

SAGGI

L'Agenzia delle Entrate e i principî sulla fiscalità dei trust di Maurizio Lupoi	497
Trust Protectors, Agency Costs, and Fiduciary Duty di Stewart E. Sterk	503
"No Contest" Clauses in Wills and Trusts di David Hayton	529
Negozi di destinazione: gli interessi riferibili ad imprese e ad altri enti di Francesco Steidl	532
I trust liberali alla luce della nuova "imposta sulle gratuità" di Francesco Montanari	544
Imposta sulle donazioni e trust esteri: <i>much ado for nothing!</i> di Andrea Vicari	552
Alienazione abusiva del fiduciario e revoca di essa <i>ex art.</i> 2901 cod. civ. di Ugo Carnevali	556
La reintrodotta imposta sulle successioni e donazioni alla luce della più recente giurisprudenza tributaria in materia di trust di Pierfrancesco Rotondo – Roberta Rotondo	558
Un'architettura contrattuale fondata sull'istituzione di un trust e la valutazione in termini di "abuso del diritto" nel sistema dell'I.V.A. di Franco Paparella	563
La recente legge francese sulla <i>fiducie</i> : una fiducia con molti limiti di Arianna Neri	569
An introduction to DIFC Trust di Roberta Calarese Julfar	577

GIURISPRUDENZA

Inibitoria degli effetti della sostituzione dei guardiani di un trust Italia, Tribunale di Milano, 10 luglio 2007, F. S. c. G. M. e R. A.	579
Applicabilità dell'imposta in misura fissa alla registrazione dell'atto istitutivo di trust Italia, Commissione Tributaria Regionale della Lombardia, 22 maggio 2007, Agenzia Entrate Ufficio Verolanuova c. G.A.	581
Revoca dell'alienazione di titoli fiduciariamente intestati Italia, Tribunale di Genova, 23 maggio 2005, F. E. e T. E. c. L. F. e N. M. C.	583
Trust istituito dall'Università allo scopo di recuperare l'Iva Unione Europea, Corte di Giustizia, Grande Sezione, 21 febbraio 2006, University of Huddersfield Higher Education Corporation c. Commissioners of Customs & Excise	586

S o m m a r i o

Decorrenza del termine di prescrizione della <i>breach of trust</i> commessa dal trustee Cayman Islands, Court of Appeal, 17 luglio 2006, Lemos and others v Coutts (Cayman) Limited and others	590
Validità delle cd. clausole di esclusione dal beneficio Cayman Islands, Grand Court, 17 luglio 2006, A. N. v Barclays Private Bank & Trust (Cayman) Ltd & Others	596
Giurisprudenza storica	
Validità delle clausole di esonero da responsabilità Inghilterra e Galles, Court of Appeal, 19 marzo 1997, Armitage v Nurse and others	608
LEGISLAZIONE	
Stati Uniti. Progetto di legge per la limitazione del fenomeno dell'evasione fiscale	617
PRASSI	
Trust: disciplina fiscale rilevante ai fini delle imposte sui redditi e delle imposte indirette	630
Un caso di trust "semi-discrezionale" di Marco G. Bonalanza	640
Trust in luogo di amministrazione di sostegno e con finalità successorie di Annapaola Tonelli	643
Trust auto-dichiarato di quote di società in accomandita semplice	647
LETTURE	
La ratifica della Convenzione de L'Aja nell'ordinamento svizzero di Francesca Brunetta D'Usseaux	652

L'Agenzia delle Entrate e i principi sulla fiscalità dei trust

di Maurizio Lupoi

Con la Circolare del 6 agosto 2007, n. 48/E, l'Agenzia delle Entrate, Direzione Centrale Normativa e Contenzioso, è intervenuta sul tema della fiscalità dei trust e, ponendosi su posizioni non espressamente ricavabili dal dato normativo e derivanti in buona misura da una sostanziale riscrittura del D.L. 3 ottobre 2006, n. 262, della L. 24 novembre 2006, n. 286 e della legge finanziaria per il 2007, ha consentito alle norme di regolamentare efficientemente e ragionevolmente la fiscalità dei trust.

1.- La Circolare 6 agosto 2007, n. 48/E dell'Agenzia delle Entrate, Direzione Centrale Normativa e Contenzioso(1), segna il primo intervento a tutto campo dell'Agenzia in materia di fiscalità dei trust.

Si tratta di un intervento, diciamo subito, maturo e consapevole; più di un commentatore, compreso chi scrive, potrebbe non concordare su singole interpretazioni, ma fisiologiche aree di disputa nulla toglierebbero alla serietà dell'approccio dell'Amministrazione e ai numerosi punti fermi che essa introduce, dai quali discende la fine di grande parte delle perplessità interpretative e dei dubbi che rischiavano di paralizzare la prassi negoziale in materia di trust.

A fronte della assoluta mancanza di qualsiasi impostazione concettuale ricavabile dai nuovi testi normativi - D. L. 3 ottobre 2006, n. 262, L. 24 novembre 2006, n. 286 e L. 27 dicembre 2006, n. 296 (legge finanziaria 2007) -, l'Agenzia ha adottato una serie di opzioni, non intuitivamente desumibili dal dettato legislativo, che consentono alle nuove norme di avere effetto e di averlo in modo ragionevole: per raggiungere questi risultati l'Agenzia ha recepito e fatto proprie una serie di indicazioni emergenti dagli studi specialistici sulla posizione dei beneficiari di un trust, ma, soprattutto, ha più volte sostanzialmente riscritto le norme e ha così eliminato in radice le aporie e le incongruenze che sarebbero state esaltate dalla interpretazione letterale dei nuovi testi normativi(2).

2.- L'Agenzia esordisce enunciando che i trust sono ora inclusi fra i soggetti passivi dell'imposta sul reddito delle società e che ciascun trust è dotato di soggettività tributaria ai fini dell'Ires. Queste affermazioni possono sembrare ovvietà, ma così non è, perché esse impostano subito la questione dell'ordinario regime della tassazione dei redditi dei trust, che corrisponde al trust c. d. "opaco". Che esistano o meno i beneficiari, che, ove esistenti, essi abbiano diritti reddituali e con quale contenuto: tutto questo viene in un secondo momento e si tratta di un momento accidentale, che corrisponde al trust c. d. "trasparente".

In luogo di "beneficiari" in genere, come si esprime l'art. 73.2 del D. P. R. 22 dicembre 1986, n. 917 ("Tuir"), l'Agenzia correttamente fa riferimento ai soli "beneficiari del reddito" e altrettanto correttamente omette di impiegare la locuzione legislativa "quote di partecipazione", in luogo della quale indica il requisito che si tratti di soggetto "titolare del diritto di pretendere dal trustee l'assegnazione di quella parte del reddito che gli viene imputata per trasparenza"(3).

Il reddito del quale si tratta è, quindi, in prima battuta, il reddito del trust. Proprio perché si tratta del reddito del trust, esso non può che essere determinato secondo le norme applicabili alla tipologia di trust (commerciale o non commerciale, residente o non residente)(4) e infatti l'Agenzia pone corretta-

Note:

Maurizio Lupoi è professore ordinario dell'Università di Genova. L'articolo è pubblicato anche in *Corriere trib.*, n. 34/2007, 677.

(1) *Infra*, 630.

(2) Nel mio scritto *Imposte dirette e trusts dopo la Legge Finanziaria*, *Corr. trib.*, 2007, 258, e in questa *Rivista*, 2007, 1, avevo appositamente adottato una lettura formale delle nuove norme sulle imposte dirette. La circolare, prendendosi libertà che l'Amministrazione finanziaria può permettersi, ma un commentatore no, risolve tutte le problematiche che avevo prospettato.

(3) Cfr. N. de Renzis Sonnino, *Il trust ed i redditi dei beneficiari*, in questa *Rivista*, 2007, 361, § 2.

(4) V., per esempio, R. Parisotto - A. Cervone, *Trattamento fiscale del trust alla luce della legge finanziaria per il 2007*, *Fisco*, 2007, 2538, § 4.4.

Saggi

mente l'onere sul trustee: in ciascun periodo di imposta egli determina il reddito del trust e indica quale parte rimane nel trust e quale parte eventualmente compete ai beneficiari, ai quali sarà imputata per trasparenza, anche se non percepita, perché il diritto di percepirla è un elemento della fattispecie del "beneficiario del reddito individuato".

Il reddito può essere stato assoggettato a tassazione a titolo di imposta o di imposta sostitutiva in capo al trust e in tal caso "non concorre alla base imponibile, né in capo al trust opaco né, in caso di imputazione per trasparenza, in capo ai beneficiari".

L'Agenzia non prende espressamente posizione circa la questione teorica della posizione dei trust rispetto agli "enti" di cui all'art. 73.1 b), c) e d) del Tuir: i trust sono "enti diversi dalle società" (commi b e c) e rientrano fra gli "enti di ogni tipo" (comma d) o sono, invece, una figura soggettiva autonoma? Molte ragioni militano in favore della seconda soluzione, che conduce a rilevanti conseguenze in materia, per esempio, di Irap e di obblighi dei sostituti di imposta(5); questa è probabilmente la soluzione preferita dall'Agenzia che, tuttavia, ha preferito non dirlo espressamente.

Contrariamente a quanto si sarebbe potuto desumere dal nuovo testo dell'art. 73 del Tuir, ma conformemente a quanto la dottrina aveva prontamente segnalato, l'Agenzia dà atto che un trust può essere, al tempo stesso, opaco e trasparente, cosicché il reddito sia tassato in parte in capo al trust e in parte in capo ai beneficiari.

Infine, l'Agenzia, a fronte di una improvvida qualificazione normativa dei redditi dei beneficiari quali redditi di capitale, tranquillamente afferma che l'imputazione dei redditi ai beneficiari prescinde dal criterio di cassa, cosicché "il reddito viene imputato al beneficiario indipendentemente dall'effettiva percezione, secondo il principio della competenza economica". Ed estende questa imputazione e questa qualificazione ai beneficiari non residenti di trust residenti(6).

Come si vede, l'Agenzia ha in buona parte riscritto le nuove norme e ha fatto bene, perché altrimenti sarebbe rimasta irrisolta una serie di casi.

Da questa riscrittura emergono almeno tre conseguenze applicative interessanti.

In primo luogo, ridotta la rilevanza del concetto di "quota" e concentrata l'analisi sulle spettanze dei

beneficiari in ciascun periodo di imposta, possono essere gestiti i casi nei quali i beneficiari o alcuni fra essi sono titolari del diritto di ricevere somme prefissate o liberamente determinate dal trustee.

In secondo luogo, la tematica dei trust discrezionali si stempera perché l'atto per mezzo del quale il trustee delibera di corrispondere reddito a un soggetto, appartenente alla categoria di beneficiari all'interno della quale il trustee può o deve scegliere, è parificabile a quei "documenti successivi" che l'art. 73.2 del Tuir parifica all'atto istitutivo quali mezzi di individuazione dei beneficiari(7).

In terzo luogo, un trust può essere opaco in un periodo di imposta e trasparente in un altro e parzialmente opaco e parzialmente trasparente in un altro ancora.

Ineccepibile è anche la successiva conclusione, formulata nella circolare, secondo la quale la distribuzione ai beneficiari, in successivi periodi di imposta, di reddito già tassato in capo al trust non può comportare nuova imposizione(8): infatti, una distribuzione con queste caratteristiche può avvenire solo qualora il diritto dei beneficiari interessati venga in esistenza in un successivo periodo di imposta e la eventuale tassazione del reddito corrisposto loro dal trustee darebbe allora luogo a un inaccettabile caso di doppia imposizione, a fronte di un unico presupposto. Infatti, ove i beneficiari (nel significato fatto proprio dall'Agenzia: titolari di diritti verso il trustee) fossero esistenti nel periodo di imposta in questione, essi sarebbero stati tassati allora per trasparenza, a prescindere dalla effettiva percezione. Questo sistema, coerente e ragionevole, fa giustizia delle posizioni dottrinali che avevano ipotizzato una imposizione delle corresponsioni differite di reddito alla stregua di liberalità, fatte dal trustee ai beneficiari del reddito.

Note:

(5) G. Franson, La disciplina del trust nelle imposte dirette, Riv. dir. trib., 2007, 227, §§ 3 e 7.

(6) L'Agenzia così accoglie la proposta dottrinale di leggere "non residenti" come "non residente" nella frase "i redditi imputati al beneficiario di trust ai sensi dell'articolo 73, comma 2, anche se non residenti".

(7) Cfr. G. Sepio, Il trust come autonomo soggetto d'imposta e i criteri per la tassazione diretta dei beneficiari, Dialoghi di dir. trib., 2007, 77, a p. 83.

(8) Cfr. E. Covino, La trasparenza del trust, ovvero come regolamentare per legge un fenomeno complesso, ma parzialmente incompreso, Dialoghi di dir. trib., 2007, 87, a p. 90.

3.- Per la prima volta l'Agenzia affronta il tema della residenza dei trust e applica i criteri generali, di cui all'art. 73.3 del Tuir, al fenomeno dei trust. Circa la "sede dell'amministrazione", la circolare, qualora manchi di una formale "sede dell'amministrazione", opta per il domicilio fiscale del trustee e si allinea così alle soluzioni comunemente accettate in altri ordinamenti tributari. Circa l'"oggetto principale", la circolare lo riferisce alla localizzazione dei beni e ciò comporta, nel caso di beni localizzati in più Stati, il ricorso al criterio della prevalenza o della effettiva e concreta attività esercitata. Si tratta, tuttavia, di casi marginali, rispetto ai quali è interessante l'inquadramento dei trust quali "persona" ai fini delle convenzioni contro le doppie imposizioni. È un gesto coraggioso, tutto da valutare, dato che una sola fra le convenzioni concluse dall'Italia, quella con gli Stati Uniti, accede a questa classificazione.

Non marginali sono invece le nuove norme antielusive e anche qui l'Agenzia riscrive in buona parte il dettato normativo.

La prima previsione antielusiva riguarda i trust istituiti in Paesi non inclusi nella c. d. "white list" e che abbiano almeno un disponente e almeno un beneficiario residenti in Italia: il nuovo testo dell'art. 73.3 del Tuir li considera residenti in Italia salvo prova contraria. Letteralmente la legge collega i requisiti di residenza al momento della istituzione del trust, ma l'Agenzia assume una linea diversa: perché si verifichi la presunzione di residenza del trust in Italia il disponente deve essere residente nel momento dell'atto di disposizione di beni, mentre il beneficiario può esserlo in un qualsiasi momento successivo.

La seconda previsione antielusiva non ammette prova contraria secondo il testo della legge, ma la ammette secondo l'Agenzia; riguarda il trasferimento di beni immobili ovunque situati da parte di un disponente residente in Italia, riguarda il trasferimento di beni immobili situati in Italia secondo l'Agenzia(9). Non sono differenze da poco.

In entrambi i casi la legge è imperniata sulla nozione di trust "istituito" in un Paese non incluso nella c. d. "white list". Qui l'Agenzia si discosta ancora una volta dall'interpretazione letterale e afferma che "istituito" significa che il trust "abbia formalmente fissato la residenza in un Paese non incluso nella c. d. "white list"". A me sembra una forzatura: la "istituzione" è sempre un evento istantaneo o un procedi-

mento irripetibile, mentre la fissazione della residenza è un evento ripetibile a piacere; il contesto nel quale è la nuova disposizione, l'art. 73.3 del Tuir, enuncia la nozione di sede dell'amministrazione e quindi, se il legislatore avesse voluto riferirsi ad essa, non avrebbe avuto bisogno di impiegare il termine "istituito"; infine "istituito" è un termine tecnico-giuridico e non sembra possibile convertirlo in "amministrato". Credo che in questa occasione l'Agenzia abbia ecceduto nella riscrittura della legge e, oltre tutto, lo abbia fatto senza ragione: infatti, solo un disponente suicida istituirebbe un trust in un Paese non incluso nella c. d. "white list" e gli attribuirebbe, direttamente o indirettamente (penso qui all'applicazione delle norme sulla esteroinvestizione), beni produttivi di reddito siti in Italia e quindi sotto l'occhio del fisco.

D'altronde, la possibilità della prova contraria sulla residenza verrà in soccorso di quei trust istituiti, solitamente parecchi anni fa, in Paesi non inclusi nella c. d. "white list" o ivi effettivamente gestiti.

4.- L'imposizione indiretta dei trust liberali, alla quale è dedicata l'ultima parte della circolare, costituisce il tema di più immediato interesse per coloro che hanno in animo di istituire un trust.

L'Agenzia muove dall'orientamento dottrinale pressoché totalitario, secondo il quale, come la circolare si esprime, "occorre guardare al rapporto intercorrente tra il disponente e il beneficiario (e non a quello tra disponente e trustee)", cosicché il trasferimento di beni dal disponente al trustee deve essere considerato funzionale rispetto al progetto negoziale che muove il disponente: arricchire i beneficiari. Considerati i trust quale specie della categoria "vincoli di destinazione", l'Agenzia ritiene che l'imposizione debba essere coeva alla imposizione del vincolo "a favore del beneficiario (naturalmente nei trust con beneficiario) e sia espressione dell'unico disegno volto a consentire la realizzazione dell'attribuzione liberale"(10).

L'Agenzia scinde il momento impositivo dal momento del trasferimento del fondo ai beneficiari del trust: il primo coincide con il vincolo in favore di un

Note:

(9) Cfr. F. Guffanti, Problemi aperti sul trust ai fini delle imposizioni sui redditi, *Corr. trib.*, 2007, 1190, a p. 1196.

(10) Da ultimo v. A. Busani, Imposta di donazione su vincoli di destinazione e trust, *Corr. trib.*, 2007, 359.

Saggi

beneficiario, e quindi con l'arricchimento giuridico del beneficiario, mentre il secondo rappresenta l'attuazione materiale del primo ed è privo di rilevanza tributaria (tranne che, in caso di immobili, per le imposte ipotecarie e catastali).

Ne consegue, fra l'altro, che "la devoluzione ai beneficiari dei beni vincolati in trust non realizza, ai fini dell'imposta sulla donazioni, un presupposto impositivo ulteriore; i beni, infatti, hanno già scontato l'imposta sulla costituzione del vincolo di destinazione al momento della segregazione in trust. (...) L'eventuale incremento del patrimonio del trust non scontrerà l'imposta sulle successioni e donazioni al momento della devoluzione".

Si tratta di una impostazione innovativa(11), limpida e coerente. Vediamone gli aspetti di dettaglio.

La fattispecie tipica dei trust per beneficiari alla quale pensa l'Agenzia è quella dei trust che individuano il beneficiario del fondo sin dall'atto istitutivo. Peraltro, non è necessario che il beneficiario sia identificato nominativamente, afferma l'Agenzia, tutte le volte che il grado di parentela emerge dall'atto istitutivo (per esempio, il primo nipote del disponente che consegua la maggiore età), così che franchigie e aliquote possano essere applicate.

Di qui la conseguenza, che l'Agenzia enuncia con chiarezza, della non soggezione all'imposta dei trasferimenti di aziende o rami di azienda, quote o azioni in favore di discendenti purché, è da aggiungere, siano presenti i requisiti di cui alla nuova norma agevolatrice(12).

Qualora il trust sia un trust di scopo (è da intendere: un trust di scopo liberale), varrà la disposizione relativa ai vincoli di destinazione in favore di "altri soggetti" (aliquota dell'8%).

È evidente che, mentre a proposito delle imposte dirette la circolare si riferiva ai beneficiari del reddito, ora essa tratta, sebbene non lo precisi, dei beneficiari del fondo (spesso denominati "beneficiari finali"); rispetto a costoro, tuttavia, le fattispecie tipiche prospettabili non si esauriscono nelle tre che la circolare delinea: beneficiario indicato nominativamente fin dall'atto istitutivo, beneficiario individuato per mezzo di un rapporto di parentela e trust di scopo.

La prassi presenta altre tipologie, rispetto alle quali l'operatore potrà comunque ricavare le regole operative dal criterio generale che l'Agenzia ha eret-

to: nei trust liberali per beneficiari l'imposta deve essere applicata ignorando il passaggio dei beni al trustee e guardando al rapporto fra disponente e beneficiari. Il numero di questi ultimi non è, tuttavia, irrilevante, perché tanti sono i beneficiari tante sono le franchigie (i beneficiari del fondo di un trust liberale rientrano normalmente nei rapporti di parentela e affinità elencati nella legge). Consegue necessariamente che, ove manchi una certa individuazione dei beneficiari nell'atto istitutivo, la tassazione dovrà attendere, non tanto in applicazione della regola generale sugli atti condizionati, quanto perché non è ancora completata la fattispecie impositiva che, secondo la visione accolta dall'Agenzia, richiede (nei trust liberali per beneficiari) che i beneficiari siano definiti. Così sarà per il caso dei trust che attribuiscono diritti sul fondo ai discendenti del disponente viventi al termine finale del trust: la tassazione dovrà necessariamente essere rinviata fino a tale momento perché, pur certo fin dal principio il rapporto di parentela, rimane assolutamente indeterminabile il numero dei beneficiari. Questo effetto non è forse quello che l'Agenzia si riprometteva, ma è la necessaria conseguenza delle regole interpretative che essa ha enunciato e che consentono l'immediata tassazione in una vasta serie di casi.

I principî dettati dall'Agenzia consentono di regolare una serie di tipologie di trust, che sono intermedie rispetto alle due estreme dell'individuazione solo iniziale e dell'individuazione solo finale dei beneficiari.

In primo luogo, i trust che attribuiscono al trustee o al guardiano il potere di scegliere i beneficiari del fondo all'interno di una categoria o di un elenco: l'imposizione avrà luogo in corrispondenza della avvenuta scelta, anche solo parziale, purché risulti il *quantum* attribuito a un beneficiario.

In secondo luogo, l'esercizio del potere di anti-

Note:

(11) Per quanto mi risulta, l'unico testo che abbia propugnato questa impostazione è la relazione della commissione "Approfondimenti tributari" della Associazione "Il trust in Italia".

(12) Cfr. G. Semino, Prime considerazioni sulla fiscalità degli atti segregativi di beni in trust alla luce della nuova imposta sulle successioni e donazioni, in questa Rivista, 2007, 344, a p. 355 e in Riv. dir. trib., 2007, n. 7/8, nota 69.

(13) Cfr. M. Lupoi, L'atto istitutivo di trust. Con un formulario, Milano, 2005, pp. 160-167.

pazione da parte del trustee(13): a fronte di uno o più soggetti che potrebbero avere diritto al fondo o a parte di esso al verificarsi di certe condizioni, il trustee decide di attribuire a uno o più fra essi parte di quanto potrebbe spettare loro in un momento successivo. L'esercizio del potere di anticipazione verifica il presupposto impositivo rispetto al beneficiario o ai beneficiari avvantaggiati.

In terzo luogo, le disposizioni degli atti istitutivi che indicano quali beneficiari del fondo tutti gli appartenenti a una categoria, in misura eguale fra loro: ciascun appartenente alla categoria è titolare di un diritto, ma il *quantum* di ricchezza rimane indeterminato fino a quando potranno sopravvenire nuovi componenti la categoria. Il momento impositivo si verifica nel momento nel quale la categoria si chiude, eventualmente anche nel corso della durata del trust.

Infine, i casi nei quali il disponente si sia riservato il potere di nominare i beneficiari del fondo: l'imposizione avverrà in corrispondenza della nomina, similmente a quanto si è detto sopra per i trust che rimettono la scelta al trustee o al guardiano fra i soggetti appartenenti a una categoria o inclusi in un elenco.

In tutti questi casi la base imponibile sarà necessariamente riferita al valore dei beni al momento che realizza il presupposto impositivo, non al precedente momento del vincolo dei beni nel trust.

Le conseguenze applicative della impostazione dell'Agenzia non cessano qui e non posso enumerarle tutte, ma ne segnalo una, di particolare interesse.

Il beneficiario titolare del diritto di ricevere il fondo in trust, o parte di esso, dal trustee può, secondo alcune leggi straniere, pretendere subito quanto gli spetta; secondo altre, deve attendere il termine finale della durata del trust. In entrambi i casi, egli è titolare di un diritto del quale, fino a quando non abbia ricevuto i beni che gli spettano, può disporre per testamento e che, in mancanza, è soggetto alle norme sulla successione legittima. Avere scisso il momento impositivo (arricchimento giuridico del beneficiario) da quello del trasferimento del fondo al beneficiario significa che il passaggio del diritto dall'originario beneficiario ai suoi eredi sarà sottoposto all'imposta sulle successioni pur in mancanza di alcun trasferimento di beni in favore del primo. Peraltro, la base imponibile delle due tassazioni sarà diversa perché corrisponderà, in un caso, al valore dei beni al momento della nomina del beneficiario originario e, nell'altro caso, al momento dell'apertura della sua

successione. Medesima logica dovrà essere seguita nel caso di trasferimento del diritto del beneficiario per atto fra vivi.

5.- Il trasferimento di beni dal disponente al trustee potrebbe essere rilevante anche ai fini delle imposte dirette, ma l'Agenzia, accogliendo la prevalente posizione dottrinale, da un lato richiama l'art. 58.1 del Tuir, che esclude il realizzo di plusvalenze in caso di trasferimento di azienda per causa di morte o a titolo gratuito, e, dall'altro, esclude che, in assenza di corrispettivo, il trasferimento di beni diversi da quelli relativi all'impresa possa generare materia imponibile. In tutti questi casi, il trustee acquisisce il cespite all'ultimo costo fiscalmente riconosciuto in capo al disponente, senza che il passaggio dal disponente al trustee valga a interrompere il decorso del quinquennio di cui all'art. 67 del Tuir.

Fanno eccezione i trasferimenti di titoli oggetto di un rapporto amministrato perché non è possibile superare il disposto dell'art. 6.6 del D. Lgs. 21 novembre 1977, n. 461; essi debbono essere trattati quali trasferimenti a titolo oneroso.

6.- La circolare dell'Agenzia delle Entrate non vuole essere un completo regolamento della fiscalità dei trust e sarebbe facile elencare tanti casi concreti sui quali essa non si pronuncia. Tuttavia, ho mostrato sopra che i principi che la circolare enuncia sono idonei a guidare sia l'Amministrazione che i professionisti nella ricerca del corretto inquadramento di numerose questioni emergenti dalla prassi. Questa guida sarà talvolta cogente, talaltra, come è normale, lascerà spazi aperti a interpretazioni confliggenti e alla evoluzione della normativa e della interpretazione da parte della Amministrazione.

Forse il settore meno presente nella circolare è quello dei trust non liberali, in particolare dei trust con funzione di garanzia, dei trust finanziari, dei trust solutori e in genere dei trust di scopo non liberali. Riflettendo, però, sul fatto che la parte della circolare relativa alle imposte indirette muove dal presupposto che "l'atto dispositivo con il quale il settlor vincola i beni in trust è un negozio a titolo gratuito"(14), è agevole concludere che i criteri enunciati

Nota:

(14) E' un peccato che la circolare usi talvolta il termine "settlor" in luogo di "disponente". Quale l'utilità?

Saggi

in questa parte della circolare non si applicano ai trust non liberali, tanto per beneficiari quanto di scopo. Si tratta di fattispecie dalle quali esulano sia la liberalità che la gratuità e quindi il trattamento tributario dei negozi dispositivi inerenti questi trust sarà

soggetto alle normali regole dell'imposta di registro in relazione ai concreti negozi posti in essere dal disponente e dalle altre parti interessate e alla forma e al luogo di stipulazione di tali negozi o, in casi marginali, alle regole dell'imposta sul valore aggiunto.

Trust Protectors, Agency Costs, and Fiduciary Duty

di Stewart E. Sterk

La figura del guardiano nasce nell'ambito dei trust *off-shore* quale strumento di forte controllo del disponente sul trustee nell'ottica di tutelare un patrimonio avverso le eventuali pretese creditorie. La prassi professionale, intuendo le potenzialità di tale figura, vi ha fatto ampio ricorso per soddisfare molteplici ulteriori necessità. L'articolo propone un'approfondita analisi dei caratteri dell'ufficio e dei poteri e doveri di chi lo ricopre.

In recent years, fiduciary duty scholarship has focused on the agency cost problems that afflict private trusts.⁽¹⁾ Robert Sitkoff has demonstrated that a number of familiar fiduciary duties—including the duty of impartiality, the duty to invest for total return, and the duty of care—operate to align the interests of the trustee with those of the settlor and the beneficiaries.⁽²⁾ Melanie Leslie, in arguing that settlor and trustee should not enjoy unlimited freedom to vary the content of fiduciary duties, has emphasized that information asymmetries undermine the assumption that the trust agreement will provide optimal control of agency costs.⁽³⁾ Both Sitkoff and Leslie have focused on the difficulties inherent in relying on the market to monitor trustee behavior, and thus control agency costs.⁽⁴⁾ And even John Langbein, in the course of his controversial proposal to jettison the no-further-inquiry rule, concedes that the “difficulty of beneficiary monitoring underscores the importance of the duty of loyalty.”⁽⁵⁾

Agency cost analysis of private trusts, however, confronts an immediate difficulty: who is the principal? Two candidates emerge: the trust beneficiaries, who are often treated as the “equitable owners” of the trust property, and the trust settlor, without whose property (and without whose consent) there would be no trust.⁽⁶⁾ Existing trust doctrine equivocates on who serves as the trustee’s principal: the trust settlor may impose a variety of enforceable obligations on the trustee, but those restrictions are en-

forceable only by the trust beneficiaries, not by the trust settlor.⁽⁷⁾

Often, this equivocal answer presents few practical difficulties. On many issues, the interests of the settlor and the interests of the beneficiary are

Note:

Stewart E. Sterk is Mack Professor of Law, Benjamin N. Cardozo School of Law.

The Author would like to thank Greg Alexander, Melanie Leslie, Rob Sitkoff, Jeff Stake, and Michael Yu for insightful comments on an earlier draft, and Christine O’Neil for invaluable research assistance.

Questo articolo è stato originariamente pubblicato in 27 *Cardozo L. Rev.* 2761 (2006): ringraziamo l’Autore e l’Editore per aver consentito la ripubblicazione in questa Rivista.

