the money into the London account A and K had parted with any beneficial interest in the money which they had previously had; and

4. submitted that, in relation to the action for money had and received, it had changed its position.

Held

Judgment for was given for CEB. None of A and K's heads of claim succeeded. The facts indicated that A and K were not involved in any illegality and as such were not disentitled to relief. However:

1. The claim for dishonest assistance failed. The agreement between A and D was in the nature of a joint venture that gave rise to fiduciary duties, including a mutual duty on the parties to act in good faith in their dealings with each other. The frauds perpetrated on A were in clear breach of that duty. The following principles were relevant to the state of mind of the person alleged to have assisted in the breach:

(i) the person's knowledge of the relevant transaction had to be such as to render his participation contrary to normally acceptable standards of honest conduct;

(ii) such a state of mind may involve knowledge that the transaction is one in which the person cannot honestly participate or may involve suspicions combined with a conscious decision not to make enquiries;

(iii) it was not necessary to show that the person assisting knew of the existence of the trust or fiduciary relationship and/or that the transfer of funds involved a breach of that trust; and

(iv) it was sufficient that the person assisting had a clear suspicion that the money was held in trust.

There was no evidence that CEB was aware of the existence of a situation giving rise to a fiduciary duty owed to A, that such a duty had been breached, or

that the funds passing through its London account were the fruits of the breach of duty or had been obtained by fraud. CEB did not fall within the ambit of liability described in *Twinsectra Ltd v Yardley* [2002] WTLR 423, and did not have dishonest knowledge of misappropriation from anyone.

2. No duty of care could arise. The case was concerned with purely economic loss and the common law is reluctant to impose a duty of care save in exceptional circumstances. The test for determining a duty of care is foreseeability, proximity and reasonableness. A and K were not CEB's customers, no special responsibility had been undertaken by CEB to A and K, there had been no prior contact by A and K, and the imposition of a duty of care in relation to such persons would impose heavy burdens on banks. If such a duty had existed, no breach of it could be established. Nor could any loss have been caused by any such breach because, in the circumstances, the Claimants if requested would have agreed to payment to Trusty International instead of Trust International.

3. The claim for a resulting trust also failed. Once A and K had paid the money to CEB's London account in accordance with D's instructions, they had parted with the money unconditionally. There was no retention of any beneficial interest by them in the money.

4. CEB had changed its position by releasing to Trusty International sums equivalent to the money paid into its London bank account by K. There was no evidence that CEB had acted otherwise than in good faith. In these circumstances, it would be inequitable to subject it to a restitutionary remedy when it had done no more than that which A and K in their deceived state of mind would have wished it to do.

Mancata prova dell'*undue influence* e dichiarazione giudiziale di trust

Inghilterra e Galles – Court of Appeal

“Undue influence” – bene immobile – accordo tra padre e figlia per il trasferimento della proprietà – mancata prova dell’“undue influence”

Court of Appeal (Civil Division), Chadwick, Buxton, L.J.J., 8 marzo 2005 [Khalid Ali Ismail Turkey v Adnan Mohammed Awadh, Aziza Khalid Ali Ismail Turkey]

La figlia che si obblighi con il proprio padre a vendergli un immobile, ma poi deduca senza successo l'undue influence del genitore nei propri confronti, è trustee dello stesso bene in favore del padre.

Sommario

Aziza e Adnan, che vivono in Arabia Saudita, nel 1985 acquistano una proprietà immobiliare in Inghilterra pagandone il prezzo mediante mutuo assistito da garanzia ipotecaria. Qualche tempo dopo sottoscrivono un accordo con Khalid, padre di Aziza e già da tempo inquilino dell'immobile, in base al quale la proprietà del bene gli sarebbe passata a seguito del pagamento di 93.000 sterline e della liberazione del cespite dall'ipoteca e da ogni obbligazione e debito. Khalid versa immediatamente il denaro contante, ma estingue l'ipoteca solamente nove anni dopo: finalmente, quindi, chiede l'esecuzione del contratto, ma si vede opposto un rifiuto. I proprietari, infatti, sostengono che l'accordo era stato frutto dell'esercizio di *undue influence* da parte di Khalid sulla figlia e che, pertanto, era viziato da nullità.

In diritto inglese l'esercizio di influenza indebita (“undue influence”) è fonte di responsabilità per chi la esercita e causa del sorgere, talvolta, di un trust in favore della vittima. Gli elementi essenziali per la sussistenza di una presunta influenza indebita sono due: una relazione di fiducia e affidamento (*trust and confidence*) che emerga dal rapporto preesistente tra le parti del negozio, o che sia sorta a seguito delle particolari circostanze dell'operazio-

ne; e il raggiungimento di una transazione economica imprevista per la controparte, la quale sia stata determinata a contrarre esclusivamente a seguito dell'altrui condotta.

La vittima ha l'onere di provare la sussistenza di questi due elementi: in caso di successo, sulla controparte si riverserà un onere probatorio contrario consistente nel dover dimostrare che, nonostante le apparenze, non si è verificata alcuna influenza indebita. Mentre se non è dimostrata la sussistenza dei due elementi il negozio sarà valido.

Dalle risultanze processuali l'*undue influence* non risulta provata, non sussistendo nessuno dei due requisiti fondamentali: il giudice, pertanto, accoglie la posizione di Khalid e dichiara un trust in suo favore, avente ad oggetto l'immobile, del quale Aziza (nel frattempo divenuta unica proprietaria) è trustee.

(E. B.)

Testo del sommario della Sentenza

The Defendants ('Aziza' and 'Adnan'), who lived in Saudi Arabia, acquired the long leasehold of 141 Inverness Terrace, Bayswater ('the Property') with the assistance of a mortgage from the Bradford & Bingley Building Society in 1985. The Claimant ('Khalid'), who was the father of Aziza, entered into a tenancy agreement at a rent of £1,500 a month and thereafter lived at the Property with his wife. Subsequently, in about May 1993, Aziza and Adnan entered into a deed with Khalid whereby it was agreed that the Property would be transferred to Khalid, or to a person at his direction, so long as he paid 500,000 Saudi riyals (approximately £93,000 at the then rate of exchange) and also discharged the

mortgage and other debts and obligations ('the Agreement'). Khalid paid the cash immediately but could not call for a transfer of the Property until he had discharged the mortgage. When he had achieved this nine years later, Aziza and Adnan declined his call for a transfer of the Property, claiming misrepresentation and that the Agreement should be set aside on grounds of undue influence exercised by Khalid. At the end of a lengthy trial both of these claims were dismissed and an order was made, on 12 August 2004, that Aziza (who had then become the sole registered proprietor) held the leasehold interest in the Property on trust for Khalid. Aziza appealed.

Held

This was a case of presumed undue influence. Whilst the Agreement was clearly an internal family arrangement, Aziza was characterised as a fairly young lady of limited education, minimal experience of business and limited command of English. The transaction was substantial, involving her principal

Nota:

In virtù dell'accordo di collaborazione intercorrente tra questa Rivista e Wills & Trusts Law Reports, riproduciamo il testo del sommario della sentenza da [2006] WTLR 563.

In tema di “undue influence” si vedano le seguenti sentenze pubblicate in questa Rivista: *In re Estate of Edwin Long*. Knobloch v Lyon and others, 2001, 105; *Singla v Bashir*, 2003, 79; *Bank of China (Hong Kong) Ltd v Wong King Sing & others*, 2003, 444; ed i commenti di M. Grondona, La tutela della libertà del consenso tra “undue influence”, dolo e squilibrio contrattuale, 2001, 227; Id., *Undue influence; unconscionable bargain; inequality of bargaining power*: poteri del giudice sul contratto e trasparenza delle motivazioni, 2003, 245.

Giurisprudenza

asset in England, and although a solicitor explained it to her with Khalid acting as interpreter, she was not given independent advice. Moreover, no thought appeared to have been given to the value of the Property and future changes in property prices. The law on presumed undue influence had been correctly stated, namely that one had to prove two elements, first, a relation of trust and confidence that sprang from the relationship between the parties or arose because of the actual circumstances of the transaction itself and, secondly, a transaction that called for an explanation but which, on the facts, was not forthcoming. Once those two elements had been proved, a presumption of undue influence arose, and the burden then shifted to the other party to prove that, as a matter of fact, despite the terms and nature of the agreement, he did not use the influence he acquired in the parties' relationship. This would normally be discharged, at least in husband-and-wife cases, by

showing that the other party had entered into the transaction with his will fully unconstrained, usually with the benefit of independent legal advice.

On the facts of this case, there was no challenge to the finding that the relationship between the parties had been one of trust and confidence and that, if the transaction was one in which the burden of establishing its propriety had passed to Khalid, he would be unable to discharge that burden. Accordingly, the case turned on the sole element of whether there was a sufficient explanation for the transaction so as to cause the burden not to shift to Khalid. This question could be approached by considering whether, given the circumstances and nature of the transaction, it said to the unbiased observer that - absent explanation - it must represent the beneficiary taking advantage of his position. Although no, or no reasonable, steps were taken to determine whether the consideration paid by Khalid was fair and proper, that

was not enough to establish the misuse of undue influence or, at the very least, that the transaction was sufficiently unusual, with neither side giving thought to its value, to cause the matter to call for an explanation. The Agreement was not a normal commercial transaction but an internal family arrangement. Nothing was going to change to the use of the Property where Khalid and his wife lived until the mortgage had been paid, yet consideration in cash had been paid at once - the reason being that Aziza and Adnan could not service the mortgage and were faced with the prospect of possession proceedings and a forced sale, and, having regard to the fact that it was not alleged the price paid was a serious undervalue, to give proper value to either party would have meant an exercise more suitable for an actuary. In conclusion, the judge was entitled to make this finding on the facts of the case - the burden of demonstrating independence of mind on the part of Aziza and Adnan had not passed to Khalid.

Inesperienza dell'avvocato e intervento correttivo del giudice

Jersey – Royal Court

Atto istitutivo di trust – non conformità alla volontà del disponente – avvocato redattore non sufficientemente preparato – errore – esercizio del “power of rectification”

Royal Court, Birt, Deputy Bailiff, Le Brocq, Newcombe, Giurati, 16 dicembre 2004 [Re the Peach and Dolphin Trust (1988)]

Può essere disposta la rettifica di un atto istitutivo di trust che, a causa della scarsa preparazione professionale degli avvocati che lo hanno redatto, non corrisponde alle reali intenzioni della disponente, con, tra l'altro, gravi conseguenze fiscali.

Sommario

Dalla sentenza della Royal Court qui di seguito riportata emerge ancora una volta(1) la gravità delle conseguenze derivanti dall'aver fatto affidamento su di un professionista non adeguatamente preparato in materia di trust.

Nel 1996 alcuni avvocati vengono incaricati della redazione di un atto istitutivo di trust, sottoposto alla legge di Jersey, che, onde evitare un eccessivo aggravio fiscale, avrebbe dovuto caratterizzarsi per due clausole in particolare. In base alla prima, il trustee avrebbe dovuto avere il potere di versare il reddito dei beni in trust al beneficiario principale (la disponente), con accumulazione del residuo; in base alla seconda, il beneficiario principale avrebbe dovuto poter indicare al trustee altri soggetti, con espressa esclusione di se stessa, in cui favore esercitare un *power of appointment*, ma sempre previo consenso del guardiano.

L'inesperienza e la scarsa conoscenza della materia che gravava sui professionisti incaricati ha fatto sì che le intenzioni della disponente risultassero, nella stesura finale dell'atto, completamente travisate. Anziché attribuire al trustee un potere di versamento del reddito al beneficiario principale, con accumulazione del residuo, è stato infatti posto a suo carico un dovere (con conseguente nascita di un diritto in capo al beneficiario); mentre per quanto riguarda il *power of appointment*, non risulta prevista la neces-

sità del consenso del guardiano e, soprattutto, il beneficiario principale risulta poter indicare al trustee se stessa quale soggetto in favore del quale esercitare il *power*.

Tuttavia, per come redatto, lo strumento anziché limitare il prelievo fiscale ne comportava un incremento, del tutto ingiustificato alla luce delle reali intenzioni ad esso sottese.

Queste le premesse, il trustee ricorre al giudice affinché egli, avvalendosi del proprio *power of rectification*, provveda a modificare l'atto istitutivo. Il giudice, avendo riscontrato la presenza di tutti e tre i requisiti necessari allo scopo (la commissione di un “errore genuino”, tale per cui l'atto sia difforme dalla volontà del disponente, la piena prova di ciò e l'impossibilità di avvalersi di altro rimedio), ed accertata la scarsa preparazione dei professionisti che operarono nel 1996, provvede ad apportare le necessarie modifiche al trust affinché esso divenga corrispondente alle reali ed originarie intenzioni della disponente(2).

(E. B.)

Testo della Sentenza

[1] This is an application for rectification of a trust known as the “Peach and Dolphin Trust”. The trust is governed by the law of Jersey and Abacus (CI) Limited is the current trustee and brings the representation.

[2] The test for rectification is well established and the court has to be satisfied of three matters:

- i. that a genuine mistake has been made so that the trust does not reflect the true intention of the settlor;
- ii. there must be full and frank disclosure; and
- iii. there must be no other practical remedy.

[3] The court has received affidavit evidence from several of those involved

in the creation of the trust. The original deed was declared as a conventional discretionary trust by Lazard Trustee Company (CI) Limited on 6 September, 1988. However, it appears to have been completely dormant until 22 August, 1996, when by deed of appointment, the trust was put into its present form and at about the same time the settlor contributed the trust property to the trust.

[4] The key provisions are as follows. We should add that the term “Principal Beneficiary” referred to in the deed is a reference to the settlor, and the “Initial Period” referred to is the lifetime of the settlor or any earlier date which she may declare.

Note:

Riproduciamo il testo della sentenza da 7 ITEL 570.

(1) Il *power of rectification* del giudice è stato applicato nelle seguenti sentenze pubblicate in questa Rivista: *Kenneth Leslie Farmer v Carol Jean Sloan*, in questa Rivista, 2005, 595; *In the matter of the Williams Jersey 1994 Trust*, *ivi*, 2004, 287; *Fleet National Bank v Edward Wajda*, *ivi*, 2002, 623; *E. Virginia Walker and another v E. Virginia Walker and others*, *ivi*, 2002, 620; *HSBC (HK) Limited v Secretary for Justice and others*, *ivi*, 2002, 463; *Frey v Royal Bank of Scotland (Nassau) Limited*, *ivi*, 2002, 461; *In the matter of the Peter Hynd “H” Settlement*, *ivi*, 2001, 586; *In the matter of the Richard Colin Douglas 1990 Settlement*, *ivi*, 583; *Neeley and others v Neeley and others*, *ivi*, 109; *N & N Representatives v Spread Trustees Company Limited and others*, *ivi*, 2000, 405; *In the matter of the Representation of Terence Augustine le Sueur and Raleigh Nominees Limited and In the matter of the Joseph Eagle 1989 Settlement dated 16 February 1989 Application by the Representatives for leave to rectify the Settlement*, *ivi*, 2000, 596.

Per un commento v. M. Bridges, *Panorama di giurisprudenza recente sui trust*, in questa Rivista, 2005, 523.

(2) Sul potere di rettifica del giudice di Jersey v. E. Barla De Guglielmi, *Manifestazione della volontà delle parti ed errore nella redazione dell'atto: l'intervento del giudice*, in questa Rivista, 2004, 556.

Giurisprudenza

[5] The relevant provisions are as follows:

“3. During the Trust Period, and subject to the Overriding Powers below:

The Trustees shall pay the income of the Trust Fund to the Principal Beneficiary during the Initial Period.

4. The Trustees shall have the following powers during the Trust Period with the consent in writing of the Protector:

Power of Appointment

The Principal Beneficiary may appoint that the Trustees shall hold the Trust Fund for the benefit of any Beneficiaries, on such terms as the Principal Beneficiary thinks fit [...]”.

[6] What is said is that these provisions do not reflect the intentions of the settlor in the following respects:

i. The power of the principal beneficiary in cl 4 may be exercised without reference to the protector and may be exercised in favour of the principal beneficiary herself, whereas the intention was that the power of appointment of the principal beneficiary should not be exercisable in her own favour and should in any event, when exercised in favour of another beneficiary, only be exercisable with the written consent of the protector of the trust.

ii. Clause 3 confers a right on the principal beneficiary to receive the income of the trust whereas the intention was that there should merely be a power to pay the income to the principal beneficiary with any amount not paid out being accumulated.

The application asks the court to rectify the trust in these two respects.

[7] We deal first with cl 4. It is clear from the evidence produced to us how this error arose. In the first draft prepared by the Jersey advocates instructed by the original trustees, there was a power in the trustees to appoint capital to the principal beneficiary or any other beneficiary, but this was subject to the prior written consent of the protector. However, the draft at that stage did not include the power of the principal beneficiary to appoint capital amongst the beneficiaries as instructed.

[8] This error was realised fairly promptly by the advocates and they supplied an amended draft, which included a power of appointment in the hands of the principal beneficiary.

However, the draft failed to extend the requirement for the protector’s written consent to such an appointment and did not confine the power of appointment to the beneficiaries other than the principal beneficiary.

[9] We are satisfied from the evidence before us that the intention of the settlor was that any exercise of her power of appointment should be subject to the written consent of the protector and should not be exercisable in her own favour, only in favour of other beneficiaries. The provisions were therefore included in their present form by mistake.

[10] We turn now to cl 3 of the trust deed. The instructions to the original trustee were given on behalf of the settlor by the firm of Coopers and Lybrand, as it was, now Price Waterhouse Coopers, in the Netherlands. They were the advisers to the family generally. The instructions were that the trust should contain a life interest of which the principal beneficiary (in other words the settlor) would be the life tenant and pursuant to which she would have the right to income during her life. The trust deed was prepared in accordance with those instructions.

[11] However, Mr Xavier Auerbach, the partner of Price Waterhouse Coopers concerned, has asserted in his affidavit that, although he sees now that the wording used both in the letter of instruction and in cl 3 itself are unambiguous, they do not reflect what was intended at the time. What was intended was that during her lifetime the settlor would be the only person capable of benefiting as to income or indeed capital, to the exclusion of the other beneficiaries; but that these benefits should still be at the trustees’ discretion.

[12] Mr Auerbach’s evidence is supported by the settlor herself, who has confirmed in her affidavit that her understanding had always been that all payments out of the trust would be at the trustees’ discretion.

[13] Apart from the letter of instruction from Price Waterhouse Coopers there is no contemporary evidence of what was intended save for the letter of wishes of the 22 August, 1996, which the settlor signed. It is correct to say that this does suggest that

the settlor regarded the trustees as having a discretion as to whether to make any payments to her out of the trust fund.

[14] In this state of the evidence the court felt that it ought to hear from Mr Auerbach as it felt there were certain questions it wished to investigate. Mr Auerbach has, therefore, given evidence on oath in the witness box before us. He was able to provide considerable additional detail. He explained that the creation of the trust was part of a plan whereby assets were to be put into three trusts, one for the settlor, and one for each of her brother and sister.

[15] At the time the children were not very old. The settlor was only 26 and their father did not wish any of them to have a legal right to the trust assets. Payments were to be at the discretion of the trustees and to require the consent of the protector, who was to be the father himself. That was therefore the first objective of the trusts.

[16] The second objective was that assets should be dealt with so as not to be treated as belonging or attributable to the children for tax purposes. This would enable them to move more freely around Europe without adverse tax consequences.

[17] It was therefore in pursuance of these two objectives that the plan was developed to create these three trusts. The ideal method of fulfilling these two objectives was to create a discretionary trust in conventional form. This is what was done for the brother and sister. However, it was not possible to do this in respect of the settlor because, unlike her brother and sister, she had not been non-resident of the Netherlands for a full 10 years prior to the creation of the trusts.

[18] This therefore, meant that there would be a charge to gift tax on any transfer of assets, if certain criteria were met. These were given to us in fairly short form by Mr Auerbach and we may not be describing them wholly accurately, but in essence there would be a charge to gift tax if there were a transfer of assets and if the donor was left the poorer as a result and the recipient was left the richer as a result.

[19] In order to ensure that this was not so, it was essential, therefore, that the settlor should be the sole person who could benefit from the trust during her lifetime unless she agreed otherwise. The

creation of a discretionary trust would have resulted in a charge to gift tax but it was felt that if she remained the sole person who could benefit from the trust then the requirements for gift tax would not necessarily be satisfied.

[20] This was the key requirement, and it was in this context that reference was made to a life interest because of the point that the settlor should be the only person who would benefit from the trust during her lifetime.

[21] Mr Auerbach and his colleagues were not trust lawyers and, as he has stated, although they now have very considerable experience of Anglo-Saxon trusts, this was not the case back in 1996 when such matters were only beginning to be thought of by continental tax advisers.

[22] They did not appreciate that a life interest in a trust was a technical term which conferred a right to the income vis-à-vis the trustees. Furthermore, when, in the letter of instructions, reference was made by a partner of Mr Auerbach to the settlor having the right to receive income, this was meant in the sense of a right as against anyone else; in other words no other person could receive the income. It was not meant to suggest that the settlor had to receive the income; on the contrary any such provision would have completely defeated the two objectives which we have described.

[23] In summary Mr Auerbach gave evidence that the last thing that the family or the advisers intended was that the settlor should have a legal right to receive the income of the trust. They certainly did not appreciate that this was the affect of their instructions. Although, as Mr Auerbach accepted, when you look at it now, the wording of cl 3 is unambiguous and might have been picked up at the time, the whole transaction had to be undertaken at some speed and it simply was not noticed or appreciated at the time.

[24] We have considered carefully the evidence of Mr Auerbach. We found him to be an impressive and truthful witness and we accept his evidence. It is also consistent with that of the settlor. In the circumstances we do find that the provisions of cl 3 creating a mandatory right to income in the settlor do not reflect the true intentions of the settlor and those advising her, but most particularly the

settlor, and that the intention was that this should simply be an ability to pay income to the settlor. The key requirement was that there should not be a power to pay it to anyone else.

[25] We are therefore satisfied that the first requirement that we have mentioned for rectification is satisfied in relation to cl 3 as well as cl 4.

[26] We are also satisfied that there has been full and frank disclosure. In particular the court has had drawn to its attention the fact that there may be possible adverse tax consequences as a result of the mistakes made in the drafting of the deed.

[27] We are also satisfied that there is no other practical remedy to put the parties in the position which they should have been if the deed had reflected the true intentions. Rectification is a discretionary remedy, but in our discretion we agree to make an order in this case. We, therefore, rectify the deed as requested in the representation. For the avoidance of any doubt that is therefore as follows: That cl 3(1) of the trust deed should be rectified so that it reads:

“3. During the Trust Period and subject to the Overriding Powers below:

During the Initial Period the Trustees may pay or apply the whole or any part of the income of the Trust Fund to the Principal Beneficiary and subject to that the Trustees shall accumulate the whole or part of the income of the Trust Fund [...]”

And cl 3(2) begins by inserting the words “After the Initial Period the g Trustees may [...]”.

[28] In relation to cl 4 the words “and the Principal Beneficiary” should be added at the beginning so that it reads now as follows:

“4 Overriding Powers

The Trustees and the Principal Beneficiary shall have the following powers during the Trust Period with the consent in writing of the Protector [...]”.

[29] In relation to cl 4(1)(a) the words “save for the Principal Beneficiary” should be added so that it will now read as follows:

“(a) the Principal Beneficiary may appoint that the Trustees shall hold the Trust Fund for the benefit of any Beneficiaries save for the Principal Beneficiary on such terms as the Principal Beneficiary thinks fit”.