(1) “Agency costs” refer to the losses suffered by a principal because her agent’s interests and hence incentives to act diverge from those of the principal. The principal can reduce those costs by monitoring the agent’s activities or by bonding the agent. Hence, Jensen and Meckling have defined agency costs as the sum of the principal’s monitoring expenditures, the principal’s bonding expenditures, and the principal’s residual loss the remaining reduction in the principal’s welfare as a result of the divergence of the interests of the principal and the agent. Michael C. Jensen & William H. Meckling, *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*, 3 *J. FIN. ECON.* 305, 308 (1976).

(2) Robert H. Sitkoff, *An Agency Costs Theory of Trust Law*, 89 *CORNELL L. REV.* 621, 65057 (2004).

(3) Melanie B. Leslie, *Trusting Trustees: Fiduciary Duties and the Limits of Default Rules*, 94 *GEO. L.J.* 67 (2005).

(4) Sitkoff, *supra* note 2, at 645-46; Leslie, *supra* note 3, at 82-84.

(5) John H. Langbein, *Questioning the Trust Law Duty of Loyalty: Sole Interest or Best Interest?*, 114 *YALE L.J.* 929, 957 (2005).

(6) Robert Sitkoff has argued that because the joint intent of contracting parties carries with it a presumption of Pareto optimality, the settlor should generally be treated as the trustee’s principal. Sitkoff, *supra* note 2, at 644-48. For another recent exploration of some of the issues, see Alan Newman, *The Intention of the Settlor Under the Uniform Trust Code: Whose Property Is It, Anyway?*, 38 *AKRON L. REV.* 649 (2005).

(7) Moreover, there are subtle differences between the predominant approaches in the United States and England. As one court has put it: “The American cases recognize primarily the privilege of the donor to qualify his gift as he pleases within legal limits. *Cujus est dare ejus est disponere*. The English courts concentrate their predominant attention upon the situation of the beneficiary who being substantially the owner of the trust estate should be permitted in their judgment to deal with it as he wishes”. *Speth v. Speth*, 74 A.2d 344, 347 (N.J. 1950). See generally Sitkoff, *supra* note 2, at 662-63 (discussing differences between the American approach and the English approach, which tends to treat beneficiaries as the trustee’s principals).

Saggi

aligned; the settlor's primary objective is to benefit the beneficiaries, and if the trustee is serving the beneficiaries, the trustee is also serving the settlor. But to conclude that a trustee who serves the beneficiaries also serves the settlor does not address the basic agency cost problem: how do we assure that the trustee provides the care and loyalty the settlor and the beneficiaries expect?

Moreover, on some issues, equivocation about identifying the trustee's principal presents more significant difficulties. Suppose, for instance, the settlor wishes to control trust distributions in ways that the beneficiaries (or some subset of beneficiaries) do not like. Treating the beneficiaries as the trustee's principal is inconsistent with much traditional doctrine,⁽⁸⁾ and particularly with the emerging contractarian theory of the trust.⁽⁹⁾ But treating the settlor as the principal also creates a significant practical and conceptual problem: the settlor will typically be dead for much of the trust's duration. Practically, the settlor's demise often makes it impossible to determine whether the trustee is faithfully representing the wishes of the dead settlor. Even if the settlor left explicit instructions on some matters, the settlor could not possibly have anticipated all of the decisions a trustee would face. And that problem—the settlor's lack of foresight—becomes more serious as the duration of the trust increases.⁽¹⁰⁾ Conceptually, treating the dead settlor as the principal raises a time-honored question in the law of trusts and estates: for how long should current decisions be controlled by the dead hand of a settlor who has long since met his maker?⁽¹¹⁾

Suppose now that we superimpose on the traditional trust framework a "trust protector"—a person selected by the settlor to represent the settlor's interests in making specified trust decisions that the settlor will be unable to make. As the living embodiment of the dead settlor, the protector has the potential to mitigate the foresight problems associated with dead hand control. At the same time, the protector has the potential to serve as a monitor of the trustee's performance, reducing agency costs in that respect as well.

To be sure, the office of trust protector did not develop to "solve" the agency cost problems associated with private express trusts. Instead, as Part I of this Article demonstrates, the trust protector emerged in the context of offshore trusts, where trust settlors have sought to maintain as much con-

trol over trust assets as possible while shielding those assets from creditors. But lawyers have recognized the potential of the office and have quickly adapted the trust protector to serve other functions.

Appointment of a trust protector, however, provides at best a modest amelioration of the agency cost problem, not a complete solution. The trust protector, too, is only an agent. The settlor did not choose to relinquish title to the protector but chose instead to give the protector limited powers to guide trustee behavior. As a result, the emergence of trust protectors raises a new set of agency cost problems: first, do protectors owe any enforceable duties to the trust beneficiaries, or to anyone else; second, how, if at all, do the powers conferred on the trust protector affect the responsibilities of the trustee?

The emergence of the trust protector is so new that current doctrine has not yet answered these questions. And the answers may differ depending on the purposes for which the protector was appointed and the powers the settlor has conferred on the protector. This Article attempts to situate the trust protector in the web of relationships that surround the private express trust, exploring the agency costs avoided—and created—with the advent of trust protectors, and examining the ramifications for fiduciary duty law.

I. The Emergence of the Trust Protector.

A. Origins in the Growth of the Asset Protection Trust.

Trust protectors are not indigenous to American trust law. Even before the last two decades, some

Note:

(8) For instance, traditional doctrine restricts the power of the trust beneficiaries to compel modification or termination of the trust when termination would frustrate a material purpose of the settlor. See, e.g., RESTATEMENT (THIRD) OF TRUSTS § 65 (Tentative Draft No. 3, 2001).

(9) See, e.g., John H. Langbein, *The Contractarian Basis of the Law of Trusts*, 105 YALE L.J. 625 (1995); Henry Hansmann & Ugo Mattei, *The Functions of Trust Law: A Comparative Legal and Economic Analysis*, 73 N.Y.U. L. REV. 434, 447-49 (1998).

(10) See generally Robert C. Ellickson, *Adverse Possession and Perpetuities Law: Two Dents in the Libertarian Model of Property Rights*, 64 WASH. U. L.Q. 723, 734-35 (1986).

(11) See generally LEWIS M. SIMES, *PUBLIC POLICY AND THE DEAD HAND* (1955).

English trusts used protectors to reassure settlors uneasy about the powers conferred on the trustee.⁽¹²⁾ But protectors were imported into the United States from offshore jurisdictions seeking to attract asset protection business. The typical offshore asset protection trust names as a trustee a person or institution beyond the personal jurisdiction of American courts. The reason for this practice is evident: if the trustee were subject to the jurisdiction of American courts, an American court could order the trustee to make trust assets available to American creditors, and could impose sanctions on the trustee for failure to comply with the court order.⁽¹³⁾

Despite their strong desire to protect their assets from creditors, American settlors of offshore trusts have often been reluctant to relinquish all control over their assets to a foreign entity. As a result, trust instruments have frequently named a “trust protector” with various powers over the trust and the trustee. Sometimes, the settlor named himself as protector,⁽¹⁴⁾ but the settlor who named himself as protector increased the risk that an American court would order him to compel the trustee to make the money available to trust creditors—defeating the purpose of the asset protection trust.⁽¹⁵⁾ Many settlors, therefore, opted to name a third party as protector.

In determining what powers to confer on the trust protector, settlors had to weigh competing risks. By conferring broad affirmative powers on the protector—even if the protector was not the settlor-beneficiary—the trust settlor would increase the risk that an American court with personal jurisdiction over the protector would pierce the trust at the behest of the settlor’s creditors. The settlor could minimize that risk by leaving the protector only with power to veto the trustee’s decisions;⁽¹⁶⁾ an American court would find it difficult to order the protector to veto a decision the trustee had never made.⁽¹⁷⁾

On the other hand, limiting the protector to veto powers would reduce the protector’s value for other purposes. For instance, the settlor might want to confer on the protector power to change the situs of the trust to take advantage of the enactment of more trust-friendly laws, or to escape political or legal instability in the original situs. The trustee, who might have strong ties to the original situs, might be reluctant to make such a change. Moreover, the settlor might want to give the protector power to remove the trustee upon suspicion or evi-

dence of malfeasance. But to accomplish these objectives, the settlor would have to accept increased risk of intervention by an American court.⁽¹⁸⁾ Quite naturally, various settlors have balanced these objectives differently, resulting in wide variety among the powers conferred on protectors of offshore trusts.

Use of protectors in offshore trusts originated out of the creativity of lawyers, not out of express statutory authorization. But as the use of protectors became more prevalent, a number of offshore jurisdictions did enact legislation authorizing use of protectors. The Cook Islands International Trust Amendment Act of 1989 began the move toward statutory recognition, and other offshore jurisdictions followed suit. Although all of the statutes recognize that the protector is the holder of a power,⁽¹⁹⁾ the statutes otherwise embrace significantly different conceptions of the protector. Thus, the statute enacted in the British Virgin Islands provides expressly that a protector “is not liable to the beneficiaries for the bona fide exercise of the power.”⁽²⁰⁾ By contrast, the Belize statute provides that “[i]n the exercise of his office a protector shall owe a fiduciary duty to the

Note:

(12) See Antony Duckworth, *Protectors Fish or Fowl?*, 4 J. INT’L TR. & CORP. PLAN. 137, 168 (1995).

(13) Cf. *Hardy v. Hardy*, 5 Cal. Rptr. 110 (Dist. Ct. App. 1960) (a court with jurisdiction over a trustee can compel the trustee to account for or dispose of trust property located in another state).

(14) See, e.g., *FTC v. Affordable Media, LLC*, 179 F.3d 1228, 1242-43 (9th Cir. 1999).

(15) *Id.* at 1242.

(16) See Gideon Rothschild, *Establishing and Drafting Offshore Asset Protection Trusts*, 23 EST. PLAN. 65, 70 (1996) (“The protector’s powers should generally be drafted as negative powers and subject to the anti-duress provisions to protect against an order compelling the protector to exercise control over the trust.”).

(17) See Robert T. Danforth, *Rethinking the Law of Creditors’ Rights in Trusts*, 53 HASTINGS L.J. 287, 309 (2002).

(18) Cf. *Affordable Media*, 179 F.3d at 1242 (trust settlors name themselves as protectors; court relies on their occupancy of office of protector to conclude that settlors retained power to force repatriation of trust assets).

(19) See, e.g., *International Trusts Act of 1984 § 7* (as amended 1989) (Cook Islands) (“Protector’ in relation to an international trust means a person who is the holder of a power which when invoked is capable of directing a trustee in matters relating to the trust....”).

(20) *Trustee Ordinance § 86(3)* (1961) (as amended by the *Trustee (Amendment) Act* (1993)) (British Virgin Islands).

Saggi

beneficiaries of the trust or to the purpose for which the trust is created.”(21)

Despite the statutory differences, appointment of a trust protector has become standard in offshore asset protection trusts.(22) And, in more recent years, the use of protectors has spread to domestic trusts as well.

B. Domestic Trusts.

1. Limited Foresight and Changed Circumstances.

Widespread use of protectors in offshore trusts led American lawyers to recognize the protectors’ potential to solve problems facing settlors of domestic trusts. One such problem involves how to adapt the trust’s provisions to account for circumstances not foreseen by the settlor at the time of the trust’s creation. (23) As trusts become longer in duration, the problems of change and inadequacy of foresight increase in importance.(24) Changes in law, for instance, might result in frustration of the settlor’s purposes. Similarly, unforeseen changes in family situation could make modification of the trust terms desirable. Judicial modification or termination of the trust is always a possibility, but existing doctrine places a number of obstacles in front of parties who seek judicial modification. (25) Moreover, a judicial proceeding costs money, which will typically operate to deplete trust resources.

The settlor could, of course, account for these problems by making the trust revocable, but settlors have a variety of reasons for parting more completely with any interest in the trust property.(26) Moreover, if the trust is designed to be perpetual, revocability is not an option, because the settlor is in no position to revoke after her death.

Alternatively, the settlor could confer on one or more beneficiaries a right to modify the trust’s terms. This alternative, however, creates two potential problems, at least if the instrument authorizes the beneficiary to modify in favor of herself. First, a beneficiary with power to modify might act in self-interest, frustrating the settlor’s wishes. Second, the power to modify might be construed as creating in the beneficiary a general power of appointment, generating unfortunate tax consequences.(27)

To avoid these problems, the settlor could give modification powers to the trustee, but trustees are

often reluctant to modify or terminate trusts, even when termination would serve the settlor’s interests.(28) Moreover, the settlor may choose the

Note:

(21) Belize Trusts Act 1992 § 16(5), available at <http://www.ifsc.gov.bz/acts/trustsact.pdf>. See generally MAURIZIO LUPOI, TRUSTS: A COMPARATIVE STUDY 257-62 (Simon Dix trans., 2000).

(22) Donovan W. M. Waters, *The Protector: New Wine in Old Bottles?*, in *TRENDS IN CONTEMPORARY TRUST LAW* 64 (A.J. Oakeley ed., Oxford Univ. Press 1996).

(23) See Edward Rock & Michael Wachter, *Dangerous Liaisons: Corporate Law, Trust Law, and Interdoctrinal Legal Transplants*, 96 NW. U. L. REV. 651, 664 (2002) (noting the need for flexibility because the settlor will have passed from the scene when many unanticipated events unfold).

(24) See generally Stewart E. Sterk, *Jurisdictional Competition to Abolish The Rule Against Perpetuities: R.I.P. for the R.A.P.*, 24 CARDOZO L. REV. 2097 (2003) (cataloging reasons for a move in many states to authorize perpetual trusts).

(25) Black letter law has long been that beneficiaries can compel termination or modification of a trust if all of them consent, so long as there is no material purpose in continuing the trust. See *RESTATEMENT (SECOND) OF TRUSTS* § 337 (1959). For an application of the black letter law, see, e.g., *Am. Nat’l Bank of Cheyenne v. Miller*, 899 P.2d 1337 (Wyo. 1995) (authorizing termination). If, however, the trust is spendthrift, legislatures and courts have often concluded that termination would frustrate a material purpose, thus precluding termination. See, e.g., *CAL. PROB. CODE* § 15404(b) (West 2005); *Culver v. Title Guarantee & Trust Co.*, 70 N.E.2d 163 (N.Y. 1946). Other courts have been even more restrictive, finding material purposes inconsistent with termination simply because the trust instrument provides a life interest to an income beneficiary. See *Adams v. Link*, 145 A.2d 753 (Conn. 1958).

The drafters of the *Restatement (Third) of Trusts* have attempted to liberalize traditional termination rules in two ways. First, the black letter of section 65 permits termination even if a material purpose would be frustrated, so long as a court concludes that “the reason for termination. . . outweighs the material purpose.” *RESTATEMENT (THIRD) OF TRUSTS* § 65(2) (2003). Second, a comment to section 65 provides that a spendthrift provision does not by itself establish that termination would frustrate a material purpose of the trust. Instead, a spendthrift clause furnishes only “some indication” of a material purpose inconsistent with termination. *Id.* § 65 cmt. e.

(26) For instance, if the trust were revocable, the settlor would be treated as the owner of the trust property for federal income tax purposes. 26 U.S.C. § 676 (2000).

(27) See 26 U.S.C. § 2041 (property over which decedent enjoyed general power of appointment included in decedent’s estate); 26 C.F.R. § 20.2041-1(b) (2006) (“[A] power given to a decedent to affect the beneficial enjoyment of trust property or its income by altering, amending, or revoking the trust instrument or terminating the trust is a power of appointment.”); see also Alexander A. Bove, Jr., *The Trust Protector: Trust(y) Watchdog or Expensive Exotic Pet?*, 30 EST. PLAN. 390, 395 (2003).

(28) Thus, trustees sometimes challenge the termination of trusts generally unsuccessfully in order to preserve their right to commissions. See, e.g., *Moore v. First Nat’l Bank & Trust Co. of Macon*, 130 S.E.2d 718, 721 (Ga. 1963) (finding that the incidental benefit which the trustee may derive from future commissions is not of such a character as gives it a vested right to the continuance of the trust); see generally 4 *SCOTT ON TRUSTS* § 337 (4th ed. 2001).

trustee for reasons unrelated to the trustee's ability to account for the settlor's imperfect foresight.

Against this background, the trust protector offers what may be an attractive alternative—a person whose primary function is to exercise judgment on behalf of the trust settlor. The model may be most attractive when the protector is a trusted confidante of the settlor, but that model can only work for the lifetime of the confidante. Even a professional protector, or a successor chosen by the settlor's original protector, may be superior to the other available alternatives for dealing with deficiencies in the settlor's foresight.

2. Policing the Trustee.

Although trust protectors became popular in a context where the settlor's main objective was to protect trust assets against settlor's creditors, the protector device also has potential to protect trust assets against the actions of the settlor's chosen trustee. When the settlor creates a trust, she conveys to the trustee legal title to the trust property. Inherent in the trust, however, is the settlor's intention that the trustee not treat the property as his own. Instead, trust law presumes that the settlor wants the trustee to manage the trust assets prudently and in the interest of the trust beneficiaries.⁽²⁹⁾ Fiduciary duty law gives content to that presumption, which the settlor can modify with appropriate language in the trust instrument.⁽³⁰⁾

A critical issue remains, however: how does the settlor ensure that the trustee acts in accordance with the settlor's expectations? Trust law's traditional response is to enlist the trust beneficiaries as monitors, through the mechanism of an action for breach of fiduciary duty.⁽³¹⁾ By subjecting the trustee to potential liability, trust law encourages the trustee to comply with settlor's instructions. But monitoring by the beneficiaries is both imperfect and costly. First, the beneficiaries themselves often lack the expertise to detect breach.⁽³²⁾ Second, the beneficiaries may be dependent on the trustee, and hence they may be reluctant to take action to discipline the trustee.⁽³³⁾ In combination, these factors suggest potential underdeterrence of trustee misbehavior.⁽³⁴⁾ In addition, of course, the trust beneficiaries will bear much of the litigation cost. And, as Professor Leslie has demonstrated, market monitoring—which has some potential for disciplining fiduciaries in the corporate

context—is wholly inadequate in the trust context.⁽³⁵⁾

By contrast, if the settlor appoints a trust protector, the protector might be in a position to relieve the trust beneficiaries of the primary responsibility for monitoring the trustee. Moreover, with appropriate language in the trust instrument, the protector might be able to avoid the cost of litigation. The settlor, for instance, could require the trustee to obtain the protector's consent before taking particular actions and could even give the protector power to remove the trustee without judicial approval.⁽³⁶⁾ In this way, the trust protector can serve, at least in theory, as an efficient check on the agency costs associated with private express trusts. It is this insight, and its doctrinal implications, that serves as the focus for Part III.

C. Statutory Recognition.

Until recently, no American statute made any mention of trust protectors. Over the last eight years, however, five states have enacted statutes

Note:

(29) See generally RESTATEMENT (THIRD) OF TRUSTS §§ 76-78 (Tentative Draft No. 4, 2005) (providing that the trustee has a duty to administer the trust "in accordance with the terms of the trust and applicable law," and then describing the duty of prudence and duty of loyalty).

(30) See RESTATEMENT (THIRD) OF TRUSTS § 76, cmt. on Subsection (1); b(1) (Tentative Draft No. 4, 2005) ("[T]he normal standards of trustee conduct prescribed by trust fiduciary law may, at least to some extent, be modified by the terms of the trust. Briefly stated, much of trust law, especially trust fiduciary law, is default law—but some is not."); see also John H. Langbein, *Mandatory Rules in the Law of Trusts*, 98 NW. U. L. REV. 1105 (2004); Langbein, *supra* note 9, at 660.

(31) See generally RESTATEMENT (SECOND) OF TRUSTS § 205 (1959) (discussing liability in the case of a breach of trust); see also Rock & Wachter, *supra* note 23, at 653-55.

(32) See Leslie, *supra* note 3, at 84.

(33) See Benjamin G. Carter, *Relief for Beneficiaries Suing for Breach of Fiduciary Duty: Payment of Accounting Costs Before Trial*, 76 WASH. U. L.Q. 1411, 1421-26 (1998).

(34) See Melanie B. Leslie, *In Defense of the No Further Inquiry Rule: A Response to Professor John Langbein*, 47 WM. & MARY L. REV. 541, 558-62 (2005).

(35) See Leslie, *supra* note 3, at 79-84. But see Jonathan R. Macey, *Private Trusts for the Provision of Public Goods*, 37 EMORY L.J. 295, 317 (1988) (arguing that simplicity of trust decisions reduces the need for market monitoring of trustees).

(36) Indeed, this might be the most common power conferred on the trust protector. See Waters, *supra* note 22, at 105.

explicitly authorizing or defining trust protectors. South Dakota enacted the first such statute in 1997,⁽³⁷⁾ followed by Idaho in 1999,⁽³⁸⁾ Alaska⁽³⁹⁾ and Wyoming⁽⁴⁰⁾ in 2003, and Tennessee in 2004.⁽⁴¹⁾ The Alaska statute differs significantly from the statutes enacted in the other four states. In the other states, the statutes insulate trustees—generally denominated “excluded fiduciaries”—from liability for following directions given to them by trust protectors.⁽⁴²⁾ The Alaska statute includes no comparable provision. The statutes also differ significantly on the protectors’ own liabilities. The Alaska statute provides explicitly that, subject to contrary provisions in the trust instrument, “a trust protector is not liable or accountable as a trustee or fiduciary....”⁽⁴³⁾ By contrast, statutes in the other four states direct that a protector should be treated as a fiduciary unless the trust instrument provides to the contrary.⁽⁴⁴⁾

The Uniform Trust Code (UTC) also makes provision for trust protectors. Although the trust protector label appears only in a Comment,⁽⁴⁵⁾ the statute itself speaks in terms of a trust that confers “upon a person... power to direct certain actions of the trustee.”⁽⁴⁶⁾ The UTC does not provide trustees with absolute immunity from liability for following the directions of a trust protector. Section 808 provides that the trustee shall act in accordance with the exercise of a power held by a protector “unless the attempted exercise is manifestly contrary to the terms of the trust or the trustee knows the attempted exercise would constitute a serious breach of a fiduciary duty that the person holding the power owes to the beneficiaries of the trust.”⁽⁴⁷⁾ Thus, the UTC standard requires that the trustee exercise “minimal oversight responsibility” before following the protector’s directions.⁽⁴⁸⁾ Moreover, the UTC creates a presumption that the holder of a “power to direct” is a fiduciary.⁽⁴⁹⁾

Most states, however, have made no statutory provision for protectors and have not yet developed case law defining the relationships among protectors, trustees, settlors, and beneficiaries.⁽⁵⁰⁾ Moreover, even in states that have labeled protectors as fiduciaries, the scope of the fiduciary duties owed by the protector remain substantially uncertain. It is against that uncertainty that we turn to the role protectors might play in controlling agency costs.

II. The Protector And Agency Costs.

A. Monitoring the Trustee.

1. The Optimistic Model.

Agency costs arise because it is often difficult for

Note:

(37) 1997 S.D. Sess. Laws 280, § 1 (codified as amended at S.D. CODIFIED LAWS §§ 55-1B-1 to 55-1B-5 (2005)).

(38) 1999 Idaho Sess. Laws 331, § 1 (codified at IDAHO CODE ANN. § 15-7-501 (2005)).

(39) 2003 Alaska Sess. Laws 130, § 1 (codified at ALASKA STAT. § 13.36.370 (2005)).

(40) 2003 Wyo. Sess. Laws 124, § 1 (codified as amended at WYO. STAT. ANN. § 4-10-710 – 4-10-718 (2005)).

(41) The Tennessee statute, 2004 Tenn. Pub. Acts 537, § 66, as well as its Section Comment, can be found at TENN. CODE ANN. § 35-15-808 (2005).

(42) The Tennessee statute, based on the Uniform Trust Code, is somewhat equivocal. The comment to the section tracks the comment to the UTC, which suggests that the trustee bears minimal oversight responsibility. See text accompanying note 49, *infra*. But the text of the statute includes a provision absent from the UTC. That provision insulates the trustee from liability when following the directions of the protector. TENN. CODE ANN. § 35-15-808(e).

The other statutes unequivocally insulate the trustee from liability for following the protector’s directions. See IDAHO CODE ANN. § 15-7-501(2); S.D. CODIFIED LAWS § 55-1B-5; WYO. STAT. ANN. §§ 4-10-715, 4-10-717. These states typically denominate trustees who have received directions from a trust protector as “excluded fiduciaries.” See, e.g., S.D. CODIFIED LAWS § 55-1B-1.

(43) ALASKA STAT. § 13.36.370(d).

(44) IDAHO CODE § 15-7-501(4); S.D. CODIFIED LAWS, § 55-1B-4; TENN. CODE ANN. § 35-15808(d); WYO. STAT. ANN. § 4-10-711.

(45) UNIF. TRUST CODE § 808 cmt. (2005).

(46) *Id.* at § 808(b).

(47) *Id.*

(48) *Id.* at § 808 cmt.

(49) *Id.* at § 808(d).

(50) A Washington statute, however, provides, without mentioning trust protectors by that name, that a person with a power to direct or control the acts of a fiduciary shall be deemed to be a fiduciary. WASH. REV. CODE § 11.100.130 (West 2005).

Moreover, several states have expressly provided that when the trust instrument vests in someone other than the trustee power to make investment decisions, the trustee should be treated as an “excluded fiduciary” and should bear no liability for losses resulting from an investment made by the direction of someone else with investment powers. Excluded fiduciary terminology predates the advent of trust protectors, and appears in statutes in a number of states to insulate trustees from liability when acting pursuant to a direction authorized by the trust instrument. See COLO. REV. STAT. § 15-1-307 (2005); GA. CODE ANN. § 53-12-194 (2005); OHIO REV. CODE ANN. § 1339.43 (LexisNexis 2005); TEX. PROB. CODE ANN. § 114.003 (Vernon 2005); VA. CODE ANN. § 26-5.2 (2006); see also IND. CODE ANN. § 30-4-3-9 (2005) (relieving trustee of liability without using excluded fiduciary language).

a principal to observe whether the agent is acting on the principal's behalf.⁽⁵¹⁾ The principal could eliminate agency costs altogether by aligning the agent's compensation perfectly with the agent's efforts, but that would transform the agent into the principal; the original principal would no longer have any interest in the agent's actions. That, in turn, would defeat the principal's purpose in creating an agency relationship.

The best the principal can do is to assure that some system is in place to monitor the agent's performance and to accept some losses resulting from the divergence between the interests of the principal and the agent. If the cost of monitoring and the losses resulting from divergence prove too great, the principal will not create the agency relationship.

Private express trusts generate agency costs. The settlor cannot observe the trustee's behavior and does not want the trustee to reap the benefits of the trustee's decisions. Moreover, unlike corporate fiduciaries, whose behavior as agents is often subject to market discipline,⁽⁵²⁾ the typical trustee faces little market pressure in the performance of its duties.⁽⁵³⁾ As a result, the success of the trust depends on the strength of the mechanisms available for monitoring trustee behavior. In the prevailing model, fiduciary duties enforceable by trust beneficiaries provide that mechanism.⁽⁵⁴⁾ The trustee's duties of care, loyalty, impartiality, and the duty to provide information to the beneficiaries all operate to constrain a trustee who would otherwise shirk or ignore the interests of the trustee's principals.⁽⁵⁵⁾

The prospect of fiduciary duty litigation, however, has several deficiencies as a mechanism for assuring that the trustee acts in the interest of the trust settlor. First, trustees understand that actions for breach of fiduciary duty are costly to the beneficiaries, in more than one way. Most obviously, the beneficiaries face litigation costs. If the beneficiaries are ultimately successful in their effort to establish the trustee's breach, they may be able to recover those costs from the trust or the trust estate.⁽⁵⁶⁾ Recovery from the trust estate, however, would be a hollow victory, because in most cases, the beneficiaries are the equitable owners of the trust estate. Moreover, when the beneficiaries' action proves unsuccessful, even the trustee's defense costs will ultimately be borne by the trust.⁽⁵⁷⁾ Of perhaps equal importance, many trust beneficiaries are dependent on the

trustee, particularly if the trustee enjoys discretion about distributions among beneficiaries.⁽⁵⁸⁾ These factors will lead rational, educated beneficiaries to refrain from bringing breach of trust actions even when those actions have a reasonable prospect of success, thereby resulting in under-deterrence of breach by trustees.

Second, the assumption of rational, educated

Note:

(51) See Sitkoff, *supra* note 2, at 643-46.

(52) See Bernard S. Black, *Agents Watching Agents: The Promise of Institutional Investor Voice*, 39 UCLA L. REV. 811, 856-57 (1992).

(53) See Sitkoff, *supra* note 2, at 643-46; Leslie, *supra* note 3, at 99.

(54) See generally *Davis v. United States*, 495 U.S. 472, 483 (1990) ("A defining characteristic of a trust arrangement is that the beneficiary has the legal power to enforce the trustee's duty to comply with the terms of the trust.").

(55) See, e.g., RESTATEMENT (THIRD) OF TRUSTS § 77 (Tentative Draft No. 4, 2005) (duty of prudence); RESTATEMENT (THIRD) OF TRUSTS § 78 (Tentative Draft No. 4, 2005) (duty of loyalty); RESTATEMENT (THIRD) OF TRUSTS § 79 (Tentative Draft No. 4, 2005) (duty of impartiality); RESTATEMENT (THIRD) OF TRUSTS § 82 (Tentative Draft No. 4, 2005) (duty to furnish information to beneficiaries).

(56) Compare *Shriner v. Dyer*, 462 So. 2d 1122 (Fla. Dist. Ct. App. 1984) (beneficiaries recover litigation fees from trust, even after failing to recover them from trustees individually after establishing trust mismanagement), and *Palmer v. Hartford Nat'l Bank & Trust Co.*, 279 A.2d 726 (Conn. 1971) (beneficiaries recover from the trust itself the litigation costs they incurred in opposing proposed sale of trust property at a price far lower than price purchaser ultimately paid), with *Feinberg v. Adolph K. Feinberg Hotel Trust*, 922 S.W.2d 21 (Mo. Ct. App. 1996) (trustee's misappropriation of assets so reprehensible that it warranted ordering trustee to pay beneficiary's costs), and *Reynolds v. First Ala. Bank*, 471 So. 2d 1238 (Ala. 1985) (trustee bears beneficiaries' attorneys fees in successful action for breach of fiduciary duty). See generally 3 SCOTT ON TRUSTS, *supra* note 28, § 188.4 ("[W]here it is held that the trustee is subject to a surcharge, the expense is payable by the trustee personally.").