[30] Finally we consider the question of costs. It is often the case that errors which require rectification arise by reason of the actions of professional advisors. In those circumstances it is not usually appropriate to order that the costs of applying for the rectification be borne out of the trust fund, because that means that they will in fact be borne by the beneficiaries. In this case we are satisfied for the reasons that we have given that the errors were those of the professional advisors and in one sense the normal consequence should follow. However, the present trustee has brought this representation and incurred the costs. We think, therefore, that it is right to allow the trustee its costs out of the trust fund and we make it clear that the trustee must give consideration as to whether these should be recovered from one or more of the advisors. It will need to do that in order to fulfil its duty to the beneficiaries.

[31] We similarly order that the costs of Advocate Robinson, who has been appointed to represent the interests of the unborn and minor beneficiaries, should be paid out of the trust fund on an indemnity basis.

Acquisto dell'immobile in trust da parte del trustee e conflitto di interessi

Nuova Zelanda – High Court

Immobile in trust – co-trustee affittuario – acquisto dell'immobile da parte del co-trustee – determinazione del prezzo di acquisto – valore di mercato – interesse dei beneficiari – conflitto di interessi in capo al co-trustee

High Court of New Zealand (Blenheim Registry), Miller J., 5 ottobre 2005 [J. G. Patchett, C. R. Lammas v P. Williams]

Non versa in conflitto di interessi il co-trustee affittuario dell'immobile in trust che voglia acquistare il cespite vincolato, qualora il disponente abbia manifestato il desiderio che ciò possa avvenire ed il prezzo di acquisto corrisponda all'effettivo valore di mercato del bene in trust.

Nell'interesse dei beneficiari del trust ed onde evitare qualsiasi possibilità di conflitto di interessi, è opportuno che il co-trustee che desidera acquistare il bene vincolato si dimetta in favore di altro co-trustee.

Sommario

Nel 1982 il sig. Anderson vincola una fattoria di grande valore in un trust in favore di una classe di beneficiari discrezionali costituita dai suoi due nipoti e da due amici. I trustee primi nominati vengono nel tempo sostituiti dallo stesso disponente, che nomina il sig. Patchett ed il sig. Lammas.

Nel 1998 i trustee concedono in locazione la fattoria ai coniugi Patchett per cinque anni (rinnovabili per altri tre), con l'accordo, altresì, che essi avranno diritto di ricevere un compenso per l'incremento di valore che la fattoria dovesse aver avuto scaduto il termine della locazione.

I coniugi Patchett non erano stati inclusi tra i beneficiari del trust istituito, ma nel 1999 il disponente, mediante testamento, nomina il sig. Patchett (che era anche co-trustee) beneficiario ed esprime al contempo due desideri. Innanzi tutto, che al sig. Patchett venga data la possibilità di acquistare la fattoria ad un prezzo fissato da un estimatore scelto dagli stessi

trustee, ed in secondo luogo che il patrimonio in trust fosse distribuito, al termine, a tutti i beneficiari discrezionali in quote eguali tra loro.

Dopo la morte del disponente i coniugi Patchett commissionano al sig. Stark la valutazione della proprietà. Correttamente il sig. Patchett, essendo al contempo conduttore e trustee, si astiene dall'interferire con il processo decisionale dell'altro co-trustee, il quale, a sua volta, chiede ed ottiene un secondo parere. Tale seconda valutazione, tuttavia, è di molto superiore alla prima effettuata: viene quindi richiesto un terzo parere, quello del sig. Newdick, sul quale successivamente anche gli altri consulenti concordano.

Così determinato il valore dell'immobile, mentre i due amici del disponente nominati tra i beneficiari si dichiarano disponibili ad accettare gli accordi presi tra trustee e conduttori, i due nipoti del disponente (anch'essi beneficiari discrezionali del trust) sollecitano i trustee a riconsiderare la valutazione della fattoria, soprattutto per quanto attiene agli incrementi ad essa apportati dai conduttori, ed avanzano l'ipotesi che il sig. Patchett versi in una situazione di conflitto di interessi.

I trustee, desiderosi di concludere l'operazione economica ed al contempo di non venir meno alle proprie obbligazioni fiduciarie, ricorrono al giudice chiedendo *directions*.

In *equity* è principio imprescindibile quello in base al quale un trustee non può agire in conflitto di interessi (e nel caso di specie, evidentemente, interessi e doveri di uno dei trustee potevano confliggere), costituisce eccezione la circostanza che il trustee sia stato autorizzato ad acquistare i beni vincolati nel trust di cui è trustee.

Il giudice ritiene, peraltro, che il fatto che il sig. Patchett sia legittimato ad acquistare la fattoria in base ad una clausola del trust non comporti, comunque, il venir meno all'obbligo di non trarre profitto dalla propria posizione e di assicurare ai beneficiari una vendita del cespite al miglior prezzo che sia ragionevole ottenere agendo con la diligenza e la cura che una persona di ordinaria prudenza ed attenzione porrebbe nella gestione di affari propri.

In una situazione come quella portata all'attenzione della Corte, rileva ancora il giudice, affinché egli possa dare *directions* ai trustee è necessario che venga informato degli sforzi che i trustee stessi hanno fatto per determinare l'effettivo valore di mercato dell'immobile, soprattutto se, come nel caso di specie, sono presenti valutazioni divergenti ed il giudice sia chiamato a esprimersi circa l'adeguatezza del prezzo. In linea di principio non sussiste alcun inerente conflitto tra i doveri fiduciarie dei trustee e il desiderio del disponente di consentire all'affittuario dell'immobile e trustee del trust di acquistare la proprietà del cespite al valore di mercato: tuttavia il conflitto di interessi sorge nel momento in cui l'acquirente non abbia proceduto ad una reale indagine di mercato che abbia obiettivamente determinato il valore del bene.

Pertanto, nell'interesse dei beneficiari, considerato che il valore dell'immobile è sicuramente aumentato nelle

Nota:

In virtù dell'accordo di collaborazione intercorrente tra questa Rivista e Wills & Trusts Law Reports, riproduciamo il testo della sentenza da [2006] WTLR 639.

more della controversia tra trustee e beneficiari, e considerato anche che è opportuna una più precisa determinazione dell'incremento di valore subito dalla proprietà per i miglioramenti ad essa apportati dagli affittuari, il giudice ritiene di poter escludere che allo stato attuale l'operazione possa essere considerata nel migliore interesse dei beneficiari e quindi conclusa al prezzo indicato dai trustee nel ricorso.

In un *obiter dictum*, inoltre, il giudice precisa che sarebbe nell'interesse dei beneficiari che il sig. Patchett, trustee ed al contempo affittuario, prima di procedere oltre con la vendita si dimettesse e venisse sostituito da un nuovo trustee, in grado di meglio tutelare i beneficiari medesimi perché estraneo a qualsiasi conflitto di interessi.

(E. B.)

Testo della Sentenza

[1] Jeff Patchett and Christopher Lammas are the trustees of the Mt Patriarch Trust. They wish to sell its principal asset, a farm known as Mt Patriarch, to Mr Patchett. He and Helen Patchett, his wife, presently farm the property under a lease from the trustees. It confers on them a right to compensation for lessees' improvements. In this proceeding, the trustees seek a direction that they sell Mt Patriarch to Mr Patchett at a price, established by a valuer and net of improvements, of \$710,000.

[2] Two of the beneficiaries under the trust, Peter and Richard Williams, object to the proposed sale, saying the valuer's estimate does not represent the true value of Mt Patriarch and that the proposed sale is affected by Mr Patchett's conflict of interest as trustee, lessee and proposed purchaser.

[3] Peter Williams has lodged a caveat, no 6034069.1, relying on his status as a beneficiary. The trustees seek an order that the caveat be removed on the ground that, as a discretionary beneficiary, he lacks a caveatable interest in the land.

Factual background

[4] Mt Patriarch is situated in the Upper Wairau Valley, an hour's drive from Blenheim. It comprises 482 hectares and runs 3,000 stock units. It is a remote location, but the property enjoys

significant amenity values because it has 5.25 km of frontage to the Goulter River, which offers good fishing, and abuts the Richmond Ranges.

[5] Waka Anderson farmed Mt Patriarch for some 50 years. In 1982 he established the Mt Patriarch Trust and transferred the property to it. The beneficiaries under the trust are his nephews Peter and Richard Williams and two friends, Michael Puryer and Robin Smith. They are all discretionary beneficiaries as to capital and income during the 70-year trust period.

[6] The original trustees were Peter Radich, a solicitor, Philip Collins, an accountant, and Wave Williams, who was Mr Anderson's sister. Peter and Richard are her sons. For reasons that were not explained before me her four remaining children, who include Helen Patchett, are not beneficiaries under the trust.

[7] Between 1993 and 1997 the original trustees all retired. Mr Anderson, who held the power of appointment, appointed Messrs Patchett and Lammas in 1995.

[8] On 1 July 1998 the trustees granted Mr and Mrs Patchett a lease of Mt Patriarch for five years with a right to one renewal of three years. The evidence does not establish whether the lease was renewed in 2003, but Mr Davies' instructions are that the Patchetts now farm Mt Patriarch under a monthly tenancy. If so they must have failed to renew the lease. It provided that if the lessor permitted the lessees to remain in occupation on expiry of the term, they would do so as monthly tenants but otherwise on the same terms so far as they are applicable to such a tenancy.

[9] Clause 31 of the lease provided that the lessees were entitled to compensation for improvements made to the land during the term of the lease provided the lessees had given written notice to the lessor, within three months of the expiry of the term, of their desire to be compensated for improvements made to the land. The term 'improvements' was defined to mean substantial improvements of a permanent nature including (among other things) swamp reclamation, clearing of bush, gorse, broom, sweetbriar or scrub, cultivation (including clearing land for cropping and clearing, ploughing and sowing land with grass), planting trees or hedges, fencing, draining, and roading. Clause 31.8 provided that 'value of

improvements' meant the added value that the improvements gave to the land at the time of valuation. There was a mechanism for valuing improvements by means of a trustees' valuation, with provision for arbitration if necessary.

[10] In December 1999 Mr Anderson made a will under which he appointed Messrs Lammas and Patchett executors. As such they succeeded to the power of appointment of new trustees. Under the will Mr Anderson left a small bequest to Mr Lammas, who describes himself as a bushman, and left the residue of his estate to Mr Patchett. He also expressed two wishes. The first was that the trustees give Mr Patchett the opportunity to buy Mt Patriarch at a price set by a registered valuer chosen by the trustees. The second was that in exercising their discretion under the trust, the trustees should distribute any assets held by the trust equally among the four discretionary beneficiaries. He recorded that Messrs Puryer and Smith had helped him on the property for many years and had contributed greatly by their work to maintenance of its value. He also recorded that they had assisted him, together with Messrs Patchett and Lammas, in his personal care since he lost his mobility.

[11] Mr Anderson died on 19 January 2003.

[12] The purchase price was forgiven over the years but the Mt Patriarch Trust still owes some \$223,328 to the estate. Because Mr Patchett is the sole residuary beneficiary, the trustees propose that he receive this money as a credit against the purchase price.

The process adopted by the trustees

[13] On 11 June 2002, Mr Michael Turner, barrister, wrote to the beneficiaries in his capacity as counsel to the trustees. He explained that he wrote to advise of the trustees' intentions for Mt Patriarch. The trustees sought the beneficiaries' views regarding its sale to Mr Patchett. He advised:

'[...] the trustees' intention upon the sale of the land [sic] the trust should be wound up and, after payment of usual expenses, the assets distributed in accordance with the deed of trust, namely equally between Peter Williams, Richard Williams, Michael Sean Puryer and Robin Smith'.

Giurisprudenza

[14] In 2003 the Patchetts commissioned a valuation by Mr Stark of Alexander Hayward Ltd. He recorded that the valuation was required to exclude improvements made by Mr and Mrs Patchett. They were extensive, including cultivation of numerous paddocks and regrassing, fencing, erection of two new sets of sheep yards and one set of cattle yards, erection of a new dwelling, application of fertiliser and lime, improvement of stop-banks and clearance of matagouri, gorse, manuka and scrub. After deducting these improvements the market value of the land as at the date of valuation, 17 October 2003, was \$620,000. The valuation did not identify the capital value of the land (including improvements) or the value of improvements.

[15] It is implicit in Mr Stark's approach that the Patchetts had given (or intended to give) notice under cl 31.1 of their intention to claim compensation for improvements, but the evidence before me did not establish whether that has been done. The valuation was not conducted for the purpose of valuing lessee's improvements; rather, it was intended to value the land after deduction of improvements. Nor was it a trustees' valuation as required under cl 31.1 and envisaged in the wishes expressed in Mr Anderson's will.

[16] The Patchetts offered to buy the property at Mr Stark's valuation. Recognising that Mr Patchett has an interest in the proposed sale, he has taken no active role in the trustees' decision-making in relation to it. As the independent trustee, Mr Lammas felt that a further valuation should be obtained to consider in more detail the question of improvements allowed under the lease. He instructed Mr Curry of Hadley & Lyall Ltd, who valued the property (as at 18 March 2004) at \$820,000 after deducting improvements of \$460,000. The total value of land and improvements was \$1,280,000.

[17] Because he was surprised at the substantial difference between the two valuations, Mr Lammas instructed a third valuer, Mr Newdick of Newdick Fraser Ltd, to complete a third valuation. Although his brief was to value the property, Mr Newdick's report is more accurately characterised as an umpire's report. It seems he was not supplied with

a list of improvements, and he did not inspect the property. Rather, he sought to reconcile the two valuations as a desktop exercise. In a short report dated 7 May 2004, he recorded that the two valuers had arrived at similar land values on a per hectare basis. The principal difference between them was that they differed over the area of land to be treated as 'light medium flats' and the value of lessees' improvements to that area. Mr Newdick proposed that a fair figure probably lay somewhere near the middle of the two assessments. On that basis of valuation, the property's value net of lessees' improvements was assessed at \$710,000. He recorded that he had discussed the valuations with Messrs Stark and Curry and they agreed that \$710,000 should be adopted as the sale price. On what basis of valuation they reached that reported consensus he did not say.

[18] There is no doubt that the Patchetts have carried out extensive improvements during their tenure as lessees. So the valuation of improvements is of considerable importance. Further, there is much room for differences of opinion with respect to the extent and value of improvements. But the trustees did not have the benefit of a condition assessment of the property as at 1998, and there is no evidence that they sought independent verification of the improvements. They did invite the beneficiaries to attend when Mr Newdick viewed the property for purposes of his valuation, but he elected not to inspect it. It appears that Mr Stark did refer to 1998 photographs, while Mr Curry had Mr Patchett present when the property was inspected. None of the three valuers appears to have addressed himself to the question whether the improvements claimed were substantial or whether, having regard to the lessees' good husbandry obligations, they were improvements at all. Nor is it apparent that they valued the improvements by considering expressly the extent to which they gave added value to the land at the time of valuation.

[19] Mr Turner invited the beneficiaries to assent to the Newdick assessment. Messrs Purver and Smith have done so. Peter and Richard Williams instructed Harkness Peterson, solicitors, who urged the trustees to revisit the valuations, saying that it was not clear

that the valuers had correctly approached the question of lessees' improvements. They also lodged the caveat under which Peter Williams claimed an interest in the land as beneficiary.

[20] On 15 June 2004 Mr Turner wrote to Mr Newdick, suggesting that in light of Harkness Peterson's comments, the appropriate approach would involve consideration of the terms of the lease, an assessment as to improvements made during the lease, and assessment as to whether such improvements represented work that a lessee would be required to undertake in fulfilment of the lease or not. He suggested that Mr Newdick should contact the Williams through their solicitor.

[21] On 21 June Mr Newdick replied that little would be gained by his inspecting the property since Mr Patchett advised that there had already been seven valuations. That observation missed Mr Turner's point, since there is no suggestion that the previous valuations addressed the value of improvements as defined by the lease. He added that Mr Stark viewed the property in 1998 so his valuation probably carried the most weight. He explained that after going through the reports he had endeavoured to come up with a compromise assessment. He had discussed the solicitors' letter with Mr Stark and Mr Curry and they agreed that his assessment was a fair and reasonable compromise. Accordingly, he did not propose to take any further action.

[22] By letter of 28 June, Harkness Peterson expanded upon their concerns, pointing out that lessees' improvements were defined to mean substantial improvements and the value of improvements meant the added value that the improvements gave to the land. There were obligations to keep buildings, fences, ditches, bridges, stockyards, gates and things on the land in good repair and condition, and to top-dress pastures. Such maintenance was not to be taken into account as lessees' improvements. They expanded on their criticisms of the valuations, and pointed out that the Stark and Curry valuations differed in their assessment of the area to be treated as medium light flats and the value of improvements to that area. They suggested that in light of the significant differences it was not good enough for Mr

Newdick to rely on the two reports and adopt a figure somewhere near the middle. A responsible valuer ought to have made further inquiries as to the appropriateness of the figures used and then formed an independent assessment. They suggested that Mr Curry be asked to reconsider his valuation, and that he should inspect the farm in the presence of Mr Peter Williams or someone he nominated who was familiar with it before July 1998.

[23] Mr Turner wrote again to Mr Newdick on 12 July 2004, thanking him for his letter of 21 June but advising that 'it does not assist matters'. He enclosed a copy of the letter of 28 June from Harkness Peterson and advised that Mr Lammas had instructed him to ask Mr Newdick to undertake a comprehensive valuation. He added that he would be overseas for some time. In the meantime, Murray Hunt of Gascoigne Wicks would look after the file.

[24] There is no evidence that Mr Newdick responded to the request for a further valuation. On the contrary, Gascoigne Wicks wrote to Harkness Peterson on 14 October 2004, saying that Mr Lammas' view was that no further purpose would be served by additional valuations. Mr Newdick considered that he had done as much as practicable in the circumstances, and Mr Lammas proposed to proceed on the basis of Mr Newdick's assessment. He required that the caveat be removed.

[25] The trustees still propose to sell Mt Patriarch at the Newdick estimate of \$710,000. The Patchetts accept that figure. The evidence suggests the value of the property has increased since the two valuations were carried out. There is a letter of 5 October 2004 from Mr Blick of Wrightson Real Estate, who said he is familiar with the property. He noted that a well-known property 8km further up the river sold to an American buyer for \$2m and suggested that when its amenity values are taken into account Mt Patriarch could be worth between \$1.4-1.6m to such a buyer. Mr Lammas accepts that the market is buoyant. But his stance is that it would be unfair to Mr Patchett to re-value the property, since in his view the delay in completing the sale is attributable to the two beneficiaries' insistence on the trustees bringing the present application.

The trustees' application

[26] The application is brought under s143 of the Land Transfer Act 1952 and s66 of the Trustee Act 1956. The trustees seek a direction that they sell Mt Patriarch at a price set by the Newdick valuation 'as in doing so the trustees will be acting in accordance with s14(6) and s28 of the Trustee Act 1956 and otherwise will not be acting in breach of trust'. They also seek an order for removal of the caveat. The application for directions is said to be brought on the basis that the trustees seek the court's guidance because the sale is to one of the trustees and two of the discretionary beneficiaries have raised concerns.

[27] Mr Davies also invited me to assist the trustees, in the event that I am unable to endorse the proposed sale, by giving directions as to the process they ought to follow.

[28] Mr Hardy-Jones appeared by leave for Helen Patchett, perhaps inadvisedly. He properly volunteered that he was representing the personal interests of Mr and Mrs Patchett, neither of whom is a beneficiary under the trust deed, and his submissions inevitably tended to highlight Mr Patchett's conflict of interest. He sought to persuade me that the trustees and the lessees have settled upon the value of lessees' improvements, and that the resulting figure is reflected in the Newdick estimate.

[29] Mr Laurensen appeared for Peter and Richard Williams to oppose the trustees' application, substantially on the grounds outlined in the Harkness Peterson correspondence.

Does the trust deed permit a trustee to acquire trust property?

[30] It is an inflexible equitable rule that a person in a fiduciary position may not put himself in a position where his interest and duty conflict: *Bray v Ford* [1896] AC 44, *Collinge v Kyd* [2005] 1 NZLR 847 at [54]. In *Aberdeen Railway Co v Blaikie Brothers* (1854) 2 ER Rep 1281, 1286, [1843-60] All ER 249, 252 Lord Cranworth LJ held:

'[...] and it is a role of universal application that no one having such duties to discharge shall be allowed to enter into any engagements in which he has or can have a personal interest conflicting or which possibly may conflict with the interests of those he is bound to protect'.

[31] The question whether interest and duty possibly may conflict is assessed objectively. In *Boardman v Phipps* [1966] 3 All ER 721, Lord Upjohn held that the phrase 'possibly may conflict' means that the reasonable man looking at the relevant facts and circumstances of the particular case would think that there was a real sensible possibility of conflict. It is immaterial that the transaction may be for full value: *Tito v Waddell* (No 2) [1977] 3 All ER 129.

[32] That there is a conflict of interest and duty in this case cannot be doubted. As trustee, Mr Patchett's duty is to act in the interests of the beneficiaries, which in this case means seeking the best price that he can for Mt Patriarch: *Buttle v Saunders* [1950] 2 All ER 193, 195. In his personal capacity, his interest lies in having the trustees offer the property to him at valuation, preferably a valuation that takes a conservative view of the value of the land and a generous view of the value of improvements. In saying that I offer no reflections on his integrity. Rather, the point is that his own economic incentives are in conflict with his duty to his beneficiaries. I observe that Mr Patchett commissioned the Alexander Hayward valuation and offered to purchase the farm at the assessed value of \$620,000. It was Mr Lammas who insisted on obtaining a second valuation.

[33] However, it is well established that a trustee may deal with the trust property where the instrument creating the trust expressly authorises it. Whether that is so is a matter of construction of the instrument: *Re Beatty's Will Trusts* [1990] 3 All ER 844. When construing the instrument, the court seeks to ascertain the settlor's intention: *Re Hayes' Will Trusts* [1971] 2 All ER 341.

[34] Accordingly, the question is whether the trust deed authorised such dealings. The deed did not expressly contemplate the present transaction. At that time the trustees were two professional advisers, Mr Radich and Mr Collins, and Mrs Williams. But cl 6(b) provided that the trustees had the power:

'To sell all or any part of the real or personal property or interest therein comprising the Trust Fund and/or income thereof or any part thereof at such price and on such terms and subject to such conditions as they in their absolute

Giurisprudenza

discretion think fit with power to allow the whole or any part of the purchase money to remain on mortgage of the property sold'.

[35] And cl 11 provided:

'The trustees and each of them shall be entitled to act hereunder and to exercise the powers hereby conferred upon them and to contract with the Trustees in their his or her personal or other capacity and otherwise deal with the Trustees in the same manner and to the same extent as if they he or she had not been appointed Trustees notwithstanding that any one or more of them in his or her personal capacity or as a director of or shareholder in any company or as Trustee of any other Trust or otherwise howsoever may be owner of or interested in or in any way concerned or associated with any property or interest therein or other matter or thing whatsoever which as Trustee hereof they propose to acquire or dispose of or in any way deal with and notwithstanding that their his or her interests or duty in any particular matter or matters may conflict with their his or her duty to the Trust Fund and/or income thereof or the beneficiaries herein'.

[36] Mr Anderson subsequently appointed Mr Patchett as trustee, and it must be assumed that he approved of the trustees' decision to lease Mt Patriarch to Mr and Mrs Patchett in 1998. And in 1999 Mr Anderson expressed the wish in his will that the trustees should offer Mr Patchett the opportunity to purchase Mt Patriarch at valuation. Accordingly, there is clear evidence, extrinsic to the trust deed, of the settlor's wish to allow Mr Patchett qua trustee to purchase the trust property.