Some state statutes appear to mandate that the trustee bear the beneficiaries' litigation costs, including attorneys fees, in cases where the beneficiary has successfully maintained an action for breach of trust. See, e.g., IND. CODE ANN. § 30-4-3-11(a)(4) (2005); CAL. PROB. CODE § 17211(b) (West 2006). Other statutes appear to give reviewing courts discretion to assess the successful beneficiaries' litigation costs against the trustee. See, e.g., GA. CODE ANN. § 53-12193(a)(4) (2005).

(57) See, e.g., *Jessup v. Smith*, 119 N.E. 403, 404 (N.Y. 1918) (Cardozo, J.) (holding that trustee was entitled to reimbursement for attorneys fees because the trustee "owed a duty to the estate to stand his ground against unjust attack. He resisted an attempt to wrest the administration of the trust from one selected by the testator and to place it in strange hands."); *Saulsbury v. Denton Nat'l Bank*, 335 A.2d 199 (Md. Ct. Spec. App. 1975); *Weidlich v. Comley*, 267 F.2d 133 (2d Cir. 1959); see also Carter, *supra* note 33, at 1421-26 (1998); 3 SCOTT ON TRUSTS, *supra* note 28 § 188.4 (4th ed. 2001) ("The trustee can properly pay out of the trust estate expenses of litigation incurred in a successful attempt to prevent the beneficiaries from subjecting the trustee to a surcharge.").

(58) See generally Leslie, *supra* note 3, at 87.

Saggi

beneficiaries is a heroic one. Many trust beneficiaries are the recipients of interests in a trust for a reason (other than the potential tax advantages emerging from the marital deduction⁽⁵⁹⁾ and the generation-skipping transfer tax exemption⁽⁶⁰⁾). If the trust settlor had confidence in the financial acumen of the beneficiaries, the settlor might well have passed his assets to the beneficiaries free of trust, eliminating the agency cost problem altogether. Trustees as a group should understand the limited capacity of trust beneficiaries, creating another potential for underdeterrence.

Third, the preferences of the trust beneficiaries may not perfectly reflect the settlor's preferences. If the trustee takes an action with the approval of the trust beneficiaries, the trustee is unlikely to face an action for breach of fiduciary duty; the settlor is dead, and may in any event lack standing to bring action for breach.⁽⁶¹⁾ This fact, too, reduces the value of fiduciary duty litigation, or its prospect, as a mechanism for monitoring agency costs.

Appointment of a trust protector addresses and mitigates each of these concerns. First, if the protector has power to direct the trustee to take particular actions, or even power to veto particular actions, the protector can avoid the litigation costs associated with actions for breach of fiduciary duty. Second, the settlor can choose a protector with the business acumen necessary to evaluate the actions taken by the trustee. And third, the protector acts as the settlor's surrogate; the settlor can choose a protector whose focus is on achieving the settlor's objectives, even when those objectives conflict with the preferences of the beneficiaries.

None of this is to suggest that appointment of a trust protector eliminates agency costs from the settlor/trustee relationship. But on this optimistic account, the protector operates to ameliorate significantly the agency cost issues that confront the traditional trust. The protector gives the settlor an additional tool in policing the trustee; if the tool proves unhelpful, the settlor is no worse than she was before—she is still left with the traditional mechanisms available for disciplining trustees.

2. Wrinkles in the Account.

The optimistic account of the trust protector as a tool in the effort to reduce agency costs ignores one important fact: the protector himself is an agent. When a trust settlor names a trust protector, the set-

tlor creates new sets of relationships—settlor/protector, beneficiary/protector, and trustee/protector—that complicate analysis of agency costs. This section examines several of the complications.

a. Disciplining the Protector.

On the vast majority of trust issues, the settlor's interests and those of the beneficiary are closely aligned. In those cases, agency costs are minimized when the protector acts as the settlor would want it to. But what guarantee is there that the protector will do so? Personal loyalty to the settlor acts to discipline the protector in some set of cases, particularly when the protector is a close friend, confidant, or relative of the settlor. But what of professional protectors, or successor protectors who enjoy no strong personal bond to the settlor?

Even if the settlor were to provide detailed instructions to the protector (which would defeat much of the purpose of appointing a protector), there is no obvious market mechanism for assuring that the protector follows the settlor's instructions.⁽⁶²⁾ The protector is not likely to have a financial interest in complying with those instructions; protector compensation cannot easily be tied to the degree of fealty the protector displays towards the settlor's wishes.⁽⁶³⁾ Moreover, the pro-

Note:

(59) 26 U.S.C. § 2056(a) (2000).

(60) 26 U.S.C. § 2631.

(61) Established doctrine holds that a settlor who retains no beneficial interest in a trust cannot bring an action against a trustee for breach of fiduciary duty unless the settlor has entered into a separate contract with the trustee to ensure the trustee's performance. RESTATEMENT (SECOND) OF TRUSTS § 200 cmt. b. For application of the rule, see, e.g., Sanders v. Citizens Nat'l Bank of Leesburg, 585 So. 2d 1064 (Fla. Dist. Ct. 1991) (settlor of life insurance trust has no standing to sue trustee for negligence and breach of trust); Edmondson v. Edmondson, 226 N.W.2d 615 (Minn. 1975) (settlor cannot maintain action for accounting when settlor lacked beneficial interest in the trust). Professor Gaubatz has discussed a number of exceptions to the general rule against settlor standing, and Professor Langbein has advocated that the traditional rule should be reversed to authorize settlor standing in the absence of a contrary instruction in the trust instrument. See John T. Gaubatz, Grantor Enforcement of Trusts: Standing in One Private Law Setting, 62 N.C. L. REV. 905 (1984); Langbein, *supra* note 9, at 664.

(62) Professors Gilson and Kraakman have made similar observations with respect to outside corporate directors. Ronald J. Gilson & Reinier Kraakman, Reinventing the Outside Director: An Agenda for Institutional Investors, 43 STAN. L. REV. 863, 875-76 (1991) (noting absence of evidence that market for outside directors exists at all); see generally Black, *supra* note 52, at 850-51 (noting that the effectiveness of agents watching agents depends in considerable measure on institutional detail).

tor's performance will often be impossible to measure.

In the absence of personal loyalty and market forces as mechanisms to discipline protectors, legal liability rules provide an alternative enforcement mechanism. Because the trust settlor will generally be dead when significant decisions face the protector, enforcement of duties will necessarily fall to the trust beneficiaries. Beneficiary enforcement generates two familiar difficulties. First, even when the interests of the trust beneficiaries are perfectly aligned with those of the settlor, beneficiary enforcement replicates the costs associated with fiduciary duty litigation against trustees. Second, when the settlor's apparent preferences diverge from the interests of the beneficiaries, the more enforceable rights the legal regime confers on the beneficiaries, the greater the incentives for the protector to act as the agent of the beneficiaries rather than the agent of the settlor.

b. Why Not Co-Trustees?

For the settlor who seeks to monitor trustee behavior, there is an obvious alternative to appointment of a trust protector: appoint cotrustees, each of whom can monitor the other's actions. Appointment of co-trustees generates a number of advantages for the settlor. Unlike the uncharted law surrounding trust protectors, there is a well-established body of law governing the responsibilities of co-trustees. Because cotrustees are generally entitled to exercise trust powers only by consent of a majority,⁽⁶⁴⁾ no trustee can act without persuading co-trustees of the merits of the action—assuring that no individual trustee will act arbitrarily. Reinforcing that protection against arbitrary action is the rule that makes one co-trustee liable for another co-trustee's breach of fiduciary duty if reasonable care would have prevented the breach.⁽⁶⁵⁾ Moreover, one co-trustee is liable for another's self-dealing, on the theory that the disinterested trustee's duty of care extends to assuring that the co-trustee does not breach his duty of loyalty.⁽⁶⁶⁾ In light of the monitoring possibilities that accompany appointment of co-trustees, why would a trust settlor find it attractive to appoint a protector instead?

With respect to offshore trusts, especially those designed for asset protection purposes, there is an obvious answer: appointing a domestic co-trustee would increase the likelihood that a domestic court could exert jurisdiction over the trust assets.⁽⁶⁷⁾

Once removed from the asset protection context, the reasons for appointing a protector instead of a co-trustee become less apparent. In some commonwealth countries, but not the United States, the conception of the trustee as a representative of the interests of the beneficiaries, rather than the trust settlor, might lead settlors to prefer protectors to co-trustees.⁽⁶⁸⁾ Even in the United States, cost might be a factor if one assumes that trustees are entitled to commissions and protectors are not, but cost differences become less significant when one recognizes that the settlor can generally set the compensation of both protectors and trustees by private agreement.

Note:

(63) Cf. Gilson & Kraakman, *supra* note 62, at 875 (noting that corporations cannot pay outside directors enough to create appropriate incentives to monitor management).

(64) At common law, trustees of private trusts could act only by unanimous consent. That rule, however, has generally been abandoned by statute. See, e.g., N.Y. EST. POWERS & TRUSTS LAW § 10-10.7 (McKinney 2005) (providing that fiduciary powers may be exercised by majority of fiduciaries); see also RESTATEMENT (THIRD) OF TRUSTS § 39 (2003) (concurrence of both trustees necessary when trust names two trustees; concurrence of majority necessary when there are three or more trustees).

(65) See RESTATEMENT (THIRD) OF TRUSTS § 81(2) (Tentative Draft No. 4, 2005) ("Each trustee also has a duty to use reasonable care to prevent a co-trustee from committing a breach of trust and, if a breach of trust occurs, to obtain redress."); see also *id.* at cmt. e (establishing that co-trustee is liable for trustee's breaches if co-trustee participated or acquiesced in the breach, improperly delegated administration to the breaching trustee, or enabled the trustee to commit the breach by failing to exercise reasonable care); CAL. PROB. CODE § 16402 (Deering 2006). For cases applying the general rules to hold co-trustees liable, see, e.g. *Rutanan v. Ballard*, 678 N.E.2d 133 (Mass. 1997) (co-trustee who abandoned administration duties to trustee and failed to inform trustee of breach held liable for breach); *Estate of Chrisman*, 746 S.W.2d 285 (Mo. Ct. App. 1988) (rejecting co-trustee's argument that she should not be liable because she deferred to decisions of co-trustee).

(66) See, e.g., *In re Rothko*, 372 N.E.2d 291 (N.Y. 1977); *In re Durston's Will*, 74 N.E.2d 310 (N.Y. 1947).

(67) See generally Stewart E. Sterk, *Asset Protection Trusts: Trust Law's Race to the Bottom*, 85 CORNELL L. REV. 1035, 1089-1100 (2000) (noting the difficulty in obtaining personal jurisdiction over an offshore trustee, and exploring the possibility of obtaining in rem jurisdiction over trust property).

(68) See Sitkoff, *supra* note 2, at 662-63 (noting more significant deference given to beneficiary wishes in English trusts). See generally 4 SCOTT ON TRUSTS, *supra* note 28, § 337: The American courts have laid emphasis on the idea that the wishes of the settlor should be controlling except where it would be opposed to some definite policy to give effect to his desires. In England, on the other hand, the courts have felt that although the extent of the interests of the beneficiaries depends on the intention of the settlor, the control of their interests should be in their own hands, except where the interests of others limit such control. In the United States the courts take the view that the settlor can dispose of his property as he likes. In England the beneficiary of a trust can dispose of his interest as he likes. *Id.*

Saggi

From an agency cost perspective, the principal reason for choosing to appoint a protector rather than a co-trustee is the difference in decisionmaking structure that results from the protector/trustee relationship. Co-trustees typically make decisions by consensus; each has equal input into trust decisions; each is equally accountable for the consequences of those decisions.⁽⁶⁹⁾ The settlor, by contrast, may prefer to repose primary decisionmaking responsibility in a single authority—the trustee—subject only to intermittent review by the protector.⁽⁷⁰⁾ The authority model of decisionmaking reduces the need for the protector to acquire and process information about every aspect of the trust, effectively reducing monitoring costs.⁽⁷¹⁾ The settlor can use a protector as a check on trustee behavior without making the protector a full partner in trust decisionmaking. Moreover, the authority model—trustee as decisionmaker with protector as a check—also limits (but does not eliminate) the potential for quid-pro-quo decisionmaking by co-trustees who have to interact on a regular basis with respect to trust administration. ⁽⁷²⁾

Of course, the settlor could accomplish the same objectives by naming co-trustees and carefully outlining, in the trust instrument, their respective responsibilities. But that approach has its own drawbacks. In particular, the settlor is unlikely to anticipate in advance all of the ways in which the settlor seeks to alter the background law surrounding co-trustees. As a result, the existence of an established body of cotrustee law becomes a negative, not an advantage. If the settlor wants to depart significantly from the allocation of duties customarily borne by co-trustees, the settlor may be better off avoiding the co-trustee label.⁽⁷³⁾

c. The Effect of the Protector on the Trustee's Performance.

In an ideal world, appointment of a protector would reduce agency costs by providing additional incentives to the trustee to safeguard the interests of the trust beneficiaries (thereby advancing the wishes of the trust settlor). In practice, however, there is danger that appointment of the protector could have the opposite effect—it could reduce the incentives for the trustee to exercise prudence in managing the trust assets.

The danger is three-fold. First, once a protector is appointed, the trustee becomes, to varying degrees, accountable to the protector.⁽⁷⁴⁾

That accountability may lead the trustee to be responsive to the protector's wishes even when the trustee believes that the protector's preferences diverge from the interests of the beneficiaries (and the settlor). Especially if the settlor has chosen the trustee because of the trustee's expertise in making the decisions delegated to him, making the trustee accountable to the protector threatens to reduce the quality of the trustee's decisions.

Second, even a trustee who is resolute about maintaining independence from the protector will be inclined to expend energy persuading the protector of the merits of the trustee's decision. That is, if the trustee concludes that its ultimate obligation is to the beneficiaries (or the settlor), the trustee will best promote the interests of the beneficiaries and

Note:

(69) See RESTATEMENT (THIRD) OF TRUSTS § 81 (Tentative Draft No. 4, 2005) (each trustee has a right to participate in trust administration; each has a duty to prevent co-trustees from committing breach, and also a duty to seek redress if breach occurs).

(70) Geoffrey Manne has suggested a similar model for governance of charitable entities a contract relationship with a firm whose principal role is to monitor the behavior of charitable boards. Geoffrey A. Manne, *Agency Costs and the Oversight of Charitable Organizations*, 1999 WIS. L. REV. 227, 262-64 (1999).

(71) Cf. KENNETH J. ARROW, *THE LIMITS OF ORGANIZATION* (1974) (discussing the advantages of the authority model of decision-making).

(72) Some trust protectors might ultimately find it in their financial interests to align themselves with trustees rather than trust settlors. Neither the settlor nor the trust beneficiaries are likely to be repeat players in their interactions with the professional trust protector. By contrast, as protectors become more common, protectors and trustees will have ongoing relationships. Especially if protectors are in a position to replace trustees, or to name successor trustees, there will be significant reasons for trustees to ingratiate themselves with protectors, creating symbiotic relationships. These relationships, however, are unlikely to inure to the benefit of the settlor and trust beneficiaries.

(73) Of course, even if the trust instrument eschews the co-trustee label, courts are likely to draw analogies to co-trustees. See, e.g., *Gathright's Trustee v. Gaut*, 124 S.W.2d 782, 783 (Ky. Ct. App. 1939) (trust advisors considered as co-trustees with limited authority); *Lewis v. Hanson*, 128 A.2d 819, 828 (Del. 1957), *aff'd sub nom. Hanson v. Denckla*, 357 U.S. 235 (1958) (trust advisor a fiduciary "in the nature of a co-trustee...").

(74) Kenneth Arrow has described the problem associated with a regime in which a supposed decisionmaker is held accountable for every action he takes: "If every decision of A is to be reviewed by B, then all we have really is a shift in the locus of authority from A to B and hence no solution to the original problem." ARROW, *supra* note 71, at 78.

If the initial assumption is that the trustee was selected as the person or institution best suited to making a class of decisions, holding the trustee accountable to a person less suited to make the decision can generate perverse results. See generally Stephen M. Bainbridge, *The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine*, 57 VAND. L. REV. 83, 107-09 (2004) (identifying the difficult tradeoffs between authority and accountability in the corporate setting).

settlor if it assures that the protector does not interfere with the trustee's decisions. That, in turn, diverts the trustee's energies from its primary function: making appropriate investment and distribution decisions.⁽⁷⁵⁾

Third, appointment of a protector can lead to inefficient diffusion of responsibility, with the trustee expending less care in making investment and distribution decisions, expecting that the protector will review those decisions in any event. (Conversely, the protector may rely on the trustee's care and prudence in making the initial determination.)

The extent to which the appointment of a protector threatens to reduce the quality of the trustee's decisions varies with the powers accorded the protector. The most obvious threat arises when the trust instrument gives the protector power to direct the trustee's investment and/or distribution decisions. Once the protector exercises that power, the trustee could reasonably conclude that the trustee's duty is to follow the protector's directions, not to exercise independent judgment about the wisdom of the protector's decisions.⁽⁷⁶⁾ The trustee might be especially inclined to follow the protector's directions in cases where the protector has power to replace the trustee. In effect, the trustee could behave as the protector's agent, not as a watchdog for the interests of the beneficiaries.

Even when the trust instrument limits the protector to veto power, the trustee might exercise less care than the trustee would otherwise exercise, expecting that a particularly imprudent decision would be vetoed by the protector, and that, in any event, the trustee could use the protector's failure to veto as evidence of the prudence of the trustee's initial decision.

The danger that appointment of a protector will diminish the quality of the trustee's decisions does not establish that protectors inevitably increase agency costs. But the danger does have two significant implications. First, settlors and their lawyers should take care, both in the selection of trustees and protectors, and in the allocation of power between trustees and protectors, to minimize the danger. In many circumstances, appointment of a protector may prove unnecessary or counterproductive.⁽⁷⁷⁾ Second, courts (and, perhaps, legislatures) should structure the legal incidents of the relationship between trustees and protectors with these agency costs in mind.

Section IV focuses on that issue of doctrine.

B. The Trust Protector and the Settlor's Foresight.

A trust settlor might appoint a trust protector to perform functions entirely unrelated to monitoring the trustee's performance. For instance, the settlor might confer on a protector the power to modify or terminate the trust, to change the trust's situs, or to make discretionary distributions to particular beneficiaries. The settlor might name a protector with these powers for the same reason a settlor might create a power of appointment: to assure that the trust is responsive to information not available to the settlor at the time the settlor creates the trust.

The settlor, for instance, will not be in a position to foresee the details of tax law changes that might make continuation of the trust on its current terms superfluous or even counterproductive. Nor can the settlor anticipate changes in state law—perhaps with respect to creditor claims or trust duration—that might make it desirable to change the trust's location.

A settlor's imperfect foresight extends beyond changes in law. Trust assets could change significantly in value after creation of the trust, in ways that would alter the settlor's distributional preferences, or even, in some circumstances, lead to termination of the trust. The circumstances of the trust beneficiaries might also change in ways that would alter the settlor's preferred distribution. If, for instance, the settlor created a generation-skipping trust on the assumption that settlor's children would be sufficiently wealthy to benefit from the trust, the settlor's preferences might change markedly if one or more of settlor's children were to encounter financial setbacks. The tax advantages associated with the generation-skipping transfer tax exemption would then fade in importance.

.....
Note:

(75) For a similar point with regard to corporate decisionmakers, see Donald C. Langevoort, *The Human Nature of Corporate Boards: Law, Norms, and the Unintended Consequences of Independence and Accountability*, 89 GEO. L.J. 797, 813 (2001) (observing that when more monitors of corporate CEOs are in place, CEOs spend more time influencing monitors and less time engaging in more productive tasks).

(76) Indeed, if the settlor gives the protector power to direct investment decisions, the trustee will generally be obligated to follow those directions. See, e.g., RESTATEMENT (THIRD) OF TRUSTS § 75 (Tentative Draft No. 4, 2005).

(77) Cf. Waters, *supra* note 22, at 105 (noting that settlors might reasonably fear that appointment of a protector would "add one more layer of costs and bureaucracy").

Saggi

To account for changes like these, the settlor could include in the trust instrument first, a statement of the trust's purposes, and second, an authorization for one or more trust beneficiaries to petition for judicial modification or termination of the trust if the terms of the trust no longer serve those purposes.⁽⁷⁸⁾ But that approach entails significant legal costs, and also reposes in courts judgment calls that the settlor might rather repose in a trust protector—someone who might be closer to the family, or someone with more tax or financial expertise.

When a settlor appoints a protector to compensate for his lack of foresight, the issue is not whether the protector will effectively monitor the trustee's performance; the protector's responsibilities are independent of the trustee's actions. Instead, from an agency cost perspective, the issue is how best to assure that the protector will act as a faithful agent. In the first instance, that is an issue for the settlor and the settlor's lawyers in drafting the trust instrument. But legal doctrine also has a role to play in minimizing agency costs.

III. Shaping Doctrine.

A. Introduction.

The trust instrument itself provides a starting point for determining the legal liabilities of the trust protector. Indeed, it would be reasonable to start with the assumption that the judicial role in regulating trust protectors should be the role specified by the settlor in the trust instrument. That is, the protector's liabilities are largely a matter of contract, capable of careful articulation in the trust instrument. But many trust instruments are silent, or incomplete, about the liabilities of the protector.⁽⁷⁹⁾ Moreover, even if a trust instrument were to include language purporting to determine the protector's liabilities, there is good reason to believe, in light of the limited experience with trust protectors, that neither the settlor nor the settlor's lawyer will have fully anticipated the range of issues that might arise in conjunction with the protector's action and inaction. As a result, courts will inevitably develop a set of default rules to deal with trust protectors, and those rules may sometimes take on a "mandatory" character, displacing explicit instructions in the trust instrument. My objective in this section is to offer a tentative

sketch of the legal regime that should surround trust protectors, drawing both on agency cost concepts, and on existing fiduciary duty law.

As we have seen, the protector's role with respect to management issues differs significantly from its role with respect to distribution issues. The trustee is the primary manager of the trust assets, and the protector's role is primarily that of a monitor. By contrast, when the trust instrument confers on the protector the power to alter the trust's distribution scheme, the protector becomes the primary decision-maker, not a monitor of trustee behavior. This difference has implications for the legal framework surrounding the two issues, and suggests that the two sets of issues should be discussed separately.

B. The Protector's Power with Respect to Management Issues.

1. The Analytical Framework.

Trust instruments frequently give trust protectors the power to direct or veto portfolio management decisions made by the trustee. Any evaluation of the protector's legal responsibilities with respect to these powers requires attention to two separate but related questions: first, how should an appropriately responsive protector behave with respect to the power conferred on him by the trust instrument; and second, what legal liabilities will induce the appropriate behavior? In familiar terms, these questions reduce to what standard of behavior the protector should employ, and what standard of review of the protector's actions will induce that standard of behavior.⁽⁸⁰⁾

Consider first the standard of behavior. With respect to management issues, the settlor's primary concern will generally be to provide maximum return to the trust beneficiaries. Thus, on management issues, where the settlor's interests and those of the beneficiaries are closely aligned, the legal framework

Note:

(78) Cf. *id.* at 666 (noting that in the trust context, "using courts to provide flexibility is marginal"); Rock & Wachter, *supra* note 23, at 664 (discussing possibility of judicial reformation)

(79) See Duckworth, *supra* note 12, at 174 (noting that it is "not the usual practice for the trust instrument to lay down comprehensive rules").

(80) Cf. Melvin Aron Eisenberg, *The Divergence of Standards of Conduct and Standards of Review in Corporate Law*, 62 *FORDHAM L. REV.* 437 (1993) (examining policies behind divergent standards of conduct and review in corporate cases).

should generally aim to have the protector behave as the settlor would want the protector to behave.(81)

How would the typical settlor want the protector to behave with respect to the powers the settlor has conferred upon the protector? A first possibility is that the settlor wants the protector to act as a trustee would act, scrutinizing each investment decision as if the protector were the primary decisionmaker, doing the research necessary to identify the most prudent decision and then exercising the protector's powers to assure that the trustee or trustees make that decision. A second, polar opposite, possibility is that the settlor had no expectations of the protector; that the settlor wanted the protector to have complete freedom to act, or not to act, to suit the protector's pleasure. A third alternative is that the settlor wanted the protector to defer to the trustee's decisions, even when the protector disagreed with those decisions, acting only when the trustee's decision amounted to an abuse of discretion, or exceeded the bound of reasonableness, or some comparable standard. That is, the settlor might have wanted the protector to act only in those situations in which, absent a protector, a court would intervene to protect trust beneficiaries.

If the typical settlor would opt for the first standard of behavior—the protector acts as a trustee would act—determining the standard of review would be easy: use the same standard applied to review trustee decisions. When the issue relates to the trustee's duty to invest prudently, courts typically intervene only when the trustee has abused its discretion.(82) That abuse of discretion standard is designed to preserve primary decisionmaking responsibility in the trustee, not the reviewing court, while nevertheless holding the trustee accountable for its decisions.(83)

If the typical settlor would opt for the second standard of behavior—the protector acts at the protector's pleasure—determining the standard of review would also be easy: relieve the protector from all fiduciary duty, and insulate the protector from suit altogether.

Assuming that the settlor would opt for the first standard of behavior, however, is inconsistent with the settlor's decision to appoint a protector rather than a co-trustee. If the settlor had wanted the protector to duplicate the behavior of a trustee, the settlor would have named the protector a trustee.

More plausible, in at least some circumstances, is the assumption that the settlor would opt for the sec-

ond standard of behavior—the protector acts at his pleasure. Settlor might so indicate in the trust instrument.(84) Or, even without an express indication in the trust instrument, the relationship of the settlor and the beneficiary may make it clear that settlor was prepared to repose complete confidence in the protector.(85) Alternatively, the rights conferred on the protector may make it clear that settlor intended to enable the protector to act purely out of self-interest—as where the protector is the trust's principal beneficiary.(86)

In these circumstances, determining the appropriate standard of review is also easy: courts should not

Note:

(81) There may, of course, be cases in which the trust settlor has a strong, but idiosyncratic, belief that a particular investment strategy is in the interest of the trust beneficiaries, or that the trustee should pursue a particular strategy even if it is not in the interest of the beneficiaries. The classic case is *In re Pulitzer's Estate*, 249 N.Y.S. 87 (Sur. Ct. 1931), in which Joseph Pulitzer directed that the trustee not have the power to sell shares in his newspaper corporation. These are cases, however, in which the settlor is likely to provide express and clear instructions in the trust instrument rather than entrusting enforcement of his wishes to a trust protector.

Suppose, however, the settlor were to include such directions and empower the protector to enforce them. Doctrinal limitations on dead-hand control prevent the settlor, as principal, from imposing particular restrictions on one form of agent (the trustee). See generally John H. Langbein, *Mandatory Rules in the Law of Trusts*, 98 NW. U. L. REV. 1105, 1118-19 (2004). There would seem to be little reason, then, to suggest that the protector—another form of agent—should have more power than the principal to evade these limits on dead-hand control.

Moreover, any attempt by the protector to enforce the settlor's directions would be met with litigation by the trustee, concerned about the trustee's own liability for causing depletion of trust assets. If the result of such litigation would be to require that the trustee ignore the settlor's instructions (and those of the protector), then the protector would have served no purpose by seeking to enforce the restrictions. In that circumstance, it would appear peculiar to assume that the settlor would have wanted the protector to take futile actions.

(82) See RESTATEMENT (THIRD) OF TRUSTS § 87 (Tentative Draft No. 4, 2005).

(83) See *id.* at cmt. b (“[J]udicial intervention is not warranted merely because the court would have differently exercised the discretion.”); cf. Julian Velasco, *Structural Bias and the Need for Substantive Review*, 82 WASH. U. L.Q. 821, 834 (2004) (noting comparable reasons for the business judgment rule in the corporate context: “litigation on substantive decisions, and even on duty of care issues, would be about matters on which reasonable people would disagree.... [N]either judges nor shareholders are likely to be capable of making better decisions than the professionals charged with running the business.”).

(84) Cf. Bove, *supra* note 27, at 392-93.

(85) Cf. RESTATEMENT (THIRD) OF TRUSTS § 75 cmt. c(1) (Tentative Draft No. 4, 2005) (power given to settlor's widow or widower to prevent sale of residential property held in the trust by refusing to consent to its sale would presumptively be a power for the benefit of the occupant-power holder, and thus not a power held in a fiduciary capacity).

(86) See Bove, *supra* note 27, at 392-93.

Saggi

intervene to reverse any action or inaction by the protector, and should not impose liability on the protector for action or inaction. Put in other terms, the court should conclude that the protector is not accountable to the trust beneficiaries for his actions; the protector is not bound by fiduciary duties.⁽⁸⁷⁾

In most circumstances, however, this second assumption—that the settlor intended for the protector to act, or not act, without regard to the settlor's purposes—is as implausible as the assumption that the settlor intended the protector to be an additional trustee. Taken to its extreme, such an assumption could leave the protector as a principal beneficiary of the trust: the protector could agree to exercise his powers in accordance with the preferences of the highest bidder. Even if a settlor were prepared to endorse such behavior with the initial handpicked protector, it is difficult to attribute to the settlor assumption of such a risk with any successor protector.

In most circumstances, therefore, the most likely alternative is that the settlor intends for the protector to defer to the trustee's judgment most of the time. The settlor reposes in the protector powers that constrain the trustee's management decisions not because the settlor expects the protector to exercise those powers, but because the existence of those powers will increase the trustee's responsiveness to the interests of the trust beneficiaries (and ultimately to the settlor's wishes). Typically, the settlor is not attempting to shift all decisionmaking responsibility from the trustee to the protector; such a shift would simply replicate the agency costs in a traditional trust that has no protector. Instead, the settlor presumably expects the protector to monitor trustee behavior without displacing the discretion ordinarily reposed in the trustee—the person or institution selected by the settlor to manage the trust assets. That is, the settlor expects the protector to assume a monitoring role comparable to the role a court might play, absent the attendant litigation costs. Accordingly, the settlor expects the protector to intervene only when the trustee has abused its discretion. The question, then, is how to structure the legal liabilities of trustee and protector to minimize the sum of agency and monitoring costs.