[37] It is not necessary to consider whether such evidence is admissible to construe the deed, however. Mr Laurenson accepted that cl 11 of the trust deed allowed Mr Patchett to acquire the property. But he submitted that cl 11 does not qualify Mr Patchett's obligations not to profit from his trusteeship and to secure for the beneficiaries the best price reasonably obtainable. I accept the first of these submissions. The second requires the qualification that the trustees' duty rather requires that they seek the best price reasonably obtainable and that, as lay trustees, they use such diligence and care as people of ordinary prudence and

vigilance would use in the management of their own affairs: *Kilsby v Kilsby* unreported, HC Palmerston North, CP102/92, Neazor J, 20 December 1995. I emphasise that the trustees' duty in this case is not complicated by any conflicting duty to Mr or Mrs Patchett, since neither is a beneficiary, and it is common ground that the property ought to be sold.

The roles of the court and the trustees under s66

[38] In *Neagle v Rimmington* [2002] 3 NZLR 826, Paterson J held at [23]:

'The scope of s66 and equivalent Australian sections is to give to the trustee a right to seek the opinion, advice or direction of the Court on any question respecting the management or administration of the trust property. Provided that the trustee acts in accordance with the advice or directions and that the relevant facts are substantially as submitted upon the application, the trustee is deemed to have discharged his or her duty as trustee in the subject-matter of the application (s69 of the Act). Parties represented on the application are bound by the judicial advice and directions given. The jurisdiction is intended essentially for private advice by the Court to trustees and, in Australia, is usually made on an ex parte application. The Court advises trustees as to what course of action they should follow, where they are in doubt as to the propriety of the action contemplated. The procedure should not be used to determine substantive issues, such as issues of interpretation of the trust document which involved the question of breach of trust by any of the trustees; for the purposes of securing additional powers for the trustees; or for resolving a contest between the trustees; see *Dal Pont and Chalmers, Equity and Trusts in Australia and New Zealand* (2nd ed), pp 667-669'.

[39] Mr Davies argued that the question whether the court ought to direct under s66 that the trustees sell Mt Patriarch at \$710,000 can be answered by reference to ss14(6) and 28 of the Trustee Act, which respectively provide:

'14(6) A trustee who, in accordance with any power conferred on him by or under this Act or otherwise, sells any land, or exchanges any land for any other land, or grants a lease of any land with an

optional or compulsory purchasing clause, shall not be guilty of a breach of trust by reason only of any alleged inadequacy of the amount or value of the sale price or other consideration (exclusive of rent) that he received in respect of the transaction, if, before making the sale or exchange or granting the lease, he has ascertained the value of the land involved in accordance with section 28 of this Act, and –

(a) In the case of a sale of the land or a lease thereof with an optional or compulsory purchasing clause, the sale price for the land is not less than the value thereof as so ascertained.

(b) In the case of an exchange, it is prudent for the trustee to make the exchange, having regard to the respective values (as so ascertained) of the pieces of land being exchanged, the interests of the beneficiaries to whom he is responsible, and all the circumstances of the case'.

'28 A trustee may, for the purpose of giving effect to the trust, or any of the provisions of the instrument, if any, creating the trust or of this Act or any other Act, from time to time ascertain and fix the value of any trust property, or of any property which he is authorised to purchase or otherwise acquire, in such manner as he thinks proper; and where the trustee is not personally qualified to ascertain the value of any property he shall consult a duly qualified person (whether employed by him or not) as to that value; but the trustee shall not be bound to accept any valuation made by any person whom the trustee may consult. Any valuation made by the trustee in good faith under this section shall be binding on all persons beneficially interested under the trust'.

[40] Mr Davies submitted that by complying with s28, the trustees would satisfy their obligation to obtain a fair market value for the property. Accordingly, the court ought to direct the proposed sale at the Newdick estimate.

[41] Were the trustees to sell the property in reliance on the Newdick estimate, it may be that they might point to s14(6) and s28 in answer to an action for breach of trust. I express no opinion on that question. Mr Lammas has wisely chosen a different course of action. However, there is a considerable difference between a defence to a claim for breach of trust and the present

application, which invites the court to approve a proposed transaction. In *Marley v Mutual Security Merchant Bank* [1991] 3 All ER 198, 203, Lord Oliver drew a distinction between such an application and an action by beneficiaries alleging misconduct justifying the removal of a trustee. He pointed out that in such an action the beneficiaries would be required to assume the positive burden of demonstrating a breach of fiduciary duty. Their failure to do so did not demonstrate the converse, 'namely that the transaction proposed, because not proved to be a breach of fiduciary duty, is therefore one which is in the interests of the beneficiaries'. That observation is equally applicable to Mr Davies' argument. The real issue is whether the trustees can satisfy the court that the transaction is in the interests of the beneficiaries.

[42] I add that it is important not to lose sight of the fact that what is here proposed is what was described in *Throp v Trustees Executors* [1945] NZLR 483 as a compulsory purchase by a trustee from unwilling beneficiaries. In this case, unlike *Throp*, the trustee is not also a beneficiary. And as a trustee, Mr Patchett has a duty not to profit from his trusteeship. Approval of such a transaction, if it is available at all, could only be given on the basis that the trustee has satisfied the Court that the transaction is at full value: *Re McNally (dec'd)* [1967] NZLR 521, *Tito v Waddell (No 2)* [1977] 3 All ER 129, 228, 241. The trustee always has the option of resigning so the remaining trustee can consider the matter afresh, a course which I invited Mr Davies to reflect upon.

[43] In *Marley*, Lord Oliver set out (at p201) two propositions that affect a trustee's application for directions:

'In the first place, there has always to be borne in mind the position and duties of a trustee who applies to the court for directions. A trustee who is in genuine doubt about the propriety of any contemplated course of action in the exercise of his fiduciary duties and discretions is always entitled to seek proper professional advice and, if so advised, to protect his position by seeking the guidance of the court. If, however, he seeks the approval of the court to an exercise of his discretion and thus surrenders his discretion to the court, he

has always to bear in mind that it is of the highest importance that the court should be put into possession of all the material necessary to enable that discretion to be exercised. It follows that, if the discretion which the court is now called upon to exercise in place of the trustee is one which involves for its proper execution the obtaining of expert advice or valuation, it is the trustee's duty to obtain that advice and place it fully and fairly before the court, for it cannot be right to ask the judge in effect to assume the burdens of a trustee without the information which the trustee himself either has or ought to have to enable him to carry out his duties personally. The court ought not to be asked to act upon incomplete information and, if it is so asked, the proper course is either to dismiss the application or adjourn it until full and proper information is provided.

Secondly, it should be borne in mind that in exercising its jurisdiction to give directions on a trustee's application the court is essentially engaged solely in determining what ought to be done in the best interests of the trust estate and not in determining the rights of adversarial parties. That is not always easy, particularly where, as in this case, the application has been conducted as if it were hostile litigation; but it is essential that the primary purpose of the application – indeed, its only legitimate purpose – be not lost sight of in academic discussion regarding the discharge of burdens of proof. Where beneficiaries oppose a proposal of a trustee with a host of objections of more or less weight, the court is, of course, inevitably concerned to see whether these objections are or are not well founded, but that must not be permitted to obscure the real questions at issue which are what directions ought to be given in the interests of the beneficiaries and whether the court has before it all the material appropriate to enable it to give those directions'.

[44] That passage was cited with approval in *Neagle v Rimmington* (above, at [26]). And at p205, Lord Oliver continued:

'Any court which is called upon to consider whether a bargain which has been negotiated is the best reasonably obtainable in the interests of the beneficiaries will normally, as a minimum, require to be satisfied by

evidence on a number of matters. It will need to have at least an approximate assessment of the value of the property of which it is intended to dispose. Where that value depends upon accounts, it will need to be satisfied of the accuracy of the accounts upon which the value has been based. It will need to have an informed professional assessment of whether any proposed sale has been effected under the most favourable conditions. Particularly in a case where there is scope for divergent views regarding the value of the property sold, it will normally need to know what efforts have been made to explore the market and what advice has been received with regard to the marketing of the property to the maximum advantage'.

[45] Those remarks are apposite in the present case, in which the court is asked to direct a sale at a specified price, without benefit of clear evidence as to either the extent and present value of improvements or the present value of the land.

Adequacy of the valuations

[46] The evidence tended to establish that the value of the property has increased since the valuations were undertaken. It appears that delay has fortuitously served the beneficiaries' interests. But the trustees' stance is that there is no need to update the valuations, since the delay in concluding the transaction is attributable to the beneficiaries' insistence upon the trustees bringing this application. I can see no justification for that stance, in the absence of any duty to the Patchetts. There was a faint suggestion in the argument of Mr Davies and Mr Hardy-Jones that an estoppel or other right might lie against the trust arising out of the trustees' expressed intention to sell the property to Mr Patchett, but there is no evidence to support such a contention and it could scarcely be reconciled with Mr Patchett's duty as a trustee. Accordingly, the matter is to be approached on the basis that the trustees owe no obligation, legal or equitable, to the Patchetts that might qualify their duty to the beneficiaries.

[47] I accept Mr Davies' submission that there are practical considerations, in that any valuation may be out of date by the time an application is brought before the court. To minimise any such delay should the trustees seek the court's

Giurisprudenza

approval of a subsequent sale, I will reserve leave to the parties to apply. Should they apply, the valuer presumably could file a brief affidavit before the hearing deposing to any general market movement since the valuation was prepared. But such practical considerations cannot detract from the point that the valuations, especially the Stark valuation, are well out of date and there is evidence that the property's value has increased since then. This consideration alone means that the application cannot be granted in its present form, since the court cannot be satisfied that the transaction is in the beneficiaries' interests.

[48] Turning to the question of lessees' improvements, Mr Laurenson criticised the trustees' proposal to adopt the mid-point of the two valuations when it is apparent that the substantial difference between them is attributable to varying approaches to the value of improvements. The better approach, he submitted, would be to attempt to reconcile the valuations by verifying which improvements are attributable to the Patchetts and which are not. I accept that submission. It is regrettable that the trustees and Mr Newdick did not adopt the course of action that Mr Turner very sensibly commended to them in 2004. That they did not appears to have been due to the change of legal advisers and Mr Newdick's stance: to Mr Lamma's credit, he was evidently willing to follow Mr Turner's advice. That would have provided the trustees with a proper footing on which to satisfy themselves with respect to the extent and value of improvements.

[49] I reject Mr Hardy-Jones's submission that the value of lessees' improvements has already been settled as between lessees and lessor by the Newdick estimate. That report did not value the improvements at all, but merely sought a middle ground between two other valuations with respect to the residual value of the land. None of the valuations was a trustees' valuation to value lessees' improvements, and only one (the Curry valuation) actually attached a value to them.

[50] Lastly, it does not appear that either Mr Stark or Mr Curry addressed the value of Mt Patriarch's amenities, but there is some evidence that the property may have an added value because of

them. For that reason too, it would be inappropriate to approve a sale at the Newdick estimate.

[51] Mr Laurenson submitted that the trustees could establish the value of the property only by placing it on the market. He referred me to Marley at 205. Lord Oliver there held that the more difficult the task of accurate valuation, the greater is the necessity that the market be properly tested. Halsbury's Laws of Australia also suggests (at [430-4060]) that a sale to a trustee ought to be by auction, following a valuation commissioned to set the reserve.

[52] In my view, there is no inherent conflict between the trustees' duty to the beneficiaries and the settlor's wish that Mr Patchett be given an opportunity to buy at valuation, so long as the valuation is directed to establishing the current market value of the property and the trustees are in no doubt about where their duty lies. The difficulty is an evidential one; whether the trustees can show that the valuation corresponds to market value in circumstances where they have not tested the market and there is a possibility of overseas interest. In Marley the Privy Council was concerned with assets of great but intangible value, in the form of rights to the music of the late reggae singer Bob Marley. Land is more readily susceptible to valuation. Difficulties with the present valuations result from poor process. Accordingly, I reject Mr Laurenson's submission that the property must be placed on the market. I also accept Mr Davies' submission that an open sale process will involve the trustees in expense, in the form of marketing costs and commission, which they would avoid on a sale to Mr Patchett.

Application to remove caveat

[53] The question is whether Mr Williams has a reasonably arguable claim to a caveatable interest in the land: *Holt v Anchorage Management Ltd* [1987] 1 NZLR 108. Mr Davies pointed out that during the trust period he is a discretionary beneficiary as to income and capital, and submitted that a discretionary beneficiary lacks a caveatable interest because his only interest lies in the proper administration of the trust. Mr Davies cited *Philpott v NZI Bank* [1990] ANZ Conv Rep 242, in which Cooke P held:

'Counsel for the respondent [caveator] sought to maintain the caveats by a variety of arguments, all of which came to substantially the same. It was said for instance that in section 137(a) the words "beneficial interest" have a wider scope than equitable interest; that a caveat is supportable if the caveator had some "potentially" enforceable right; and again that, although [the caveator] had to accept that this was not an equitable charge, nevertheless it was an equitable interest. No authority was cited supporting any of these interpretations of section 137(a). In my opinion for all purposes material to the present case the words "beneficial interest" refer to equitable interests and the section cannot be stretched to include mere potentialities which have not ripened into interests in any particular properties'.

[54] A beneficiary may sustain a caveat where he or she may claim a beneficial interest in specific land: *Holt v Anchorage Management* (above). But a discretionary beneficiary lacks a proprietary interest in any particular trust asset: *R&I Bank of Western Australia v Anchorage Investments Pty* (1992) 10 WAR 59, Hinde, McMorland & Sim, *Land Law in New Zealand* (Wellington: LexisNexis, 2003) at [10.009]. The discretionary beneficiary's interest is confined to the proper administration of the trust.

[55] If matters rested there, the application for removal of the caveat would be unanswerable. But Mr Laurenson submitted that the trustees have resolved to distribute the assets of the trusts equally among the discretionary beneficiaries, so crystallising Mr Williams' interest. He referred to Mr Turner's letter of 11 June 2002, which I have mentioned at para [13] above. That letter was written to seek the beneficiaries' agreement to the sale of the property to Mr Patchett. When seeking approval, the trustees advised that they intended to distribute the proceeds equally among the discretionary beneficiaries.

[56] Mr Davies argued that there is insufficient evidence that the discretion has been exercised, citing *Webb v Honnor* (1820) 1 Jac & W 352, 37 ER 410 for the proposition that clear evidence of the trustees' intention to exercise their discretion is required. He also submitted

that the trustees cannot exercise a power in futuro. In my view it is manifestly arguable that the trustees did decide to distribute the proceeds equally among the four beneficiaries, and were communicating that decision in circumstances where they sought the beneficiaries' consent to the sale. That being so, it is arguable that the beneficiaries now have a fixed and ascertainable interest in the proceeds.

[57] Counsel did not address the question whether Mr Williams thereby acquired a beneficial interest in the land, and not merely in the proceeds of its sale. I will approach the matter on the basis that it is arguable that the trustees exercised their discretion in his favour and, if so, he thereby acquired an interest in the land. That suffices to sustain the caveat on an interim basis.

Result

[58] I decline to approve the proposed sale to Mr Patchett at the Newdick valuation. For the reasons given in this judgment, the court is far from satisfied that a sale at that price is in the interests of the beneficiaries.

[59] Mr Davies sought such guidance as I am able to give. I suggest that if the trustees wish to pursue a sale to Mr Patchett at valuation in accordance with the settlor's wishes, Mr Patchett should first consider whether it is appropriate that he remain a trustee. The beneficiaries' interests might best be served by appointment of another independent trustee, in circumstances where Mr Patchett is both lessee (with a claim to compensation for improvements that are substantial but of ill-defined extent) and prospective purchaser. The trustees should then consider when to sell. The question whether the lease has been renewed may influence the timing of the sale, since the lease may affect the value of the property one way or the other.

[60] The trustees should also satisfy themselves whether they have attracted an obligation to compensate the Patchetts under the lease. The lease requires timely notice, and the trustees may need to take advice on the question whether notice has been given, or waived, or whether an obligation has otherwise arisen to compensate the Patchetts. I record that on the evidence before me, I am in no

position to reach any findings on the question whether such an obligation has arisen, but the evidence does suggest they made the improvements on the understanding that they would buy the property at a price net of improvements or receive compensation. And there is no doubt that their improvements have contributed in a substantial way to its value.

Costs

[61] The trustees will then need to satisfy themselves regarding the extent of lessees' improvements, in terms of the lease. There is no reason why they should not consult Mr Stark when identifying the lessees' improvements since he knows the property, but to minimise future controversy it would wise to engage a new valuer to conduct the valuation. The valuer should be instructed to value improvements in accordance with the lease, and his or her attention should be drawn to the question of amenity values.

[62] Mr Davies suggested that the trustees might seek two valuations with a third valuer acting as umpire. That is a decision for the trustees. It does not seem necessary to prescribe such a mechanism at the outset, if a process such as that outlined in Mr Turner's letters to Mr Newdick is followed and the trustees are open to the beneficiaries' views. In that case, the trustees might consider the valuation and any objections to it before deciding whether to commission a second one.

[63] On the evidence and argument before me, it is arguable that Mr Williams has a caveatable interest in the property. So I am not prepared to grant the application for an order that the caveat be removed. In the ordinary way it might be dismissed on terms requiring him to prove his interest, but that seems unnecessary when all accept that the property is to be sold. Rather, I propose to adjourn the application so that the trustees may bring it on, if necessary, in anticipation of a sale. Should the court be satisfied that the sale is at market value, I anticipate that the caveat would be removed in the interests of all beneficiaries, on terms (if necessary) that protected Mr Williams' claim to an interest in the proceeds.

[64] The trustees and the beneficiaries will have leave to apply.

[65] Mr Laurensen sought an order that his clients' reasonable solicitor-client costs be met from the trust fund. Mr Davies sought costs against Mr Williams. As I have held that the Williams' opposition to the application for directions was well-founded, an order that their reasonable solicitor-client costs be met from the trust fund is appropriate. This order excludes the costs associated with lodging and sustaining the caveat, the costs of which are reserved. Counsel may file memoranda should they be unable to agree on costs.

[66] Mr Hardy-Jones also sought costs from the trust fund, more than a little optimistically. I can see no justification for such an order. His clients are not beneficiaries, and any proper private interest that they may have in the proceeding corresponded to the stance taken by Mr Davies, whose costs will be met from the trust fund.

Proseguiamo la raccolta delle sentenze “storiche” sul trust.

Quistclose trust

Inghilterra e Galles – House of Lords

Trasferimento di somme ad una banca – indicazione della finalità – trust – impossibilità di raggiungere lo scopo – “resulting trust” – compensazione con debiti – impossibilità

House of Lords, Lord Reid, Lord Morris of Borth-y-Gest, Lord Guest, Lord Pearce, Lord Wilberforce, 31 ottobre 1968 [Barclays Bank Ltd. v Quistclose Investments Ltd.]

La somma trasferita da una società ad una banca, affinché venga impiegata per la specifica finalità di consentire la distribuzione di dividendi agli azionisti di una terza società, va considerata in trust e, divenuto impossibile il raggiungimento dello scopo, oggetto di un resulting trust in favore del disponente. La banca, pertanto, non potrà impiegare la somma ricevuta per effettuare compensazioni con i crediti che essa vanta nei confronti della società che ha effettuato il deposito.

Testo della Sentenza

Lord Reid: My Lords, I agree with the speech of my noble and learned friend, Lord Wilberforce. I would only add that I am by no means satisfied that this House would be precluded from holding, in such circumstances as exist in this case, that notice of the trust received by the appellants after they had received the money could be effective.

I would dismiss this appeal.

Lord Morris of Borth-y-Gest: My Lords, I am in agreement with the speech of my noble and learned friend, Lord Wilberforce, which I have had the advantage of reading.

I would dismiss the appeal.

Lord Guest: My Lords, I have had the advantage of reading the opinion of my noble and learned friend, Lord Wilberforce. I agree with it and would dismiss the appeal.

Lord Pearce: My Lords, I have had the advantage of reading the the opinion of my noble and learned friend, Lord

Wilberforce. I entirely agree with it. Accordingly, I would dismiss the appeal.

Lord Wilberforce: My Lords, the events with which the present appeal is concerned took place in the final weeks preceding the collapse of Rolls Razor, Ltd., an enterprise of which the moving spirit was Mr. John Bloom. The company's audited accounts for the year 1963 showed a considerable trading profit: an interim dividend of eighty per cent. had been paid, and the figures admitted of the payment of a substantial final dividend. On May 14, 1964, the directors, at a board meeting, agreed to recommend a final payment of 120 per cent. But the company had no liquid resources to enable it to pay this dividend, which required a net sum, after deduction of tax, of L 209,719 8s. 6d. On June 4, 1964, its overdraft with the appellants was L 485,000, against a limit of L 250,000, and on that day the appellants by letter to Mr. Leslie Goldbart, one of the directors, required this situation to be rectified, and stated that they would be unable to help in the payment of the final dividend unless this was made within the overdraft limit of L 250,000.

The annual general meeting of Rolls Razor, Ltd., was held on July 2, 1964, and payment of the 120 per cent. dividend was approved. No date was fixed by the approving resolution, but the directors contemplated that payment would be made on July 24. Approval of the dividend made the company a debtor in respect of the net amount to its shareholders. Provision of the sum required to pay it, as also of finance to enable the company to continue trading, was the subject of negotiations by Mr. Bloom during the early part of July. He succeeded in obtaining the money needed

to pay the dividend from the respondents, whom he owned or controlled. At a board meeting of the latter held on July 15, 1964, it was resolved that a loan of L 209,719 8s. 6d. be made to Rolls Razor, Ltd. “for the purpose of that company paying the final dividend on July 24 next”. On the same day, a cheque for that sum was drawn by the respondents in favour of Rolls Razor, Ltd. Rolls Razor, Ltd., sent this cheque to the appellants' city branch office together with a covering letter on the notepaper of Rolls Razor, Ltd., also dated July 15, 1964, signed by Mr. Goldbart and addressed to Mr. G. H. Parker, a joint manager of that branch in the following terms:

“Dear Mr. Parker, Confirming our telephone conversation of today's date, will you please open a No. 4 Ordinary Dividend Share Account. I enclose herewith a cheque valued at L 209,719 8s. 6d. being the total amount of dividend due on 24th July, 1964. Will you please credit this to the above mentioned account. We would like to confirm the agreement reached with you this morning that this amount will only be used to meet the dividend due on the 24th July, 1964”.

From an answer to an interrogatory administered to the appellants in the course of the action, it appeared that, in the telephone conversation referred to in this letter, Mr. Goldbart had informed Mr. Parker that arrangements had been made

Nota:

Riproduciamo il testo della sentenza da [1968] 3 W.L.R. 1097.

Manca il Sommario perché i fatti saranno illustrati da E. Berti-Riboli nel prossimo numero della Rivista.

with an unspecified person to lend or otherwise provide money for the purpose of paying the dividend due to be paid by Rolls Razor, Ltd., on July 24, 1964.

The appellants had, on June 8, 1964, opened an ordinary dividend no. 4 account. The respondents' cheque for L 209,719 8s. 6d. was specially cleared and credited to this account on July 17, 1964. Mr. Bloom was unable to raise further sufficient finance and on July 17, 1964, the directors of Rolls Razor, Ltd., resolved to put the company into voluntary liquidation; the appellants were so informed. On or about July 20, they amalgamated all the accounts of the company except the ordinary dividend no. 4 account. On Aug. 5, 1964, the respondents' solicitors demanded repayment from Rolls Razor, Ltd., of the sum of L 209,719 8s. 6d. but repayment was not made and no demand at this time was made on the appellants. The effective resolution for the liquidation of Rolls Razor, Ltd., was passed on Aug. 27, 1964, and on the following day the appellants set off the credit balance on ordinary dividend no. 4 account against part of the debit balance on Rolls Razor, Ltd.'s other accounts. There followed in due course a demand by the respondents for repayment of this sum by the appellants and the present proceedings.

Two questions arise, both of which must be answered favourably to the respondents if they are to recover the money from the appellants. The first is whether, as between the respondents and Rolls Razor, Ltd., the terms on which the loan was made were such as to impress on the sum of L 209,719 8s. 6d. a trust in their favour in the event of the dividend not being paid. The second is whether, in that event, the appellants had such notice of the trust or of the circumstances giving rise to it as to make the trust binding on them.

It is not difficult to establish precisely on what terms the money was advanced by the respondents to Rolls Razor, Ltd. There is no doubt that the loan was made specifically in order to enable Rolls Razor, Ltd., to pay the dividend. There is equally, in my opinion, no doubt that the loan was made only so as to enable Rolls Razor, Ltd., to pay the dividend and for no other purpose. This follows quite clearly from the terms of the letter of Rolls Razor, Ltd., to the appellants of July

15, 1964, which letter, before transmission to the appellants, was sent to the respondents under open cover in order that the cheque might be (as it was) enclosed in it. The mutual intention of the respondents and of Rolls Razor, Ltd., and the essence of the bargain, was that the sum advanced should not become part of the assets of Rolls Razor, Ltd., but should be used exclusively for payment of a particular class of its creditors, namely, those entitled to the dividend. A necessary consequence from this, by process simply of interpretation, must be that if, for any reason, the dividend could not be paid, the money was to be returned to the respondents: the word "only" or "exclusively" can have no other meaning or effect.

That arrangements of this character for the payment of a person's creditors by a third person, give rise to a relationship of a fiduciary character or trust, in favour, as a primary trust, of the creditors, and secondarily, if the primary trust fails, of the third person, has been recognised in a series of cases over some 150 years.

In *Toovey v Milne*(1) part of the money advanced was, on the failure of the purpose for which it was lent (viz., to pay certain debts) repaid by the bankrupt to the person who had advanced it. On action being brought by the assignee of the bankrupt to recover it, the plaintiff was nonsuited and the nonsuit was upheld on a motion for a retrial. In his judgment Abbott, C.J., said(2):

"I thought at the trial, and still think, that the fair inference from the facts proved was that this money was advanced for a special purpose, and that, being so clothed with a specific trust, no property in it passed to the assignee of the bankrupt. Then the purpose having failed, there is an implied stipulation, that the money shall be repaid. That has been done in the present case; and I am of opinion that that repayment was lawful, and that the nonsuit was right".

The basis for the decision was thus clearly stated, viz., that the money advanced for the specific purpose did not become part of the bankrupt's estate. This case has been repeatedly followed and applied (see *Edwards v Glynn*(3); *Re Rogers, Ex p. Holland and Hannen*(4); *Re Drucker (No. 1), Ex p. Basden*(5); and *Re Hooley, Ex p. Trustee*(6)). *Re Rogers* was a decision of a strong Court of Appeal. In

that case, the money provided by the third party had been paid to the creditors before the bankruptcy. Afterwards the trustee in bankruptcy sought to recover it. It was held that the money was advanced to the bankrupt for the special purpose of enabling his creditors to be paid, was impressed with a trust for the purpose and never became the property of the bankrupt. Lindley, L.J., decided the case on principle but said that if authority was needed it would be found in *Toovey v Milne*(7) and other cases. Bowen, L.J., said that the money came to the bankrupt's hands impressed with a trust and did not become the property of the bankrupt divisible amongst his creditors, and the judgment of Kay, L.J., was to a similar effect.

These cases have the support of longevity, authority, consistency and, I would add, good sense. But they are not binding on your lordships and it is necessary to consider such arguments as have been put why they should be departed from or distinguished.

It is said, first, that the line of authorities mentioned above stands on its own and is inconsistent with other, more modern, decisions. Those are cases in which money has been paid to a company for the purpose of obtaining an allotment of shares (see *Moseley v Cressey's Co.*(8); *Stewart v Austin*(9); and *Re Nanwa Gold Mines, Ltd., Ballantyne v Nanwa Gold Mines, Ltd.*(10)). I do not think it necessary to examine these cases in detail, nor to comment on them, for I am satisfied that they do not affect the principle on which this appeal should be

Note:

(1) (1819), 2 B. & Ald. 683.

(2) (1819), 2 B. & Ald. at p. 684.

(3) (1859), 2 E. & E. 29.

(4) (1891), 8 Morr. 243.

(5) [1902] 2 K.B. 237.

(6) (1915), 84 L.J.K.B. 181.

(7) (1819), 2 B. & Ald. 683.

(8) (1865), L.R. 1 Eq. 405.

(9) (1866), L.R. 3 Eq. 299.

(10) [1955] 3 All E.R. 219.

Giurisprudenza

decided. They are merely examples which show that, in the absence of some special arrangement creating a trust (as was shown to exist in *Re Nanwa Gold Mines, Ltd.*), payments of this kind are made on the basis that they are to be included in the company's assets. They do not negative the proposition that a trust may exist where the mutual intention is that they should not be included.

The second, and main, argument for the appellants was of a more sophisticated character. The transaction, it was said, between the respondents and *Rolls Razor, Ltd.*, was one of loan, giving rise to a legal action of debt. This necessarily excluded the implication of any trust, enforceable in equity, in the respondents' favour: a transaction may attract one action or the other, it could not admit of both.

My lords, I must say that I find this argument unattractive. Let us see what it involves. It means that the law does not permit an arrangement to be made by which one person agrees to advance money to another, on terms that the money is to be used exclusively to pay debts of the latter, and if, and so far as not so used, rather than becoming a general asset of the latter available to his creditors at large, is to be returned to the lender. The lender is obliged, in such a case, because he is a lender, to accept, whatever the mutual wishes of lender and borrower may be, that the money he was willing to make available for one purpose only shall be freely available for others of the borrower's creditors for whom he has not the slightest desire to provide.

I should be surprised if an argument of this kind - so conceptualist in character - had ever been accepted. In truth it has plainly been rejected by the eminent judges who from 1819 onwards have permitted arrangements of this type to be enforced, and have approved them as being for the benefit of creditors and all concerned. There is surely no difficulty in recognising the co-existence in one transaction of legal and equitable rights and remedies: when the money is advanced, the lender acquires an equitable right to see that it is applied for the primary designated purpose (see *Re Rogers*(11) where both Lindley and Kay, L.JJ., explicitly recognised this): when the purpose has been carried out (i.e., the debt paid) the lender has his remedy against the borrower in debt: if the

primary purpose cannot be carried out, the question arises if a secondary purpose (i.e., repayment to the lender) has been agreed, expressly or by implication: if it has, the remedies of equity may be invoked to give effect to it, if it has not (and the money is intended to fall within the general fund of the debtor's assets) then there is the appropriate remedy for recovery of a loan. I can appreciate no reason why the flexible interplay of law and equity cannot let in these practical arrangements, and other variations if desired: it would be to the discredit of both systems if they could not. In the present case the intention to create a secondary trust for the benefit of the lenders, to arise if the primary trust, to pay the dividend, could not be carried out, is clear and I can find no reason why the law should not give effect to it.

I pass to the second question, that of notice. I can deal with this briefly because I am in agreement with the manner in which it has been disposed of by all three members of the Court of Appeal(12). I am prepared, for this purpose, to accept, by way of assumption, the position most favourable to the appellants, i.e., that it is necessary to show that the appellants had notice of the trust, or of the circumstances giving rise to the trust, at the time when they received the money, viz., on July 15, 1964, and that notice on a later date, even though they had not in any real sense given value when they received the money or thereafter changed their position, will not do. It is common ground, and I think right, that a mere request to put the money into a separate account is not sufficient to constitute notice. But on July 15, 1964, the appellants, when they received the cheque, also received the covering letter of that date which I have set out above; previously there had been the telephone conversation between Mr. Goldbart and Mr. Parker, to which I have also referred. From these there is no doubt that the appellants were told that the money had been provided on loan by a third person and was to be used only for the purpose of paying the dividend. This was sufficient to give them notice that it was trust money and not assets of *Rolls Razor, Ltd.*: the fact, if it be so, that they were unawful of the lenders' identity (though the respondents' name as drawers was on the cheque) is of no significance. I may

add to this, as having some bearing on the merits of the case, that it is quite apparent from earlier documents that the appellants were aware that *Rolls Razor, Ltd.*, could not provide the money for the dividend and that this would have to come from an outside source and that they never contemplated that the money so provided could be used to reduce the existing overdraft. They were in fact insisting that other or additional arrangements should be made for that purpose. As was appropriately said by Russell, L.J.(13), it would be giving a complete windfall to the appellants if they had established a right to retain the money.

In my opinion, the decision of the Court of Appeal(14) was correct on all points and the appeal should be dismissed.

Note:

(11) (1891), 8 Morr. 243.

(12) [1968] 1 All E.R. 613.

(13) [1968] 1 All E.R. at p. 626, letter C.

(14) [1968] 1 All E.R. 613.

Financial Trusts

Bahrain

**Law No. (23) of the Year 2006
Regarding the Regulation of:
Financial Trusts**

We, Hamad Ibn Isa Al-Khalifa, King of the Kingdom of Bahrain

Having regard to the Constitution,
The Legislative Decree No. 14 of 1971, regarding the Authentication and Certification of Documents,
The Bahrain Monetary Agency Law, promulgated by Decree No. 23, of 1973, and the amendments thereof;
The Real Estate Registration Law, promulgated by Legislative Decree No. 15, of 1979,
The Civil Law promulgated by Legislative Decree No. 19, of 2001, and,
The Law of Commercial Companies, promulgated by Legislative Decree No. 21 of 2001.

The Shura Council and the House of Deputies have approved the text of the Law that follows hereunder, and We hereby ratify it and order that it be promulgated.

**Article (1)
Definitions**

In applying the provisions of this law, the following words and expressions shall be given the meaning opposite each of them unless the context requires otherwise:

Agency: The Bahrain Monetary Agency or any other legal entity or department to whom jurisdiction of the Bahrain Monetary Agency is transferred.

Settler: The natural or legal entity creating a Financial Trust in accordance with this law.

Beneficiary: A person having a personal right by virtue of the Trust Instrument.

Trustee: The person (or persons) to whom the ownership of the Trust Property is transferred in order to exercise the powers and functions specified in the Trust Instrument with a view to achieving the purpose of the trust or the interests of the beneficiaries.

Trust Protector: The person appointed to exercise the powers and functions provided for in Article (9) of this Law.

Trust Instrument: The written Agreement between the Setter and the Trustee by which the trust is created in accordance with this Law.

Trust Property: Includes any form of property, moveable or immovable, tangible or intangible, transferred by the Settler to the ownership of the Trustee in order to exercise the powers and duties specified in the Trust Instrument with a view to achieving the purpose of the trust or the interests of the Beneficiary.

Licensee: A person licensed by the Agency to perform the functions of a Trustee pursuant to this law.

Dispute Settlement Committee: The Committee provided for in Article (35) of this Law.

Person: A natural person or a legal entity.

Article (2)

Creation of the Trust

Without prejudice to Article (859) of the Civil Law, the Financial Trust shall be created by virtue of a 'Trust Instrument' transferring ownership of the Trust Property from the Settler to the Trustee, to exercise in relation thereto the powers and duties specified in the Trust Instrument, with a view to achieving the purpose of the Trust or the interests of the beneficiary.

Article (3)

Duration of the Trust

The duration of the trust shall not exceed one hundred years from the date of its creation. If a longer period is specified, the Trust shall be considered as concluded for a hundred years.

Article (4)

The Trust Instrument

A - The Trust Instrument must be in writing and must be authenticated by a competent official authority.

B - The Trust Instrument shall contain:

1 - Details of the identity of the 'Settler' and the Trustee.

2 - Identification of the purpose of the trust, the Beneficiary of the Trust, or such information as enables to identify whether the beneficiary is a person not identified by name at the time of creating the Trust. The beneficiary may be a person to be in the future.

3 - Identification of the Trust Property or such description of its basic characteristics as enables to identify it.

4 - Specification of the duration of the Trust.

5 - Identification of the powers and duties of the Trustee.

The Trust shall be void if any of the above is not included in the Trust Instrument.

C - The following may be included in the Trust Instrument:

1 - Rules of dealing with the Trust Property.

2 - The rights of the Beneficiary and the share allocated to each beneficiary in case of multiple beneficiaries.

3 - The name by which the Trust shall be known.

4 - Appointment of the Trust Protector.

5 - Consequences of the termination of the Trust.

6 - Any other provisions regulating the performance of the duties of the Trustee and the relationship between the Trustee and each of the Settler, the Protector of the Trust, and the Beneficiary.

Article (5)

Object and Purpose of Obligation in the Trust

The object of the Trust must be feasible and adequately defined, and the object and purpose of the Trust must not violate the law or public order (i.e., public policy) or public morality. Otherwise, the trust agreement shall be void and the situation shall be restored to what it was before the creation of the Trust.

Article (6)

Obligations of the 'Settler'

A - The Settler shall be obliged to:

1 - Deliver the Trust Property to the Trustee within a period

Legislazione

not exceeding six months from the date of creating the Trust, unless agreed otherwise.

2 - Do all that is necessary on his part to transfer the ownership of the Trust Property and deliver it to the Trustee within the period referred to in the preceding paragraph, and refrain from any action that has the effect of making such transfer difficult or impossible.

3 - Deliver to the Trustee all deeds and documents and provide him with all the necessary information relating to the Trust Property within the time limit specified in item (1) of this Paragraph.

B - The Beneficiary may oblige the Settler to fulfill the obligations provided for in the preceding paragraph.

Article (7)

Retention of powers by the 'Settler'

The Settler may reserve for himself, by the Trust Instrument, the right to exercise certain powers, provided that this does not prejudice the independence of the Trustee provided for in Article (11) of this Law.

Article (8)

Addition to the Trust Property

A - Unless the Trust Instrument provides otherwise, the Settler may add any properties to the Trust Property with a view to achieving the purpose of the Trust or the interests of the Beneficiary.

B - Any products, revenue, profits or growth generated by the Trust Property shall be added to the Trust Property.

Article (9)

The Trust Protector

The Trust Instrument may provide for the right of the 'Settler' to appoint a person to be called 'Trust Protector' to undertake the following:

1 - Supervise and question the Trustee regarding the performance of his duties as provided for in the Trust Instrument and oblige the Trustee to perform such duties.

2 - Exercise the powers of the 'Settler' within the limits laid down in the Trust Instrument.

3 - Perform any other duties provided for in the Trust Instrument.

Article (10)

The Trustee

A - The Trust may have one or more Trustees. In any case, at least one of the Trustees must be licensed in accordance with this Law; otherwise the Trust shall be void.

B - If a natural person, the Trustee must have full legal capacity, be of good character and reputation, and has not been convicted in a final judgment, of a felony or misdemeanour relating to honour or dishonesty, unless he has been rehabilitated. If a legal entity, the Trustee must take one of the forms of commercial companies established in the Kingdom of Bahrain, or a subsidiary of a foreign company licensed to practice commercial activities in the Kingdom of Bahrain, in accordance with the Law of Commercial Companies.

C - The Licence to exercise the functions of a Trustee shall be granted in accordance with the procedures and conditions

determined by a resolution to be issued by the Governor of the Agency.

Article (11)

Independence of the Trustee

A - The Trustee must be independent of the Settler, and must exercise the powers and duties as defined in the Trust Instrument and this law, without interference or guidance from the Settler. The Trust shall be void if the Trust Instrument provided otherwise.

B - The mere exercise by the Settler of his right to question the Trustee and remove him from the trusteeship, if he exceeds the limits stipulated in the Trust Instrument or if he violates the provisions of this Law, shall not be regarded an illegal intervention.

Article (12)

Remuneration of the Trustee

A - The Trustee shall be entitled to remuneration for the performance of the duties provided for in the Trust Instrument and this Law, unless the Trust Instrument or a subsequent written agreement stipulates otherwise.

B - The remuneration may be calculated as a percentage of the annual net profits achieved by the trust after deducting all expenses, commissions and other expenses that were spent in order to achieve the profits.

C - If the Trust Instrument does not specify the remuneration, it may be specified by a subsequent written agreement.

D - Remuneration of the Trustee may be increased or decreased by a written agreement.

Article (13)

Obligations of the Trustee

The Trustee is obliged to:

1 - Endeavor to complete the transfer of the Trust Property to himself.

2 - Exercise his powers and perform his duties in good faith, in accordance with the terms and conditions of the Trust Instrument, and to take all necessary action as the nature of the case, the current practice, or the will of the parties, may require.

3 - Invest the Trust Property in a manner that does not conflict with the terms and conditions of the Trust Instrument. The Trustee may delegate the management of the investment of the Trust Property – in whole or in part – to a specialised agency, in which case, management costs shall be deducted from the Trust Property, unless the Trust Instrument stipulates otherwise.

4 - Abide by the terms and conditions of the Trust Instrument and perform his obligations honourably and honestly and exert in such performance the care of a careful person.

5 - Maintain the necessary records and account-books, and record in them, in a regular and orderly manner, all transactions and works relating to the Trust.

6 - Keep the accounts and records of the Trust separate from the accounts and records of any other business he may be undertaking. This, however, is without prejudice to his right to record the profits and expenses resulting from his work as Trustee in his personal consolidated accounts.

7 - Notify the Settler, the Protector of the Trust and the Beneficiary, of any matter that has tangible effects on the value of the Trust Property or on investing the Trust Property.

8 - Take all necessary measures to have the Trust registered in the 'Register of Trusts' provided for in Article (33) of this Law and inform the 'Agency' of any changes in the details recorded therein.

9 - Perform all other obligations provided for in this Law.

Article (14)

Independence of the Trust Property

A - The Trustee must keep the Trust Property separate and easily identifiable from his or any other property.

B - No recourse shall be had on the Trust Property to recover a personal debt owed by the Trustee even if the Trustee is in violation of the obligation stipulated in the preceding paragraph.

C - The Trust Property shall not be part of a Trustee's bequest, bankruptcy or liquidation procedure.

Article (15)

Declaration of capacity as 'Trustee'

A - The Trustee must declare his capacity as Trustee whenever he undertakes any transaction in relation to the Trust. Other parties to the transaction must record the 'declaration' in their records that must be kept in accordance with the law. Such transactions, in particular, include the following:

1 - Transactions whose legal validity is contingent on being authenticated or recorded in an official register.

2 - Bank Transactions.

3 - The signing of shipping documents, debt documents, or any non-negotiable instruments.

B - The capacity of the Trustee shall be included when recording transactions in the official books of the Trust.

Article (16)

The Duty to Declare Interest

A - Whenever the Trustee has a direct or indirect personal interest in a deal that conflicts with the requirements of his office as Trustee, he must declare that interest to the other Trustees (in case of multiple Trustees) and to the Agency, in writing. And he must refrain from expressing any view on the matter and from taking part in discussing it. If the Trustee is a sole Trustee, he must declare such interest to each of the Settler, the Protector of the Trust and the Agency, immediately as he becomes aware of such interest.

B - If, in the case referred to in the preceding paragraph, the Trustee making the declaration is sole Trustee, or if he is the only licensed Trustee of all others, the Governor of the Agency must appoint one or more licensee to undertake the transaction that is the subject of declaration, unless the Trust Instrument provides otherwise.

Article (17)

Confidentiality

Without prejudice to Article (24) of this Law, the Trustee must not disclose to a third party, any accounts or data or information, or deliver any documents relating to the Trust, except as provided by the Law, or required by agreement or by the nature of the transaction relating to the Trust, or imposed by

an order issued by a competent court or by the Dispute Resolution Committee.

Article (18)

Void Dealings

Without prejudice to the provisions of the Civil Law, any action taken by the Trustee in connection with the Trust Property shall be null and void if such action contradicts good intention practices and the Trustee was aware of such contradiction. Both parties shall return to the situation before such action.

Article (19)

Prohibited Use and Benefit from the Trust Property

The following are prohibited for the Trustee:

1 - Use of the Trust Property for himself, or to his personal benefit, directly or indirectly, in violation of the terms of the Trust Instrument.

2 - Enabling others to use the Trust Property for themselves or to their benefit, directly or indirectly, in violation of the terms of the Trust Instrument or in a manner not required by the transactions relating to the Trust.

Article (20)

The Personal liability of the Trustee

A - If a third party suffered damages because the Trustee exceeded his powers under the Trust Instrument, or because of his intentional error or gross negligence or violation of Article (15) of this Law, the Trustee shall be liable for compensation out of his personal property, without right of recourse on the Trust Property.

B - And if the Trust Property suffered damages for any of the reasons mentioned in the preceding paragraph, the Trustee must pay fair compensation to the Trust. Such compensation shall be added to the Trust Property.

Article (21)

Liability in case of Delegation

A - If the Trust Instrument authorizes the Trustee to appoint a deputy (or Agent) without naming the person to be appointed, the Trustee shall not be held personally liable for the deputy's action other than his liable for error in choosing the deputy, and for any wrong instructions issued to the deputy.

B - The Trustee may use the services of lawyers, engineers, experts, middlemen, or other specialist practitioners, if the case so required. The responsibility of the Trustee for the actions of such persons shall be the same as in the preceding paragraph.

C - If the Trustee delegates to another person the performance of some of his duties in violation of the Trust Instrument, he shall be liable for the action of his deputy as though the action was his own. The Trustee and his deputy in such a case shall be jointly responsible.

Article (22)

Multiple Trustees

In case of multiple Trustees, without provision being made in the Trust Instrument for any of them to act singly, they must act collectively, unless such action is one that does not require an exchange of views, such as receiving or paying a debt.

Legislazione

Article (23)

Responsibility in Case of Multiple Trustees

A - In case of multiple Trustees, without a provision being made in the Trust Instrument for them to act singly, they shall be held jointly liable for any damage suffered by the Trust as a result of their common wrong.

B - The Trustees, although jointly responsible, shall not be liable for the damage caused by any of them if the wrongdoer exceeded his authority under the Trust instrument, or behaved arbitrarily.

Article (24)

Exemption from Responsibility

Any Agreement exempting the Trustee from his responsibility – whole or in part – for intentional wrong or gross negligence shall be null and void.

Article (25)

The Right to Question the Trustee

Any one of the Settler, the Protector of the Trust, the Beneficiary or the Agency has the right to question the Trustee. He must allow them to access the accounts, documents and records of the Trust, and must submit to them audited annual accounts within the first three months of the following year, unless the Trust Instrument or a subsequent agreement or the nature of dealing with the Trust Property require otherwise.

Article (26)

Rejection of the Trust by the Beneficiary

If the Beneficiary rejected the Trust, the Trust Property shall revert to the Settler, unless the Trust Instrument provides otherwise.

Article (27)

The Share of each beneficiary from the Trust

A - If the Trust Instrument gave rights to the beneficiaries without specifying the share of each of them, such rights shall be divided equally among them.

B - The Settler may be one of the beneficiaries.

Article (28)

Resignation of the Trustee

A - The Trustee may resign from the office of Trustee in accordance with the procedures, rules and conditions stipulated in the Trust Instrument.

B - If the Trust Instrument does not regulate the right of the Trustee to resign, the Trustee may request the Dispute Settlement Committee to issue an order (to the Trust) to accept the resignation of the Trustee.

Article (29)

Disqualification as Trustee

A - A Trustee is disqualified 'as Trustee' upon his death, loss of his legal competence, removal from trusteeship, liquidation, rescinding his licence or declaring his bankruptcy. The Trust shall then be transferred to the other Trustees in case of multiple Trustees, unless the Trust Instrument provides otherwise.

B - When a Trustee is disqualified, the Governor of the Agency shall, unless the Trust Instrument provides otherwise,

entrust the temporary management of the Trust to one or more licensee until such time as a new Trustee is appointed to succeed his predecessor. This shall be so, if the disqualified Trustee was sole Trustee, or if he was the only licensed Trustee out of all others.

C - Unless otherwise specified in the Trust Instrument, the Settler shall appoint a new Trustee within six months of the date the Trustee was disqualified.