Unfortunately, the standards for judicial review of the protector's actions that flow from this assumption about the preferred standard of protector behavior are not self-evident. Absolving the protector of legal accountability for his actions—based on the assumption that settlors typically appoint protectors to

avoid the costs associated with judicial enforcement of a trustee's fiduciary duties—provides the protector with license to act in ways that are contrary to the settlor's wishes and the beneficiaries' interests.⁽⁸⁸⁾ As we have seen, the no accountability standard is the appropriate standard of review when the settlor expects the protector to act in the protector's own self-interest. But a standard of review that holds the protector liable when he has not acted with the care, skill, and caution the law normally demands of trustees effectively induces the protector to intervene in every trust decision, not to act as a monitor of trustee behavior.⁽⁸⁹⁾

To induce protectors to function as settlors intend them to function—as monitors of trustee behavior—trust law must devise and apply a more deferential standard of review than that applied to trustees. The precise standard will differ depending on the powers

Note:

(87) The settlor will often want to avoid this conclusion in order to assure that the protector does not hold a general power of appointment, which could generate adverse tax consequences. See *id.* at 395.

(88) Moreover, it is not clear that such a regime would ultimately avoid litigation costs. Whenever the protector's instruction appears sufficiently inimical to the interests of the trust beneficiaries, the trustee would have an incentive to seek judicial instructions in order to avoid the trustee's own liability for following the protector's instructions.

A trustee is entitled to seek instructions whenever he has reasonable doubt regarding any matter relating to administration of the trust. See *Adler v. Adler*, 713 N.E.2d 348 (Ind. Ct. App. 1999). These matters can include the construction of the trust instrument, the extent of the trustee's duties or powers, the identity and interests of the beneficiaries, or the resolution of a dispute among beneficiaries. See RESTATEMENT (THIRD) OF TRUSTS § 71 (Tentative Draft No. 4, 2005); *Patterson v. Polk*, 317 S.W.2d 286 (Ark. 1958); *Lowe v. Johnson*, 469 N.E.2d 768 (Ind. Ct. App. 1984); *In re Merlin A. Abadie Inter Vivos Trust*, 791 So. 2d 181 (La. Ct. App. 2001). A trustee's ignorance of the terms of the trust will not shield him from liability for breach of duty when he fails to seek instructions. See *In re Marriage of Petrie*, 19 P.3d 443 (Wash. Ct. App. 2001). However, in the absence of fraud or concealment, seeking instructions demonstrates good faith on the part of the trustee and shields him from liability. See *In re Riordan's Trusteeship*, 248 N.W. 21 (Iowa 1933); *Willis v. Braucher*, 87 N.E. 185 (Ohio 1909).

(89) Professors Johnson and Millon have recently argued that, in the corporate context, fiduciary duty standards for corporate officers should be more stringent than those applied to corporate directors. Lyman P.Q. Johnson & David Millon, *Recalling Why Corporate Officers are Fiduciaries*, 46 WM. & MARY L. REV. 1597 (2005). They argue, in particular, that corporate officers—the corporation's primary decisionmakers—should be liable for ordinary negligence, while corporate directors should face a looser "gross negligence" standard. *Id.* at 1630-31. They justify this distinction by noting that "officers bear primary responsibility for stewardship of the corporation's business activities," while the board or directors, "meeting only occasionally and lacking intimate knowledge of the corporation's activities, is incapable of managing the publicly held corporation in a direct manner." *Id.* at 1637-38. That is, they see the standard of review designed for optimal monitoring as different from the standard appropriate for primary management activity.

the settlor has conferred on the protector. What is critical to recognize, however, is that routine transplantation to protectors of the fiduciary standards applied to trustees would represent an analytical error.⁽⁹⁰⁾ To the extent settlors expect protectors to play a role distinct from trustees, the standard of review applied to the protector's actions must reflect that distinction.

2. Requirements that the Trustee Secure Protector's Consent.

Consider first the trust settlor who seeks to constrain the trustee's power by requiring the trustee to obtain the protector's consent before taking specified actions. For instance, the trust instrument might require the trustee to obtain the protector's consent before changing the trust's investment portfolio. Or, the trust instrument might require the protector's consent before the trustee engages in a more limited set of transactions, such as the sale of shares of a closely-held corporation in which the settlor was a principal. In these cases, the settlor might be relying on the protector's investment expertise.

In other cases, the settlor might authorize the trustee to engage in self-dealing transactions, but only with the protector's consent. Or the settlor might require the protector's consent before the trustee could make particular distributions of income or principal. In each of these situations, the settlor's appointment of the protector avoids the need for judicial monitoring of the trustee's actions, and hence has the potential to reduce agency costs.

When the settlor conditions the trustee's power to act on obtaining the protector's consent, the protector's position most closely resembles that of a co-trustee.⁽⁹¹⁾ In both situations, the settlor is unwilling to repose all responsibility for management of trust assets in a single person or entity, and requires a single trustee to persuade another party—either a co-trustee or a protector—before taking a significant action with respect to trust assets. From a standard of behavior perspective, the settlor expects the protector to evaluate the trustee's proposed action with the care ordinarily expected of a trustee; the settlor does not contemplate inaction or deference by the protector. The protector's inaction would paralyze the trust. To take an extreme case, suppose the protector simply refused to respond to all requests by the trustee.⁽⁹²⁾ It appears inconceivable that the settlor intended to relegate the trustee to seeking judicial

approval of its actions—especially when the principal reason for appointing the protector is to avoid the monitoring costs associated with judicial review.⁽⁹³⁾

Conversely, the settlor does not expect the protector to act as a rubber stamp on decisions made by the trustee. When the settlor requires the trustee to seek explicit approval from the protector, the settlor typically expects the protector to exercise his best judgment in evaluating the trustee's recommendation. ⁽⁹⁴⁾ That is, the settlor expects the protector to act with the prudence required of a co-trustee. And when the settlor appoints co-trustees, both the standard of behavior and the standard of review are well-established, subject to express provisions in the trust instrument relieving one or more of the trustees from responsibility for particular actions.⁽⁹⁵⁾ A comparable legal regime appears appropriate for trust protectors: when the instrument conditions the trustee's power to act on the consent of the protector, the protector must act with prudence in giving or withholding consent, and must act not out of self-interest, but instead in the interest of the trust beneficiaries. Moreover, the protector's duties should expose the protector to parallel liabilities for consenting and for failing to consent.⁽⁹⁶⁾ The settlor who requires the

Note:

(90) Cf. *id.* at 1600-01 (decrying the failure of courts and commentators to distinguish between duties of officers and those of directors, despite significant differences in institutional function).

(91) See RESTATEMENT (THIRD) OF TRUSTS § 75 cmt. f (Tentative Draft No. 4, 2005) (If the terms of the trust do not permit the trustee to act without the direction or consent of the fiduciary power holder, the "designated person's fiduciary duties and liabilities with respect to the power are generally comparable to those of a trustee.").

(92) Duckworth, *supra* note 12, at 249.

(93) *Id.* at 178.

(94) Cf. 2A SCOTT ON TRUSTS, *supra* note 28, § 185 (The power holder abuses discretion if, "in exercising or failing to exercise the power he acts dishonestly or from an improper motive or fails to use his judgment or acts beyond the bounds of reasonable judgment.").

(95) See RESTATEMENT (THIRD) OF TRUSTS § 81 cmt. a (Tentative Draft No. 4, 2005) ("When a trust has multiple trustees, the fiduciary duties of trustees stated in this Chapter, except as modified by the terms of the trust, apply to each of the trustees."); Waters, *supra* note 22, at 72, 84; 2A SCOTT ON TRUSTS, *supra* note 12, § 185

(96) See RESTATEMENT (THIRD) OF TRUSTS § 75 cmt. f (Tentative Draft No. 4, 2005) (Power holder whose consent is a predicate for trustee action is liable for losses to the trust as a result of the power holder's breach of fiduciary duty "whether as a result of improper exercise of the power or improper failure to exercise it.").

Saggi

protector's consent expects an exercise of judgment; a failure to exercise that judgment with prudence and loyalty exposes the protector to liability whether the protector has followed a course of action or a course of inaction. (97)

3. The Protector's Power to Initiate Action.

Rather than requiring the protector to approve or disapprove actions taken by the trustee, the trust instrument might confer on the protector power to initiate action with respect to trust management. In this situation, unlike the situation in which the settlor has required the trustee to obtain the protector's consent before acting, the settlor has conferred on the protector discretion to act, or not to act.(98) Although the protector has fiduciary duties in either instance, the standard of review applied to the protector's failure to act should differ significantly from the standard applied when the protector initiates a self-interested or imprudent action.(99)

a. The Protector's Failure to Act.

When the trustee may not act without the protector's approval, the protector's inaction has the potential to paralyze trust administration. By contrast, when the trust instrument confers on the protector the power to initiate actions, the protector's failure to exercise that power will not prevent the trustee from administering the trust.(100) The trustee can continue to make decisions about investments and distributions without securing approval from the protector.

Suppose, for instance, the trust instrument gives the protector power to require the trustee to make particular investments, or power to remove the trustee. The settlor does not expect the protector to exercise these powers, unless unanticipated circumstances arise. If the trustee acts prudently and loyally, the protector will never have occasion to exercise these powers. Suppose, however, the trustee acts disloyally or imprudently. What are the trust protector's responsibilities?

First, how much investigation into the trustee's actions is the protector obligated to conduct? The settlor might reasonably expect the protector to know the content of the trust portfolio, but it is unlikely that the settlor expects the protector to make efforts to determine the marketability of assets held by the trust in order to assure adequate diversification. Nor is it likely that the settlor expects the pro-

protector to familiarize himself with the trustee's personal portfolio to determine whether the trustee has engaged in self-dealing.(101)

Second, even if the protector believes that the trustee has made an unreasonable investment decision, it is not clear that the settlor would want the protector to direct the trustee to reverse that decision. Imagine a trustee who has sold trust property to himself as an individual, or to an entity in which the trustee holds a financial interest. Assume further that the protector knows of the trustee's self-dealing, but believes that the trustee has paid the trust an adequate price for the property.(102) Or, imagine a trustee who has retained in the trust portfolio a heavy concentration of real estate previously owned

Note:

(97) Cf. *Sherry v. Little*, 167 N.E.2d 872 (Mass. 1960).

(98) Sometimes, the protector's position may be a hybrid, imposing on the protector no explicit obligation to approve or direct investments, but providing that the trustee cannot take action without the protector's approval. See *Duckworth*, supra note 12, at 253 (Example 2).

(99) The Restatement endorses a differential standard for the protector's actions and failures to act, but offers a somewhat different formulation: If the terms of the power merely authorize the designated person to direct a trustee who is otherwise under a duty to proceed with the administration of the trust so long as the power is not exercised, ordinarily the only duty of the power holder is not to exercise the power in a manner inconsistent with the fiduciary duties owed to one or more of the beneficiaries.

RESTATEMENT (THIRD) OF TRUSTS § 75 cmt. f (Tentative Draft No. 4, 2005). The Comment goes on to suggest, however, that the power holder may have an affirmative duty to act "when the power holder knows or should know that the purposes of the power call for some action to be taken." Id.

(100) The Restatement distinguishes between these two situations in Comment f, where one paragraph deals with cases in which "the terms of the trust do not permit the trustee to act without the direction or consent of" the power holder, and the following paragraph deals with a trust in which "the terms of the power merely authorize the designated person to direct a trustee who is otherwise under a duty to proceed with the administration of the trust so long as the power is not exercised...." Id.

(101) Nor is the trustee likely to inform the protector of such self-dealing unless the trustee believes that the protector will approve the self-dealing and insulate the protector from liability. Consider also, in the corporate context, Professor Eisenberg's observation that in those cases in which the board is called upon to approve a self-interested transaction involving principal senior executives, the board's sole source of advice may be the proponent of the transaction. In short, unlike the typical business decision, in determining whether to approve a self-interested transaction involving principal senior executives, disinterested directors may receive only self-interested advice. Eisenberg, supra note 80, at 453.

(102) See RESTATEMENT (THIRD) OF TRUSTS § 78 cmt b. (Tentative Draft No. 4, 2005) ("[U]nder the so-called 'no-further inquiry' principle it is immaterial that the trustee may be able to show that the action in question was taken in good faith, that the terms of the transaction were fair, and that no profit resulted to the trustee.").

by the settlor, or of stock in a few closely-held corporations.⁽¹⁰³⁾ The protector believes that the trustee has retained these assets for longer than reasonably necessary, and that as a result, the trust portfolio is not adequately diversified. In these hypothetical situations, the protector knows of the trustee's breach, or has reason to suspect breach, and has power to act, either by removing the trustee or by directing the trustee to make other investment decisions. In each case, however, the settlor might prefer that the protector refrain from acting.

The protector may have reasons—rooted in the beneficiaries' best interests—for deferring to the trustee's decision even if the protector believes that those decisions reflect a breach of fiduciary duty. Especially if the trustee is solvent, the protector may conclude that the beneficiaries will be better off as a result of the trustee's decision. The protector (like the settlor) may have confidence in the trustee's investment instincts, however inconsistent with modern portfolio theory, and may conclude that allowing the trustee's decision to stand will leave the beneficiaries better off: if the trustee's instincts pay off, the beneficiaries profit, while if they do not, the trustee is liable for breach. The trustee's liability itself is a mechanism for diversifying the beneficiaries' risks.

In some ways, the protector's position is akin to that of a reviewing court facing a challenge to the action of a corporate officer or director. The officers and directors have primary responsibility for running the corporation, and courts are loathe to interfere with their business judgments even if those judgments appear—from the court's perspective—to be unreasonable.⁽¹⁰⁴⁾ As a result, courts apply the business judgment rule and defer to those decisions without an inquiry into their reasonableness.⁽¹⁰⁵⁾ In effect, courts abstain from deciding whether the decisions are reasonable in order to preserve the decision-making authority of the corporation's primary decision makers.⁽¹⁰⁶⁾

The analogy, of course, is less than perfect; significant differences exist between trustees and corporate officers.⁽¹⁰⁷⁾ In particular, while decisions made by corporate officers are often *sui generis*,⁽¹⁰⁸⁾ protocols exist—no self-dealing, diversification of portfolio—by which protectors can measure trustee behavior. In addition, corporate officers and directors are subject to market monitoring not typically available with respect to trustees.⁽¹⁰⁹⁾

Nevertheless, it remains true that if the protector

has a responsibility to act whenever the protector concludes that an actual or prospective decision of the trustee would be inconsistent with the interests of the beneficiaries, the protector is in effect assuming the primary decisionmaking responsibility for the trust. The trustee knows that the protector will exercise its powers whenever the trustee does not anticipate the protector's preferences. As a result, the trustee has every incentive to seek the protector's blessing before making any decision, effectively ceding any discretion the trust instrument conferred upon the trustee, and ignoring the interests of the trust beneficiaries. The protector effectively becomes a replacement for the trustee rather than a monitor of trustee behavior. The result is to make the protector an additional intermediary who adds little value; on

Note:

(103) See RESTATEMENT (THIRD) OF TRUSTS § 227(b) (1992) (embracing duty to diversify); *id.* § 229 (setting forth duty, within reasonable time, to make and implement decisions concerning retention and disposition of original assets to comply with duties in sections 227 and 228).

(104) There are a number of reasons for this reluctance—first, “it may be hard for judges to differentiate bad business decisions from good business decisions that turn out badly.” William T. Allen, Jack B. Jacobs & Leo E. Strine, Jr., *Realigning the Standard of Review of Director Due Care with Delaware Public Policy: A Critique of Van Gorkom and its Progeny as a Standard of Review Problem*, 96 NW. U. L. REV. 449, 454 (2002). Second, judges and other decisionmakers may have a “hindsight bias” that might lead to imposition of liability even when none is warranted. *Id.* at 455. Third, interference with business judgments on an ordinary negligence standard would lead to excessive risk aversion by corporate officials. *Id.* Ultimately, the result might be reluctance to serve as a director. *Id.*; see also Velasco, *supra* note 83, at 833-34; Rock & Wachter, *supra* note 23, at 667-68. For the suggestion that these reasons apply with lesser force to officers than to directors, see Johnson & Millon, *supra* note 89, at 1642.

(105) See generally Eisenberg, *supra* note 80, at 443 (Under a business judgment standard, “a director or officer will not be liable for a decision that resulted in a loss to the corporation, even if the decision is unreasonable.”); Bainbridge, *supra* note 74, at 108 (The business judgment rule “protect[s] those who make errors of judgment, even when those errors rise to the level of negligence”).

(106) See Bainbridge, *supra* note 74, at 108 (stating that the business judgment rule is justified because judicial review threatens free exercise of managerial power).

(107) See generally Robert H. Sitkoff, *Trust Law, Corporate Law, and Capital Market Efficiency*, 28 J. CORP. L. 565, 577 (2003); Leslie, *supra* note 3, at 77-88; Rock & Wachter, *supra* note 23, at 664-68.

(108) See Eisenberg, *supra* note 80, at 444 (noting that because business decisions are unique, corporate decisionmakers can rarely shield themselves by showing that they followed accepted protocols or practices).

(109) Compare Bainbridge, *supra* note 74, at 122 (noting that “[m]arket forces work an imperfect Darwinian selection on corporate decision makers”), and Macey, *supra* note 35, at 317-20, with Leslie, *supra* note 3, at 77-88, and Sitkoff, *supra* note 107, at 677-78.

Saggi

the contrary, if the settlor chose the trustee because the settlor valued the trustee's investment and administrative skills, substituting the protector for the trustee might reduce the trust's value to the settlor and the beneficiaries.

From an agency cost perspective, it is difficult to imagine that a typical settlor would want such an activist protector. If the settlor did want such an activist protector, the settlor would be more likely to prohibit the trustee from acting without the protector's consent, or to make the protector a co-trustee. A better assumption is that the typical settlor wants the protector to intervene only in cases where the protector can discern no rational basis for the trustee's action.⁽¹¹⁰⁾

This assumption about appropriate protector behavior leads to a deferential standard of review of the protector's decision not to act: the protector should be liable for breach by failing to act only if the protector has made no reasonable inquiry into the trustee's behaviour⁽¹¹¹⁾ or if no reasonable person would fail to act on the facts available to the protector.⁽¹¹²⁾ So long as protector can establish a reasonable basis for failing to act—and deference to the judgment of the trustee will qualify as such a reasonable basis, unless that judgment is plainly inconsistent with the interests of the trust beneficiaries—the protector's failure to act should not subject the protector to liability.⁽¹¹³⁾

b. The Protector's Actions.

Unlike the protector who fails to act, a protector who exercises a power conferred on him by the trust instrument takes affirmative responsibility for managing some aspect of the trust. It would be peculiar to assume that a settlor would expect that a protector who takes on that responsibility would exercise less prudence than other fiduciaries in discharging management functions. That is, if a protector directs a trustee to make particular investments, the typical settlor would expect that the protector's behavior would be governed by the duties of care, loyalty, and impartiality that would constrain a trustee.⁽¹¹⁴⁾ And if the standard of behavior expected of protectors who exercise management responsibility is the same as the standard expected of trustees, courts have strong reasons to apply the same standard of review: that is, the protector should be liable for the same behavior that would generate liability in trustees.⁽¹¹⁵⁾

Sometimes, the management responsibilities assumed by the protector will have direct analogues to responsibilities typically borne by trustees—as when the protector directs the trustee to make particular investments, or when the protector exercises discretion in directing the distribution of trust assets. With respect to these decisions, the protector's behavior should be governed by the duties of care, loyalty, and impartiality that would constrain a trustee.⁽¹¹⁶⁾

At other times, the protector will act in a way that is not directly analogous to any action a trustee might take. In these instances, too, the protector bears fiduciary responsibilities, but precedent from existing trust law is less likely to be helpful in defining those responsibilities. Consider, for instance, the protector who removes an existing trustee.⁽¹¹⁷⁾ That removal necessarily imposes costs on the trust—as for the accounting necessary to resolve the respective liabilities of the old and new trustees. The protector should be obligated to explain why incurring these costs was in the interest of the trust bene-

Note:

(110) Cf. Eisenberg, *supra* note 80, at 442 (noting that even the business judgment rule requires that the decision be rational, even if unreasonable).

(111) To assert the protection of rules designed to protect the exercise of judgment, decisionmakers generally have to show that they have exercised that judgment by making a conscious decision based on a reasonable inquiry. See Eisenberg, *supra* note 80, at 441 (“[A] director's failure to make due inquiry, or any other simple failure to take action—as opposed to a decision not to act—does not qualify for the protection of the [business judgment] rule.”); Bainbridge, *supra* note 74, at 99 (“[Directors] may only invoke the business judgment rule when they have made a conscious decision.”).

(112) Some commentators have described the business judgment review standard as one that examines decisionmaker actions for “rationality” rather than “reasonableness”; for them, an irrational decision is “one that is so blatantly imprudent that it is inexplicable, in the sense that no well-motivated and minimally informed person could have made it.” Allen, Jacobs & Strine, *supra* note 104, at 452.

(113) Cf. RESTATEMENT (THIRD) OF TRUSTS § 75 cmt. f (Tentative Draft No. 4, 2005) (“[T]here may be an affirmative duty to act when the power holder knows or should know that the purposes of the power call for some action to be taken.”).

(114) See 2A SCOTT ON TRUSTS, *supra* note 28, § 185.

(115) Cf. *Warner v. First Nat'l Bank*, 236 F.2d 853, 858 (8th Cir. 1956) (holding that managing advisor to executors was not himself a trustee, but might be liable for giving fraudulent or careless advice).

(116) See 2A SCOTT ON TRUSTS, *supra* note 28, § 185 (4th ed. 2001).

(117) See, e.g., *Von Knierem v. Bermuda Trust Co., Ltd.*, [1995] S.C.B. 154.

ficiaries; if the protector cannot offer a plausible explanation, the protector has breached its duty to those beneficiaries.(118)

One might object that this regime—limited accountability for the protector’s failure to act; fiduciary liability for actions taken by the protector—will skew the protector’s incentives towards inaction. From an agency cost perspective, however, this system of skewed incentives is a plus, not a minus. The tension between authority and accountability is central to every agency relationship. A settlor’s objective in using a trust protector is to make the trustee more accountable without removing from the trustee the authority to act in areas where the trustee has presumed expertise. A regime in which the protector generally defers to the trustee’s decisions, intervening only in extraordinary circumstances, has the potential to advance the settlor’s objectives better than a regime in which the protector has incentives to intervene in day-to-day management. Imposing fiduciary duties on the protector when the protector exercises its power reduces threats to the trustee’s authority. By contrast, imposing fiduciary duties on the trustee when the protector fails to act would introduce increased protector intervention, and a corresponding reduction of the trustee’s authority. At the same time, the knowledge that the protector has power to intervene, even if the protector has limited financial incentive to do so, supplements the prospect of fiduciary duty liability as a mechanism for holding the trustee accountable.

4. Protector Self-Dealing.

So far, the discussion has focused on providing incentives to induce the protector to engage in appropriate monitoring of trustee behavior. But what of the protector who uses his power to engage in self-dealing. That is, suppose the protector “consents” to a trustee decision to invest trust assets in an enterprise in which the protector has an interest, or suppose the protector directs the trustee to make such an investment. The approach to these issues should generally be obvious: absent language or circumstances suggesting the contrary, there is little reason to believe that the settlor was more willing to permit self-dealing by the protector than by the trustee. Hence, the protector’s liability for losses due to affirmative actions taken by the protector in which the protector stands to benefit personally should be comparable to trustee liability.

A somewhat more difficult question arises when the trustee proposes a trust investment that stands to benefit the protector, and the protector has power to veto that decision, but does not do so. One might conclude that the trustee’s judgment about the propriety of the investment should insulate the protector from liability. That is, if the trustee, who has no personal interest, decides that the investment is a prudent one, the primary risk of self-dealing—the inability of the self-dealer to separate his own interest from the trust’s interest—has been eliminated. But that conclusion ignores an important fact: the trustee will often have an incentive to curry favor with the protector, who may have the power to veto the trustee’s decisions, or even to replace the trustee.(119) Hence, a trustee may not exercise dispassionate review of investments that generate benefit for the trust protector. As a result, the protector, like a trustee, should be required to veto such transactions, or to obtain court approval. Of course, if the trust settlor reaches a different conclusion, the settlor can draft the trust instrument accordingly.

C. Protector Powers Related to Trust Distribution Rather than Trust Management.

Consider now the protector whose powers do not extend to review of the trustee’s administration of the trust. That is, suppose the protector’s powers relate largely to adjustments in the time and method of trust distribution. Thus, to deal with the settlor’s inability to foresee future events, the settlor empowers the protector to modify the trust’s terms, or to terminate the trust, or to change the trust situs to better insulate trust assets from creditor claims. Alternatively, the settlor empowers the protector to authorize distributions to particular trust beneficiaries if, in the protector’s judgment, circumstances warrant.

Disputes are most likely to arise when action by the protector would have differential effects on the various trust beneficiaries, aiding some while harming others. Thus, a protector’s decision to modify a generation-skipping trust to permit settlor’s impover-

.....
Note:

(118) See *id.*; see also Duckworth, *supra* note 12, at 251 (Example 1).

(119) Cf. Johnson & Millon, *supra* note 89, at 1613-14 (discussing “cozy” relationship between boards of directors and senior officers that may impede monitoring of behavior by officers).

Saggi

ished child to reach trust principal would be of clear benefit to the child, but not to the settlor's grandchildren.⁽¹²⁰⁾ Similarly, a protector's decision to move the trust's situs to a jurisdiction that has abolished the Rule Against Perpetuities, and to modify the instrument to eliminate trust termination provisions might assist settlor's remote descendants at the expense of living descendants who would prefer rapid distribution of trust principal.

In situations like these, there is no readily available metric for evaluating the protector's action or inaction.⁽¹²¹⁾ The warring beneficiaries may have disparate interests that are not amenable to easy aggregation. Moreover, neither the protector nor a reviewing court will possess strong evidence of the settlor's wishes; the settlor will typically have appointed the protector precisely because the settlor could not anticipate the circumstances that have, in fact, unfolded.⁽¹²²⁾

Under these circumstances, close judicial scrutiny of the protector's actions is likely to involve increased monitoring cost without a commensurate reduction in agency cost. If courts deem the protector to have breached a duty of care or duty of impartiality whenever the court concludes that a different decision would have better served the aggregate interests of the trust beneficiaries, courts will encourage disappointed beneficiaries to litigate every adverse protector determination.⁽¹²³⁾ Moreover, it is far from clear that the results reached by courts in those litigations would, on average, be superior to those reached by the protectors who made the initial decisions.⁽¹²⁴⁾ After all, the settlor reposed his confidence in the protector, not in the reviewing court.

At the same time, abandoning all judicial scrutiny over the protector's decisions would leave protectors unduly free of ties to their principals. Markets are unlikely to be effective in disciplining trust protectors; even if a class of professional protectors were to emerge, it would be difficult for settlors to identify which protectors had been most effective in making distribution decisions.⁽¹²⁵⁾ Moral obligation would serve as the most significant constraint on protector behavior. In general, law's experience with other fiduciaries has been that moral obligation, often an essential component in guiding fiduciary behavior,⁽¹²⁶⁾ is not by itself sufficient to generate optimal levels of care and loyalty.⁽¹²⁷⁾

The natural compromise is to subject protectors to judicial review, but to apply a deferential standard

to the protector's actions.⁽¹²⁸⁾ Courts already apply such a standard to trustees of discretionary trusts.⁽¹²⁹⁾ A protector with power to decide

Note:

(120) Typically, a generation-skipping trust would be drafted to preclude the settlor's child from reaching the trust corpus. If the child had an unlimited power to invade principal, the child would hold a general power of appointment over the trust property, and the property would be included within the child's taxable estate under 26 U.S.C. § 2041 (2000), thus defeating the settlor's original purpose.

(121) A similar problem arises with respect to a trustee's duty of impartiality, which is easy to state but difficult to define. As the drafters of the Restatement have put it, "[i]t would be overly simplistic, and therefore misleading, to equate impartiality with some concept of 'equality' of treatment or concern—that is, to assume that the interests of all beneficiaries have the same priority and are entitled to the same weight in the trustee's balancing of those interests." RESTATEMENT (THIRD) OF TRUSTS § 79 cmt. b (Tentative Draft No. 4, 2005).

(122) Cf. *id.* ("[I]t is often the case that the implications of the duty of impartiality are complicated by the difficulties of determining, and the vagueness of, some relevant aspects of the settlor's intentions and objectives....").

(123) Cf. Rock & Wachter, *supra* note 23, at 667 (noting, in the corporate context, that imposing close judicial scrutiny when judges cannot reliably distinguish between negligent and non-negligent behavior "causes a host of problems").

(124) See *id.* at (noting as a justification of the business judgment rule that "courts with inferior information will do systematically worse than the internal governance mechanism in adjudicating the merits of a dispute"); cf. RESTATEMENT (THIRD) OF TRUSTS § 87 (Tentative Draft No. 4, 2005) ("When a trustee has discretion with respect to the exercise of a power, its exercise is subject to supervision by a court only to prevent abuse of discretion.").

(125) Cf. Leslie, *supra* note 3, at 82-84 (detailing absence of market monitoring of trustee performance).

(126) See generally Melvin A. Eisenberg, *Corporate Law and Social Norms*, 99 COLUM. L. EV. 1253, 1256-66 (1999) (exploring obligatory norms, and conceptualizing fiduciary duties as a form of obligatory norms).

(127) Indeed, the law of trusts developed in the fourteenth and fifteenth centuries when the chancellor began to require the trustee—previously bound only by moral obligations—to act upon the dictates of his conscience. See Richard H. Helmholz, *The Early Enforcement of Uses*, 79 COLUM. L. REV. 1503, 1503 (1979).

(128) Cf. RESTATEMENT (THIRD) OF TRUSTS § 87 (Tentative Draft No. 4, 2005) (abuse of discretion standard applied to discretionary powers held by trustees).