D - The Trust Property shall be transferred to the New Trustee by virtue of a written authenticated agreement, or by an order issued by the Dispute Settlement Committee. This shall be without prejudice to any obligation imposed by any other law regarding the legal validity of dealings in any of the Trust Property.

Article (30)

Effects of Disqualification of the Trustee

A - The Trustee, in case of disqualification, whether by reason of resignation or by any reason other than death, shall submit to the Settler, the Trust Protector, the Beneficiary and the Agency, a final audited account supported by all the data, paper work and documents related to the work he has done for the benefit of the Trust.

B - If the Trustee is disqualified by reason of death, his heirs, if they are legally competent and are aware of the Trust, shall inform the Settler, the Trust Protector, the Beneficiary and the Agency, of the death of their testator, and shall take such measures as the interests of the Trust may require, until the appointment of a new Trustee.

C - If the heirs are legally competent, their legal guardian shall carry out the obligations provided for in the preceding paragraph.

Article (31)

Auditing of Trust Accounts

A - Without prejudice to the provisions of Legislative Decree No. (26 of 1996), with respect to Auditors, the Trustee must appoint at the beginning of each year one or more well qualified and experienced auditors, to audit the accounts of the Trust, unless the Trust Instrument or a subsequent agreement or the nature of dealing with the Trust Property require otherwise.

B - The fees of the auditors shall be paid out of the Trust Property.

Article (32)

Supervision and Control by the Agency

The Trustees shall be subject to the supervision and control of the Agency. The Agency's powers of 'supervision and control' of the work of Trustees shall be regulated by a resolution to be issued by the Governor of the Agency.

Article (33)

Register of Financial Trusts

A - The Agency shall establish a register to be called 'Register of Financial Trusts'. In this Register, detailed data on each Financial Trust shall be recorded, including details of the Identities of the Settler, the Trustee, the Protector of the Trust – if any, and the Beneficiaries if they were identified by name in the Trust Instrument. If the Beneficiary was not identified by name, data leading to his identification shall be recorded, as well

as a full summary of the data and information provided for in Article (4) of this Law and any resolution or judgments issued in relation to the Trust.

B - It is a requirement for registration in the 'Register of Financial Trusts', that the Trustee must apply to the competent Directorate of the Agency for registration, by an 'Application Form' specifically prepared for this purpose. The Application must be supported by an identical copy of the Trust Instrument and all such data, information and documents, as shall be specified in a resolution of the Governor of the Agency.

C - The Trustee shall be issued with a 'Certificate of Registration' in the 'Register of Financial Trusts' according to a 'Form' specifically prepared by the Agency for this purpose. The Trust shall be legally valid only after the registration in the 'Register of Financial Trusts'.

D - The Trustee and the Protector of the Trust must inform the Agency of any modification of the data, and information recorded in the Register of Financial Trusts. Any concerned party may report this to the Agency.

Article (34)

Viewing the Register and Obtaining Official Attestation Thereof

A - The Settler, the Protector of the Trust, the Trustee and the Beneficiary, may view the recorded information relating to the Trust and each of them may obtain an official attestation of the recorded data or information.

B - The Agency may not disclose to any person, other than those referred to in the preceding paragraph, any data or information recorded in the 'Register of Financial Trusts', except pursuant to an order issued by a competent court or by the Dispute Resolution Committee.

Article (35)

Dispute Resolution Committee

A - There shall be established in the Agency, a Dispute Resolution Committee to be formed by a Resolution of the Governor of the Agency, every three years. The Committee shall consist of two judges of the Civil High Court of Appeal commissioned by the High Judicial Council; the longer serving of the two judges shall be President of the Committee. The other member of the Committee shall either be a high-ranking officer of the Agency, or a person well qualified and experienced in financial transactions.

B - The Dispute Resolution Committee shall have exclusive jurisdiction in matters assigned to it by this Law, and in settling disputes that arise between the Trustee, the Settler, the Trust Protector and the Beneficiary.

C - Decisions of the Committee shall be reasoned and adopted by the majority of opinions, and shall be binding to the parties to the Dispute.

D - Matters relating to the procedures for bringing a dispute before the Committee and settlement of the dispute; the place of Committee meetings; the manner of notifying the parties to a dispute of the Committee's decisions; and determining the remuneration due to members of the committee; shall be regulated by a resolution to be issued by the Minister of Justice.

E - Appeal against decisions of the Committee shall be made to the Court of Cassation (Supreme Court) within thirty days of issue of the decision.

Article (36)

Other Powers of the Dispute Resolution Committee

A - The Settler, the Trust Protector and the Beneficiary may request the Dispute Settlement Committee to issue a decision to:

1 - Terminate the Trust and transfer the Trust Property to the rightful owners in accordance with the Trust Instrument and the provisions of this Law. The Trustee in such a case may request the Dispute Settlement Committee to allow him a certain period of time to complete a dealing he had commenced before the matter was brought before the Committee if this dealing was purely beneficial to the Trust.

2 - Remove the Trustee from trusteeship if he becomes unable to exercise the powers and perform the duties of his office provided for in the Trust Instrument; or if he failed to fulfill one or more of the qualifying conditions for trusteeship provided for in this Law; or if he was in grave breach of his obligations under this Law or under the Trust Instrument. This shall be without prejudice to the right of the aggrieved to get compensation.

3 - Appoint a successor to the Trustee after his death or removal from office or resignation or liquidation or annulment of his licence or declaration of his bankruptcy.

4 - Appoint one or more Trust Protectors if the Trust Instrument provided for one but no one was appointed.

B - The Trustee may apply to the Dispute Settlement Committee for permission to complete a deal that is purely beneficial to the Trust, if he had no express authority to do the deal and the Trust Instrument did not expressly prohibit the conclusion of such a deal.

Article (37)

Expiry and Termination of the Trust

A - The Trust shall be terminated in either of the following cases:

1 - Expiry of the term for which the Trust was created.

2 - If the purpose of the obligation in the Trust becomes impossible or unlawful.

B - A Trust may be terminated in either of the following cases:

1 - If the Settler, the Trustee and the Beneficiary agree to terminate the Trust in a written authenticated Agreement.

2 - If the Trust Instrument provides for terminating the Trust before the expiry of its term.

Article (38)

Ownership of Trust Property after Termination of the Trust

Upon the termination of the Trust, the Trust Property shall be transferred to the Settler, unless the Trust Instrument provides otherwise.

Article (39)

Devolution of the Trust Legacy

Effects of the Trust legacy shall devolve upon the death of the Settler or the Beneficiary to the heirs of each of them, unless the Trust Instrument provides otherwise.

Article (40)

Agreements subsequent to the creation of the Trust

Any provisions in this Law regarding the Trust Instrument

Legislazione

shall apply to any subsequent agreement between the Settler and the Trustee in relation to the Trust.

Article (41)**Supplementary Provisions**

Matters relating to Financial Trusts and not specifically provided for in this law shall be governed by the Provisions of the Civil Law, but with due regard to the nature of the Trust.

Article (42)**Fees**

A - There shall be a fee for the following:

1 - Issuing a licence to the Trustee pursuant to Paragraph (c) of Article (10) of this Law.

2 - Bringing a dispute to the Dispute Settlement Committee provided for in Article (35) of this law.

3 - Registration in the Register of Financial Trusts provided for in Article (33) of this Law.

B - Amounts of such fees shall be determined by a Resolution to be issued by the Governor of the Agency after the approval of the Board of Directors of the Agency.

Article (43)**Execution of this Law**

The Ministers and the Governor of the Bahrain Monetary Agency – each in their respective jurisdiction – shall execute this Law, which shall come into force, the next day after its publication in the Official Gazette.

Atto di trust in favore di soggetto sottoposto ad amministrazione di sostegno

Pubblichiamo qui di seguito l'atto istitutivo di trust autorizzato dal Giudice Tutelare con decreto dell'11 agosto 2005, di cui *supra*, 581.

ATTO ISTITUTIVO DI TRUST REPUBBLICA ITALIANA

Il giorno quindici del mese di settembre dell'anno duemilacinque

(15.09.2005)

In Vignola, nel mio studio in Via Bonesi n. 5.

Davanti a me Dottor **GIORGIO CARIANI**, Notaio in Vignola, iscritto nel Ruolo del Distretto Notarile di Modena, assistito dai testimoni, idonei, come gli stessi affermano, a me Notaio noti signori

Pighi Avv. Francesco, nato a Modena il 18 ottobre 1973, residente e domiciliato in Modena, ..., ..., avvocato;

I. Dott.ssa E., nata a ... il ..., ivi residente e domiciliata in Via ..., impiegata;

sono presenti i signori

P.M., nato a ... il giorno ..., artigiano, codice fiscale: ...;

N.F. in P., nata a ... il ..., impiegata, codice fiscale: ...;

coniugi, in regime patrimoniale della comunione legale dei beni, con residenza e domicilio fiscale in ..., via ...;

i quali intervengono ed agiscono in questo atto, nella infra specificata veste e qualità di amministratori di sostegno, in rappresentanza del signor

P.C., nato a ... il ..., residente e domiciliato in ..., Via ..., presso l'alloggio per anziani "... di ..., ritirato dal lavoro, codice fiscale: ...;

ed inoltre i signori

P.A., nato a ... il ..., residente e domiciliato in ..., Via ..., imprenditore, codice fiscale: ...;

P.L., nato a ... il ..., residente e domiciliato in ..., Via ..., ..., imprenditore, codice fiscale: ...;

F.B., nata a ... il ..., residente e domiciliata in ..., Via ..., ritirata dal lavoro, codice fiscale: ...;

i quali agiscono in nome e conto propri,

Comparenti, della cui identità personale io Notaio sono certo.

I signori M.P. e F.N., alla presenza dei testimoni, prima di procedere alla stipula del presente atto,

PREMETTONO E DICHIARANO CHE:

– in data ... è deceduta in ... la signora M.B., nata a ... il ... dopo aver disposto dell'eredità con testamento olografo pubblicato con mio atto in data ..., rep. ..., registrato a Modena al n. ..., col quale nominava erede universale il proprio unico figlio signor C.P., nato a ... il ...;

– nelle proprie disposizioni testamentarie la predetta signora M.B. affidava ai comparenti signori M.P. e F.N. la gestione di tutto il patrimonio devoluto in eredità a C.P., chiedendo che i beni a lui pervenuti per successione fossero utilizzati per il soddisfacimento dei bisogni terreni del medesimo C.P., affetto da abituale infermità;

– nelle medesime disposizioni testamentarie la signora M.B. incaricava la propria cognata signora B.F. ed i suoi figli A. e L.P., cugini di C.P., della supervisione sull'amministrazione del patrimonio ereditario devoluto a C.P. e conferito in gestione a M.P. e F.N.;

– i signori P.M. e F.N. sono stati nominati amministratori di sostegno del signor P.C., nato a ... il ..., con decreto emesso dal Giudice Tutelare del Tribunale di Modena in data 11 agosto 2005, n. ... e sono stati altresì espressamente autorizzati con il medesimo decreto, reso all'esito della procedura per la nomina di amministratori di sostegno per C.P. iscritta al n. ... A.D.S., decreto che in copia conforme all'originale allego al presente atto sotto la lettera "A" per farne parte integrante e sostanziale, a compiere in nome e per conto del beneficiario atti e negozi di amministrazione ordinaria e straordinaria e, in particolare, ad istituire il presente trust utilizzando utilità del beneficiario signor C.P. provenienti dalla successione di M.B. sopra menzionata;

– oggetto del presente trust sono in particolare i valori depositati nei conti correnti e nei dossier titoli indicati nell'elenco che si allega al presente atto sotto la lettera "B" per farne parte integrante e sostanziale, previa lettura da me, presenti i testi, datane ai comparenti, già intestati a C.P. e cointestati con i signori M. ed A. P.;

– istituendo il presente trust i signori M.P. e F.N.,

Prassi negoziale

nella qualità di amministratori di sostegno in rappresentanza di C.P., danno altresì spontanea e volontaria esecuzione alle ultime volontà ed alle raccomandazioni di M.B. ed, in particolare, intendono rendere opponibile ai loro creditori personali ed ai creditori personali di A.P. l'altruità dei valori depositati nei conti correnti e nei dossier titoli indicati nell'allegato "B" del presente atto che, pur se di esclusiva proprietà di C.P., formalmente si presentano anche cointestati a loro nome;

– per effetto della presente istituzione i Trustees saranno vincolati ad impiegare il patrimonio del trust secondo le disposizioni del presente atto per far fronte alle spese straordinarie connesse alla vita di C.P. ovvero per integrare i suoi redditi portati da tre pensioni sociali - e più precisamente:

a) pensione di reversibilità della madre per un importo percepito ultimamente al netto delle ritenute di euro 451,94 mensili;

b) pensione di invalidità - per invalidità civile al 100% - percepita da ultimo in misura di euro 229,50 mensili;

c) indennità di accompagnamento percepita ultimamente in misura di euro 436,77 mensili;

qualora tali pensioni si rivelassero insufficienti per il suo mantenimento presso una struttura protetta od altra sistemazione che sarà individuata dagli amministratori di sostegno di C.P.;

– tanto i disponenti quanto i Trustees o soggetti terzi, con il consenso dei Trustees, potranno anche di seguito ed in un secondo momento devolvere in trust altri beni mobili o immobili, denaro o titoli di credito, diritti di ogni tipo ed in genere tutto ciò che possa formare oggetto di trasferimento, e ciò con atto tra vivi o mortis causa;

– i beni e le utilità devolute in trust sono in piena, libera ed esclusiva proprietà e titolarità, con il vincolo per i Trustees di impiegare quanto viene loro trasferito e di disporre esclusivamente secondo le statuizioni del presente atto;

– i componenti signori A. e L.P. dichiarano di accettare la nomina all'ufficio di revisore, dando così spontanea esecuzione alla volontà manifestata dalla defunta signora M.B. nel proprio testamento olografo;

– al riconoscimento del trust istituito con il presente atto si applicano le disposizioni della Convenzione de L'Aja del 1° Luglio 1985, ratificata dalla Repubblica Italiana con Legge in data 16 Ottobre 1989 n. 364 ed entrata in vigore il giorno 1° Gennaio

1992, salve le eventuali disposizioni di maggior favore, o successive modificazioni;

Tutto ciò premesso quale parte integrante e sostanziale del presente atto i componenti - alla presenza dei testimoni, dichiarano quanto segue.

PARTE I - DISPOSIZIONI GENERALI**Art. 1 - Individuazione dello scopo del trust.**

Il presente trust viene istituito al fine di assicurare al signor C.P., invalido civile e beneficiario di amministrazione di sostegno, l'assistenza materiale e morale che gli è necessaria vita natural durante.

In particolare, dato atto che il signor C.P. risulta beneficiario di tre pensioni civili e di invalidità:

a) pensione di reversibilità della madre per un importo percepito ultimamente al netto delle ritenute di euro 451,94 mensili;

b) pensione di invalidità per invalidità civile al 100%, percepita da ultimo in misura di euro 229,50 mensili;

c) indennità di accompagnamento percepita in misura di euro 436,77 mensili,

attualmente sufficienti a coprire le spese di mantenimento presso una struttura protetta, nonché le spese accessorie, il presente trust viene istituito dai disponenti per far fronte a spese straordinarie connesse alla vita del signor C.P., ovvero per integrarne i redditi portati dalle sue predette pensioni civili e di invalidità qualora essi si rivelassero insufficienti per il suo mantenimento presso una struttura protetta o quella diversa sistemazione che sarà volta per volta individuata dagli amministratori di sostegno del signor C.P. nell'esclusivo migliore interesse di quest'ultimo.

Art. 2 - Denominazione e revocabilità.

2.1. Il trust istituito attraverso il presente atto è denominato "Trust C.";

2.2. Il trust è irrevocabile.

Art. 3 - Individuazione dei Trustees.

3.1. Trustees iniziali del presente trust sono gli stessi disponenti signori M.P. e F.N., nella loro qualità di amministratori di sostegno del signor C.P.

Art. 4 - Patrimonio del trust.

4.1. Il patrimonio del presente trust è costituito da:

l) i valori depositati nei conti correnti e nei dossier titoli, già nella disponibilità del signor C.P., meglio indicati nell'allegato "B" del presente atto;

II) ogni bene, diritto o valore che disponenti, i Trustees o soggetti terzi, con il consenso dei Trustees, in un secondo momento devolvano in trust;

III) ogni somma od utilità che i Trustees ricevano in forza od in conseguenza dei beni, diritti o valori facenti parte del patrimonio del trust;

IV) i frutti prodotti dai beni, diritti o valori facenti parte del patrimonio del trust;

V) ogni bene, diritto o valore acquistato per mezzo dei beni, diritti o valori facenti parte del patrimonio del trust o quale corrispettivo dell'alienazione o dell'impiego dei beni, diritti o valori facenti parte del patrimonio del trust.

4.2. I beni, diritti o valori facenti parte del patrimonio del trust sono separati dal patrimonio proprio dei Trustees, non formano oggetto della loro successione ereditaria, non fanno parte di alcun regime patrimoniale nascente dal loro matrimonio o da convenzioni matrimoniali e non sono in alcun caso aggredibili né dai loro creditori particolari né dai creditori dei disponenti.

Art. 5 - Individuazione dei beneficiari.

5.1. Beneficiario principale del presente trust è il signor C.P., come sopra meglio identificato.

5.2. Beneficiari finali del presente trust sono gli eredi individuati secondo il diritto successorio italiano del signor C.P., come sopra meglio identificato.

5.3. I diritti dei beneficiari non sono trasferibili né per atto tra vivi, né mortis causa.

Art. 6 - Individuazione dei Revisori.

6.1. I Revisori iniziali del presente trust sono i signori A.P. e L.P., come sopra meglio identificati, i quali sono oggi comparsi e, sottoscrivendo il presente atto, dichiarano di accettare l'ufficio loro conferito.

Art. 7 - Durata del trust.

7.1. Il presente trust esaurisce i propri effetti alla morte del signor C.P. come sopra meglio identificato, dopo che si sia conclusa la fase di assegnazione di cui all'articolo 26;

7.2. In ogni caso il presente trust esaurirà i propri effetti decorsi ottanta anni dalla sottoscrizione del presente atto;

7.3. Il signor C.P. ha la facoltà di porre anticipatamente fine al presente trust esclusivamente previa autorizzazione del giudice tutelare del competente Tribunale;

7.4. I beneficiari finali, pur se agendo tutti con-

giuntamente, non hanno diritto di porre anticipatamente termine al presente trust;

7.5. I Trustees, dopo essersi consultati con i Revisori, hanno il potere di porre anticipatamente termine al presente trust qualora lo scopo indicato in premessa non sia più utilmente perseguibile ovvero il patrimonio del trust sia divenuto insufficiente per il conseguimento dei suoi fini o per il suo utile esercizio.

Art. 8 - Legge regolatrice del trust.

8.1. Il presente trust è regolato dalla legge di Jersey, Isole del Canale;

8.2. Le obbligazioni e la responsabilità dei Trustees sono disciplinate cumulativamente dalla legge regolatrice del trust e dalla legge italiana.

8.3. Per l'applicazione della legge italiana i Trustees sono considerati quali gestori di beni che, sebbene di loro proprietà, sono destinati a soddisfare esclusivamente gli interessi altrui e ad essere trasferiti ai beneficiari finali.

8.4. Con il consenso dei Revisori i Trustees hanno il potere di sostituire la legge indicata all'art. 8.1 con un'altra legge rispetto alla quale siano validi sia il trust che le sue principali disposizioni, avuto primario riguardo alla posizione del nominato beneficiario principale.

Art. 9 - Domicilio del trust. Autorità giudiziaria

9.1. Il presente trust ha domicilio in ... (...), Italia.

9.2. La magistratura italiana del Foro di Modena ha competenza esclusiva per le azioni contro i Disponenti, i Trustees, i Revisori od i Beneficiari del trust, ove si tratti di relazioni tra tali persone o di loro diritti od obblighi nell'ambito del trust.

9.3. Ogni ricorso per ottenere la nomina o la revoca di uno o più Trustees o la nomina o la revoca di uno o più Revisori, ovvero fornire direttive ai Trustees è attribuita alla magistratura italiana del Foro di Modena;

9.4. In ogni caso in cui la magistratura italiana declini la propria competenza o rifiuti di provvedere, il ricorso di cui all'art. 9.3. od ogni altra controversia nascente dal presente Trust andrà proposto alla magistratura dello Stato la cui legge regola il presente Trust.

Art. 10 - Riservatezza.

10.1. Fermo quanto disposto dalla legge regola-

Prassi negoziale

trice del Trust e salvo quanto disposto da questo Atto, o dal provvedimento di un giudice avente giurisdizione in forza degli articoli che precedono o in quanto sia ritenuto dai Trustees necessario in relazione al compimento di un atto di amministrazione o di disposizione o alla difesa in un procedimento giudiziario, i Trustees sono tenuti a non comunicare a terzi alcuna informazione ed a non consegnare alcun documento che riguardi il Trust;

10.2. I Trustees forniranno ogni informazione necessaria ai beneficiari ed ai Revisori atta a dare loro contezza dei redditi del Trust e della loro fonte;

10.3. I Trustees consegneranno ogni documento riguardante il Trust ai beneficiari finali esistenti al termine del Trust;

10.4. In nessun caso l'obbligo di riservatezza potrà mai essere opposto ai Revisori.

PARTE II - L'UFFICIO DEL TRUSTEE**Art. 11 - Numero dei Trustees.**

11.1. Il numero dei Trustees è fissato in due non potrà mai essere inferiore a due;

11.2. I Trustees decideranno ad unanimità e dovranno compiere congiuntamente tutti gli atti di straordinaria amministrazione;

11.3. Quando non vi sia alcun trustee o i Trustees siano in numero inferiore di quello richiesto all'art. 11.1 il trust non verrà meno per questa causa;

11.4. I Revisori provvedono a nominare nuovi Trustees qualora il loro numero scenda al di sotto di due ovvero vi potrà provvedere l'autorità giudiziaria competente ai sensi dell'art. 8 su richiesta di qualsiasi interessato.

Art. 12 - Poteri dei Trustees - Investimenti.

12.1 I Trustees mantengono nella loro consistenza i beni, diritti o valori facenti parte del patrimonio del trust senza compiere su di essi alcun atto di gestione o di disposizione diverso da:

I) incassare e reinvestire i frutti annualmente prodotti dai beni, diritti o valori facenti parte del patrimonio del trust in titoli di stato che non siano stati spesi per le finalità di cui all'art. 1, in titoli di stato, buoni del tesoro e certificati di deposito a breve o medio termine di primario istituto di credito;

II) sostituire alla loro scadenza i titoli facenti parte del patrimonio del trust in titoli di stato, buoni del tesoro e certificati di deposito a breve o medio termine di primario istituto di credito;

III) distribuire al beneficiario principale - secondo quanto previsto dall'art. 1 - i frutti ed i redditi annualmente prodotti dal patrimonio del trust e, qualora essi non fossero sufficienti al perseguimento dello scopo prefissato dall'art. 1 e solo dopo aver consultato i Revisori, il patrimonio del trust;

IV) al verificarsi delle condizioni di cui all'art. 7.1 o 7.2, distribuire tutto il patrimonio del trust ai beneficiari finali secondo quanto indicato dall'art. 26;

V) dedurre le spese connesse alla gestione del trust dai frutti e dai redditi annualmente prodotti dal patrimonio del trust e, qualora essi non fossero sufficienti, dal patrimonio del trust solo dopo aver consultato i Revisori;

12.2. Tutti i redditi ed i frutti annualmente prodotti dal patrimonio del trust, detratto ogni costo inerente alla loro gestione e quanto distribuito ai sensi dell'art. 1, è di regola accumulato e reinvestito;

12.3. In ogni caso i Trustees provvederanno ad investire i frutti annualmente prodotti dai beni, diritti o valori facenti parte del patrimonio del trust nonché lo stesso patrimonio del trust in forme di investimento che diano un alto grado di sicurezza della restituzione del capitale;

12.4. I poteri dei Trustees sui beni, diritti o valori facenti parte del patrimonio del trust coincidono con quelli che la legge riconosce al proprietario o titolare dei beni, diritti o valori devoluti in trust;

12.5. I Trustees hanno la capacità processuale attiva e passiva in relazione ai beni, diritti o valori facenti parte del patrimonio del trust. Essi possono comparire nella loro qualità di Trustees dinanzi a notai e a qualunque pubblica autorità senza che mai possa essere eccepita loro mancanza o indeterminazione di poteri;

12.6. I Trustees possono rivolgersi all'autorità giudiziaria per ottenerne prescrizioni o direttive sul loro operato.

Art. 13 - Deleghe dei Trustees.

13.1. I Trustees sono di regola tenuti a svolgere le proprie funzioni personalmente o, se persona giuridica, tramite i propri amministratori o dipendenti;

13.2. I Trustees potranno delegare a terzi e per iscritto il compimento di singole attività per un tempo determinato e sotto il loro diretto controllo;

13.3. I Trustees potranno infine delegare a professionisti e/o consulenti l'amministrazione del patrimonio del trust, in quanto tale amministrazione ecceda le loro capacità professionali e richieda una pre-

parazione specialistica ovvero debba essere per legge affidata a soggetti autorizzati.

Art. 14 - Indicazioni ai Trustees.

14.1 Nell'esercizio della loro discrezionalità i Trustees terranno conto delle indicazioni dei Revisori così come manifestate loro per iscritto e ad esse si uniformeranno qualora le ritengano conformi alle finalità del trust;

14.2. Salve le disposizioni e le limitazioni espresse in questo atto, le facoltà e i poteri dei Trustees rimangono in ogni caso pieni.

Art. 15 - Segregazione.

15.1. I Trustees sono obbligati a tenere i beni, diritti o valori facenti parte del patrimonio del trust separati e segregati sia dai propri beni, diritti o valori sia da qualsiasi altro di essi che sia a qualunque titolo a loro intestato. In particolare:

I) tutte le volte che si tratti di beni o diritti iscritti o iscrिवibili in registri, pubblici o privati, i Trustees sono tenuti a richiederne l'iscrizione o nella loro qualità di Trustees del trust o al nome del trust o in qualsiasi altro modo che riveli l'esistenza del trust;

II) i rapporti bancari istituiti dai Trustees e tutti i contratti da loro stipulati saranno intestati o ai Trustees nella loro qualità o al trust e ogni somma sarà depositata nei conti così denominati;

15.2. I Revisori potranno rivendicare nell'interesse dei beneficiari i beni in trust qualora i Trustees, in violazione dei propri obblighi, li abbiano o confusi o alienati o su di essi abbiano costituito diritti di terzi, con automatica sostituzione dei Trustees.

Art. 16 - Conflitti di interesse.

16.1. I Trustees non possono in nessun caso rendersi acquirenti dei beni in trust, né trarre alcun vantaggio dai frutti da essi prodotti né in alcuna forma godere le utilità che da essi derivano;

16.2. I Trustees non possono attribuire alcun incarico professionale né delega retribuita né in alcun modo contrarre con persone a loro legate da vincoli di famiglia, di professione o di interesse od, infine, con enti nei quali essi od un loro familiare o associato abbia un interesse a meno che i Revisori, messi a conoscenza delle circostanze, li autorizzino espressamente per iscritto.

Art. 17 - Libro degli eventi. Effetti verso i terzi.

17.1. I Trustees sono obbligati a istituire, custodi-

re ed aggiornare il "Libro degli eventi del trust", vidimato in data odierna da me Notaio con il n. ... di repertorio;

17.2. I Trustees registreranno in tale libro ogni avvenimento del quale ritengano opportuno conservare la memoria. In ogni caso, i Trustees annoteranno gli estremi e il contenuto di qualsiasi atto del quale sia opportuno prevenire la dispersione e manterranno una raccolta completa di tali atti. Chiunque contragga con i Trustees è legittimato a fare pieno affidamento sulle risultanze del "Libro degli eventi del trust".

Art. 18 - Rendiconto.

18.1. I Trustees devono tenere buono e diligente conto di ogni reddito e di ogni esborso del patrimonio del trust, redigendo annualmente un inventario che dovranno trascrivere nel "Libro degli eventi del trust";

18.2. I Trustees formulano semestralmente ai Revisori un rendiconto dell'amministrazione del trust e consegnano loro una copia dell'inventario annuale;

18.3. I Trustees forniranno periodicamente ai Revisori copia degli estratti dei conti correnti bancari e dei depositi titoli da loro amministrati. I Trustees si adopereranno per far sì che i Revisori abbiano la possibilità di un accesso diretto presso i vari istituti delle informazioni relative ai conti correnti bancari e dei depositi titoli da loro amministrati ricevendo copia dei relativi estratti conto periodici e, per quanto ciò sia tecnicamente possibile, la facoltà di visionare le movimentazioni ed il saldo dei predetti conti correnti bancari e depositi titoli con un servizio di home banking in remoto in modalità consultiva;

18.4. Su richiesta dei Revisori, i Trustees dovranno sottoporsi ad una verifica contabile ed amministrativa condotta da un professionista abilitato nominato dai Revisori e retribuito dal trust.

Art. 19 - Compenso dei Trustees.

19.1. Le spese sostenute dai Trustees per l'adempimento di quanto disposto in questo atto sono a carico del trust;

19.2. Il compenso dei Trustees, inizialmente fissato nella somma indicata nella dichiarazione che si allega al presente atto sotto la lettera "C" per farne parte integrante e sostanziale, previa lettura da me, presenti i testi, datane ai comparenti, sarà di anno in anno definito dai Revisori entro dieci giorni dalla consegna dell'inventario annuale di cui all'art. 18.2;

Prassi negoziale

19.3. In quanto i Trustees rivestano l'incarico di Amministratori di sostegno, tutori o curatori del signor C.P., essi potranno dedurre la loro remunerazione dal disavanzo di gestione delle pensioni mensili, della indennità di accompagnamento, delle pensioni di invalidità e qualsiasi altro emolumento di spettanza del signor C.P., dopo aver fatto fronte al pagamento delle spese ordinarie, delle rette della comunità di alloggio e gestione delle spese correnti del medesimo signor C.P..

Art. 20 - Successione dei Trustees.

20.1. I Trustees del presente trust rimangono nell'ufficio fino alla propria morte, sopravvenuta incapacità, revoca o dimissioni. I Trustees persona giuridica rimangono nell'ufficio fino alla propria messa in liquidazione, inizio di procedura concorsuale, revoca o dimissioni;

20.2. Il trustee dimissionario può nominare il proprio successore dandone comunicazione scritta ai Revisori;

20.3. Le dimissioni di un trustee, qualora non siano rassegnate per facilitare una violazione del trust oppure non portino al risultato di una mancanza di Trustees ovvero di un numero di Trustees inferiore a quello previsto dalla legge regolatrice, avranno effetto trascorsi trenta giorni dalla comunicazione ai Revisori;

20.4. Qualora il trustee dimissionario sia rimasto solo o si dimettano contemporaneamente entrambi i Trustees, le loro dimissioni avranno effetto dalla data di accettazione dell'incarico da parte dei nuovi Trustees;

20.5. I Trustees possono essere revocati in ogni tempo dai Revisori mediante comunicazione in forma scritta. La revoca di un trustee da parte dei Revisori comporta la revoca ipso iure dei successori da esso nominati.

Art. 21 - Trasferimento dei beni in trust in caso di mutamento dei Trustees.

21.1 In caso di cessazione dall'ufficio i Trustees, sono tenuti:

I) a porre in essere senza indugio ogni necessario atto per consentire a chi subentri a loro di esercitare i diritti spettanti ai Trustees sui beni, diritti o valori facenti parte del patrimonio del trust e, in quanto risultanze pubblicitarie lo richiedano, per farli risultare quali Trustees del presente trust o anche quale proprietario o titolare dei beni, diritti o valori facenti parte del patrimonio del trust nella loro specifica

qualità di Trustees del trust disciplinato dal presente atto istitutivo;

II) a consegnare i beni, diritti o valori facenti parte del patrimonio del trust ai loro successori, consegnando loro qualsiasi atto o documento in loro possesso che abbia attinenza con il trust o i beni, diritti o valori facenti parte del patrimonio del trust, fornendo loro ogni ragguglio che i nuovi trustees ragionevolmente richiedano loro e in genere ponendolo in grado, per quanto in loro potere, di prendere possesso dei beni, diritti o valori facenti parte del patrimonio del trust e di assolvere senza difficoltà le obbligazioni inerenti l'ufficio;

21.2 In caso di morte od intervenuta incapacità di uno dei Trustees, le suddette obbligazioni di consegna fanno carico, rispettivamente, ai suoi eredi o a chi assista il soggetto divenuto incapace. In ciascuno dei casi che precedono:

I) le risultanze del libro degli eventi faranno piena prova della qualità di Trustee;

II) è lecito a chi consegna atti e documenti di farne e trattenerne copie, ma unicamente per avvalersene in caso di azioni promosse contro di lui.

PARTE III - L'UFFICIO DEL REVISORE

Art. 22 - Numero dei Revisori.

22.1. Il numero dei Revisori è fissato in due;

22.2. I Revisori possono agire disgiuntamente tranne nel caso in cui intendano dimissionare o sostituire uno o tutti i Trustees ovvero promuovere contro di loro le azioni di cui all'art. 15.2. In tali ultime ipotesi i Revisori decideranno ad unanimità e dovranno compiere congiuntamente tutti gli atti connessi;

22.3. Qualora l'ufficio del revisore venga a mancare per dimissioni, morte o incapacità e non sia nominato alcun revisore, i Trustees hanno il diritto di provvedere alla relativa nomina. In assenza di una nomina da parte dei Trustees i Revisori saranno nominati dal Presidente del Tribunale di Modena su ricorso di qualsiasi interessato;

22.4. Qualora il trust si trovi senza alcun revisore, ogni menzione al suo ufficio contenuta in quest'atto si intenderà omissa.

Art. 23 - Poteri e funzioni dei Revisori.

23.1. I Revisori sono dotati di ogni potere loro attribuito da questo atto ed in particolare:

I) devono essere consultati dai Trustees, così da poter concedere il loro vincolante consenso, prima del compimento di qualsiasi atto di alienazione dei

beni, diritti o valori facenti parte del patrimonio del trust ovvero prima del reimpiego di qualsiasi bene, diritto o valore facente parte del patrimonio del trust che sia costituito da titoli di stato, azioni, obbligazioni;

II) possono, con atto in forma scritta e comunicato a mezzo di lettera raccomandata revocare uno o più Trustees. In tale ipotesi ed ai fini del subentro del nuovo o dei nuovi Trustees eventualmente nominati in sostituzione gli effetti della cessazione dall'incarico del Trustee o dei Trustees revocati decorrono dalla consegna della lettera raccomandata all'ufficio postale accettante;

III) possono, con atto in forma scritta e comunicato a mezzo di lettera raccomandata o trasmessa a mezzo telefax nominare uno o più Trustees;

IV) nell'interesse dei beneficiari hanno diritto di agire contro i Trustees in caso di loro violazione delle disposizioni contenute in quest'atto, delle norme della legge regolatrice del trust o di qualsiasi altra disposizione che si applichi al loro ufficio;

V) hanno la facoltà di richiedere ai Trustees, anche informalmente, una rendicontazione del patrimonio del trust e della loro gestione;

VI) hanno la facoltà di consultare gli estratti dei conti correnti e dei dossier titoli intestati al trust od ai Trustees personalmente nella loro qualità dei Trustees del presente trust;

VII) hanno la facoltà di esprimere la loro opinione sulla gestione del trust e di verbalizzare le relative dichiarazioni sul "libro degli eventi del trust" anche se ciò non venga richiesto dai Trustees;

23.2. I Trustees sono tenuti a rispettare con il massimo scrupolo le prerogative dei Revisori, interpretando ogni disposizione dubbia di questo atto nel senso della maggiore latitudine delle prerogative dei Revisori;

23.3. Qualunque riferimento al consenso dei Revisori che sia contenuto in questo atto comporta che i Trustees debbano richiedere ed ottenere il consenso dei Revisori prima del compimento dell'atto al quale esso si riferisce, a pena di invalidità dell'atto medesimo e di responsabilità personale dei Trustees per il danno arrecato.

Art. 24 - Successione dei Revisori - Dimissioni dei Revisori.

24.1. I Revisori restano investiti del loro ufficio fino alla loro morte, sopravvenuta incapacità, revoca o dimissioni;

24.2. Ogni revisore dimissionario può nominare con atto tra vivi o mortis causa un proprio successore dandone comunicazione scritta ai Trustees;

24.3. Tranne nel caso in cui la designazione del nuovo Revisore sia effettuata con atto mortis causa, le dimissioni del revisore hanno effetto trascorsi trenta giorni da quando egli le abbia comunicate per iscritto ai Trustees.

Art. 25 - Compenso dei Revisori.

25.1. Le spese vive sostenute dai Revisori per l'adempimento delle loro funzioni sono a carico del trust e rimborsate dai Trustees dietro semplice presentazione di ricevute di pagamento o dei relativi documenti fiscali;

25.2. I Revisori non hanno diritto a compenso.

PARTE IV - DESTINAZIONE FINALE DEI BENI IN TRUST

Art. 26. Destinazione finale dei beni in trust.

26.1. Sopraggiunta la morte del signor C.P., i Trustees provvederanno a liquidare in denaro tutti i beni, diritti o valori facenti parte del patrimonio del trust ed a devolvere le somme così conseguite in capo agli eredi legittimi del signor C.P. così come essi risulteranno secondo la legge italiana.

Art. 27. Disposizioni finali sulla distribuzione dei beni in trust.

27.1. Nel procedere alla attribuzione dei beni in trust, i Trustees curano la scelta delle soluzioni fiscalmente più efficienti.

Art. 28 - Spese. Registrazione.

28.1. Le spese relative alla formazione del presente atto sono assunte dal trust;

28.2. Il presente atto, non prevedendo l'attribuzione di un patrimonio, sarà assoggettato ad imposta di registro in misura fissa ai sensi dell'art. 11 della tariffa Parte I allegata al D.P.R. n. 131/86.

=====

Richiesto, io Notaio ho ricevuto questo atto, scritto con macchina dattilografica da persona di mia fiducia, completato di mia mano su cinque fogli dei quali occupa diciannove facciate e fin qui della ventesima.

Dello stesso ho dato lettura, alla presenza dei testimoni, ai comparenti che lo approvano e con me ed i testimoni lo sottoscrivono.

Aspetti fiscali di un trust per immobili di interesse storico-artistico

di Giuseppe Lepore

SOMMARIO: § 1. Introduzione. - § 2. Il trattamento fiscale. - § 3. L'orientamento della giurisprudenza. - § 4. Adempimenti amministrativi e fiscali. - § 5. Imposizione fiscale al termine del trust. - § 6. Conclusioni.

§ 1. Introduzione

Il caso che viene descritto ci permette di apprezzare la duttilità e la pregevolezza della soluzione adottata attraverso l'utilizzo del trust e di poter fare un'analisi dello stato dell'arte della tassazione degli immobili riconosciuti di interesse storico-artistico(1)(2).

Tre fratelli, appartenenti ad una nobile casata, sono comproprietari di un immobile, che porta il loro stesso nome. L'immobile è un palazzo di grande pregio e di ingente valore commerciale. Allo stesso è stata riconosciuta la caratteristica di interesse storico-artistico (vedi D. Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 "Codice dei beni culturali e del paesaggio").

Attualmente l'immobile è locato ad uso commerciale.

I proprietari, al fine di mantenere intatto il valore dell'immobile e l'immagine della famiglia che in tale palazzo trova la massima espressione, desiderano mantenere unita la proprietà fino alla morte dell'ultimo di essi, per poi trasmetterla – decorsi sei mesi dall'avverarsi di questa condizione – agli eredi legittimi.

Le considerazioni che hanno portato i tre fratelli a scegliere l'uso del trust sono le seguenti.

a) Il trust per sua natura può durare oltre la vita della persona.

Il fondo in trust, nella fattispecie costituito dalla piena proprietà dell'immobile trasferito in trust pro quota da ogni fratello, resta segregato sino al termine finale della durata del trust, stabilito nell'atto istitutivo col decorso di sei mesi dalla data della morte dell'ultimo dei tre fratelli. La conseguenza è che il fondo in trust non sarà suddiviso fra i beneficiari (gli eredi legittimi di ciascun fratello) sino al termine del trust.

b) Volontà dei disponenti di non ledere i diritti successori dei legittimari ma anzi di rafforzarli.

Tale differimento della liquidazione della quota ai

beneficiari non dovrebbe far sorgere pretese di natura ereditaria al momento della morte di uno dei tre fratelli per tre ragioni:

1- essendo stata prevista la possibilità della distribuzione del reddito durante la vita del trust ai disponenti, in caso di decesso di uno di questi, gli eredi legittimi subentreranno nella quota di reddito percepita dal proprio ascendente;

2- al termine del trust, gli eredi legittimi riceveranno la loro quota;

3- il fondo in trust è costituito da un bene indivisibile, la cui divisione comporterebbe un deprezzamento del valore del diritto di ogni erede.

L'eventualità che la morte di uno dei fratelli comporti che un suo erede possa richiedere la liquidazione in numerario del valore rappresentante la quota di possesso dell'immobile, è reale e non può essere accantonata.

Se i proprietari fossero in quel momento in grado di liquidare la quota non vi sarebbe alcun problema, ma se al verificarsi dell'evento fossero sprovvisti di disponibilità finanziaria, sarebbero costretti a svendere l'immobile con nocumento non solo per loro stessi, ma anche per il legittimario che vedrebbe attribuirsi la liquidazione di una quota con un valore molto più basso.

L'istituzione di un trust non serve quindi per eludere i legittimari, ma per permettere loro di ottenere a scadenza l'intero e congruo valore di mercato dell'immobile.

c) Conservare le agevolazioni fiscali derivanti dalla natura storico-artistico dell'immobile in questione.

Note:

Giuseppe Lepore è ragioniere commercialista in Savona. Questo articolo costituisce rielaborazione di due precedenti saggi del medesimo autore pubblicati in *Immobili e proprietà*, 2006, rispettivamente a p. 38 ("Aspetti fiscali di un trust per immobili di interesse storico-artistico") e p. 169 ("Immobili storico artistici: una storia infinita a lieto fine").

(1) Per completa trattazione dell'argomento v. M. Lupoi, *Trusts*, II ed., Milano, 2001.

(2) Per ulteriori applicazioni si v. M. Monegat, *Il trust: nuovo strumento di protezione patrimoniale*, *Immobili e proprietà*, 2005, 555.

Vediamo come l'istituzione di un trust ha permesso di risolvere adeguatamente i problemi susposti.

Elementi del trust:

- disponenti: i tre fratelli;
- beneficiari del reddito da locazione: i disponenti e, alla morte di ciascuno, i rispettivi eredi legittimi;
- beneficiari finali: i discendenti dei disponenti;
- fondo in trust: l'immobile e gli arredi dello stesso, previo inventario degli arredi;
- trustee: una *trust company*;
- obbligo di rendiconto del trustee: trimestrale ai disponenti;
- durata del trust: il trust termina decorsi sei mesi dalla morte dell'ultimo dei disponenti;
- impiego del reddito del fondo in trust: pagare le spese di manutenzione dell'immobile, le spese del trust (compenso del trustee e le imposte) e tenere il residuo reddito a disposizione dei beneficiari del reddito;
- diritti dei disponenti (sono diritti personali che non si trasmettono agli eredi), sono ad esempio la possibilità di porre fine al trust anticipatamente o di revocare anche senza giusta causa il trustee.

§ 2. Il trattamento fiscale.

Ogni atto di trust comporta per il professionista che lo redige una serie di problemi di natura fiscale che vanno preliminarmente analizzati e risolti.

Il trust di cui al presente scritto pone ulteriori interrogativi stante la caratteristica intrinseca dell'immobile cioè la sua appartenenza alla categoria di immobili storico – artistici.

Pertanto:

- vanno valutati preliminarmente quali siano gli adempimenti amministrativi e fiscali che competono al trust;
- vanno individuate quindi quali siano le imposte relative all'istituzione e al conferimento del bene in trust;
- vanno interpretate le norme che disciplinano la tassazione dei proventi derivanti dalla locazione dei beni in trust;
- vanno infine considerate quali siano le imposte al momento della attribuzione dei beni in trust ai beneficiari alla fine del trust.

Esaminiamo quindi i vari momenti della vita del trust e la sua relativa impostazione fiscale.

a) L'atto istitutivo di trust

Può rivestire la forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata o non autenticata.

Mentre ai fini delle imposte dirette è un atto irrilevante, ai fini dell'imposta di registro (nel nostro caso esso è stato redatto con scrittura privata autenticata), ha scontato una imposta fissa di euro 168,00 (ex art. 11, parte I, della tariffa di cui al D. P. R. 26 aprile 1986, n. 131) in quanto atto meramente programmatico, privo di una obbligazione di natura patrimoniale.

b) Atto di trasferimento dell'immobile in trust

In via di principio il trasferimento in un trust non deve dar luogo ad un inasprimento della tassazione ai fini fiscali. I beni, infatti, producevano reddito in capo ai disponenti e ora in capo al trust. La devoluzione quindi non è un elemento rilevante e non genera materia imponibile nuova.

Per quanto attiene le imposte afferenti il conferimento del bene in trust, nonostante la natura gratuita di tale atto traslativo, in quanto non si realizza alcuna attribuzione liberale verso il trustee, che non riceve alcun arricchimento, avendo ad oggetto beni o diritti per i quali sia prevista la forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata, si renderà applicabile l'art. 11, parte I, della tariffa di cui al D. P. R. 26 aprile 1986, n. 131, e cioè l'imposta, in misura fissa, di euro 168,00.

Occorre segnalare la diversa posizione emersa a seguito di interpello posto all'Amministrazione Finanziaria secondo la quale all'atto di trasferimento dei beni dal disponente al trustee si applicherebbe invece l'articolo 9 della succitata Tariffa, parte I, e quindi l'imposta di registro nella misura proporzionale del 3%. Tale impostazione troverebbe un riscontro indiretto e peculiare nella disciplina specifica e agevolativa che regola qualsiasi trasferimento (indipendentemente dal tipo di cessionario e quindi anche al trust) dei beni immobili vincolati a prescindere dal trasferimento in trust.

Si segnala, infatti, un interessantissimo studio e precisamente lo Studio n. 11/2005/T – Imposta di registro. Acquisto di beni culturali. Approvato dalla Commissione studi tributari il 24 giugno 2005 – a firma della dott.ssa Valeria Mastroiacovo – che così recita: “Il comma 4 dell'art. 1 della tariffa parte prima prevede che “se il trasferimento ha per oggetto immobili di interesse storico, artistico e archeologico soggetti alla legge 1° giugno 1939 n. 1089, sem-

Prassi negoziale

preché l'acquirente non venga meno agli obblighi della loro conservazione e protezione" l'imposta di registro si applica nella misura proporzionale del 3%. Questo regime fiscale di favore è stato introdotto dall'art. 5 della legge 2 agosto 1982, n. 512 e successivamente modificato nei termini attualmente in vigore [...]. In diverse occasioni, sia la Corte di Cassazione, che la Consulta, hanno sottolineato nelle loro pronunce che la disciplina fiscale di favore in questo ambito non rappresenta certo un privilegio, bensì una sorta di "equa compensazione" per i pregiudizi che il gravoso complesso di vincoli e di obblighi, previsto dalla legislazione speciale, provoca ai proprietari anche sul piano economico, incidendo conseguentemente sulla relativa capacità contributiva. In particolare ai fini dell'imposizione indiretta di registro, l'aliquota del 3%, per la sua collocazione sistematica all'interno dell'art. 1 della Tariffa parte prima allegata al citato D.P.R. 26 aprile 1986, n. 131, si applica a tutti gli atti traslativi a titolo oneroso della proprietà dei beni immobili culturali (di cui agli artt. 10 e 11 del codice) vincolati (ai sensi degli artt. 12 e 13 del medesimo codice), nonché agli atti traslativi o costitutivi di diritti reali di godimento sui beni stessi, compresi la rinuncia pura e semplice agli stessi, i provvedimenti di espropriazione per pubblica utilità e i trasferimenti coattivi.