(129) When the trust instrument confers on the trustee broad discretion and does not constrain that discretion by reference to an external standard—such as support or maintenance of a particular beneficiary—courts typically sustain the trustee's exercise of discretion so long as the trustee has a legitimate motive and no personal stake in the decision. See, e.g., *In re Trusts A & B*, 672 N.W.2d 912, 919 (Minn. Ct. App. 2004); *Bushong v. Castle*, No. 98AP-29, 1998 WL 767453 (Ohio Ct. App. Oct. 27, 1998) (sustaining trustee's payment to life beneficiary with prepaid checks, even when trustee made no investigation of need, because there was no evidence of bad faith by the trustee); *Strong v. Dann*, 108 A. 86, 87 (N.J. Ch. 1919) ("[T]he court has no power to command or prohibit
(Segue)

whether to make distributions of trust income or principal occupies essentially the same position, and should generally be subject to the same standard of review.

Sometimes, however, the protector's powers have no ready analogues in the realm of discretionary trusts. The trustee of a discretionary trust, for instance, rarely has power to terminate or modify the trust, or to change its situs. Nevertheless, the basic principle that remains is a similar one: a protector fulfills his legal duty to the beneficiaries when the protector identifies at least one trust purpose that would be advanced by the protector's decision to exercise, or not to exercise, a non-management power conferred on him by the trust instrument, and when the protector's decision was reasonably calculated to advance that purpose.⁽¹³⁰⁾ Whether the protector should have advanced some other trust purpose, or chosen another course of action that would have better advanced the protector's chosen purpose, should be beyond the scope of judicial review. What the settlor expects from the protector is a reasonable exercise of judgment;⁽¹³¹⁾ if doctrine expects much more, protectors may become difficult to find.⁽¹³²⁾

D. Remedies for Breach by the Protector.

Suppose imposing fiduciary duties on trust protectors is necessary to minimize agency costs. What recourse do the trustee or the beneficiaries have for breach of those duties? First, and most obviously, the beneficiaries have a claim against the protector for losses suffered as a result of the protector's breach.⁽¹³³⁾ Without a personal claim against the protector, the protector has little financial incentive to avoid self-dealing or other misconduct, and litigation would serve as an ineffective tool for monitoring the protector's behavior. But damage actions against the protector do not exhaust the potential remedies available to the trustee and the beneficiaries.

Consider the case in which the trustee and the protector are at odds. Either the trustee needs the protector's consent to take action and the protector will not give consent, or the protector has given the trustee directions that the trustee does not want to follow. In those situations, the trustee should be free to seek judicial direction, much as a trustee could seek judicial construction of the trust instrument or judicial approval of a transaction in which the

trustee has a personal interest.⁽¹³⁴⁾ The trustees are not directly seeking to compel action by the protector, but rather to obtain judicial approval for their own actions, which would not otherwise be authorized under the terms of the trust

Note:

(*Continua nota 129*)

the exercise of the discretion confided to the trustee if his conduct be bona fide, and there is neither proof nor suggestion of mala fides in this case.”).

If the trustee of a discretionary trust refuses to consider a distribution suggested by a beneficiary, the trustee's failure to exercise judgment may be an abuse, but even in that case, the court will not compel the trustee to make any payment; instead, the court may simply direct the trustee to exercise the judgment conferred on the trustee by the trust instrument. See, e.g., *Finch v. Wachovia Bank & Trust Co.*, 577 S.E.2d 306 (N.C. Ct. App. 2003) (refusing to compel payment when trustee abused discretion by refusing to consider making payments to charity favored by trust beneficiary, and concluding that decision whether or not to make payment was within trustee's discretion).

When the trust instrument constrains the trustee's discretion by referring to an external standard, such as “reasonable maintenance, comfort and support” or procurement of “necessary and reasonable medical care,” courts are more likely to find an abuse of discretion when the trustee does not appear guided by that standard, even if the trust instrument purports to confer on the trustee “sole and uncontrolled discretion.” See *Marsman v. Nasca*, 573 N.E.2d 1025 (Mass. App. Ct. 1991); *First Nat'l Bank v. Howard*, 229 S.W.2d 781 (Tex. 1950); see also *Schofield v. Commerce Trust Co.*, 319 S.W.2d 275 (Mo. Ct. App. 1958) (finding it was an abuse of discretion not to make payments for son's medical care when instrument authorized trustee to make payments “if necessary for upkeep of my son”).

(130) A similar standard applies to a trustee's exercise of broad discretionary powers in a discretionary trust. So long as the trustee's action is founded on a legitimate motive, and the trustee's action is not tainted by self-interest, courts will not upset the trustee's exercise of discretion. See, e.g., *In re Trusts A & B*, 672 N.W.2d at 919.

(131) Cf. RESTATEMENT (THIRD) OF TRUSTS § 87 cmt. c (Tentative Draft No. 4, 2005) (“When the exercise of a discretionary power is left to the judgment of a trustee, an abuse of discretion may result from the trustee's improper failure to exercise that judgment.”).

(132) Cf. *Allen, Jacobs & Strine*, supra note 104, at 455 (noting, in the corporate context, that liability for negligence could be highly disproportionate to the incentives for serving as a director, making it difficult to attract qualified candidates as outside directors).

(133) Antony Duckworth has raised a doctrinal question about judicial enforcement of protector obligations. He suggests that enforcement requires a recognized basis, such as contract or trust, and he finds difficulty with each in the context of protectors. The protector may not have formally entered into a contract accepting the position, and the protector, unlike a trustee, does not hold any legal interest in the trust property. Duckworth concedes, however, that one way or another, courts will find a basis for liability against protectors who breach fiduciary duties. Duckworth, supra note 12, at 254-55.

(134) In a case arising in the Isle of Man, a court held that a trust should not fail for want of a protector, and when no successor protector could be appointed, a court could exercise the powers conferred on the trust protector. *Steele v. Paz Ltd.*, discussed in *Waters*, supra note 22, at 114-15. Presumably, the same principle would apply when the protector refuses to take action required by the trust instrument as when the office of the protector becomes vacant.

Saggi

instrument.(135)The situation is not materially different from one in which co-trustees disagree, and either has standing to seek judicial directions to avoid liability for breach resulting from the other's preferred course of action.(136)

When the protector's behavior displeases the beneficiaries, but not the trustee, the beneficiaries have three alternatives: they can seek to compel the protector to take particular action, they can seek removal of the protector, or they can seek damages for the protector's breach of fiduciary duty. A beneficiary who seeks to compel the protector to act faces an uphill battle. If the beneficiary wants the protector to intervene in a matter of trust administration, the problem is that the trust instrument typically—and sensibly—contemplates that the protector will defer to the trustee's judgment on such matters, except in unusual circumstances. If the protector chooses to defer to the trustee on an administrative matter, the beneficiaries should not be entitled to compel the protector to oppose the trustee unless the trustee's action would itself be a clear breach of the trustee's fiduciary duty. If the instrument gives the protector power to direct distributions from the trust, a beneficiary is on firmer ground in seeking to compel the protector to act, but a court would nevertheless apply an "abuse of discretion" standard comparable to that applicable to the trustee of a discretionary trust. The same standard ought to apply if a beneficiary were seeking to prevent the protector from authorizing distributions.

Consider next the trust protector who has already engaged in misconduct. The protector should be as subject to removal as other fiduciaries who have mis-conducted themselves, on a similar rationale: past is prologue.(137) With trustees or executors, however, judicial removal is typically accompanied by appointment of a substitute fiduciary.(138) From an agency cost perspective, however, it is less clear that removal of one protector should be followed by appointment of another. The protector, unlike a trustee, is not essential for administration of the trust. Moreover, as we have seen, appointment of the protector introduces agency costs that may or may not outweigh the benefits the protector generates in better monitoring of trustee behavior. Hence, appointment of a substitute protector should not be automatic. Instead, much should depend on the terms of the trust instrument. Suppose, for instance, that

the settlor of the trust appointed a protector with whom the settlor had a close personal relationship, and included no provision for a substitute protector. There is little reason to think such a settlor would want a court to appoint a substitute upon forfeiture of the office by the settlor's chosen protector. Conversely, if the trust instrument makes provision for successors, or makes it impossible for the trustee to perform its function without a protector (for instance, if the trust instrument provides that the trustee may not make new investments without the protector's consent), then a court should appoint a substitute protector in deference to the settlor's expressed intentions.

E. Effect of the Protector's Action and Inaction on Trustee Liability.

In a world without trust protectors, potential liability for breach of fiduciary duty has served as a principal mechanism for deterring misbehavior by trustees. Once a settlor introduces a trust protector into the picture, should the protector's presence affect the potential liability of the trustee? That is, to what extent should protector monitoring serve as a substitute for, rather than merely a supplement to, trustee liability for breach of fiduciary duty?

The trustee's argument in these cases would be that the protector, by action or inaction, implicitly authorized the trustee's behavior, and that the protector's authorization immunized the trustee from liability for breach of fiduciary duty.

Note:

(135) Cf. Duckworth, *supra* note 12, at 255 (discussing Canadian and English cases in which the court itself gave directions to the trustee when the person with power to give the trustee investment directions became disabled, because of a conflict of interest, from giving those directions).

(136) See RESTATEMENT (THIRD) OF TRUSTS § 81 cmt. c. (Tentative Draft No. 4, 2005) ("If a situation arises in which prudence requires that the trustees reach a decision and they are unwilling or unable to do so, the trustees have a duty to apply to an appropriate court for instructions.").

(137) See, e.g., *Mahoney v. Mahoney*, 370 N.E.2d 1011 (Mass. App. Ct. 1977) (refusing appointment of trustee because her use of trust assets for herself under a previous will undermined confidence in her ability to fairly administer the trust); *Brault v. Bigham*, 493 S.W.2d 576 (Tex. Civ. App. 1973) (holding that an attempted appropriation of trust funds was an indication of future danger to the trust).

(138) See, e.g., CONN. GEN. STAT. § 16-223 (2004); N.Y. EST. POWERS & TRUSTS LAW § 7-2.6 (McKinney 2005) (authorizing appointment of successor trustee upon removal of trustee). See generally 2 SCOTT ON TRUSTS, *supra* note 28, § 108.2.

1. Powers Not Held by the Protector in a Fiduciary Capacity.

As we have seen, the trust instrument might explicitly provide that a trust protector owes no fiduciary duties to trust beneficiaries, or context might make it clear that the protector can act out of personal self-interest. In those circumstances, if the protector acts within the power granted by the trust instrument, and directs the trustee to make particular investments, or withholds consent from decisions the trustee believes prudent, the trustee who follows the protector's directions, or who abstains from taking actions to which the protector refuses to consent, should not be liable to the beneficiaries for breach of fiduciary duty. In these limited circumstances, the clear intent of the settlor to insulate the trustee from liability should prevail; when the trust instrument implicitly or explicitly authorizes the protector to act in self-interest, the trustee has no power to veto decisions made by the protector even if those decisions are not in the interest of the other trust beneficiaries.⁽¹³⁹⁾

We now turn to the more common situation in which the protector does owe duties to the trust beneficiaries.

2. Inaction by the Protector.

In a regime where protector deference to the trustee's decisions should be the norm, the trustee should not be in a position to seek shelter from the protector's inaction. The protector's failure to intervene in administration of the trust need not signal approval of the trustee's action, but might instead represent a reluctance to interfere with the trustee's exercise of discretion conferred by the settlor.

Moreover, in those cases where the trust instrument prevents the trustee from acting without the consent or direction of the protector, and the protector withholds that consent or direction, the trustee may not use the protector's inaction as a shield for the trustee's own inaction when the trustee knew or should have known that the protector's inaction could harm the trust or breach a duty owed by the protector.⁽¹⁴⁰⁾ In that situation, the trustee's obligation is to seek judicial directions.⁽¹⁴¹⁾

3. Protector Ratification of the Trustee's Action.

Similarly, when the trust instrument requires that the protector consent to particular actions proposed by the trustee, the protector's ratification should not

generally insulate the trustee from liability for breach of fiduciary duty. Insulating the trustee from liability permits the trustee to shift responsibility for decisions to the protector, and reduces the incentive for the trustee to exercise care: if the protector ratifies the trustee's action, the trustee would escape liability; if the protector does not ratify, the trustee cannot take the action, and therefore cannot incur liability. Moreover, even if the protector has the power to remove the trustee, that removal power would provide an incentive for the trustee to do the protector's bidding, not to act as an independent safeguard of the interests of the trust beneficiaries.

The position of the trustee whose action receives approval from the trust protector resembles the position of a trustee whose action is endorsed by a co-trustee. Endorsement or approval by the co-trustee does not relieve the trustee who proposes an action from liability for breach of fiduciary duty.⁽¹⁴²⁾ The rationale for that rule applies with equal force to the trustee who needs and obtains consent from a protector: when the settlor reposed power in multiple fiduciaries, the settlor expected each independently to act with prudence and loyalty toward the trust beneficiaries.⁽¹⁴³⁾

Note:

(139) A number of cases involving a beneficiary or settlor with power to direct or consent to trust investments have reached the same conclusion. See, e.g., *Ditmars v. Camden Trust Co.*, 76 A.2d 280 (N.J. Super. Ct. Ch. Div. 1950) (holding that the trustee was insulated from liability by life tenant's refusal to consent when the instrument gave the life tenant power of approval for sale of securities); *Reeve v. Chase Nat'l Bank*, 287 N.Y.S. 937 (N.Y. App. Div. 1936) (holding that the settlor's direction to purchase bonds insulated the trustee from liability when settlor reserved complete control over trust investments); *In re Jacobs' Trust Estate*, 183 A. 49 (Pa. 1936) (same).

(140) See RESTATEMENT (THIRD) OF TRUSTS § 75 cmt. g (Tentative Draft No. 4, 2005) ("Where the terms of the trust do not allow the trustee to act without the consent of another, the trustee is not necessarily justified in doing nothing merely because the consent has not been received.").

(141) *Id.*

(142) See RESTATEMENT (THIRD) OF TRUSTS § 81(2) (Tentative Draft No. 4, 2005) (providing that each trustee "has a duty to use reasonable care to prevent a co-trustee from committing a breach of trust..."); see also UNIF. TRUST CODE § 703(e) (2005) ("A trustee may not delegate to a cotrustee the performance of a function the settlor reasonably expected the trustees to perform jointly."); 2A SCOTT ON TRUSTS, *supra* note 28, § 184 (4th ed. 2001).

(143) See generally UNIF. TRUST CODE § 703 cmt. ("Cotrustees are appointed for a variety of reasons."). Having multiple decision-makers serves as a safeguard against eccentricity or misconduct. By contrast, when a trustee receives approval for a proposed action from all of the

(*Segue*)

Saggi

The situation is different when the settlor has named a trust protector with the express purpose of insulating the trustee from liability from particular claims of breach of fiduciary duty—particularly claims of self-dealing by the trustee. The no-further-inquiry rule typically requires a trustee to seek court approval for any transaction between the trustee and the trust, however advantageous that transaction might be for the trust.⁽¹⁴⁴⁾ A settlor might name a trust protector, with power to approve self-dealing by the trustee, precisely to avoid the costs associated with judicial approval. In that situation, protector's approval should insulate the trustee from liability.

4. Protector Directs Action by the Trustee.

The most difficult problems arise when the trustee follows directions given by the trust protector. Ordinarily, when the trust instrument confers on the protector authority to direct the trustee to make particular investments or distributions, the trustee is obligated to follow directions issued by the protector in the exercise of that authority.⁽¹⁴⁵⁾ Sometimes, however, the protector's directions may breach the protector's fiduciary duty, even if the directions are not inconsistent with the express language of the trust instrument.⁽¹⁴⁶⁾

As a practical matter, the trustee faced with directions of questionable validity has several choices. The trustee can follow the protector's directions.⁽¹⁴⁷⁾ The trustee can seek judicial approval of a decision to follow the protector's directions.⁽¹⁴⁸⁾ The trustee can seek approval from the trust beneficiaries. If the trustee obtains judicial approval or approval from the trust beneficiaries, the trustee has effectively insulated itself from liability for breach of fiduciary duty. But what if, instead, the trustee follows the protector's directions?

If the trust beneficiaries were optimal monitors of the actions of trust protectors, there would be little reason to hold the trustee liable for following the protector's directions, even when those directions breached the protector's fiduciary duty. Because the beneficiaries can hold the protector accountable through an action for breach of fiduciary duty, the protector would have ex ante incentives to act appropriately, while the beneficiaries would receive compensation ex post when the protector does not act appropriately.

But a primary reason for introducing protectors into the world of domestic trusts is that beneficiaries are often inadequate monitors of their own interests.

The trustee, on the other hand, has typically been appointed to protect the interests of the trust beneficiaries. Holding the trustee liable for failing to seek judicial or beneficiary consent before acceding to the protector's questionable directions provides the trustee with an incentive to monitor the protector's actions.⁽¹⁴⁹⁾ In most cases, this incentive will result in discussions between the protector and the trustee, resulting in a resolution that incorporates the judgments of both protector and trustee.⁽¹⁵⁰⁾

Note:

(*Continua nota 143*)

trust's beneficiaries, as opposed to a co-trustee or trust protector, that approval does generally insulate the trustee from liability for the action, so long as the trustee has provided the beneficiaries with complete information. See, e.g., *Meier v. Union Trust Co. of Indianapolis*, 176 N.E. 42 (Ind. Ct. App. 1931); *Mann v. Day*, 165 N.W. 643 (Mich. 1917); *Turner v. Fryberger*, 109 N.W. 229 (Minn. 1906). In that situation, however, there is no potential for explicit or implicit collusion between the parties to limit the rights of trust beneficiaries; the beneficiaries themselves have consented to the arrangement. Moreover, estoppel principles would generally preclude beneficiaries from challenging actions they themselves have approved.

(144) See RESTATEMENT (THIRD) OF TRUSTS § 78 cmt. b (Tentative Draft No. 4, 2005) (“[U]nder the so-called ‘no further inquiry’ principle it is immaterial that the trustee may be able to show that the action in question was taken in good faith, that the terms of the transaction were fair, and that no profit resulted to the trustee.”). For discussion of the continued vitality of the no further inquiry rule, compare Langbein, *supra* note 5, with Melanie B. Leslie, In Defense of the No Further Inquiry Rule: A Response to Professor John Langbein, 47 WM. & MARY L. REV. 541 (2005).

(145) As the Restatement points out:

Where the terms of the trust provide that, in administering the trust, the trustee shall take certain actions if so directed by another person, it is ordinarily the trustee's duty to comply with that person's direction; the trustee would ordinarily be liable for a loss resulting from failure to do so. RESTATEMENT (THIRD) OF TRUSTS § 75 cmt. b (Tentative Draft No. 4, 2005).

(146) See generally Bove, *supra* note 27, at 390, 392.

(147) The trustee can first question the protector, which might, in some circumstances, cause the protector to reconsider. If, however, the protector does not reconsider, the trustee is left with the same alternatives.

(148) RESTATEMENT (THIRD) OF TRUSTS § 75 cmt. e (Tentative Draft No. 4, 2005) (stating that if the power holder insists upon compliance with the power holder's directions despite the trustee's objection, the trustee may apply to the court for instructions); cf. In re Rogers, 63 O.L.R. 180 (1929) (discussed in Waters, *supra* note 22, at 75).

(149) For authorities suggesting that the trustee should be liable in this instance, see In re Cross, 175 A. 212, 214 (N.J. Eq. 1934), rev'd on other grounds, 176 A. 101 (N.J. 1935); Note, Trust Advisors, 78 HARV. L. REV. 1230, 1233 (1965); SCOTT ON TRUSTS, *supra* note 28, at 574-75; Waters, *supra* note 22, at 85-86.

(150) Alternatively, if the protector persists in directing an action that the trustee believes constitutes a breach of fiduciary duty, the trustee would be forced to seek judicial instructions. See generally Trust Advisors, *supra* note 149, at 1233.

The difficult problem is determining when the cost to the trustee of monitoring the protector's behavior exceeds the value of that monitoring.⁽¹⁵¹⁾ In general, the cost to the trustee of monitoring the prudence of the protector's investment directions is likely to be low. As a result, if a protector directs the trustee to follow investment practices not explicitly authorized by settlor and seriously at odds with modern portfolio theory, the trustee should not be entitled to follow the protector's directions without risk of liability.⁽¹⁵²⁾ By contrast, the cost to the trustee of determining whether protector has engaged in self-dealing is likely to be higher.⁽¹⁵³⁾ The trustee has little reason to know enough about the protector's personal financial affairs to determine whether the protector's decisions generate personal benefit for the protector.⁽¹⁵⁴⁾ Moreover, generating that information about a transaction that, on its face, appears to be in the interests of the trust beneficiaries would typically cost more than the information is worth to those beneficiaries. Hence, the trustee should not typically bear liability for failing to detect self-dealing by a protector in a transaction that appeared to be fair and prudent for the beneficiaries.⁽¹⁵⁵⁾

F. The Effect of the Trust Instrument: Default or Mandatory Rules?

The preceding sections have demonstrated that the typical settlor concerned about agency costs should want to impose fiduciary duties on trust protectors, and should not want to exculpate them from liability. The remaining question is whether the liability regime sketched out in previous sections should be treated as a default regime or as one with mandatory elements.

For a variety of reasons, the case for mandatory rules is a weak one.⁽¹⁵⁶⁾ First, the variation in reasons for appointing protectors, and hence, the capacities and weaknesses of protectors appointed, vary too significantly to impose on trust settlors a one-size-fits-all regime for governance of trust protectors. Second, the newness of the protector concept suggests that experimentation rather than fiat is more likely to lead to efficient regulatory structures. Third, at this juncture, protectors as a class have little market power and no stranglehold on information, making it unlikely that they could dupe settlors or their lawyers into including protector provisions unfavor-

able to the trust beneficiaries. Hence, one would expect courts to demonstrate considerable respect for alternative governance schemes developed by settlors and their lawyers—especially when those schemes are narrowly tailored to address identified potential conflicts.

Nevertheless, some cautions are in order. First, it will be difficult for settlors and their lawyers to determine in advance the sorts of imprudent or self-interested behavior in which protectors might engage. Broad exculpatory clauses might reflect imperfections of foresight rather than clarity of purpose.⁽¹⁵⁷⁾ Trust settlors will rarely intend to give protectors the equivalent of fee ownership of the trust assets (at least when the protector is not a very close relative).⁽¹⁵⁸⁾ But the combination of broad powers together with a broad exculpatory clause can give the protector very close to absolute rights in the trust

Note:

(151) The Restatement of Trusts attempts to capture this problem by providing that if the holder of a power to direct the trustee violates a fiduciary duty in exercising the power, "the trustee is not liable for acting in accordance with the exercise of the power unless the trustee knows or should have known that the power holder acted in violation of the fiduciary duty." RESTATEMENT (THIRD) OF TRUSTS § 75 cmt. e (Tentative Draft, No. 4, 2005).

(152) For a case holding a professional co-executor subject to liability for losses that resulted when co-executor, testator's brother, refused to consent to a sale of stock, and the will required brother's consent to any sale, see *In re Cross*, 172 A. 212 (N.J. Prerog. Ct. 1934), rev'd on other grounds, 176 A. 101 (N.J. 1935). The court wrote that the testator's direction that stock not be sold without the brother's consent "ceased to be a shield when the estate became endangered by his conduct." *Id.* at 215. The decision was reversed on the ground that the brother's actions were not negligent.

(153) In many instances, the protector may be the only source of information about his own self-dealing, he may be unlikely to disclose that self-dealing. Cf. Eisenberg, *supra* note 80, at 453.

(154) Cf. RESTATEMENT (THIRD) OF TRUSTS § 75 cmt. e (Tentative Draft No. 4, 2005): [W]here the terms of the trust provide that the trustee shall make such investments as a designated person may direct, and the person directs a trustee to purchase certain securities, the trustee is not liable for doing so merely because it is later shown that the designated person had a personal interest in having the trust purchase the securities, provided the trustee neither knew nor had reason to believe that (and thus a duty to investigate whether) this conflict of interests existed. *Id.*

(155) Cf. Duckworth, *supra* note 12, at 254 (trustee should be excused if trustee acted "honestly and reasonably and ought fairly to be excused").

(156) But see Duckworth, *supra* note 12, at 176 (discussing limits on powers the protector might have)

(157) See Leslie, *supra* note 3, at 103.

(158) See Duckworth, *supra* note 12, at 178.

Saggi

property. Hence, for the same reasons courts have been unwilling to construe trust instruments to exculpate trustees from all breaches of fiduciary duty, courts should properly be skeptical of overbroad provisions purporting to exculpate trust protectors—particularly when the protector’s conduct has been egregious.⁽¹⁵⁹⁾

Conclusion.

The relationship between the trust’s settlor and a trust protector is founded primarily on trust; the settlor trusts the protector to act as a faithful agent. In this respect, the relationship resembles that between fourteenth century landowners and their feoffees—precursors to the modern trustee who agreed to do the bidding of their principals by holding, and transferring, legal title in accordance with instructions given to them by those principals.⁽¹⁶⁰⁾ Initially, the feoffee’s obligations were entirely moral; his duties were not enforceable at all.⁽¹⁶¹⁾ But the history of the early trust suggests that the relationship between the protector and the settlor, like the relationship between landowner and feoffee, will not long escape the scrutiny of the legal system; trust alone has proven inadequate to ensure that trustees act as faithful agents.⁽¹⁶²⁾ Fiduciary duties have emerged to play a significant, albeit supplementary, role.

Fiduciary duties are likely to play a similar role in

disciplining trust protectors. But protectors are not simply trustees by another name. The settlor who names a protector chooses to forego more traditional arrangements for shared responsibility for trust decisions, presumably out of a belief that the protector model adds value that traditional arrangements cannot capture. That added value is most likely to come in two forms: reduced agency costs in monitoring trustee behavior, and increased ability to adapt the trust to changed circumstances. But the agency costs associated with policing the protector threaten to dissipate this added value. If the protector is to survive as a trust institution, it will do so because the fiduciary duty regime that surrounds protectors minimizes those agency costs while maintaining the advantages associated with protectors.

At this point in the development of the trust protector, any attempt to describe a fiduciary duty regime that minimizes agency costs is necessarily tentative and incomplete. My objective here has been to provide a framework for developing that regime.

Note:

⁽¹⁵⁹⁾ Cf. Waters, *supra* note 22, at 85, 98-100.

⁽¹⁶⁰⁾ See generally 1 SCOTT ON TRUSTS, *supra* note 28, § 1.3.

⁽¹⁶¹⁾ *Id.*

⁽¹⁶²⁾ *Id.* § 1.4.

“No Contest” Clauses in Wills and Trusts

di David Hayton

Da secoli chi fa testamento è solito inserire nel proprio atto clausole c.d. “di non contestazione” allo scopo di ottenere il rispetto dei propri desideri così come manifestati o, comunque, di consentire al proprio esecutore testamentario di occuparsi del patrimonio relitto senza alcuna interferenza. Recentemente anche i disponenti hanno iniziato ad inserire clausole simili negli atti istitutivi di trust. Ma quale effetto può essere riconosciuto a queste clausole?

§ 1. “No contest” clauses in Wills.

A “no contest” clause in a will is a clause inserted by a testator to prevent or discourage a beneficiary going to court to contest the will by providing in that eventuality for the beneficiary’s interest to be forfeited and to pass to another person.

The clause may only cover contesting the validity of the will as a whole e.g. due to non-compliance with the requisite formalities for executing a will(1) or the testator’s lack of capacity(2) or his failure to know and approve the contents of his will(3), or due to the revocation of the will(4) or its procurement by undue influence or fraud(5).

It may also cover contesting any provision in the will as void due to the testator’s lack of knowledge and approval of it(6) or void for uncertainty(7), for public policy(8) or for repugnancy(9), as where a condition attached to a gift of an interest in property is repugnant to a core attribute of such interest. Public policy prevents ouster of the jurisdiction of the courts(10) and this overlaps with the ground of repugnancy in so far as a core attribute of property is the right to go to court to vindicate and protect that property(11).

It is further possible for a “no contest” clause to cover contesting the executor’s administration of the testator’s patrimony and distribution of the testator’s net estate to the appropriate beneficiaries(12).

§ 2. How far can such clauses be effective?

No clause can oust the mandatory family protec-

tion found in the Inheritance (Provision for Family & Dependents) Act 1975, so that if a claimant’s interest is forfeited by contesting a will he can still claim under the Act(13).

In the simple case where a testator’s clause provides that if a beneficiary contests the validity of his will the beneficiary’s interest shall be forfeited and pass to another person, a successful contest will invalidate the will together with the “no contest” clause therein(14).

What, however, of the five cases where a “no contest” clause remains as part of the will. These arise where (i) the challenge to the validity of a will as a whole fails or where the challenge to a particular provision (ii) fails or (iii) succeeds or where the challenge to the executor’s administration or distribution of the estate (iv) fails or (v) succeeds.

Note:

David Hayton is Caribbean Court of Justice, Trinidad & Tobago.

(1) Wills Act 1837, *Channon v Perkins* [2005] EWCA Civ 1808, [2006] WTLR 425.

(2) *Sharp v Adam* [2006] EWCA Civ 449, [2006] WTLR 1059.

(3) *Re Wilkes* (2000) [2006] WTLR 1097, *Franks v Sinclair* [2006] EWHC 3365 (Ch), [2007] WTLR 439.

(4) *Lamothe v Lamothe* [2006] EWHC 1387 (Ch), [2006] WTLR 1431, *Nicholls v Hudson* [2006] EWHC 3006 (Ch), [2007] WTLR 341.

(5) *Edwards v Edwards* [2007] EWHC 84 (Ch), *Re Wilkes* [supra, note 3].

(6) *Fuller v Strum* [2002] WTLR 199.

(7) *Clayton v Ramsden* [1943] AC 320; compare *Blathwayt v Baron Cawley* [1976] AC 397.

(8) *Church Property Trustees v Ebbeck* (1960) 104 CLR 394.

(9) *Re Dugdale* (1888) 38 Ch D 176, *Re Wynn* [1952] 1 Ch 271.

(10) *Re Raven* [1915] 1 Ch 673.

(11) *Ibid*, *Re Wynn* [supra, note 9].

(12) *Adams v Adams* [1892] 1 Ch 389.

(13) *Nathan v Leonard* [2003] 1 WLR 827.