Alla luce di quanto sopra va fatta una opportuna considerazione. Gli immobili storici godono di un autonomo regime agevolativo rispetto al trasferimento degli immobili normali.

Ma il trasferimento di un bene ad un trust qualora trovasse applicazione l'art. 11 della Tariffa, e cioè il pagamento dell'imposta fissa di registro di euro 168,00, darebbe luogo in favore dei proprietari di beni immobili storici ad una innegabile ulteriore agevolazione che va oltre quella specifica di cui sopra. Stante gli ingenti costi, motivati nel prossimo paragrafo, che sostengono i proprietari degli stessi, questa ulteriore agevolazione parrebbe in linea con la natura compensativa di tutte le agevolazioni previste.

c) Tassazione applicabile ai canoni di locazione percepiti dal trust

La tassazione del reddito da sempre ha provocato lunghi contenziosi tra l'Amministrazione finanziaria ed i contribuenti: la prima considera tassabile il reddito in base a quello effettivo; i secondi in base alla tariffa d'estimo più bassa.

Occorre precisare che la tassazione agevolata del

reddito scaturito da tale bene viene ad essere attuata in quanto in capo ai proprietari degli stessi esistono oneri gravosi. Si pensi, ad esempio, agli edifici che necessitano continue manutenzioni alle facciate, ai fregi ed alle decorazioni. Gli immobili in questione appartengono formalmente ai proprietari, ma culturalmente alla collettività e devono, per tale motivo, essere restaurati sotto l'occhio attento e vigile del Ministero dei beni Culturali. I costi sarebbero ingenti e non differibili.

A compensazione di tali situazioni il nostro ordinamento prevede differenti modalità di tassazione degli immobili appartenenti a questa tipologia.

Possiamo quindi sintetizzare le due ipotesi più ricorrenti:

A. Immobili vincolati non locati.

Il reddito da indicare in dichiarazione dei redditi corrisponde alla minore tra le tariffe d'estimo previste per le abitazioni della zona censuaria nella quale è ubicato il fabbricato.

B. Immobili vincolati locati.

Per questa tipologia le posizioni del Ministero delle Finanze in sede amministrativa, da una parte, e delle Commissioni Tributarie in sede giurisdizionale nonché del Consiglio di Stato, della Corte di Cassazione, dall'altra, sono state a lungo divergenti, fino alla negazione da parte di uno delle tesi dell'altra e viceversa. Neanche l'intervento della Corte Costituzionale ha portato certezze nel decidere come tassare la locazione in una continua deambulazione tra tariffe d'estimo, come sostengono gli uni, e il canone di locazione come interpreta l'Amministrazione finanziaria.

Il ministero delle Finanze con più circolari (Circ. Min., 10 giugno 1993, n. 7 e 30 maggio 1995, n. 154) ha sostenuto la propria posizione in relazione al reddito da attribuire agli immobili vincolati ex L. 1° giugno 1939, n. 1089, interpretando in modo del tutto originale il dettato normativo contenuto nell'art. 11, II comma L. 30 dicembre 1991, n. 413.

Per il Ministero, agli immobili vincolati locati si devono applicare "tutte le regole relative alla tassazione sulla base del reddito effettivo". Ma l'art. 11, II comma L. 30 dicembre 1991, n. 413 recita che "in ogni caso, il reddito degli immobili riconosciuti di interesse storico o artistico [...] è determinato mediante l'applicazione della minore tra le tariffe d'estimo previste per le abitazioni della zona censuaria nella quale è collocato il fabbricato".

La frase "in ogni caso" comprende anche i casi in

cui il fabbricato è stato locato e, quindi, anche in caso di concessione in locazione di immobili di interesse storico-artistico. Il reddito da assoggettare a tassazione dovrebbe corrispondere “alla minore delle tariffe d’estimo previste per le abitazioni della zona censuaria nella quale è collocato l’immobile”.

L’Amministrazione Finanziaria confermava tale posizione anche nelle istruzioni alla compilazione dei vari modelli Unico 99/00/01/02/03, dove si legge che agli immobili locati “devono essere applicate tutte le regole relative alla tassazione sulla base del reddito effettivo, compreso il confronto tra la rendita (determinata applicando la minore delle tariffe d’estimo della zona in cui è sito il fabbricato) e il canone di locazione”.

A sostegno e conferma delle proprie tesi, il Ministero faceva proprio, con la nota n. 42935 del 25 febbraio 2000 e con il comunicato stampa del 20 aprile 2000, quanto previsto dalla L. 9 dicembre 1998, n. 431 di riforma delle locazioni – che prevedeva ai fini della determinazione del reddito degli immobili locati in regime convenzionale – un ulteriore abbattimento del 30% calcolato sull’85% del canone di locazione se maggiore della rendita catastale.

Un primo timido segno di cambiamento di posizione da parte del Ministero lo si ha avuto con l’emanazione della Circolare 6 marzo 2001, n. 22/E che ha ritenuto ragionevole disapplicare le sanzioni amministrative previste per l’infedele dichiarazione del reddito di fabbricati relativamente alle dichiarazioni presentate prima dell’entrata in vigore della L. 9 dicembre 1998, n. 431.

Dopo tale Circolare, il Consiglio di Stato si è interessato alla problematica ribadendo quale modalità di tassazione sia applicabile per gli immobili di interesse storico o artistico, quella basata sulla rendita e non sul canone di locazione. Tale comportamento è stato reso esplicito ed operativo con l’Ordinanza 8 maggio 2001, n. 2741, la quale ha disposto la sospensione della validità delle istruzioni del Mod. 730/2001 e la loro integrazione come segue:

a) i contribuenti proprietari di immobili di rilievo storico o artistico, “i quali riterranno di adeguarsi all’orientamento interpretativo che fissa come reddito imponibile solo quello risultante dalla tariffe d’estimo ed esclude ogni prelievo fiscale sull’importo degli eventuali canoni locativi, potranno compilare il modulo senza indicare l’importo del canone locativo, limitandosi quindi ad inserire tutti i dati catastali che consentiranno la prima liquidazione dell’imposta”;

b) gli uffici “valuteranno in questi casi la possibilità di comunicare apposito avviso di accertamento a seguito di verifica nelle forme ordinarie, restando comunque esclusi, per tale profilo, il controllo formale e la liquidazione automatica”.

L’Amministrazione Finanziaria ha poi continuato a ribadire la propria posizione con la Circolare 20 giugno 2002, n. 55/E.

Ma prendendo atto del consolidato orientamento giurisprudenziale sopra illustrato, l’Agenzia delle Entrate con la Circolare 14 marzo 2005, n. 9/E è intervenuta nuovamente sul tema degli immobili storico-artistici concessi in locazione, superando la tesi restrittiva precedentemente espressa.

La nuova linea interpretativa, tuttavia, è limitata ai soli immobili a destinazione abitativa.

Infatti, prendendo a riferimento la sentenza della Corte di Cassazione, 30 luglio 2002, n. 11211(3), l’Agenzia delle Entrate ribadisce che la tassazione agevolata sulla base della minore tariffa d’estimo della zona censuaria in cui è situato l’immobile non è consentita per i fabbricati non classificati come abitativi.

Pertanto, l’Agenzia ha invitato ogni singolo Ufficio:

- ad abbandonare le pretese non conformi al nuovo orientamento, rinunciando al contenzioso in atto e ad accogliere le istanze di rimborso, tempestivamente presentate, relativamente agli immobili vincolati a destinazione abitativa;

- ad insistere nel sostenere le ragioni dell’Erario per le istanze di rimborso e in sede contenziosa, relativamente agli immobili vincolati concessi in locazione e classificati ad uso diverso da quello abitativo.

Con riferimento agli immobili a destinazione non abitativa, va tuttavia evidenziato che l’Agenzia delle Entrate fino al 16 gennaio 2006 non ha tenuto conto di un recente intervento della Corte di Cassazione, innovativo rispetto al precedente. Infatti, nella sentenza 3 febbraio 2005, n. 2178(4) è stato affermato che la tassazione agevolata degli immobili storico-artistici sulla base della minore tariffa d’estimo riguarda sia gli immobili ad uso abitativo che quelli ad uso diverso.

Ma finalmente il 17 gennaio 2006 l’Agenzia delle Entrate – Direzione Centrale Normativa e Contenziosa

Note:

(3) Finanza loc., 2003, 250.

(4) Mass. Giur. it., 2005.

Prassi negoziale

zioso con la Circolare 2/E abbandonava definitivamente la tesi secondo cui il proprietario di un immobile storico artistico, qualora lo stesso fosse stato locato ad uso diverso da quello abitativo, avrebbe dovuto pagare le imposte sul canone di locazione e non in base alla tariffa d'estimo più bassa della zona censuaria nella quale fosse stato ubicato lo stesso.

La Circolare 2/E inizia riportando all'esame del lettore l'ultima presa di posizione dell'Amministrazione Finanziaria su tale argomento e precisamente la Circolare 9/E del 6 marzo 2005, nella quale venivano:

- abbandonate le controversie volte ad affermare la determinazione del reddito degli immobili di interesse storico e/o artistico, concessi in locazione ad uso abitativo, sulla base del relativo canone;

- sostenute, in conformità alla sentenza della Suprema Corte del 30 luglio 2002, n. 11211, le ragioni dell'erario nei casi in cui fosse stata presentata istanza di rimborso in relazione ad unità immobiliari vincolate, concesse in locazione e classificate catastalmente come negozio, magazzino, laboratorio, ufficio, immobile a destinazione speciale, ecc. o comunque destinate ad uso diverso da quello abitativo.

Proseguendo nella lettura della circolare, l'Agenzia ripercorre l'evoluzione dell'orientamento della Cassazione ed, in particolare, la sentenza n. 2178 del 3 febbraio 2005 con la quale Corte ha escluso di aver affermato con la sentenza n. 11211 del 2002 "il principio secondo cui, in base all'art. 11 della legge n. 413 del 1991, gli immobili storici e/o artistici compresi nel gruppo catastale A siano soggetti a diverso trattamento fiscale a seconda che siano locati ad uso abitativo o ad un uso diverso da quello locativo".

Tale tesi è stata confermata e ribadita con le successive sentenze n. 10860 e 10862 del 23 maggio 2005(5). Ma vi è di più. In queste ultime sentenze la Suprema Corte ha chiarito che:

- a) sarebbe stata non condivisibile una interpretazione della disposizione di cui all'art. 11, II comma, L. 30 dicembre 1991, n. 413 che ne limitasse l'applicabilità ai soli immobili di interesse storico artistico adibiti ad uso abitativo;

- b) limitare l'applicazione della disposizione di cui all'art. 11, II comma, della L. 30 dicembre 1991, n. 413 ai soli immobili di interesse storico artistico (locati) ad uso abitativo, avrebbe significato:

- a. introdurre nel sistema una distinzione non ragionevole tenuto conto della *ratio legis* della norma agevolativa;

- b. optare, di conseguenza, per una interpretazione

della stessa norma che non sarebbe costituzionalmente conforme;

- c) se la regola generale per gli immobili di interesse storico-artistico è l'irrilevanza *tout court* del reddito locativo, in quanto l'unico criterio per la determinazione del reddito imputabile a tali immobili è il riferimento alle tariffe d'estimo (e in particolare alla più bassa della zona censuaria nella quale l'immobile specifico si trovi), allora siffatta regola è (e deve essere) applicabile tanto se si tratti di locazione ad uso abitativo, quanto se si tratti di locazione ad uso diverso.

Preso quindi atto di tale evoluzione dell'orientamento della Corte di Cassazione, l'Agenzia, sulla scorta del parere favorevole dell'Avvocatura generale dello Stato – che si è espressa con nota n. P140817 del 24 ottobre 2005 ha ritenuto di non sostenere ulteriormente la tesi di cui *supra*, lett b) espressa nella circolare 9/E del 2005 e di considerare quale unico criterio per la determinazione del reddito imputabile agli immobili storico artistici il riferimento alle tariffe d'estimo (e in particolare alla più bassa della zona censuaria nella quale l'immobile specifico si trovi), per qualsivoglia utilizzo.

In conseguenza di ciò l'Agenzia ha ritenuto superate le istruzioni precedentemente fornite in contrasto con l'attuale orientamento giurisprudenziale della Corte di Cassazione e ha invitato i propri Uffici a riesaminare caso per caso, secondo tale nuovo criterio, il contenzioso pendente concernente la materia in esame e, ricorrendone i presupposti, a:

- preventivamente rimborsare quanto richiesto dal contribuente;

- provvedere al relativo abbandono del contenzioso secondo le modalità di rito, peraltro sinteticamente indicate nelle circolari n. 138/E del 15 maggio 1997 e n. 218/E del 30 novembre 2000;

- tener conto di tale nuovo orientamento anche nell'ordinaria attività di controllo ed accertamento.

§ 3. L'orientamento della giurisprudenza.

La giurisprudenza di merito persegue un orientamento prevalente favorevole alla non rilevanza del canone di locazione (sentenze della C.T. di I° grado

Nota:

(5) Citate dalla Circolare dell'Agenzia delle Entrate, Direzione Centrale Normativa e Contenzioso, n. 2/E, del 17 gennaio 2006.

di Pisa n. 259 del 30 giugno 1994(6), della C.T. di I° grado di Venezia n. 298 del 6 febbraio 1995(7)).

Nella vicenda in esame è intervenuto anche il Giudice amministrativo (TAR del Lazio, ordinanze n. 2323 del 15 marzo 2000(8) e n. 2205 del 28 marzo 2001(9) che hanno sostenuto pari tesi). La Corte di Cassazione, con le sentenze del 18 marzo 1999, n. 2442(10) e del 13 giugno 2000, n. 8038(11) capovolge l'interpretazione dell'Amministrazione Finanziaria stabilendo e ribadendo che la tassazione degli immobili concessi in locazione deve avvenire in base alla rendita catastale; tale tassazione viene determinata con l'utilizzo della tariffa d'estimo minore tra quelle previste per la zona censuaria in cui è situato il fabbricato e non secondo le normali regole previste per gli altri fabbricati. Non si deve, quindi, raffrontare la rendita catastale e il canone di locazione.

La Corte Costituzionale è stata investita della problematica e si è pronunciata con la sentenza del 28 marzo 2003, n. 346(12) con cui ha riconosciuto la legittimità costituzionale dell'art. 11, II comma, L. 30 dicembre 1991, n. 413, in quanto l'agevolazione fiscale in esso contenuta appare "tutt'altro che arbitraria o irragionevole, in considerazione del complesso di vincoli ed obblighi gravanti per legge sulla proprietà di siffatti beni".

Alla luce di tutto quanto sopra, il trust, quale pieno proprietario, continua a godere dei benefici fiscali che avevano i tre fratelli disponenti, valutando, nel caso esso optasse per la tassazione dei redditi da locazione con il metodo della tariffa d'estimo più bassa la possibilità di un inevitabile contenzioso con l'Amministrazione Finanziaria.

§ 4. Adempimenti amministrativi e fiscali.

Il trust una volta istituito si deve munire di un codice fiscale che richiederà all'Agenzia delle Entrate.

Una prassi che si va consolidando è quella di far bollare un libro giornale ove annotare le entrate e le uscite del trust.

Ciò al fine di rispettare la normativa fiscale, ma anche per adempiere all'obbligo di rendicontazione verso i beneficiari o verso chi ne avesse titolo a seconda della legge regolatrice prescelta.

Riterrei consigliabile istituire il Libro degli Eventi, facendolo bollare dal Notaio, sul quale verranno annotati tutti gli eventi caratterizzanti la vita del trust.

Alla fine dell'anno si dovrà predisporre il modello Unico760 per il pagamento delle imposte.

Ci si sofferma invece su un adempimento particolarmente delicato che attiene la natura e la circolazione dei beni avente carattere storico artistico e cioè sulla comunicazione da farsi dell'avvenuto trasferimento al Ministero dei Beni Culturali.

Infatti, nell'ipotesi in cui l'atto di trasferimento venisse tassato con il 3% di imposta di registro propria degli immobili storici, si decade dai benefici fiscali di cui al regime dell'art. 1, IV comma della tariffa parte I (allegata al D.P.R. 26 aprile 1986, n. 131 recante la disciplina dell'imposta di registro) per il mancato assolvimento degli obblighi di legge per consentire l'esercizio del diritto di prelazione dello Stato.

Occorre infatti precisare che, ai sensi dell'art. 59 del D. Lgs., 22 gennaio 2004, n. 42, per conservare tali agevolazioni fiscali, l'alienante/disponente ha l'obbligo di comunicare all'Amministrazione per i beni culturali ed ambientali la cessione, anche a titolo gratuito, dell'immobile, entro trenta giorni dall'atto di trasferimento.

La mancata comunicazione comporta che oltre alla normale imposta è dovuta una soprattassa pari al trenta per cento dell'imposta stessa, oltre agli interessi di mora.

§ 5. Imposizione fiscale al termine del trust.

Lo scopo perseguito dai Disponenti attraverso l'istituzione del trust è quello di devolvere il proprio patrimonio ai beneficiari finali. Il trasferimento dei beni dal trustee ai beneficiari finali realizza una finalità di natura liberale, che trova la propria fonte nella volontà dei disponenti. Si configura quindi una liberalità indiretta, che costituisce il presupposto per l'ap-

Note:

(6) Boll. trib., 1995, 226.

(7) Riv. giur. trib., 1995, 1019.

(8) Dir. e prat. trib., 2000, II, 886.

(9) Riv. giur. trib., 2001, 1148.

(10) Riv. not., 2000, 421.

(11) Arch. loc., 2000, 573.

(12) Boll. trib., 2004, 394.

Prassi negoziale

plicazione dell'imposta di donazione in capo ai beneficiari finali, ove ne ricorrano le condizioni. Occorrerà, pertanto, avere riguardo al rapporto intercorrente fra i beneficiari e i disponenti al fine di verificare se sussistono le condizioni per l'applicazione dell'art. 13, II comma L. 18 ottobre 2001, n. 383 che prevede l'esenzione dal pagamento della imposta di successione per i trasferimenti di beni e diritti per donazione o altra liberalità tra vivi (compresa la rinuncia pura e semplice agli stessi), se tali trasferimenti siano posti in essere in favore del coniuge, dei parenti in linea retta e degli altri parenti fino al quarto grado.

§ 6. Conclusioni.

In periodi burrascosi quali quello attuale, ove la gerarchia delle fonti, caposaldo del nostro ordina-

mento, sembra talvolta essere stravolta e travolta da "grida" della più disparata specie, che nulla hanno di normativo, ma devono la loro conoscibilità solo all'enorme cassa di risonanza del mezzo con cui vengono diffuse, è un vero fatto positivo che il solco che la Suprema Corte traccia giornalmente, profondo e deciso, continui ad essere onorato, valutato e considerato quale "senso di marcia" da tutti, non ultimo anche dall'Amministrazione Finanziaria che, seppur ad anni di distanza, ha saputo leggere e cogliere il senso di una normativa agevolativa, che non andava a favorire un'élite di proprietari, ma a valorizzare una categoria che, per lo più con il sacrificio di autonomi e ingenti sforzi finanziari, si è sempre presa cura del mantenimento di un patrimonio storico artistico, surrogandosi talvolta completamente allo Stato.

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 Garbaro, David
Hayton, Nicolò Lipari, Fabio Marchetti, Antonio Palazzo,
Victor Uckmar, Gustavo Visentini

Coordinamento redazionale
Elisa Barla De Guglielmi (Università degli Studi di
Genova), Lucia Frascarelli (Assofiduciaria), Roberta
Grandona (Università degli Studi di Genova)

REDAZIONE
Valentina Cecconi, Cristina Orsenigo

REALIZZAZIONE GRAFICA
Ipsoa

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

STAMPA
Arti Grafiche Stefano Pinelli srl
Via Farneti, 8 - 20129 Milano
licenziato per la stampa il 27 settembre 2006

REDAZIONE

Per informazione in merito
a contributi, articoli ed argomenti trattati

scrivere o telefonare a:

e attività fiduciarie
Trusts

IPSOA Redazione

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

Pubblicità:

dbCOMMUNICATION s.r.l.

db communication s.r.l.
via Leopoldo Gasparotto 168
21100 Varese
tel. 0332/282160
fax 0332/282483
e-mail: info@dbcomm.it
www.dbcomm.it

Autorizzazione Tribunale di Milano n. 626
del 28 settembre 1999
Tariffa R.O.C.: Poste Italiane Spa - Spedizione
in abbonamento Postale - D.L. 353/2003 (conv. in
L. 27/02/2004 n. 46) art. 1, comma 1, DCB Milano
Iscritta nel Registro Nazionale della Stampa
con il n. 3353 vol. 34 foglio 417 in data 31 luglio 1991

ABBONAMENTI

Gli abbonamenti hanno durata annuale, 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: € 215,00

ESTERO
Abbonamento annuale: € 430,00

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: € 55,00

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).

L'istituto del trust nei sistemi legali continentali e la sua compatibilità con i principî di *civil law*

di Gabriela O'Connor de Picaza

Il libro che si recensisce si prefigge di compiere uno studio di diritto comparato circa l'utilità e la trapiantabilità del trust nell'ordinamento giuridico spagnolo(1).

Nel saggio introduttivo l'autrice segnala lo scarso interesse dottrinale e istituzionale, dovuto a motivi di diffidenza e di avversione, suscitato da detto istituto nella società spagnola, e cerca con questo saggio di trasmettere al lettore i principî teorici e pratici dell'istituto affinché egli stesso possa giudicare e convincersi della finalità lecita del trust. Nella sua dissertazione, per descrivere le diverse strutture e i differenti caratteri riconducibili al trust, sono più volte richiamati diversi ordinamenti di *common law*, la Convenzione de L'Aja del 1985 e i *Principles of European Trust Law* pubblicati nel 1999.

Il libro è articolato in tre parti ed è completato da un'ampia bibliografia dottrinale e giurisprudenziale sia di *civil* che di *common law*.

Nella prima parte l'autrice delinea le molteplici figure del trust, passando in rassegna il percorso del trust dalle origini ad oggi, rimanendo comunque fedele ai connotati tradizionali dell'istituto anglosassone che trae origine dall'*equity*. L'autrice, in particolare, considera di fondamentale importanza lo studio del trust anglosassone per comprenderne il fenomeno dello sdoppiamento della proprietà (caratteristica già presente nel XV secolo e che ha determinato la giurisdizione concorrente delle corti di *common law* e di *equity*).

Non esistendo un'univoca definizione di trust a causa della quantità innumerevole di caratteri strutturali che esso può assumere e della sua compatibilità in diversi ordinamenti, l'autrice propone una definizione piuttosto ampia e approssimativa e delinea una serie di caratteristiche comuni a tutti i casi.