(14) *Eventurel v Eventurel* (1874) LR 6 PC 1.

Saggi

Where the claimant's challenge succeeds, as in cases (iii) and (v), the "no contest" clause will not be permitted to forfeit the claimant's interest. This will either be because the clause is construed as applying only to "unsuccessful" contests or because the claimant has just been enforcing the property rights afforded to him by the law and the testator cannot prevent his recourse to the courts to vindicate such rights(15).

Where the claimant's challenge fails, as in cases (i), (ii) and (iv), the "no contest" clause will normally operate to forfeit the claimant's interest(16) unless, exceptionally, the court is prepared to construe the clause as applying only to "unjustifiable" contests and also to find the contest justifiable(17).

§ 3. "No contest" clauses in trusts.

In the case of *inter vivos* trusts, once there is a valid trust in operation it is possible for some provisions in the trust instrument to deter beneficiaries from taking legal proceedings concerning the operation of the trust. The settlor or the protector or the trustees may have a power to delete persons from the class of beneficiaries or a power to appoint the trust fund to persons other than a particular disgruntled beneficiary, while the latter may only be a discretionary beneficiary merely having a hope of benefiting and not a right to benefit. However, the exercise of discretionary fiduciary powers can be impeached by an affected beneficiary(18) if the powers were not exercised in good faith in properly informed fashion for the purposes for which they were conferred by the settlor, taking account of any letter of wishes.

The automatic operation of forfeiture provisions is thus a more attractive sanction, but no case law arose on this until *AN v Barclays Private Bank & Trust (Cayman) Ltd.*(19).

This concerned two family trusts with substantial shareholdings in the parent-settlors' dynastic companies. Under the trusts the plaintiff and her two siblings were the primary discretionary beneficiaries as to a third each of the income as well as contingent beneficiaries of one third shares of the capital if alive in 2039, with their children otherwise taking their shares. The plaintiff fell out with her siblings and the Trustee and the Protection Committee, alleging them to have acted prejudicially to the interests of herself and the remoter beneficiaries as a whole. She sought removal of the Trustee and the Protection Commit-

tee and compensation for loss – and the setting aside of clause 23 in each trust as invalid. This last point was directed to be tried as a preliminary issue

Clause 23 stated:

"Whosoever contests the validity of this deed and the Trust created under it, of the provisions of any conveyance of property by any person or persons to the Trustee to form and be held as part of the Trust Fund and of the decisions of the Trustee and/or of the Protection Committee shall cease to be a Beneficiary of any of these Trusts and shall be excluded from any benefits direct or indirect deriving from the Trust Fund."

In such event, the plaintiff's children would be substituted for her(20).

Smellie CJ broke the clause down into three limbs, Limb 1 dealing with challenges to the validity of the trust, Limb 2 with challenges to the validity of transfers of property to the trust, Limb 3 with the validity of decisions of the Trustee and/or the Protection Committee.

Limb 3 was in issue, it being argued that it was void for uncertainty or for being repugnant to the core nature of the claimant's interest or for ousting the jurisdiction of the court.

Smellie CJ pointed out that the exoneration provisions in clause 11 revealed that beneficiaries should be able to sue in respect of losses resulting from "intentional fault or wilful misconduct", while a prohibition on a beneficiary's right to enforce his interest would be repugnant to the nature of his beneficial interest. After analysing the case law on wills, he held(21) that clause 23 was valid because requir-

Note:

(15) *Re Williams* [1912] 2 Ch 399, *Adams v Adams* [*supra*, note 12].

(16) *Cooke v Turner* (1846) 15 M & W 727 endorsed by *Evanturel v Evanturel* [*supra*, note 14]; *Nathan v Leonard* [2003] 1 WLR 827.

(17) *Powell v Morgan* (1688) 2 Vern 90, *AN v Barclays Private Bank & Trust (Cayman) Limited* (Cayman Grand Court 17 July 2006, forthcoming in [2007] WTLR) para 175.
La sentenza è pubblicata *infra*, 596 [n.d.r.].

(18) See Article 61 of Underhill & Hayton, *Law of Trusts and Trustees*, 17th ed., London, 2007.

(19) See *supra*, note 18.

(20) See para 59 of Cayman case.

(21) *Ibid*, paras 187-188.

ing to be read as if commencing “Whosoever *unjustifiably* contests the validity of [...]” A legal contest will be justifiable if “taken *bona fide*, not frivolously or vexatiously, and with *probabilis causa litigandi*”.

On this basis the clause did not oust the jurisdiction of the court and was not repugnant to the core nature of the claimant’s interest.

As for certainty, while the claimant did not have a fixed vested interest that was liable to forfeiture but a significantly valuable interest under a discretionary trust, the test for certainty should be the same as that applying to conditions causing forfeiture of an existing vested interest(22).

Thus, from the outset the forfeiture condition must be so framed that the persons affected and the court can know with certainty the exact event the happening of which will result in forfeiture. Such event need only be ascertainable, even though there may be difficulty in ascertaining whether or not the event had occurred(23) – as here in ascertaining whether or not an unjustifiable challenge had been made to the decisions and resultant actions of the Trustee or the Protection Committee.

Smellie CJ was not asked to determine whether the plaintiff’s contest in these proceedings had triggered the operation of clause 23. However, he was asked to determine whether or not the court had any jurisdiction to relieve someone from forfeiture of their fixed or discretionary interest.

He held that where, as was in substance the position here(24), there was a condition subsequent capable of divesting someone of their interest with a gift over to another, it was possible in exceptional circumstances for Equity to intervene to grant relief. This would only occur “where non-compliance, through no fault of her own, was the result of circumstances beyond the control of the applicant”(25).

Intriguingly, counsel for the trustee took a neutral approach, while counsel for the plaintiff’s brother and sister (the other two primary beneficiaries interested in a one third share like the plaintiff) took a conciliatory approach, concerned to uphold the validity of clause 23 for the welfare of the Trusts, “even while not wishing to see the plaintiff excluded from benefit”(26). Whether or not the plaintiff had already caused the forfeiture provisions of clause 23 to operate remained an open question.

As the judge pointed out(27), “because of the wide discretionary powers given to the Trustee, the

complexity of the underlying provisions of the Settlement and the complexity of the nature of its business interests and operations [...] a challenge to the decisions or actions of the Trustee where the reasons may not yet be disclosed, and in the face of a forfeiture clause, will be an inherently risky step to take.” The risk would be worth it if she could show that wilful misconduct of the Trustee amounted to circumstances beyond her control forcing her to sue to vindicate her beneficial interest.

Note:

(22) *Ibid*, para 87.

(23) *Ibid*, para 93 citing *Sifton v Sifton* [1938] AC 656 at 670.

(24) *Ibid*, para 235.

(25) *Ibid*, para 234.

(26) *Ibid*, para 28.

(27) *Ibid*, para 194.

Saggi

Negozi di destinazione: gli interessi riferibili ad imprese e ad altri enti

di Francesco Steidl

L'entrata in vigore dell'art. 2645 *ter* cod. civ. ha da subito posto rilevanti interrogativi sull'ampiezza del suo ambito di applicazione. Questo studio cerca di marcare la differenza fra negozio di destinazione in genere e destinazione a scopo di impresa in senso stretto. L'esame degli "statuti" delle varie forme di organizzazione imprenditoriale, individuale e collettiva, e la considerazione che l'ordinamento ha tradizionalmente tipizzato i suoi modelli organizzativi in funzione dell'ordinato sviluppo dell'economia, fa concludere che la norma sia stata dettata in vista di interessi diversi da quelli dell'impresa.

§ 1. Premessa.

Il titolo di questa relazione mi impone una precisazione preliminare. Esaminerò solo i casi in cui imprese od altri enti, a mente di quanto previsto dall'art. 2645 *ter* cod. civ., intendano destinare beni in qualità di disponenti, tralasciando di occuparmi delle ipotesi in cui questi soggetti si trovino in posizione di beneficiari, circostanza affatto diversa e che mi sembra coinvolga problematiche già affrontate in altra sede, più che altro connesse alla effettività della destinazione ed ai mezzi per la sua realizzazione coattiva.

§ 2. Destinazione ad attività d'impresa e separazione patrimoniale.

Accostare i concetti di destinazione e di impresa può sembrare perfino ovvio, poiché sia la definizione di imprenditore (art. 2082 cod. civ.) che quella di azienda (art. 2555 cod. civ.), interpretate l'una in funzione dell'altra, contengono un richiamo esplicito alla destinazione di beni ad una certa attività economica, destinazione che viene opportunamente qualificata come "organizzazione".

Organizzare beni per una attività economica, infatti, significa imprimere loro una destinazione diretta allo scopo di produrre nuove utilità.

Occorre chiedersi, in primo luogo, quale rilievo

possa avere, nei confronti dei creditori, l'atto di destinare beni e mezzi all'attività di impresa, fatto che, come sopra detto, è connaturale al suo esercizio, in relazione al riconoscimento di un possibile grado di separazione fra il patrimonio impiegato nell'impresa e quello "personale" dell'imprenditore.

In linea generale, la destinazione di beni ad uno scopo resta normalmente relegata al foro interno del disponente, ed a tale atto l'ordinamento non riconosce alcun rilievo in ordine alla graduazione o subordinazione degli interessi dei beneficiari, in confronto con quelli dei creditori del disponente.

Voglio chiarire meglio questo concetto con un esempio al di fuori del mondo dell'impresa: una persona che destina una sua casa ad abitazione per i figli e il coniuge separato, compie un atto che avrà sicuramente delle conseguenze nell'ambito dei rapporti sociali, ma che non ne avrà alcuna sul piano giuridico, non creerà alcuna modificazione che sia giuridicamente apprezzabile da coloro che entrino in rapporto con il patrimonio del disponente.

La prospettiva potrebbe nettamente modificarsi qualora la stessa identica destinazione fosse condizione ed effetto di un procedimento di separazione personale, nel qual caso tale speciale utilizzazione, altrimenti irrilevante, gode di una particolare tutela da parte dell'ordinamento, attraverso la tendenziale separazione dal patrimonio del disponente del bene casa in funzione di una sua diversa utilizzazione⁽¹⁾.

È necessario quindi esaminare che cosa, a parità di contenuti di utilizzazione del bene, distingue le due ipotesi di destinazione, quale sia cioè l'elemento che, nel secondo caso, fa affermare senza dubbio che

Note:

Francesco Steidl è notaio in Firenze.

Questo articolo è stato originariamente pubblicato in Negozi di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata, Atti del Convegno della Fondazione del Notariato, Collana Quaderni della Fondazione del Notariato, 2007, p. 315. Ringraziamo l'Autore e l'Editore per aver consentito la ripubblicazione in questa Rivista.

(1) P. Spada, nel suo intervento al Convegno sull'argomento svoltosi in Firenze il 23 settembre 2006 (ancora inedito) parla di "destinazione come comportamento programmatico che seleziona le utilità d'uso di un bene in funzione di un determinato risultato" evidentemente mettendo in rilievo la funzione del negozio.

siamo di fronte ad una effettiva, apprezzabile e giuridicamente rilevante modificazione nel patrimonio del disponente, tale da provocare la subordinazione dei diritti dei creditori all'interesse dei beneficiari.

§ 3. Rilevanza del negozio di destinazione.

Direi che ciò che qualifica la destinazione, e l'argomento sarà ripreso più avanti, non è quindi soltanto, per usare le parole di P. Spada, il contenuto "dell'utilità d'uso del bene selezionata", che pure ha ovviamente il suo rilievo con riguardo al requisito della liceità, ma che, come abbiamo visto, può essere identico, quanto il fatto che la destinazione segua ad una sua "proclamazione" *erga omnes*, che può scaturire da diverse fonti, rilevanti e non rilevanti per l'ordinamento.

Questa "proclamazione della destinazione" può quindi risolversi in una mera determinazione interna (giuridicamente irrilevante) o in un negozio più o meno solenne, che diventa fonte di quella programmata selezione cui ho accennato e che riceve tutela se riconoscibile, se tipizzata, oppure, come vedremo, seppur non tipizzata, che può trovare eguale tutela, dopo l'introduzione dell'art. 2645 *ter* cod. civ., in caso di giudizio positivo di meritevolezza(2) ed a conclusione del procedimento che conduce fino all'esecuzione della formalità della trascrizione.

Il negozio si pone quindi come paradigma di riconoscibilità e accettabilità della destinazione e diventa elemento fondamentale della fattispecie, la cui sussistenza o meno, a parità di contenuti, può qualificare la destinazione come rilevante o irrilevante per l'ordinamento.

Ma la mera sussistenza di un negozio di "proclamazione" non è sufficiente a giustificare la rilevanza di qualsiasi destinazione in funzione di separazione, anzi, si può affermare che l'ordinamento abbia selezionato una serie di negozi in funzione di destinazioni particolari e li abbia tipizzati (il fondo patrimoniale, l'atto costitutivo di società, soprattutto la unipersonale, ed all'interno della disciplina dell'impresa capitalistica i patrimoni destinati, i fondi pensione, la cartolarizzazione di crediti, ecc.) ritenendo a priori che questi schemi siano latori di una "causa sufficiente"(3): se i contenuti del negozio sono tali da soddisfare quelli normativi, non vi è necessità di indagare oltre, circa l'"intenzione" del disponente, ma l'effetto di separazione, di articolazione del patrimo-

nio si produce a dispetto di qualsiasi eventuale diversa motivazione.

Quello della tipizzazione dei negozi, e delle ricadute in punto di separazione patrimoniale, non è evidentemente un meccanismo perfetto e lo dimostrano le tradizionali utilizzazioni distorte di alcuni di essi, come il fondo patrimoniale (ma il discorso potrebbe valere anche per l'atto costitutivo di una società unipersonale), ma il legislatore, che ha comunque previsto rimedi per queste ipotesi, ha ritenuto che fosse funzionale, per l'economia e per l'ordinato svolgersi dei rapporti giuridici, preordinare alcuni tipi negoziali per i quali non vi fosse la necessità per l'interprete prima, e per il giudice poi, di individuarne la causa e di doverne riconoscere la meritevolezza, con un procedimento potenzialmente defatigante e di incerti risultati.

Quindi il negozio tipico di destinazione, per esempio la costituzione di una società unipersonale o di un fondo patrimoniale, è una "proclamazione" di un programma di articolazione del patrimonio del disponente che genera separazione, ma deve rispondere a requisiti di forma e sostanza previsti dalla legge: un fondo patrimoniale costituito per scrittura privata

Note:

(2) M. Nuzzo, Atto di destinazione, interessi meritevoli di tutela e responsabilità del notaio, relazione presentata al Convegno "Atti notarili di destinazione dei beni: articolo 2645 *ter* c.c.", organizzato dalla Scuola di Notariato della Lombardia, svoltosi in Milano il 19 giugno 2006, consultabile sul sito Internet <http://www.scuoladinotariatodellalombardia.it>, sostiene incisivamente che l'art. 2645 *ter* contenga due regole, la prima volta a disciplinare una fattispecie primaria e produttiva di soli effetti obbligatori, la seconda riguardante l'opponibilità della separazione che consegue solo alla trascrizione e all'accertamento della meritevolezza degli interessi selezionati.

(3) Predomina nella dottrina tradizionale la concezione oggettiva della causa. Secondo tale teoria la causa è la funzione economico sociale del negozio: l'ordinamento infatti riconosce un negozio come tale analizzando l'utilità che da esso deriva per la società. Tale riconoscimento è diretto ed esplicito nei contratti tipici, mentre è solo indiretto (perché attuato attraverso il giudizio di meritevolezza) in quelli atipici. In dottrina seguono questa concezione, tra gli altri, F. Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1989, p. 127 s.; F. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Padova, 1961, p. 184 s.; G. Mirabelli, *Dei contratti in generale*, in *Aa. Vv.*, *Comm. cod. civ.*, Torino, 1980, p. 159, F. Messineo, *Il contratto in genere*, in *Tratt. dir. civ. comm.* a cura di A. Cicu - F. Messineo, Milano, 1968, p. 111. In giurisprudenza, Cass., 15 luglio 1993, n. 7844, *Giur. it.*, 1995, I, 733; Cass., 20 novembre 1992, n. 12401, *Foro it.*, 1993, I, 1506; Cass., 11 agosto 1980, n. 4921, *Mass. Giust. civ.*, 1980, 2083; Cass., 17 marzo 1978, n. 1346, *Giur. it.*, 1978, I, 1, 2171. Seguono invece la teoria della causa in concreto, in dottrina F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2000, p. 788, M. Bianca, *Il contratto*, Milano, 2000, p. 452, G. B. Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, M. Bianca, *L'atto di destinazione*, Milano, 1966, p. 370; in giurisprudenza, Cass., 19 ottobre 1998, n. 10332, *Guida al diritto*, 1998, 78; Cass., 6 agosto 1997, n. 7266, *Foro it.*, 1997, I, 3179; Cass., S. U., 23 maggio 1972, n. 68, *Giust. civ.*, 1973, I, 603-609.

Saggi

autenticata o fra semplici conviventi, ovvero una società a responsabilità limitata unipersonale senza il versamento dell'intero capitale sociale, sono atti di destinazione che non conseguono il risultato voluto perché non integrano completamente lo schema negoziale voluto dal legislatore, e quindi non generano separazione(4).

§ 4. Meritevolezza della destinazione.

Un cenno al requisito della meritevolezza, espressamente richiamato dall'art. 2645 *ter* cod. civ.: questa norma, ad una prima lettura, sembra aprire scenari amplissimi, sembra cioè consentire alla autonomia privata(5) il ricorso ai negozi più disparati, purché la destinazione, lo scopo perseguito dal disponente, sia meritevole di tutela(6).

A mio parere, dopo anni in cui il requisito della meritevolezza nei negozi atipici si è risolto solo in un cimento per gli studenti dell'esame di diritto privato, non avendo significativamente la giurisprudenza mai posto a base di una sua decisione tale requisito(7), è forse tempo che, a seguito di questo improvviso risveglio legislativo, ci si chieda con urgenza se il concetto di meritevolezza – in questo contesto – non possa avere oggi un valore più puntuale, quasi operativo per l'interprete. Mi spiego: il notaio che sia chiamato a redigere un negozio di destinazione, dovrà prevedere non solo quella che ho definito la “proclamazione” degli interessi, dei soggetti e dei mezzi, ma far risultare in maniera inequivocabile anche la loro astratta e prevedibile adeguatezza a raggiungere il fine lecito.

Diversamente il negozio potrà indicare sicuramente un interesse lecito, magari socialmente apprezzabilissimo, ma sicuramente immeritevole di ricevere tutela da parte di un ordinamento che non ne può riconoscere il valore.

§ 5. Impresa e funzione del modello organizzativo.

La definizione di meritevolezza come “adeguatezza dell'organizzazione della destinazione” (per usare le parole di V. Scaduto) anticipa quelle che saranno le conclusioni della mia relazione sulla possibile utilizzabilità del negozio atipico di destinazione nel mondo dell'impresa, sia individuale che collettiva, dal momento che si tratta di vedere se il nostro ordinamento ha previsto forme organizzative solo in senso meramente descrittivo, oppure, come invece evi-

dentemente appare, esse sono inderogabili e rappresentano una scelta, certamente frutto di una tradizione, ma che individua modelli dai quali l'autonomia privata non si può discostare, pena l'incertezza e l'ingovernabilità dei rapporti economici.

Per quanto riguarda l'impresa è quindi necessario tenere ben presente lo statuto nel cui ambito il legislatore ha ritenuto di differenziare le sue varie forme in relazione ai modelli organizzativi.

Note:

(4) M. Bianca, L'atto di destinazione: problemi applicativi, relazione presentata al Convegno “Atti notarili di destinazione dei beni: articolo 2645 *ter* c.c.”, organizzato dalla Scuola di Notariato della Lombardia [*supra*, nota 2], parla di tipicità di vincoli di destinazione in senso funzionale quando il legislatore individua a monte le finalità del vincolo (ad esempio, il fondo patrimoniale) ed in senso soggettivo quando l'uso di alcuni strumenti di destinazione è consentito solo ad alcuni soggetti (ad esempio, i patrimoni destinati, che possono essere utilizzati solo dalle s.p.a.).

(5) A quanto mi consta non esiste nel nostro ordinamento un'altra norma che richiami espressamente l'art. 1322, secondo comma cod. civ. Secondo un orientamento consolidato in dottrina e in giurisprudenza, la meritevolezza dell'interesse coincide con i limiti dell'ordine pubblico, del buon costume e della liceità. Essa si identifica con la causa, intesa come funzione economico-sociale e non vale, quindi, come requisito ulteriore ai fini del riconoscimento della validità dell'atto posto in essere dai privati (in questo senso, F. Messineo, Il contratto in genere [*supra*, nota 3], p. 13, L. Stolfi, Teoria del negozio giuridico, Padova, 1947, p. 210, G. B. Ferri, Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico [*supra*, nota 3], p. 403. In giurisprudenza vedi Cass., 6 febbraio 2004, n. 2288, Guida al diritto, 2004, 19, 54; Cass., 13 maggio 1980, n. 3142, n. civ. Mass., 1980, 12 e Cass., 15 dicembre 1998, n. 7832, Studium Iuris, 1999, 80. Altri obiettano che una tale ricostruzione privi l'art. 1322, Il comma di qualsiasi contenuto, dal momento che i limiti di ordine pubblico, buon costume e liceità sono già posti dall'art. 1343. Si registra qualche pronuncia che accoglie una nozione di meritevolezza più ampia rispetto a quella di liceità della causa, nella quale confluiscono le esigenze del mercato e del traffico giuridico, della tutela dei soggetti in posizione debole, dell'utilità sociale del contratto (Cass., 7 giugno 1991, n. 6496, Fisco, 1991, 5007). In dottrina cfr. F. Betti, Teoria generale [*supra*, nota 3], p. 193 s., P. Rescigno, voce “Contratto”, Enc. giur., vol. IX, Roma, 1988, 18, F. Santoro Passarelli, Dottrine [*supra*, nota 3], p. 173, M. Bianca, Il contratto [*supra*, nota 3], p. 432, opera un interessante collegamento con l'art. 41 Cost. e sostiene che la meritevolezza non può prescindere dalla scelta costituzionale, nel senso che l'iniziativa privata non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale. Diffusamente sul concetto di meritevolezza come richiamato dall'art. 2645 *ter*, cfr. F. Gazzoni, Osservazioni sull'art. 2645 *ter*, consultabile sul sito Internet di “Iudicium” all'indirizzo <http://www.iudicium.it>.

(6) M. Nuzzo, Atto di destinazione [*supra*, nota 2], ritiene che dalla norma risulti con chiarezza che qualunque scopo meritevole di tutela è perseguibile attraverso il nuovo meccanismo di destinazione, esprimendosi per la generale liceità dell'atto di destinazione disciplinato dall'art. 2645 *ter* cod. civ. V. Scaduto, Gli interessi meritevoli di tutela. “Autonomia privata delle opportunità” o “Autonomia privata della solidarietà”, relazione presentata al Convegno organizzato dalla Fondazione del Notariato svoltosi in Rimini il 1° luglio 2006 (stesura provvisoria), chiarisce con lucidità che la meritevolezza cui fa riferimento l'art. 2645 *ter* può definirsi come “adeguatezza dell'organizzazione della destinazione, in vista della realizzazione di un interesse lecito”.

(7) F. Gazzoni, Osservazioni [*supra*, nota 5], § 3, ne fa espressa menzione citando App. Milano, 29 dicembre 1970, poi riformato da Cass., 2 luglio 1975, n. 2578.

I beni dell'impresa sono per definizione già destinati ad uno scopo e l'ordinamento collega a questa inclusione rilevanti conseguenze che vanno aumentando di importanza via via che il livello organizzativo si specializza (quindi dall'imprenditore individuale, all'impresa collettiva fino alla società di capitali) con il riconoscimento di un grado di autonomia patrimoniale che cresce in parallelo.

Il concetto di autonomia patrimoniale, d'altra parte, al cui studio la dottrina si è lungamente dedicata, riecheggia quello più attuale e moderno di separazione patrimoniale(8), anzi si può dire che la separazione sia la più notevole affermazione dell'autonomia patrimoniale, perché se i creditori particolari del socio potessero liberamente soddisfarsi sui beni sociali, sarebbe vanificata la funzione dell'impresa collettiva, che godrebbe dello stesso grado di tutela della comunione ordinaria, con grave danno dell'economia in generale.

A questo proposito, va detto che il legislatore ha ritenuto tradizionalmente di tipizzare i modelli organizzativi dell'impresa, in maniera condizionante per il riconoscimento degli effetti rilevanti, sia con riguardo ai rapporti interni che nei confronti dei terzi: ogni ipotetico tentativo di costruire una forma di organizzazione imprenditoriale individuale o collettiva atipica(9) finirebbe per essere sanzionato dall'ordinamento, perché il legislatore ha ritenuto, con una scelta propria degli stati moderni, che l'impresa debba muoversi all'interno di regole certe, sia per se stessa, quale embrione di progresso della società, che per il mondo del credito, principale fonte del suo sviluppo(10).

Alle diverse forme organizzative dell'impresa corrispondono livelli diversi di separazione del patrimonio, che sono tracciati dal codice in maniera dettagliata, proprio per far sì che i creditori siano sempre posti in condizione di sapere su quale "schema di responsabilità" contare quando la finanziano.

Sono eloquenti in proposito i casi di "sconfinamento" dalle discipline tipiche di settore che la legge sanziona variamente, da quello del socio accomandante che compie atti di ingerenza (art. 2320 cod. civ.) e per questo perde il beneficio della responsabilità limitata, a quello della mancata indicazione del vincolo negli atti compiuti in relazione allo specifico affare (art. 2447 *quinquies* cod. civ.) che provoca anche qui l'estensione della responsabilità a tutto il residuo patrimonio sociale.

Se questo, come io ritengo, è il pensiero che ispi-

ra lo statuto dell'impresa, certamente diverso da quello della famiglia, nel quale l'evoluzione del costume e la progressiva affermazione dei principi costituzionali giocano un ruolo relevantissimo nel giudizio di imperatività del precetto di legge, e quindi nella possibilità di ritagliare all'autonomia privata campi di azione sempre più penetranti, tutto ciò che si pone al di fuori dei vari modelli organizzativi previsti dal suo statuto non può "rientrare dalla finestra" attraverso il negozio di destinazione, che è norma sì nuova, ma che si deve misurare con il complesso del diritto previgente(11).

Nel caso in cui si voglia destinare beni ad uno scopo, il cui contenuto sia magari identico a quello dei negozi tipici, ma la cui fattispecie si differenzi per qualche elemento, attraverso la stipulazione di un negozio atipico, secondo quella che sembra essere

Note:

(8) Sul punto F. Di Sabato, Società in generale – Società di persone, in Trattato di diritto civile del CNN, Napoli, 2004, p. 68, che ritiene che l'autonomia patrimoniale delle società di persone, che rende insensibile il patrimonio della società rispetto alle vicende patrimoniali dei singoli soci, si traduca in un vincolo di destinazione dei beni conferiti dai soci. Secondo M. Nuzzo, Atto di destinazione [*supra*, nota 2], l'autonomia patrimoniale trova il suo fondamento nella struttura organizzativa dell'ente che dà una doppia garanzia, l'una connessa alla articolazione dei suoi organi, l'altra ai meccanismi di controllo amministrativo e giudiziario rispetto alle modalità di gestione ed all'effettività della destinazione.

(9) Per esempio se volessimo costituire in Italia una impresa individuale a responsabilità limitata, come ammesso in Portogallo, al di fuori dell'ipotesi tipica della società unipersonale, sicuramente il negozio sarebbe nullo per mancanza di causa.

(10) Nel nostro ordinamento vige infatti il principio di tipicità delle società, sancito dall'art. 2249 cod. civ., secondo il quale le parti non possono costituire tipi di società diversi da quelli espressamente regolati dalla legge, neppure nell'esercizio del potere di autonomia privata (F. Di Sabato, Manuale delle società, Torino, 1987, p. 33; G. B. Ferri, Le società, in Trattato di diritto civile diretto da F. Vassalli, vol. X, tomo III, Torino, 1961, p. 70; F. Galgano, Diritto commerciale. Le società, Bologna, 1983, p. 1; G. Romano-Pavoni, Teoria delle società, Tipi. Costituzione, Milano, 1953, p. 197; G. Campobasso, Diritto commerciale. 2, Torino, 1999, 4, p. 6). Secondo F. Di Sabato, Manuale [*supra*, in questa nota], p. 35: "l'art. 2249 si pone quindi come un'eccezione al principio dell'autonomia contrattuale sancito nell'art. 1322, comma 2", eccezione che viene giustificata con la rilevanza che il contratto di società, a differenza degli altri contratti, ha verso i terzi, e con la conseguente necessità che ai terzi che instaurano rapporti giuridici con una società sia data la possibilità di conoscere a priori, mediante il semplice riferimento al tipo adottato, la struttura essenziale della società e la disciplina ad essa applicabile. Cfr. anche P. Spada, La tipicità delle società, Padova, 1974, p. 435 s., secondo il quale sotto il profilo organizzativo non vi potrebbero essere società atipiche in quanto ogni regolamento organizzativo predisposto dall'autonomia privata sarebbe compatibile con i modelli della società semplice e della società in nome collettivo. Nel senso invece dell'ammissibilità di società atipiche (tra cui sarebbero da inquadrare, secondo l'autore, anche quelle di fatto), vedi A. Morello, Le società atipiche, Milano, 1983.

(11) P. Spada, Relazione [*supra*, nota 1], parla eloquentemente dell'art. 2645 *ter* come di una norma solo procedimentale.

Saggi

l'impostazione del nuovo art. 2645 *ter* cod. civ., l'attenzione dell'operatore giuridico deve quindi concentrarsi sull'analisi dei vari "statuti", cioè del *corpus* normativo entro il quale la destinazione deve andare ad incidere e, in riferimento agli esempi fatti, degli statuti dell'impresa o della famiglia, giudicando se la "nuova"⁽¹²⁾ destinazione possa iscriversi negli ordinamenti di settore senza provocare una indebita lesione delle fattispecie legali, in sostanza una violazione di norme imperative.