La definizione di trust fornita dalla Convenzione de L'Aja è criticata in quanto si allontana dall'originaria nozione anglosassone, comprendendo per analogia figure strutturalmente, anche se non funzionalmente, affini al trust(2). Si discute circa la contestata espressione contenuta nel testo convenzionale al-

l'art. 2, "beni posti sotto il controllo di un trustee", considerata un'imprecisione, così come ci si chiede chi sia legittimato ad esigere l'adempimento delle obbligazioni derivanti dal trust, nei confronti di chi egli sia responsabile, e chi debba rivendicare i beni del fondo in trust e di fronte a chi.

Per contro, i contenuti dei *Principles of European Trust Law* chiariscono l'ambiguità suscitata dalla Convenzione de L'Aja a riguardo della trasmissione della proprietà al trustee, e riconoscono ai beneficiari il diritto di agire personalmente contro il trustee.

Essendo il trust così duttile, esso diventa uno strumento suscettibile di adattarsi a diverse situazioni e capace di svolgere molteplici funzioni; l'autrice preferisce presentare la struttura elementare dell'istituto nel diritto anglosassone e la confronta con il diritto europeo e il diritto internazionale.

Nella sua analisi tre sono gli elementi fondamentali della struttura di un trust da prendere in considerazione: la sua istituzione – si tratta di un negozio unilaterale, non di un contratto; il trasferimento dei beni – la disposizione dei beni può essere fatta prima, simultaneamente o successivamente alla sua istituzione; infine, altri elementi soggettivi – come, ad esempio, i soggetti che vi partecipano. All'interno di uno schema di *civil law*, negozio istitutivo e negozio dispositivo condividono la stessa causa e l'assenza o inefficacia di uno dei due priva di effetti l'altro. Risalta la concezione erronea che in qualsiasi trust debba esistere un disponente che trasferisce beni a un trustee, che acquisisce la proprietà – intesa come *legal ownership*

Note:

Gabriela O'Connor de Picaza è laureata in Economia Aziendale presso l'Università di Santiago de Compostela (Spagna) e ha frequentato il master di II livello in "Globalizzazione: Economia, Finanza, Diritto" dell'Università di Genova.

(1) S. Martín Santisteban, El instituto del "trust" en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios de "civil law", in *The Global Law Collection, Legal Studies Series*, 2005, 285 pp., ISBN 84-9767-531-2.

(2) *Definite trust amorfi* da M. Lupoi, *Trusts*, II ed., Milano, 2001, pp. 491-517.

Letture

tutelata dalla *common law* – e un beneficiario nel cui interesse vengono amministrati i beni.

Il disponente è l'unica figura non essenziale per l'esistenza d'un trust: succede così con i "trust non espressamente istituiti", la cui esistenza ha una natura implicita, o per volontà presunta – *resulting trust* – o perché derivanti da un rimedio di *equity* – *constructive trust* – o perché derivanti da una specifica previsione di legge – *statutory trust*.

Al contrario, il trustee è l'unico soggetto indispensabile del trust e ce ne possono essere tanti quanti sono i diversi tipi di trust. Ciò che accomuna i vari tipi di trustee è la titolarità d'un diritto di proprietà e il dovere di agire a vantaggio di terzi o per il raggiungimento di una determinata finalità – trust di scopo –. Quindi la figura del beneficiario può mancare o non essere ancora stata individuata – trust discrezionali – o semplicemente potrebbe coincidere con la persona del disponente – *business trust*.

A differenza del negozio fiduciario, il trust non è un rapporto tra disponente e trustee, ma si considera che gli obblighi di quest'ultimo nei confronti dei beneficiari siano di natura fiduciaria. L'origine della flessibilità del trust si radica nel carattere atipico di questi obblighi e anche nella maniera in cui vengono designati i beneficiari e la loro partecipazione al fondo in trust. L'autrice è espressione di quella corrente dottrinale secondo la quale i beneficiari non sono in nessun caso titolari di un diritto di proprietà sui beni, come è inteso dall'operatore di *civil law*, finché non venga messa fine al trust; inoltre, critica i testi internazionali che non aiutano a determinare la natura reale ovvero personale di detto diritto.

Questi concetti vengono ripresi nella seconda parte del libro e visti come gli "ostacoli dell'operatore di *civil law*" all'incorporazione del trust nel suo ordinamento.

Uno degli ostacoli più dogmatici e insormontabili dei sistemi causalisti è l'inammissibilità della *causa fiduciae* come causa trasmissiva della proprietà (valida, cioè, per consentire la trasmissione della proprietà).

L'autrice considera preferibile concentrarsi sulla causa dell'attribuzione del fiduciante a cui è riconosciuto, di fatto, un diritto personale a esigere dall'acquirente (fiduciario) uno specifico uso in accordo con la finalità perseguita. Solo da questa *causa credendi* lo spostamento patrimoniale obbedisce a una causa valida. Sebbene ci troviamo di fronte ad un

problema di tipizzazione contrattuale importante, tuttavia l'ostacolo potrebbe essere superato ponendo rimedio al vuoto legale, come hanno fatto i legislatori della Navarra e della Catalogna, ammettendo la trasmissione della proprietà *causa fiduciae*.

Il seguito dell'analisi riguarda la concezione unitaria del diritto di proprietà e il sistema del *numerus clausus* dei diritti reali tipico degli ordinamenti civilistici.

In *common law* il trust si associa al diritto di proprietà, ovvero il trustee è titolare d'una proprietà *in law*. La "dual ownership" (tra trustee e beneficiario) è considerata caratteristica principale dell'istituto anglosassone e abitualmente si afferma che non sarebbe importabile nei sistemi che non conoscono l'*equity* e la doppia proprietà.

Tuttavia, dall'inizio dell'Ottocento la tendenza sta evidenziando la crisi del concetto tradizionale di proprietà resa dal codice civile francese. Nuove strutture dominicali modulano questo concetto per rispondere a una maggiore complessità dei rapporti socio-economici.

In Spagna si accetta la "teoria della titolarità fiduciaria", che considera trasferite al fiduciario le facoltà che lo legittimano ad agire contro i terzi come autentico proprietario, ma paradossalmente l'autentico proprietario (fiduciante), il quale può esercitare azioni di rivalsa contro il fiduciario, è un altro. Come sostiene Badosa(3), lungi dall'essere una concezione unitaria della proprietà, essa si è scomposta in proprietà formale e materiale.

Un'altra evoluzione del concetto tradizionale di proprietà si rinviene nelle facoltà che sono previste in capo a società di gestione di fondi d'investimento mobiliari, che agiscono come se fossero titolari del fondo. Il combinato disposto degli artt. 3.1 e 6.2 della L. 4 novembre 2003, n. 35 riguardante le *Instituciones de Inversión Colectiva* prevede che i partecipanti non possano usare, sfruttare, né disporre direttamente dei cespiti; che le società gestorie non possano confondere il patrimonio del fondo con quello personale; ed infine che la titolarità "formale" costituisce l'elemento necessario per il raggiungimento delle finalità di gestione o di garanzia. Vi è da chiedersi, allora, quale sia l'inconveniente dell'assimila-

Nota:

(3) F. Badosa Coll, Examen de tres "esquemas fiduciarios" en el derecho español, Estudios Jurídicos en homenaje al Prof. Luis Díez-Picazo, t. I, Madrid, 2003, p. 225.

zione all'ordinamento giuridico spagnolo della figura del trust.

Alla luce del fatto che nel trust c'è una trasmissione della proprietà diversa dal normale arricchimento dell'acquirente, l'autrice si chiede se questo possa essere considerato un nuovo diritto reale, mettendo così in dubbio la validità del dogma del *numerus clausus*, considerando peraltro che in Spagna, la tendenza maggioritaria riconosce la capacità dell'autonomia privata di creare diritti reali atipici, ove non contrari alla legge, alla morale e all'ordine pubblico.

Un altro ostacolo, forse quello che suscita più polemiche, è il principio di responsabilità patrimoniale universale(4) e la "par condicio creditorum".

Il trust implica l'idea di un patrimonio segregato, immune agli obblighi personali contratti dal suo titolare, sottratto alle regole in materia successoria e al regime economico matrimoniale. Ma non dovrebbe suscitare altri problemi se, come dice l'autrice, la "teoria classica o personalista del patrimonio" è ormai stata superata dall'esistenza o riconoscimento *ex lege* di patrimoni senza titolare, collettivi, in situazione interinale, autonomi e separati(5) o segregati(6).

La dottrina è concorde nell'ammettere l'esistenza di masse patrimoniali con trattamento differenziato da quello del patrimonio personale, e che l'autrice denomina "patrimoni speciali". Questi possono essere provvisoriamente privi di un titolare determinato o essere oggetto d'una determinata amministrazione e/o di un diverso ambito di responsabilità (l'eredità accettata con beneficio di inventario, la sostituzione fedecommissaria, il patrimonio in comune di beni o quello protetto del soggetto incapace, i patrimoni collettivi – fondi d'investimento o di pensione per cui la legge stabilisce una chiarissima indipendenza tra il patrimonio del fondo e quello personale dei partecipanti, dei gestori o dei depositanti).

Per l'autrice, l'istituzione di patrimoni speciali non attenta al fondamento dell'art. 1911 *codigo civil* e il fondo in trust non è altro che uno di questi patrimoni, con grande somiglianza alla figura dell'eredità fiduciaria ammessa e regolata in Navarra e Catalogna.

L'ultimo ostacolo che incontra l'istituzione di un patrimonio separato come il trust è che in paesi di *civil law* la trascrizione nel registro immobiliare è l'unico strumento che consente di opporre a terzi un diritto sui beni immobili.

La diversità dei sistemi di trascrizione (*registrales*) tra questi paesi rende difficile l'adozione di regole

uniformi. Addirittura, le soluzioni adottate per gli stati di diritto civile continentale che hanno ratificato la Convenzione (Italia, Olanda, Lussemburgo) sono diverse tra di loro. L'Italia non ha introdotto norme specifiche a tale riguardo, ma l'autrice illustra con diversi provvedimenti giurisprudenziali che la trascrizione di atti di acquisto e trasmissione di beni in trust, così come di atti istitutivi, sembra essere una prassi consolidata.

Riprendendo il ragionamento di Cámara Lapuente(7) sull'ampiezza dell'art. 2.3 de la Ley Hipotecaria che permette l'iscrizione de "los actos y contratos en cuya virtud se adjudiquen a alguno bienes inmuebles o derechos reales, aunque sea con la obligación de transmitirlos a otro o de invertir su importe en objeto determinado", il precetto è sufficientemente ampio da includere figure nuove tra cui i negozi giuridici d'acquisto di beni in trust, come l'autrice propone.

Nella sua dichiarata intenzione di avvicinare il lettore alla conoscenza pratica dell'istituto del trust, l'autrice fa un'analisi comparativa tra le sue applicazioni pratiche e quelle che possono sembrare equivalenti a livello funzionale in *civil law*, basata su sei diversi criteri: di protezione patrimoniale, di protezione del minore e dell'incapace, di pianificazione della successione, di gestione patrimoniale, di strumento di garanzia e di finalità d'interesse pubblico.

Così, di fronte a specifiche figure del nostro ordinamento, vi possono essere diversi tipi di trust: riferendosi alla figura giuridica della *prodigalidad* opera il *protective trust*, che protegge il beneficiario dando il diritto al disponente di percepire un reddito fino a che non cominci un processo giudiziale; in sostituzione del *contrato de alimentos vitalicio* troviamo lo *spendthrift trust*; un altro tipo di trust che garantisce protezione del patrimonio, questa volta al disponente di fronte a futuri rischi professionali e imprenditoriali, è l'*asset protection trust*. Sebbene la sfiducia verso l'utilizzo fraudolento di quest'ultima tipologia

Note:

(4) Artículo 1911 del código civil español: Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros.

(5) Inteso da alcuni come insieme di beni patrimoniali della stessa persona, ognuno con trattamento giuridico proprio, mentre da altri come patrimonio in cui i beni provengono da diversi titolari.

(6) M. Lupoi, Trusts [*supra*, nota 2], pp. 565-571.

(7) S. Cámara Lapuente, La fiducia sucesoria *secreta*, Madrid, 1996, p. 889 s.

Lettere

nei confronti degli interessi dei creditori sia cresciuta, questo tipo di trust ha dimostrato che nel suo utilizzo come strumento di separazione patrimoniale di una attività imprenditoriale è più efficiente di altri strumenti di *civil law*, come ad esempio la società unipersonale a responsabilità limitata. Tale sfiducia nei confronti dell'*asset protection trust* è il risultato di regolamentazioni emanate da giurisdizioni *off-shore* riguardo l'ambito di applicazione dell'azione revocatoria.

Sul secondo criterio comparativo, legato alla tutela di minori e incapaci, l'autrice spiega come un trust per persone disabili sarebbe più completo rispetto alla gestione offerta da un tutore, come sarebbe capace di soddisfare meglio le necessità materiali e sanitarie dei minori e delle persone incapaci e come potrebbe diventare uno strumento agevole nella pianificazione familiare in caso di separazioni o divorzi.

Con un trust per disabili non è indispensabile un ordine giudiziario per alienare i beni in trust in favore dell'incapace se fosse necessario, e a mio parere l'autrice fa una precisazione appropriata considerando che è legittimo mettere in dubbio che un giudice sia più preparato a decidere di un professionista al quale è stata conferita la tutela del patrimonio dell'incapace. Inoltre, senza alcun dubbio, la società attuale non è la stessa di quella che servì come contesto alla L. 24 ottobre 1983, n. 13.

Il progresso sanitario ha permesso che individui incapaci abbiano una prospettiva di vita superiore a quella dei parenti, ma ciò aumenta la preoccupazione per il loro benessere futuro. Nonostante il legislatore abbia cercato di rispondere a queste nuove esigenze sociali con la L. 18 novembre 2003, n. 41 "de protección patrimonial de las personas discapacitadas", purtroppo la qualità di incapace viene concessa giudizialmente con grande difficoltà utilizzando canoni estremamente restrittivi. La caratteristica essenziale che l'autrice ha voluto mettere in luce è che con un trust si produce segregazione dei beni trasmessi all'incapace rispetto al resto del suo patrimonio personale.

Uno degli ambiti dove si rende più significativa la flessibilità del trust è rappresentato da quello successorio.

La sostituzione fedecommissaria⁽⁸⁾ di alcuni paesi di diritto civile continentale permette di disporre la successione del patrimonio, poiché evita la dispersione dello stesso per due generazioni dopo la morte

del dante causa. Questa figura viene superata dall'elasticità che il trust riconosce al disponente, in altre parole maggiore libertà nella formulazione dei suoi desideri *post mortem*. Inoltre, se parliamo di un trust discrezionale con effetto *mortis causa*, esiste la possibilità di considerare cambiamenti nelle circostanze e nelle necessità, previste inizialmente dal disponente, che si adattino meglio a situazioni difficilmente programmabili durante la vita.

L'autrice stabilisce un chiaro parallelismo riguardante il trustee tra quest'ultimo tipo di trust e altre due figure giuridiche: quella del *derecho foral de Navarra*, denominata *herencia de confianza (comisario)*, e quella della *fiducia sucesoria (fiduciario)* del diritto d'Aragona. Sono evidenti alcune differenze, come ad esempio l'estinzione della fiducia causata dalla morte o dalla rinuncia dei fiduciari; in altre parole, ci troviamo di fronte a un atto *mortis causa*, mentre il trust discrezionale può configurarsi come un atto *inter vivos*.

Il trust in cui il disponente trasmetta al trustee solo la nuda proprietà dei beni ricorda un altro istituto della tradizione giuridica spagnola, la *donación con reserva de usufructo vitalicio*, sebbene alla morte del dante causa, mentre nel caso del trust la morte del disponente non determina il passaggio della piena proprietà dei beni al beneficiario.

Nel caso sia previsto un esecutore testamentario non si raggiunge, differentemente da ciò che avviene con il trustee, la segregazione del patrimonio, poiché la persona che lo amministra non acquisisce la sua titolarità; in questo caso il patrimonio può essere oggetto di agressioni da parte dei creditori degli eredi. Inoltre, un esecutore testamentario può assumere tutte le funzioni che gli sono state conferite espressamente dal testatore e ciò comporta un minor raggio d'azione funzionale e temporale rispetto a quello proprio del trustee.

Non manca in questa sezione il riferimento alla salvaguardia dei diritti degli eredi. L'autrice non esclude che il trust possa ledere i diritti degli eredi legittimari. Se l'articolo 15.1 c) della Convenzione de L'Aja stabilisce che il trust non possa creare alcun ostacolo all'applicazione delle norme nazionali in materia di successione, la discussione si dovrebbe concentrare sul tipo di azioni volte a reintegrare la

Nota:

(8) Art. 629 cod. civ. italiano.

quota riservata agli eredi aventi diritto alla legittima che i paesi civilisti che hanno firmato o ratificato la Convenzione devono svolgere.

La dottrina spagnola che si è avvicinata allo studio del trust condivide l'affermazione che l'esistenza dei limiti alla libertà di testare non impedisce l'incorporazione dell'istituto, senza pregiudizio di dovere rispettare i diritti dei legittimari. L'autrice ricorda che l'ultima volta che il nostro legislatore ha ridotto suddetti diritti attraverso la L. 18 novembre 2003, n. 41, prima menzionata, si è ammessa la possibilità che i genitori vantino diritti sul terzo di legittima stabilito dalla legge attraverso la sostituzione fedecommissaria a beneficio del figlio o discendente giuridicamente incapace e rendendo fedecommissari gli altri eredi legittimi.

In riferimento al quarto criterio di comparazione, relativo alla gestione patrimoniale, il trust ha dimostrato di essere una soddisfacente formula di gestione professionale della ricchezza mobiliare e immobiliare, specialmente quando sono presenti diversi beneficiari e si vuole evitare una frammentazione nella gestione. Quali applicazioni più abituali nell'ambito commerciale, l'*investment trust*, il *pension trust*, e il *voting trust* hanno ricevuto un riconoscimento *ex lege* negli ordinamenti di *civil law*.

L'autrice pone in evidenza l'incapacità di produrre i medesimi effetti del trust delle figure tradizionali come la *cotituralidad*, il *negocio fiduciario* e il mandato. In quest'ultimo, non solo non c'è una vera separazione patrimoniale, ma soprattutto il mandatario non ha la libertà di gestione di un trustee. Più somiglianza con la segregazione propria del trust si può trovare nel negozio fiduciario, poiché ordinamenti come quello tedesco o quello spagnolo riconoscono al fiduciante una certa tutela. In caso di procedura concorsuale del fiduciario secondo quanto previsto dalla legge concorsuale⁽⁹⁾, il fiduciante ha la possibilità di rivendicare i beni e gode quindi di un meccanismo di protezione di fronte ai creditori del fiduciario, ma non gli è permesso di sottrarre i beni ai propri creditori.

Il trust come strumento di garanzia diventa importante nel mondo finanziario e commerciale; il *security trust* è impiegato soprattutto in favore di banche e imprese come garanzia per il compimento di un'operazione e per la tutela di un creditore specifico. Tra le sue caratteristiche pratiche si evidenzia la potenzialità, di fronte a istituti tradizionali civilistici come il deposito, ad esempio nell'*escrow trust*, perché

la banca dov'è depositata la garanzia funge da trustee ed assicura a entrambe le parti (creditore e debitore) che i terzi non potranno beneficiare della somma in deposito. Se si accompagna a una funzione di gestione, può procurare un ottimo rendimento alla quantità depositata.

Ciò che si vuole porre in evidenza è che di fronte a una fiducia *cum creditore*, con il trust il bene rimarrà legato alla finalità della garanzia, senza che i creditori del fiduciante, del fiduciario o del trustee possano aggredirlo.

Un'ulteriore distinzione viene segnalata fra fondazione e trust con fini pubblici. Nonostante le analogie siano tante, risulta più interessante concentrarsi sulle differenze e sulla sua ripercussione a livello d'efficienza. Il trust manca di personalità giuridica, non è condizionato alla iscrizione nel pubblico registro ("inscripción publica y registral") e ciò rende l'attività meno costosa; il trustee ha più libertà e autonomia nello svolgimento della amministrazione; i beneficiari possono intentare azioni di responsabilità contro il trustee.

Nella terza parte si ricordano le formule seguite in paesi di *civil law* per l'introduzione del trust. L'autrice si propone di rappresentare l'adattamento dell'istituto anglosassone alle regole civilistiche attraverso il percorso seguito dai paesi dell'America Latina e da altri sistemi di tradizione giuridica mista, come Scozia, Sudafrica e Quebec.

Dagli anni '20, alcuni paesi dell'America Latina hanno tentato di recepire l'istituto, sotto l'influenza economica e finanziaria nordamericana, utilizzando il cosiddetto "fideicomiso", ma secondo l'autrice le particolarità della sua regolamentazione lo differenziano dall'istituto anglosassone.

Per quel che riguarda i sistemi "misti" sopra citati, il recepimento del trust si articola riconducendolo ad altre categorie di diritto civile, ma ciò si è rivelato insufficiente per inglobare tutte le combinazioni possibili dell'istituto e ha provocato discussioni dottrinali e giurisprudenziali, soprattutto al fine di determinare la persona a cui spetta la proprietà dei beni e le modalità di protezione dei beneficiari.

Nota:

(9) Ley de 9 de Julio 2003, n. 22, concursal, Art. 80.1. Los bienes de propiedad ajena que se encuentren en poder del concursado y sobre los cuales éste no tenga derecho de uso, garantía o retención serán entregados por la administración concursal a sus legítimos titulares, a solicitud de éstos.

L e t t u r e

Speciale rilevanza alla questione l'ha data il Quebec che, nel 1994, intervenendo sul codice civile, ha conferito alla fiducia una maggiore ampiezza di significato onde porre fine a queste incertezze. Il Quebec ha deciso di optare per la teoria del *patrimoine d'affectation* allontanandosi dalla struttura anglosassone e rifiutando come i paesi suddetti la *dual ownership*.

Viene significativamente illustrato il caso italiano con le pronunce dei tribunali e attraverso le iniziative legislative che si sono succedute dalla ratifica della Convenzione de L'Aja, ma che al giorno d'oggi non sono riuscite a diventare una norma di diritto interno.

Per finire il suo progetto di studio con la fattibilità d'incorporazione dell'istituto nel diritto spagnolo, l'autrice passa in rassegna i casi francese e lussemburghese. Diverse vie sono analizzate: dalla creazione di un *patrimoine d'affectation* senza proprietario come prevede il codice civile del Quebec, ad un patrimonio separato di proprietà del fiduciario come nel caso di Scozia, Sudafrica o Lussemburgo.

La prima via è l'unica formula sperimentata in Spagna come conseguenza della proposta di regolamentazione dei patrimoni fiduciari nel diritto catalano al fine di fornire uno strumento che permetta la separazione tra godimento e gestione del patrimonio, come ormai succede nel "albaceazgo"(10).

La seconda formula, consistente nella creazione di un patrimonio separato in capo al fiduciario, è più fedele alla tradizione anglosassone ed è stata la soluzione scelta dalla Convenzione de L'Aja, dai *Principles of European Trust Law* e dalla maggioranza dei sistemi europei di *civil law* o misti. Questa via è considerata dall'autrice la più efficiente.

A mio parere questo libro è un testo necessario per coloro che vogliono avvicinarsi al dibattito sulla possibilità di introdurre il trust in Spagna, con una accettabile conoscenza, ragionata, confrontata e aggiornata dell'istituto e di tutta la sua ampiezza. Anche se probabilmente non era la sua intenzione iniziale, ritengo che Martín Santisteban mostri in questo scritto la parte più umana del trust, cioè la sua capacità di stare al servizio delle diverse necessità che possono insorgere lungo la vita di una persona, non solamente rispetto al tema dell'incapacità di un soggetto, ma anche di fronte alle diverse potenziali difficoltà professionali e imprenditoriali di una persona.

Nota:

(10) Art. 316.2 del Código de sucesiones: administración de un patrimonio autónomo y sin personalidad jurídica – la herencia – del que el albacea no es propietario.