La risposta a questo interrogativo dipende ovviamente dal rilievo che si dà alle singole disposizioni di legge che prevedono ipotesi di destinazione con effetti di separazione patrimoniale, se si tratti cioè sempre di norme di stretta interpretazione ovvero esista nel nostro ordinamento un principio secondo il quale il negozio di destinazione, dopo l'introduzione dell'art. 2645 *ter*, è generalmente ammissibile, restando quindi l'art. 2740 cod. civ. norma di carattere residuale⁽¹³⁾.

Chi ritenga, per esempio, che il patrimonio destinato ad uno specifico affare sia ipotesi praticabile solo dalle società per azioni in quanto la loro particolare struttura e soprattutto il necessario assoggettamento delle s.p.a. a molteplici controlli soddisfi esigenze di correttezza dell'operazione che giustificano il sacrificio dei creditori "generici", in vista del privilegio di cui godono i creditori del patrimonio destinato, conclude che qualsiasi ipotesi di destinazione patrimoniale non tipizzata sia per ciò stesso da considerarsi illegittima in campo societario e più in generale di impresa⁽¹⁴⁾.

Al contrario, se si ritenga che l'art. 2645 *ter* sia indice di un generale *favor* del legislatore nei confronti dei negozi di destinazione, le ipotesi tipiche resterebbero a regolare solo l'ambito per il quale sono dettate, ma l'autonomia privata potrebbe validamente dar vita a negozi atipici che vadano a completare la disciplina che il legislatore ha tracciato solo per alcuni settori⁽¹⁵⁾.

Se cioè il legislatore considera legittimo l'effetto della separazione patrimoniale generata dal fondo patrimoniale solo in presenza di un vincolo matrimoniale, ovvero che i patrimoni destinati trovino la loro giustificazione solo nelle s.p.a. per i motivi cui prima ho accennato, un atto di destinazione di beni a protezione dei bisogni della famiglia di fatto, ovvero un patrimonio destinato in una s.r.l.⁽¹⁶⁾ sarebbero negozi sicuramente da qualificare come illeciti perché il programma in essi contenuto si porrebbe in

contrasto con norme di rango imperativo e quindi, ancorché stipulati, sarebbero nulli e non sortirebbero alcun effetto di separazione.

Note:

(12) Dove "nuova" va qui inteso sia quanto ad uno scopo sconosciuto alla tipizzazione normativa, sia quanto a scopi conosciuti, ma realizzati al di fuori del negozio tipico previsto dal legislatore per ipotesi determinate, ovvero, come afferma M. Bianca, L'atto di destinazione [*supra*, nota 4], vincoli di destinazione sia in senso funzionale che soggettivo.

(13) Secondo M. Nuzzo, Atto di destinazione [*supra*, nota 2], l'intera produzione normativa che ha previsto una moltiplicazione di patrimoni separati è solo formalmente rispettosa del principio dell'art. 2740 cod. civ., che risulta fortemente depotenziato. Si esprime espressamente sulla non inderogabilità del principio della unicità del patrimonio, in tema di trust, Trib. Bologna, 30 settembre - 1° ottobre 2003, in questa Rivista, 2004, 67. Dall'analisi di queste sempre più frequenti deroghe al concetto di universalità si può desumere, secondo quella che è la ricostruzione di M. Bianca, Vincoli di destinazione e patrimoni separati, Padova 1996, una vera e propria tendenza legislativa alla parcellizzazione dei patrimoni in relazione alla destinazione degli stessi ad uno scopo ben preciso. Sul punto, diffusamente, E. Roppo, La responsabilità patrimoniale del debitore, in Aa. Vv., Tratt. di dir. priv., XIX/1, Torino, 1997, p. 509, e V. M. Trimarchi, voce "Patrimonio [nozione]", Enc. dir., vol. XXXII, Milano, 1982, § 2, 272. Sulla *par condicio creditorum*, la cui effettività a stregua dei nuovi orientamenti normativi è stata criticamente valutata, cfr. P. Schlesinger, L'eguale diritto dei creditori di essere soddisfatti sui beni del debitore, in Aa. Vv., Scritti in onore di Luigi Mengoni, I, Milano, 1995, pp. 919-931.

(14) La riforma societaria del D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, con l'introduzione dell'art. 2447-bis cod. civ., ha apportato un'importante innovazione, consentendo alle s.p.a. di destinare una parte dei beni sociali alla realizzazione di uno specifico affare, isolando e separando quei beni, agli effetti della responsabilità patrimoniale della società, dal resto dei beni sociali. Data la potenziale ampiezza della novità (è possibile creare patrimoni separati non solo per realizzare operazioni economiche tipizzate da singole disposizioni normative, ma in generale per qualunque affare rientrante nell'oggetto sociale) in dottrina si è sottolineato l'affermarsi di una forte tendenza verso la specializzazione della responsabilità patrimoniale (C. Granelli, La responsabilità patrimoniale del debitore fra disciplina codicistica e riforma in itinere del diritto societario, Riv. dir. civ., 2002, 513; A. Zoppini, Autonomia e separazione del patrimonio, nella prospettiva dei patrimoni separati della società per azioni, Riv. dir. civ., 2002, 545). Sulla natura giuridica dei patrimoni destinati, cfr. P. Ferro-Luzzi, La disciplina dei patrimoni separati, Riv. soc., 2002, 121; Id., I patrimoni dedicati e i gruppi nella riforma della Spa, Riv. not., 2002, 271; F. Di Sabato, Sui patrimoni dedicati nella riforma societaria, Società, 2002, 6, 665; F. Fimmanò, Il regime dei patrimoni dedicati di s.p.a., Società, 2002, 8, 962; P. Fauceglia, I patrimoni destinati ad uno specifico affare, Fallimento, 2003, 810; E. Becchetti, Patrimoni e finanziamenti destinati: profili problematici, Italia Oggi, Nuovo diritto societario, 30 giugno 2003; Id., Riforma del diritto societario. Patrimoni separati, dedicati e vincolati, Riv. not., 2003, 49.

(15) M. Nuzzo, Atto di destinazione [*supra*, nota 2], considera in proposito che la classe di interessi che già sarebbero presi in considerazione dalle varie norme istitutive di patrimoni separati farebbe sì che il negozio di destinazione che perseguisse la stessa classe di interessi giustificerebbe di per sé un giudizio positivo di meritevolezza, giungendo così ad una sorta di tipizzazione degli interessi meritevoli di tutela, tuttavia, sempre secondo l'autore, non assoluta, ma aperta a nuovi ingressi.

(16) La dottrina ha ritenuto che non esista alcuna preclusione a che i patrimoni destinati possano essere costituiti anche nell'ambito delle società in accomandita per azioni (L. Giannelli, *Sub* art. 2447 bis, in Società di Capitali. Commentario a cura di G. Piccolini e A. Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, 1223).

Al contrario, chi ritiene invece che l'art. 2645 *ter* abbia espressamente introdotto una generale deroga all'art. 2740 cod. civ. conclude che le ipotesi tipiche di separazione patrimoniale, pur non dispositive per le fattispecie in cui sono dettate, non segnano un confine invalicabile dalla autonomia privata, anzi segnerebbero l'emersione di una classe di interessi meritevoli già tipizzata e quindi utilizzabile per riempire di contenuti il negozio atipico di destinazione⁽¹⁷⁾.

§ 6. Imprenditore individuale e destinazione.

Per l'imprenditore individuale la destinazione di un bene all'esercizio dell'impresa ovvero la sua etero-destinazione non crea alcuna separazione patrimoniale: i suoi creditori possono soddisfarsi a loro piacimento su qualsiasi suo bene, sia d'impresa che non, salvi gli effetti derivanti dalla eventuale inclusione dell'impresa stessa nella comunione legale fra i coniugi, che provoca (art. 190 cod. civ.) una sussidiarietà nella soddisfazione dei creditori sui beni personali dell'imprenditore, eccezione che si può dire però che sia più il sintomo della sovrapposizione di uno statuto diverso (quello della famiglia) a quello dell'impresa e che quindi non vada a modificare il principio generale.

Ciò non significa che l'imprenditore non possa stipulare validi negozi di destinazione del suo patrimonio, con efficacia *erga omnes*, del tipo di quelli che l'esperienza ci mostrerà in futuro, magari a favore della famiglia di fatto, oppure a scopo benefico, separando quindi dal proprio patrimonio, con un negozio *ex art. 2645 ter*, uno dei beni previsti da questa norma e che questa separazione non possa trovare tutela anche nei confronti dei creditori dell'impresa, a seguito delle opportune forme di pubblicità, ma solo che egli non potrà specializzare, non potrà articolare con un negozio di destinazione una parte dei suoi beni per un "fine di impresa", per un fine cioè per il quale il legislatore ha previsto e tipizzato modelli organizzativi tipici connessi a livelli differenziati di responsabilità patrimoniale.

Se questo fosse possibile, lo statuto dell'impresa individuale ne verrebbe irrimediabilmente compromesso, con grave nocimento per la certezza dei rapporti giuridici in campo commerciale e per la circolazione dei capitali che in tutti i paesi moderni è principale fonte di ricchezza.

Esiste, peraltro, anche per l'imprenditore individuale, una possibilità offerta dalla legge per specializzare il proprio patrimonio destinato all'attività di impresa e per fini ad essa connessi, ed è quella della costituzione di una società unipersonale, soprattutto da quando è stata tolta la limitazione della responsabilità connessa alla articolazione del patrimonio in un'unica società, aprendosi quindi la strada alla possibile specializzazione dell'impresa individuale in diversi settori di attività, cui corrisponde la differenziazione dei diversi ceti creditori.

Questo riconoscimento fatto all'imprenditore individuale che voglia distinguere i suoi affari ed il relativo assetto delle responsabilità, è il frutto di un negozio, quello costitutivo di società, tipizzato dal legislatore in modo da renderne riconoscibile *erga omnes* gli effetti.

La scelta poteva essere diversa, per esempio il legislatore italiano avrebbe potuto creare l'impresa individuale a responsabilità limitata come ha fatto il Portogallo in attuazione della XII Direttiva CEE. Ha invece preferito "entificare", cioè fare assumere personalità giuridica al patrimonio dedicato dell'imprenditore individuale, attraverso la società unipersonale.

§ 7. Impresa collettiva e destinazione.

Nell'impresa collettiva, invece, la destinazione dei beni all'attività di impresa, trova una sua risposta immediata in termini di separazione patrimoniale attraverso la previsione di schemi, quali l'atto costitutivo ed il negozio di conferimento accompagnati dalle connesse forme di pubblicità, che in quanto "proclamazione tipica" della destinazione, nel senso prima precisato in via generale, sono tali da non neces-

Nota:

(17) A questo proposito – per chi fa propria questa conclusione – potrebbe ravvisarsi una progressiva assimilazione fra i compiti del notaio e del giudice italiano, e quello del giudice di *common law*, il quale, chiamato a decidere su una fattispecie concreta in base ad un bagaglio di precedenti apparentemente identici, per discostarsi dal precedente vincolante (in qualche modo paragonabile al nostro precetto legislativo) deve necessariamente poggiare la sua diversa decisione su una difforme valutazione della fattispecie. Lo stesso procedimento logico, secondo questa impostazione, dovrebbero seguire il notaio ed il giudice, davanti ad un negozio di destinazione atipico: se la classe di interessi è già tipizzata, valutare se la fattispecie è diversa da quella legale e, facendosi forza di questa diversità, affermarne la liceità. Questo approccio, se forse potrebbe essere astrattamente condivisibile in tutte quelle ipotesi di destinazioni iscrivibili nel più vasto ambito della "autonomia della solidarietà" (per questa definizione cfr. P. Spada, Relazione *[supra]*, nota 1), è, come vedremo, assolutamente non praticabile quanto alle destinazioni di impresa.

S a g g i

sitare alcun giudizio di ammissibilità, che è preordinato dal legislatore.

L'impresa collettiva, soprattutto di capitali, ha conosciuto nel nostro paese in epoca recente nuove ipotesi di destinazione introdotte da direttive comunitarie, che fanno ritenere che quella dell'articolazione patrimoniale è esigenza sempre più sentita dagli operatori economici, in funzione di una sempre maggiore razionalizzazione del rischio.

Mi riferisco sia al fenomeno, già citato, dei patrimoni destinati nelle s.p.a. che a quello, meno recente, della scissione, quest'ultimo riguardante anche le società non capitalistiche: anche questa ipotesi può rappresentare un caso emblematico di negozio di destinazione a servizio dell'impresa, con "entificazione" del patrimonio separato, la cui disciplina ci può fornire altri elementi utili per giungere ad una conclusione apprezzabile sull'argomento in questione.

Non è possibile in questa sede richiamare tutta la dottrina che, ancor prima dell'entrata in vigore della riforma delle società, si è spesa nel cercare di trovare motivi che potessero far preferire alla società per azioni l'impervia strada della creazione di un patrimonio destinato, oltretutto oggetto di qualche residuo dubbio di disciplina in tema di insolvenza⁽¹⁸⁾, e sicuramente non impermeabile a obbligazioni nascenti da fatto illecito, rispetto alla strada piana della creazione di una nuova società unipersonale.

Lo strumento può dirsi pressoché disapplicato per il momento perché, per quanto se ne sappia, i patrimoni destinati in Italia si contano su una mano o poco più.

Resta però la disciplina ad indicare un percorso e soprattutto restano i limiti normativi entro i quali, se la s.p.a. volesse realizzare l'articolazione del proprio patrimonio, dovrebbe essere confinata. La separazione qui deriva dal negozio tipico che coincide con la delibera sociale, opportunamente pubblicizzata, insieme ad una serie di successivi adempimenti contabili e di gestione che concorrono a tenere, anche fisicamente, distinto l'affare dagli altri.

È importante notare che tutte le ipotesi di destinazione di una parte del patrimonio della società (quindi anche il caso di scissione cui accennavo sopra) sono previste in funzione di una attività di impresa cui deve essere indirizzato il patrimonio separato.

Se la destinazione non è funzionale all'esercizio di una diversa impresa (o dell'"affare"⁽¹⁹⁾) come è stato empiricamente indicato dal legislatore della riforma,

forse traducendo dall'inglese il comune concetto di "business") siamo fuori dal perimetro dello statuto dell'impresa e quindi il negozio, magari fraudolentemente indirizzato a produrre effetti di separazione, non ne produce affatto.

È questa una conclusione forte cui potrebbe però giungersi anche in caso di scissione o di costituzione di una società unipersonale, quando la società di nuova costituzione destinataria del patrimonio distaccato, fosse una società che non svolge alcuna attività di impresa, ma si limitasse al godimento dei beni attribuiti, con integrazione della fattispecie dell'art. 2248 cod. civ. sulla comunione di godimento e ipotizzabili censure di simulazione del negozio⁽²⁰⁾.

Di converso, è da notare che tutte le volte che l'articolazione riguarda beni destinati all'esercizio di un'attività di impresa sono forti le garanzie poste a tutela delle varie classi di creditori, che possono sem-

Note:

(18) Secondo G. Comporti, *Sub artt. 2447 novies*, in La Riforma delle società, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, artt. 2423-2461, 2, Torino, 2003, l'insolvenza del patrimonio destinato non può mai determinare il fallimento dello stesso patrimonio, posto che esso non può configurarsi come soggetto-imprenditore. In senso contrario si è detto che il patrimonio destinato potrebbe fallire in caso di insolvenza non essendo la sua natura di ostacolo all'apertura di una procedura fallimentare nei riguardi della sola massa patrimoniale separata (M. Lamandini, I patrimoni «destinati» nell'esperienza societaria. Prime note sul d. lg. 17 gennaio 2003 n. 6, *Riv. soc.*, 2003, 502). In senso conforme anche L. Giannelli, *Sub art. 2447 bis [supra]*, nota 16], a p. 1271, che ritiene che in tal modo i creditori del patrimonio potrebbero così avvalersi del principio della *par condicio* e dell'istituto della revocatoria fallimentare, altrimenti loro preclusa.

(19) È presente in dottrina il dibattito sulla nozione di affare. Secondo L. Giannelli, *Sub art. 2447 bis [supra]*, nota 16], a p. 1220, il termine "affare" riguarderebbe una singola operazione e non potrebbe identificarsi con un ramo di attività della società. Per una interpretazione estesa alla nozione di parte specifica dell'attività della società, che quindi possa consistere anche in un ramo di attività della società si pronuncia la dottrina prevalente, con l'avvertenza però che l'affare non può coincidere con l'unica attività oggetto della società (F. Santosuoso, La riforma del diritto societario - Autonomia privata e norme imperative dei D. lg. 17 gennaio 2003 nn. 5 e 6, Milano, 2003, 182, nonché R. Lenzi, I patrimoni destinati: costituzione e dinamica dell'affare, *Riv. not.*, 2003, 3, 554).

(20) La giurisprudenza (Cass., 20 giugno 2000, n. 8368, *Contratti*, 2000, 997) ha ritenuto che l'efficacia costitutiva della iscrizione nel registro delle imprese non costituisce ostacolo per ammettere la simulazione di un atto costitutivo di società di capitali. Inoltre, secondo Cass., 1° dicembre 1987, n. 8939, *Società*, 1988, 148, qualora la società, dopo la sua costituzione, non abbia esercitato una attività di impresa, ma si sia limitata ad acquistare un immobile per concederlo in affitto, il contratto sociale sarebbe simulato e dissimulerebbe una reale situazione di comproprietà. Ritiene poi P. Marasà, *Le società*, I, *Società in generale*, II ed., Milano, 2000, p. 209, che nelle comunioni mascherate in veste di società l'accertamento della nullità non implicherebbe lo scioglimento della società con liquidazione del patrimonio, ma determinerebbe l'applicazione delle norme sulla comunione.

pre opporsi qualora questa destinazione possa pregiudicare i loro diritti(21).

Mi sembra in proposito notevole osservare che la scarna disciplina dell'art. 2645 *ter* cod. civ. non prevede alcuna forma di opposizione dei creditori dell'impresa, i quali dovrebbero subire passivamente la separazione del patrimonio dell'imprenditore a danno delle proprie aspettative(22), salva l'azione revocatoria, che però ha evidentemente presupposti diversi rispetto al rimedio dell'opposizione.

In conclusione di questa rapida disamina dei motivi per cui, in via generale, mi sembra di escludere che l'art. 2645 *ter* cod. civ. possa validamente proporsi quale norma per l'impresa, vorrei infine rilevare che, se si parte dal dato testuale, cercando di non farsi condizionare dal dibattito in corso da anni sui vincoli di destinazione e sui diversi ambiti in cui sono andati ad incidere, credo possa affermarsi con una certa sicurezza che il legislatore, al quale non può certo attribuirsi particolare consapevolezza nell'immaginare gli scenari successivi all'entrata in vigore della norma, mai abbia ritenuto di introdurre un istituto di tale dirimente novità nell'ambito delle regole che disciplinano l'impresa.

Il fatto che la norma, per lo meno sul versante di una sicura opponibilità, si applichi testualmente solo ai beni immobili o mobili registrati(23), il limite tem-

Note:

(21) Sia in caso di patrimoni destinati che di scissione è, infatti, prevista l'opposizione dei creditori ai sensi degli artt. 2447 *quater* e 2506 *ter* cod. civ., mentre la tutela dei creditori in ipotesi di destinazione patrimoniale mediante costituzione di società unipersonale da parte dell'imprenditore è lasciata alla ordinaria disciplina della revocatoria.

(22) Nel mondo bancario sono emerse notevoli preoccupazioni in seguito all'entrata in vigore della norma, come anche espresse da C. Fratta Pardini, Presidente dell'Associazione Nazionale delle Banche Popolari, Il nuovo art. 2645 *ter* del codice civile (le preoccupazioni del mondo bancario), relazione presentata al Convegno organizzato dalla Fondazione del Notariato svoltosi in Rimini il 1° luglio 2006 [*supra*, nota 6], il quale si spinge a prevedere che le banche potrebbero chiedere ai clienti una puntuale informativa sulla loro volontà di vincolare beni con negozi di destinazione, sanzionando l'inadempienza con la revoca degli affidamenti, e mette altresì in risalto i possibili problemi che potrebbero nascere dall'ipoteca che andasse a gravare beni vincolati, che potrebbe garantire solo debiti contratti per lo scopo.

(23) Secondo M. Bianca – M. D'Errico – A. De Donato – C. Priore, L'atto notarile di destinazione, Milano, 2006, p. 34, "l'unico limite che la norma sembra evidenziare è riconducibile alla possibilità di destinare solo beni per i quali possa essere reso noto il vincolo destinatario, onde garantire i terzi ed i creditori". Ne consegue, sempre per gli stessi autori, che "la disciplina del trasferimento della partecipazione nella "nuova" società a responsabilità limitata e la funzione di regola di conflitto tra più acquirenti svolta dal terzo comma dell'art. 2470 c.c., con la scelta di affidare al registro delle imprese un ruolo simile a quello della pubblicità immobiliare, consentono di optare per la destinabilità delle quote sociali nel-

l'ambito procedimentale della nuova norma". In senso conforme P. Petrelli, La trascrizione degli atti di destinazione, Riv. dir. civ., 2006, II, 178. Non mi sentirei di concordare con questa tesi, pur così autorevolmente espressa, in primo luogo perché esigenze di prudenza in questa materia dovrebbero far propendere per l'opponibilità del vincolo alle sole ipotesi letteralmente disciplinate dall'art. 2645 *ter* (quindi beni mobili o mobili registrati), in secondo luogo perché l'art. 2470, terzo comma cod. civ. limita il suo ambito applicativo solo al conflitto fra più aventi causa dallo stesso autore, senza nulla dire – come invece l'art. 2645 *ter* cod. civ. – sugli effetti del pignoramento in relazione al principio posto dall'art. 2915 cod. civ.

Infatti, è stato osservato, all'indomani della pubblicazione della riforma societaria (cfr. M. Maltoni, La riforma della società a responsabilità limitata, Milano, 2003, p. 184 s. e, in particolare, p. 194) come "oggi nulla sia cambiato: l'introduzione della norma del terzo comma dell'art. 2470 c.c. non vale di per sé a scalfire i principi e le regole, immutate, proprie della pubblicità commerciale, quali risultanti dagli artt. 2188 c.c. e ss. [...] L'art. 2470 c.c. si limita ad assegnare al fatto dell'iscrizione il valore di coelemento tramite il quale si stabilisce la prevalenza fra più acquirenti da un medesimo dante causa [...] [con] piena assimilazione della fattispecie prospettata nell'art. 2740 c.c. alle altre ipotesi di acquisto a non domino di beni mobili", dove l'iscrizione dell'atto di cessione sostituisce la "situazione estrinseca rilevante nell'ambiente sociale" che per i beni mobili non registrati è data dal possesso.

Ne consegue che le quote sociali, sia pure in un contesto dominato da norme che sembrano assimilarle ai beni mobili registrati, restano beni mobili per ciò che riguarda le regole della loro trasmissione, non essendo rinvenibile, come per gli immobili o i mobili registrati, per i quali oltretutto il requisito della buona fede non trova alcun riscontro, neppure un principio di continuità delle iscrizioni.

È stato inoltre osservato (ancora M. Maltoni, La riforma [*supra*, in questa nota]) che il pignoramento di quote sociali, come disciplinato dall'art. 2471 cod. civ., si realizza con duplice modalità, ognuna delle quali assolve ad un diverso compito: la notifica e l'iscrizione a libro soci "ad elemento di interferenza sul piano dell'organizzazione societaria" rivolte quindi all'organo amministrativo perché non proceda a successive annotazioni di trasferimenti di partecipazioni per non legittimare soggetti diversi dal pignorato all'esercizio dei diritti sociali, mentre l'iscrizione del pignoramento nel Registro delle Imprese ha la funzione di attribuire rilievo alla vicenda della cessione sul piano dei rapporti con i terzi. In definitiva l'iscrizione del pignoramento conseguirebbe l'effetto di non potere più considerare in buona fede chiunque acquisti la quota in un momento successivo, facendo quindi venire meno tale requisito, espressamente considerato dall'art. 2913 cod. civ. Quindi, sempre per la stessa dottrina, le quote di s.r.l. non sono considerabili come beni mobili registrati (con quanto ne conseguirebbe – in caso contrario – circa la loro assimilazione ai beni immobili in questa materia, e quindi anche l'estensione analogica della disciplina di cui all'art. 2645 *ter* cod. civ.) e ad esse deve ritenersi applicabile la regola dell'art. 2914, n. 4 cod. civ. che prevede l'opponibilità al creditore pignorante di un atto di trasferimento se sia stato trasferito il possesso, dove il trasferimento del possesso – appunto quale elemento di estrinseca rilevanza – viene sostituito dalla iscrizione dell'atto di cessione nel Registro delle Imprese.

Non hanno quindi effetto nei confronti del creditore pignorante le alienazioni delle partecipazioni che non siano state iscritte nel Registro delle Imprese, salvo che risultino avere data certa. Considerato che l'art. 2470 prevede per la cessione di quote per lo meno la scrittura privata autenticata (quindi di data certa), ne consegue che l'acquirente prevarrà sul creditore pignorante che non abbia ancora effettuato la pubblicità nel Registro delle Imprese, senza che per questo, però, possa attribuirsi alla iscrizione del pignoramento la stessa efficacia costitutiva della pubblicità immobiliare. Insomma, mi sembra che assimilare gli effetti dell'art. 2645 *ter* cod. civ., che si riconnettono all'operatività del principio di cui all'art. 2644 cod. civ., a quelli degli artt. 2470 e 2471 cod. civ., la cui funzione, come abbiamo visto, si discosta notevolmente dalla disciplina in materia di beni immobili e mobili registrati, può dar luogo a più di una perplessità in punto di sicura opponibilità, che è certa solo per immobili e mobili registrati.

Questo non vuol dire che non siano stipulabili validi negozi di destinazione che coinvolgano beni diversi, ed eventualmente anche quote sociali, ma solo che essi non saranno opponibili ai creditori del disponente, per il semplice motivo che non esiste una norma che lo preveda, il che ne sancirebbe probabilmente l'inutilità.

Saggi

porale sia di novanta anni o sia commisurato alla vita della persona fisica beneficiaria, che non sia prevista alcuna surrogazione del vincolo in caso di trasformazione dei beni (elemento questo comprensibilmente fondamentale nella disciplina dei patrimoni destinati), non può che far ritenere che il legislatore abbia probabilmente avuto presente tutto fuor che l'impresa, nel cui statuto, infatti, le ipotesi di separazione conseguenti a destinazione, sono disciplinate con specifico riguardo al particolare ambito in cui devono operare.

§ 8. Ipotesi di possibile destinazione in ambito di impresa.

Escluso quindi che l'imprenditore individuale o collettivo possa utilizzare l'art. 2645 *ter* per destinare una parte del suo patrimonio ad un "ramo di attività" o a un singolo affare⁽²⁴⁾, non è tuttavia detto che non possano essere individuate alcune ipotesi di destinazione che si pongano non in concorrenza, ma al di fuori dei casi di destinazione imprenditoriale specializzata, necessariamente regolati da quello "statuto"⁽²⁵⁾.

Il taglio casistico di questo convegno mi impone di concludere con una serie di ipotesi di destinazione nel mondo dell'impresa da esaminare alla luce di quanto puntualizzato nel corso di questo intervento⁽²⁶⁾.

1) Una società vuole destinare i frutti di un suo immobile alla creazione di una rete commerciale per il "commercio equo e solidale". La destinazione è meritevole, non c'è dubbio, i mezzi probabilmente anche. Resta però il fatto che anche qui il "patrimonio destinato ad uno specifico affare" disciplinato dall'art. 2447 *bis* e le norme che lo disciplinano stanno sullo sfondo a dirci quali sono i limiti soggettivi ed oggettivi in cui ci possiamo muovere, perché la destinazione dei frutti dell'immobile è ad un affare, solidale quanto si vuole, ma sempre un affare.

2) Un terzo destina un suo immobile ad una società farmaceutica quale sede per le ricerche su una particolare malattia. Anche qui lo scopo è meritevole, con certezza, ma qui l'impresa è beneficiaria della destinazione e non disponente e quindi siamo fuori dal tema che mi ero prefisso di esaminare perché la destinazione non è effettuata da un imprenditore, pur essendo qui ipotizzabile un negozio di destinazione.

3) Una società che si occupa di energie alternative destina un suo capannone alle ricerche sull'auto non inquinante. La destinazione, intesa come classe

Note:

(24) M. Bianca – M. D'Errico – A. De Donato – C. Priore, L'atto notarile [*supra*, nota 23], p. 18, sembrano invece concludere in senso opposto poiché inseriscono l'attività di impresa, citando espressamente l'art. 2447 *bis*, fra quelle classi di interessi in cui il giudizio di meritevolezza sarebbe stato già fatto positivamente dal legislatore, con questo implicitamente ammettendo che un'impresa possa destinare parte del proprio patrimonio al di fuori delle regole dell'art. 2447 *bis* cod. civ. Gli autori proseguono poi citando l'impresa sociale ed i campi di attività in cui tale impresa può operare, come ampliamento delle ipotesi di sicura destinazione negoziale. Ciò è sicuramente condivisibile se ci si arresti solo a considerare l'accettabilità sociale di una tale destinazione, cioè si guardi all'impresa sociale come "catalogo" per lo scrutinio dell'interesse (come suggerito da P. Spada, Relazione [*supra*, nota 1]), senza però trarne conclusioni circa la possibilità di farne oggetto di qualsiasi negozio di destinazione da parte di qualsiasi soggetto, andando così a sconvolgere la tipicità in senso soggettivo dei vincoli di destinazione, così come definiti dalla stessa M. Bianca, L'atto di destinazione [*supra*, nota 4].

(25) Per il trust della Convenzione de L'Aja (cioè quello i cui effetti sono riconosciuti in Italia) la questione è diversa perché ordinariamente la c.d. separazione dal patrimonio del disponente è conseguente ad un atto di trasferimento, essendo infatti da molti messo in dubbio che il c.d. trust auto-dichiarato, pur praticatissimo negli ordinamenti anglosassoni, possa stare sotto l'ombrello protettivo della Convenzione. Il problema finisce per essere quindi più quello della separazione dal patrimonio del trustee. Soccorre a questo proposito la legge applicabile, regolante la fattispecie per espresso richiamo della norma convenzionale, secondo la quale, a prescindere dalla natura dei beni in trust, il patrimonio in trust deve intendersi separato da quello del trustee. Vi possono essere anche per il trust rilevanti problemi di pubblicità del vincolo, soprattutto in un paese come il nostro che non la prevede espressamente, ma direi che mentre per il trust (non auto-dichiarato) il problema della opponibilità ai creditori del disponente del vincolo si pone nello stesso modo risolto dal nostro ordinamento per i negozi dispositivi, quello della opponibilità ai creditori del trustee è solo un problema di conoscenza dell'esistenza del trust da parte dei terzi, quindi di pubblicità notizia, la cui eventuale mancanza può essere sostituita dalla prova della effettiva conoscenza. Questo perché, come ho avuto modo di rilevare in altro luogo (F. Steidl, Trascrizione di atti attributivi di beni immobili ai trustee – I, in questa Rivista, 2002, 350, a p. 351) per i terzi creditori del trustee che entrano in contatto con un bene, di qualsiasi tipo, la semplice conoscenza che trattasi di bene in trust, fa scattare la disciplina legale (della legge straniera applicabile) che fa sì che il bene debba essere considerato "segregato" all'interno del suo patrimonio, senza alcun riguardo per lo scopo. In sostanza, l'evidenziazione dell'esistenza del trust ai sensi dell'art. 12 della Convenzione de L'Aja non genera opponibilità dello scopo, che resta completamente rimessa alla dinamica delle obbligazioni assunte dal trustee ed alla sua responsabilità nei confronti dei beneficiari, ma solo e soltanto separazione di patrimoni, e tanto basta per il riconoscimento di tale effetto del trust nel nostro ordinamento.

La prospettiva del 2645 *ter* cod. civ. mi sembra invece diversa, dal momento che lo scopo della destinazione assurge ad elemento fondante dello sbarramento che preclude ai creditori generici di soddisfarsi sui beni del disponente. Quindi il creditore del disponente, dal momento che i beni destinati possono essere oggetto di esecuzione solo per debiti contratti per tale scopo, deve potere conoscere il contenuto del vincolo che gli viene opposto, attraverso una pubblicità che tenga conto e descriva il contenuto del vincolo. Peralto anche dalla recente circolare dell'Agenzia del Territorio n. 5/2006 emergono chiaramente le difficoltà di modellare l'esecuzione della formalità (che ne dovrebbe essere appunto il fulcro) al fine di rendere opponibile lo scopo ai creditori del disponente. La circolare è disponibile in M. Bianca – M. D'Errico – A. De Donato – C. Priore, L'atto notarile [*supra*, nota 23], p. 97 e in questa Rivista, 2007, 131.

(26) I primi cinque esempi sono scaturiti dalla discussione durante i lavori della Commissione "Vincoli di destinazione" istituita dal CNN in preparazione dei convegni di Rimini e Catania e dai suggerimenti dei suoi componenti.

di interessi cui fa riferimento, è meritevole, ma proviamo a modificare la “colorazione” della destinazione facendo lo stesso esempio, ma con una società che destina un suo capannone all’assemblaggio di componenti per auto sportive. È chiaro che l’attività “energie alternative” e “ricerca” fanno ritenere meritevole (in senso solamente metagiuridico) ciò che evidentemente non è.

4) Un’impresa destina un’area a parcheggio pubblico. Forse qui non siamo di fronte ad una destinazione d’impresa, e quindi la strada del negozio *ex art. 2645 ter cod. civ.* potrebbe anche essere percorribile, ma mi sembra che già norme di carattere pubblicitico in materia di *standard* urbanistici prevedono tali destinazioni, per cui sarà difficile che gli enti territoriali accettino di modificare (e poi perché?) la prassi amministrativa che già impone la stipula di convenzioni.

5) Una persona trasferisce alla società Alfa s.r.l. un terreno edificabile perché sia destinato alla costruzione di tre appartamenti per i propri figli(27). Anche qui mi sembra che si torni al punto da cui siamo mossi: se la costruzione del fabbricato si realizza dopo il trasferimento dell’area, l’impresa dovrebbe dotarsi di una contabilità e gestione differenziata, che tendano a separare il “ramo” dal resto dell’attività, compendosi quindi la assimilazione all’ipotesi del patrimonio destinato, che abbiamo visto essere fattispecie soggettivamente inderogabile. Forse l’unico modo per raggiungere una soddisfacente realizzazione degli interessi potrebbe essere quello di trasferire il terreno all’imprenditore, già vincolato allo scopo dal disponente, allo stesso modo in cui si potrebbe trasferirgli un bene ipotecato. Se ammettiamo la meritevolezza di una simile destinazione, che ha ben poco di superindividuale, la cosa potrebbe funzionare, ma si può replicare che qui non si tratta di destinazione d’impresa in senso stretto, perché il vincolo è apposto dal disponente che non è un imprenditore, anche se l’operazione è funzionale alla successiva realizzazione dell’opera.

Per l’ultimo esempio è necessaria una brevissima premessa. Un fenomeno analogo a quello della destinazione che stiamo esaminando si verifica quando una società commerciale istituisce una fondazione per scopi direttamente non imprenditoriali utilizzando parte del suo patrimonio per la dotazione. Questo patrimonio, una volta che la fondazione abbia ottenuto la personalità giuridica, resta insensibile alle vicende creditorie della società fondatrice, attraverso

un procedimento di “entificazione” dello scopo(28). Lo stesso potrebbe però ben accadere per mezzo di un negozio di destinazione: una società commerciale potrebbe decidere di destinare un insieme di immobili di sua proprietà ad abitazioni per i suoi operai ed impiegati, magari a margine di un accordo sindacale, seguendo lo schema dell’art. 2645 *ter cod. civ.*; istituire una fondazione potrebbe rivelarsi impresa eccessiva, per la necessità di dotarsi di organi amministrativi distinti, di trasferire il patrimonio ad altro soggetto per un tempo indeterminato, dei costi di gestione e del controllo che l’autorità esercita sull’amministrazione. Lo scopo è certamente meritevole di tutela, sia sotto il profilo del contenuto dell’utilità selezionata, sia sotto il profilo della adeguatezza dei mezzi per il fine. Si tratta di una ipotesi che fuoriesce completamente dalla previsione del patrimonio destinato di cui agli artt. 2447 *bis* e seguenti, perché il fine non è di impresa, individua un interesse che appartiene ad una classe(29) diversa da quelle già tipizzate dalla legge, non è “soggettivamente tipico”(30), cioè l’uso di questo strumento di destinazione non è consentito solo ad alcuni soggetti (come nei patrimoni destinati) e quindi può ben trovare applicazione attraverso la stipula di un negozio ai sensi dell’art. 2645 *ter cod. civ.*

Per ipotesi del genere, sia pure residuali, si potrebbe recuperare l’operatività e l’efficacia della norma in commento anche per il mondo dell’impresa.

§ 9. Interessi riferibili ad altri enti.

Quando si parla di “altri enti” in riferimento alla norma dell’art. 2645 *ter* non si può fare a meno di pensare a quell’insieme di organizzazioni, pubbliche e private, che vengono comunemente oggi incluse nel

Note:

(27) Chi ritiene che l’art. 2645 *ter* sia dettato solo in ambito di “autonomia della solidarietà” potrebbe non giudicare valido un atto in cui l’unico vantaggio sia quello del disponente o di un suo familiare.

(28) M. Nuzzo, Atto di destinazione [*supra*, nota 2], rileva che dopo l’entrata in vigore del D.P.R. 10 febbraio 2000, n. 361, che ha introdotto la nuova disciplina del riconoscimento delle persone giuridiche private, queste possano acquisire la personalità giuridica previo accertamento che lo scopo sia possibile e lecito e che il patrimonio risulti adeguato alla realizzazione dello scopo stesso, con abbandono dell’impostazione secondo la quale la limitazione della responsabilità era giustificata solo dall’interesse pubblico.

(29) La definizione è di M. Nuzzo, Atto di destinazione [*supra*, nota 2].

(30) La definizione è di M. Bianca, L’atto di destinazione [*supra*, nota 4].

Saggi

c.d. “terzo settore” e che di recente ha incontrato sempre maggiore attenzione da parte del legislatore, soprattutto fiscale, nel tentativo di regolare settori di attività economica, anche assai rilevanti, che in passato erano costretti nella scarsa disciplina del libro primo del codice civile.

Oggi la sempre maggior commistione di soggetti economici in relazione alle cause (lucrative e non lucrative) fa sì che non abbia più molto senso distinguere i soggetti in base a tale criterio, una volta strettamente condizionante, tanto che il legislatore della riforma societaria ha introdotto la possibilità di passare alternativamente dal modello causale lucrativo a quello non lucrativo, e viceversa, attraverso la trasformazione c.d. eterogenea, secondo un meccanismo che solo pochi anni fa avrebbe sollevato non poche perplessità dogmatiche(31).

Né oggi è messa in discussione la possibilità per un ente c.d. *no-profit* di gestire un'attività di impresa, anche in forma organizzata: il vero discrimine non è quindi più quello strutturale, nel senso che non necessariamente ad un soggetto che svolge attività economica deve corrispondere un determinato modello causale.

Infatti sia le società, soprattutto da quando sono state disciplinate la c.d. “impresa sociale”(32) e la società sportiva dilettantistica(33), che le associazioni o le fondazioni possono svolgere sostanzialmente la stessa attività indirizzata a scopi non lucrativi. Il discrimine sta quindi, e soltanto, nella circostanza – da accertarsi in concreto – che al conseguimento di utili corrisponda o meno una loro distribuzione agli associati.

Fatta questa premessa, resta da verificare quale sia l'ordinario schema di responsabilità che i creditori si trovano a fronteggiare quando entrano in rapporto con un ente di questo tipo(34). Soccorrono in proposito le scarse norme del codice civile che connettono alla assunzione della personalità giuridica(35), e quindi alla soggettivizzazione dell'ente, conseguenze rilevanti in ordine alla sua autonomia patrimoniale, mentre nelle associazioni non riconosciute il fondo comune, cioè il patrimonio dell'ente, risponde delle obbligazioni in solido con chi ha agito.

Se questo è lo schema di responsabilità, qualsiasi deviazione da esso si pone quale norma eccezionale e quindi va analizzata con questo criterio.

La disciplina dell'impresa sociale, con l'art. 6, primo comma del D. Lgs. 24 marzo 2006, n. 155 ha introdotto una nuova ipotesi di responsabilità limitata,

cioè di autonomia patrimoniale perfetta. Non si possono però confondere i piani in cui opera questa normativa, destinata a regolare un aspetto nuovo dell'impresa con fini solidaristici, e la fattispecie disciplinata dall'art. 2645 *ter* cod. civ., perché la prima aggiunge alle regole proprie di ciascuna organizzazione il “beneficio” della responsabilità limitata in presenza di taluni requisiti, evidentemente con riguardo a quelle organizzazioni la cui struttura non preveda già la personalità giuridica, mentre l'art. 2645 *ter* disciplina solo l'ipotesi in cui un soggetto (il c.d. “conferente”) proceda alla separazione dal suo patrimonio di un bene particolare per uno scopo. Insomma, nella fattispecie dell'impresa sociale non è riscontrabile alcun fenomeno di separazione patrimoniale in senso stretto, che è invece il dato caratterizzante della destinazione.

È comunque certo che se, in via generale, come parte della dottrina(36) ritiene, lo scopo è meritevole solo se è riconoscibile una spinta solidaristica o comunque superindividuale, il c.d. terzo settore sia l'ambito di elezione per questo tipo di negozi.

Note:

(31) L'unico limite posto dalle norme in materia di trasformazione eterogenea appare essere quello che impedisce alla associazione che abbia ricevuto contributi pubblici o liberalità dal pubblico di trasformarsi in società di capitali.

(32) Con il D. Lgs. 24 marzo 2006, n. 155 in attuazione della legge 13 giugno 2005, n. 118. Va notato, a tal proposito, che la nuova impresa sociale ha introdotto una nuova ipotesi di responsabilità limitata, differenziata da quelle già conosciute: infatti l'art. 6 primo comma dispone che “Salvo quanto già disposto in tema di responsabilità limitata per le diverse forme giuridiche previste dal libro V del codice civile, nelle organizzazioni che esercitano un'impresa sociale il cui patrimonio è superiore a ventimila euro, dal momento della iscrizione nella apposita sezione del registro delle imprese, delle obbligazioni assunte risponde soltanto l'organizzazione con il suo patrimonio”. Questo significa che l'organizzazione i cui requisiti corrispondano a quelli stabiliti dalla legge speciale, e che venga iscritta in apposita sezione del registro delle imprese, acquista quella autonomia patrimoniale perfetta, che altrimenti è riservata solo alle persone giuridiche.

(33) Introdotte con la legge 27 dicembre 2002, n. 289 e poi modificate dall'art. 4, commi 6-*bis*, 6-*ter* e 6-*quater*, aggiunti durante l'iter di conversione del decreto-legge 22 marzo 2004, n. 72, approvato definitivamente dalla legge 21 maggio 2004, n. 128.

(34) Parla di autonomia patrimoniale perfetta P. Trimarchi, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2003, p. 69 quale insensibilità del patrimonio del singolo partecipante ai debiti dell'ente e insensibilità del patrimonio dell'ente ai debiti del singolo partecipante.

(35) Per una puntuale rassegna dei modi di acquisto della personalità giuridica cfr. F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato* [*supra*, nota 3], p. 147 e s.

(36) F. Gazzoni, *Osservazioni* [*supra*, nota 5], parla di interesse superindividuale e socialmente utile, P. Spada, *Relazione* [*supra*, nota 1], di “autonomia della solidarietà”.

Anche qui il requisito della meritevolezza dovrà essere interpretato con il canone della adeguatezza dei mezzi al fine, ma certamente una fondazione potrà articolare una parte del proprio patrimonio per uno scopo che intenda perseguire anche attraverso il “valore aggiunto” della separazione patrimoniale. Gli esempi possono essere innumerevoli(37), purché non si ricada nella destinazione di impresa cui è dedicata la prima parte di questa relazione.

In quest’ultimo caso, infatti, l’articolazione del patrimonio della persona (giuridica o meno che sia) per una attività di impresa, appare percorribile solo attraverso le forme tipizzate dal nostro ordinamento, che prevedono precisi schemi di responsabilità in relazione a specifiche obbligazioni a carico dell’imprenditore(38). Ne consegue che una associazione o una fondazione che esercitano attività imprenditoriale risponderanno delle obbligazioni che sorgono da detta attività, necessariamente con tutto il loro patrimonio, alla stessa stregua dell’imprenditore individuale, non potendosi separare l’attività di impresa, al fine di conseguire un diverso grado di responsabilità nei confronti dei creditori, se non con la creazio-

ne di un soggetto differenziato, attraverso la costituzione di una società unipersonale, o anche di una separata organizzazione, e questo perché anche l’ente non commerciale che svolge attività di impresa è soggetto allo stesso statuto generale dell’imprenditore(39).

Note:

(37) Come la destinazione di un immobile a casa per disabili o anziani o a centro di recupero per tossicodipendenti, a luogo di culto, a sede permanente di esposizioni, ecc.

(38) Se l’organizzazione che gestisca un’impresa sociale voglia godere del beneficio della responsabilità limitata dovrà, oltre che prevedere statutariamente alcuni requisiti, sottoporsi ad una pubblicità che inizia dalla denominazione cui deve essere aggiunta la qualifica di impresa sociale, fino all’apposita iscrizione in sezione speciale del registro delle imprese, in mancanza della quale non scatta il beneficio. Ma va rimarcato che la responsabilità limitata è relativa al patrimonio dell’ente nel suo complesso, che risponderà comunque di tutte le obbligazioni derivanti dall’attività dell’impresa sociale, senza che tale attività possa essere “articolata” e differenziata da quella dell’ente che la svolge. Anche in questo campo si vede come eventuali destinazioni *ex art. 2645 ter cod. civ.*, ben potendo riguardare beni determinati dell’ente non potranno avere ad oggetto una attività imprenditoriale.

(39) Cfr. G. Baralis, *Enti non profit: profili civilistici*, Riv. not., 1999, I, 1091.

I trust liberali alla luce della nuova “imposta sulle gratuità”

di Francesco Montanari

Nell'ambito di un trust liberale, l'atto attributivo di beni dal disponente al trustee non sembra assoggettabile alla nuova imposta sulle “gratuità”. Tale assunto poggia, essenzialmente, sul fatto che il trustee non ottiene alcun incremento del proprio patrimonio e, pertanto, non manifesta alcuna attitudine alla contribuzione. Qualora ne ricorrano i presupposti, costituirà, invece, una operazione rilevante ai fini della applicazione del tributo alla successiva attribuzione patrimoniale posta in essere nei confronti dei beneficiari finali del trust.

§ 1. Le implicazioni tributarie dei trust liberali: le linee interpretative “tradizionali”.

I profili fiscali dei trust liberali(1) sono, da sempre, oggetto di ampio dibattito sia in dottrina sia nella prassi amministrativa. Quest'ultima, in particolare, ha assunto, nel corso degli anni, una posizione “altalenante”: in particolare, si sono susseguite diverse linee interpretative dettate, prevalentemente, da esigenze di tutela dell'interesse fiscale piuttosto che da una effettiva “consapevolezza” in merito alla qualificazione giuridica dell'istituto.

Tuttavia, in seguito all'abolizione del tributo sulle donazioni di qualche anno addietro(2), l'interesse per i profili della fiscalità indiretta sembrava essersi parzialmente attenuato ed è maturata la consapevolezza che il trust non sia uno strumento “evasivo” od elusivo, ma che costituisca un istituto atipico mediante il quale selezionare e salvaguardare interessi meritevoli di tutela – per altro non necessariamente ed esclusivamente di natura patrimoniale – che gli istituti tradizionali del nostro ordinamento non sono in grado di tutelare efficacemente. È, altresì, significativo in tal senso il fatto che proprio nel periodo in cui il tributo sulle successioni e sulle donazioni non ha avuto “cittadinanza” nel nostro ordinamento si sia avuto il maggiore sviluppo del trust, specialmente in ambito familiare(3), settore nel quale, per evidenti ragioni, il problema delle implicazioni tributarie del

“passaggio generazionale della ricchezza” è particolarmente sentito.

Attualmente, tuttavia, la questione è tornata di preminente interesse, in quanto l'imposta sulle successioni e sulle donazioni è stata reintrodotta ed è, altresì, di tutta evidenza che il presupposto oggettivo del tributo è stato sensibilmente ampliato (v. *infra*, § 2).

Occorre, pertanto, una attenta riflessione in merito alla qualificazione giuridica degli atti posti in essere “nel contesto” di una operazione di trust, posto che, come è noto, il dibattito dottrinale è stato, tradizionalmente, incentrato sulla problematica del regime tributario dell'atto attributivo dei beni dal disponente al trustee e delle successive attribuzioni patrimoniali ai beneficiari poste in essere da quest'ultimo.

Se è vero che, a tutt'oggi, appare superata la tesi che individua nell'atto di istituzione del trust una donazione(4), la “disputa teorica” riguardante i profili tributari del trust è tutt'altro che sopita e si con-

Note:

Francesco Montanari è avvocato e dottore commercialista in Bologna.

(1) Sulla distinzione tra le diverse categorie di trust, v. G. Semino, Trust liberali e trust commerciali, in questa Rivista, 2006, 191, e in Corriere trib., 2006, 314.

(2) Legge 18 ottobre 2001, n. 383. Sul punto, v. A. Fedele, Il regime fiscale di successioni e liberalità, Riv. dir. trib., 2003, I, 800; S. Ghinassi, Primi appunti sulla nuova “imposta sulle donazioni”, Rass. trib., 2003, 57; Id., L'abolizione dell'imposta sulle successioni e donazioni, Riv. dir. trib., 2005, I, 315; V. Mastroiacovo, Considerazioni relative all'entrata in vigore della riforma dell'imposta sulle successioni e sulle donazioni, Riv. dir. trib., 2001, I, 597. Sul punto, v. anche l'approfondito studio della Commissione Studi Tributarie del notariato, Studio n. 90/2001/T, “Il nuovo regime delle successioni e delle donazioni e liberalità tra vivi”.

(3) Sul punto, v., specificamente, tra gli altri, F. Patti, I trusts: utilizzo nei rapporti di famiglia, Vita not., 2003, III, 3.

(4) Tesi sostenuta, tuttavia, da Comm. Trib. Prov. Treviso, 29 marzo 2001, in questa Rivista, 2002, 419, e in Dir. e pratica trib., 2002, II, 270 (nota F. Montanari), secondo la quale si sarebbe “in presenza di un atto che, pur avendo una causa giuridica particolare, realizza comunque lo scopo economico che caratterizza una donazione definita come contratto col quale, con spirito di liberalità, una parte arricchisce l'altra, disponendo a favore di questa un suo diritto o assumendo verso la stessa una obbligazione, come stabilito dall'art. 769 c.c.”. Tale posizione era stata già sostenuta dal Secit, Delibera 11 maggio 1998, n. 37, La circolazione dei
(Segue)

trappengono, sostanzialmente, due tesi⁽⁵⁾: l'una che ravvisa due "momenti" impositivi fiscalmente rilevanti e distinti, in base alla quale, pertanto, troverebbe applicazione l'imposta proporzionale di registro sia all'atto di trasferimento dei beni dal disponente al trustee, sia alla successiva attribuzione ai beneficiari; l'altra tesa a valorizzare esclusivamente, sotto il profilo degli effetti tributari, quest'ultimo trasferimento.

La "tradizionale" posizione ministeriale era orientata nel senso di una ricostruzione unitaria dell'istituto del trust liberale, ritenendo applicabile all'atto istitutivo il tributo di registro in misura fissa e "posticipando", conseguentemente, il momento impositivo alla successiva attribuzione ai beneficiari⁽⁶⁾; oggi, viceversa, prevale, la tesi opposta, maggiormente ispirata al rigore fiscale.

L'Agenzia delle Entrate, infatti, con una nota in risposta ad una istanza d'interpello⁽⁷⁾ ha esplicitamente affermato che l'atto attributivo di beni "da parte del disponente non può essere qualificato quale atto di liberalità indiretta e, quindi, non sussistono i presupposti necessari per l'applicazione del regime previsto per le donazioni": l'Agenzia è, infatti, del parere "che [...] trovi applicazione l'art. 9 della Tariffa allegata al D.P.R. 26 aprile 1986, n. 131⁽⁸⁾, secondo cui, in via residuale, per "gli atti diversi da quelli altrove indicati aventi per oggetto prestazioni aventi un contenuto patrimoniale" si applica l'imposta di registro nella misura proporzionale del tre per cento". L'Agenzia, pertanto, giunge a tale conclusione sulla base di una asserita "patrimonialità" dell'atto di istituzione del trust e ritiene che la medesima qualificazione debba essere attribuita al successivo trasferimento dal trustee ai beneficiari⁽⁹⁾.

Tale tesi, come è stato evidenziato da più parti⁽¹⁰⁾, limitatamente al trust liberale, non sembra condivisibile stante, da un lato, l'assenza di patrimonialità dovuta al mancato "ingresso" dei beni che formano il *trust fund* nel patrimonio del trustee, dall'altro, dalla assenza di qualunque profilo di corrispettività nell'atto di istituzione del trust, essendo, quest'ultimo, a titolo gratuito. Proprio in relazione a tale ultimo profilo, la riconducibilità dell'atto istitutivo di trust nell'ambito di applicazione dell'art. 9 della Tariffa porrebbe non pochi problemi in termini di determinazione della base imponibile posto che, come recita l'art. 43 del D.P.R. 26 aprile 1986, n. 131, "per i contratti diversi da quelli indicati nelle lettere precedenti, aventi per oggetto prestazioni a

contenuto patrimoniale" – ove il rinvio è, essenzialmente, agli atti contenuti nel menzionato art. 9 – occorre considerare i "corrispettivi in danaro pattuiti". È appena il caso di evidenziare, che, al contrario, nessuna norma del D.P.R. 26 aprile 1986, n. 131 sembra legittimare l'applicazione del criterio del valore normale per la determinazione della base imponibile relativamente agli atti a titolo gratuito. Da una interpretazione sistematica delle suddette disposizioni si potrebbe, pertanto, concludere per la impossibilità di ricondurre gli atti a titolo gratuito nell'alveo del menzionato art. 9.

La posizione della giurisprudenza di merito è di ben altro avviso rispetto alla tesi della Agenzia, non

Note:

(Continua nota 4)

trusts esteri in Italia, nonché da G. Palumbo, Pianificazione fiscale dei trusts alla luce della giurisprudenza italiana e svizzera, Fisco, 1999, 11655. È opportuno menzionare che la sentenza della Commissione Tributaria provinciale di Treviso citata è stata totalmente riformata dalla Comm. Trib. Reg. Venezia, 23 gennaio 2003, in questa Rivista, 2003, 253 commentata da P. Rotondo – E. Senini – E. Lizza, Profili donativi nel trasferimento al trustee di un trust liberale, *ivi*, 2003, 371.

(5) Oltre a queste occorre dar conto di una ulteriore tesi recentemente sostenuta, ma che non appare pienamente condivisibile, in base alla quale l'atto di istituzione del trust sarebbe equiparabile ad un atto di conferimento: "il trasferimento patrimoniale coinvolge non la relazione settlor – trustee, ma quella che intercorre tra il settlor ed il trust, inteso come soggetto di diritto. E tanto perché il trustee riveste esclusivamente un ruolo di gestione del patrimonio che è e resta del trust, in quanto completamente separato dal patrimonio personale del suo gestore, con la conseguenza che solo sul patrimonio del trust riverberano effetti gli atti compiuti dal trustee nell'espletamento del suo incarico [...] Verificato che l'atto di trasferimento intercorre tra il settlor e il soggetto impersonale trust e che ha lo scopo di dotare quest'ultimo di un patrimonio autonomo, segregato rispetto a quello del suo gestore, evidentemente esso va ricondotto nel novero degli atti di conferimento". Così A. Salvati, Profili fiscali del trust, Milano, 2004, p. 272. Tale tesi, tuttavia, non sembra da condividersi in quanto gli atti di "conferimento" sono, tecnicamente, atti a titolo oneroso laddove l'atto attributivo di beni in trust è tipicamente a titolo gratuito.

(6) Dir. Regionale Emilia Romagna, Il trust riconosciuto in Italia. Profili civilistici e fiscali. 2001, Fiducia e trust, allegato a Fisco, 2002, 1271.

(7) Agenzia delle Entrate, Nota del 28 settembre 2004, in questa Rivista, 2005, 294.

(8) Sul punto, v. Aa. Vv., La nuova disciplina dell'imposta di registro: il T.U. n. 131 del 26 aprile 1986 commentato articolo per articolo, a cura di N. D'Amati, Torino, 1989.

(9) In termini analoghi, recentemente, Agenzia delle Entrate – Direzione regionale dell'Emilia Romagna, Fiscalità generale, 2 novembre 2005, in questa Rivista, 2006, 322, e in Corriere trib., 2006, 313 (nota G. Semino).

(10) Per una approfondita ricostruzione delle diverse linee interpretative, v., per tutti, A. Contrino, Trusts liberali e imposizione indiretta sui trasferimenti dopo le modifiche (L. n. 383/2001) al tributo sulle donazioni, Fisco, 2004, 434.

Saggi

ravvisando nell'atto istitutivo di trust alcuna patrimonialità. In particolare, i principî rinvenibili dalle pronunce delle Commissioni tributarie si inseriscono nel solco di quella "corrente" interpretativa, condivisibile e maggioritaria, che individua il regime impositivo degli atti posti in essere nel contesto di un trust in termini unitari, ovvero qualificando la fattispecie impositiva in virtù del risultato finale che il disponente intende raggiungere. Come ha, infatti, osservato una attenta dottrina, se è vero che la struttura complessa del trust può essere "scomposta in una serie di fattispecie negoziali semplici", è altrettanto vero che "ciò non porterà a procedere ad un apprezzamento di tali fattispecie in modo autonomo e svincolato dall'atto da cui traggono titolo e dalla struttura globale dell'istituto cui si riferiscono"(11): in sostanza, "il modello atomistico non convince e sembra inadeguato", dato che il disponente "è animato – nel suo agire – dall'intento di arricchire i beneficiari del trust (come inequivocabilmente risulta dal programma iniziale) e i negozi dispositivi, sia iniziali che finali, sono funzionalmente collegati nella prospettiva del raggiungimento di siffatto scopo"(12).

Appare, in tal senso, degna di particolare apprezzamento una sentenza della Commissione Tributaria di Brescia(13) ove è statuito che l'attribuzione patrimoniale al trustee "ha la sola connotazione di una efficiente ed efficace gestione di risorse patrimoniali al fine di conseguire un futuro previsto beneficio a favore dello stesso disponente o degli individuati aventi diritto". In ragione di ciò, riguardo alla posizione dei beneficiari, "il vantaggio finale sperato non è un diritto ma semplicemente un'aspettativa condizionata dal finale apprezzamento del gestore e dallo sperato mantenimento od incremento dei valori patrimoniali conferiti". Rispetto ad altre pronunce di merito che si sono occupate di tale problematica(14), peraltro, la motivazione di detta sentenza appare particolarmente articolata ed apprezzabile(15).

È chiaro che, se, da un lato, nel momento in cui ci si pone innanzi alle implicazioni tributarie dei trust, le generalizzazioni possono portare a risultati non corretti, stante la poliedricità dell'istituto, dall'altro, appare condivisibile la tesi unitaria, già espressa in altra sede(16), in base alla quale il trust liberale può essere qualificato alla stregua di una donazione indiretta(17). Come si è condivisibilmente evidenziato, infatti, "l'atto di dotazione, in quanto tale, nulla dice sulla causa dell'attribuzione ai beneficiari e si confi-

gura, pertanto, come atto neutro", fiscalmente irrilevante(18).

Diverso discorso vale, naturalmente, per la definitiva attribuzione dei beni ai beneficiari in relazione alla quale è ragionevole individuare il verificarsi della fattispecie imponible. Si è, infatti, posto in luce che tale atto "realizza il vero risultato economico perseguito dal settlor e trasferisce, questa volta definitivamente e pienamente, il diritto di proprietà. Trat-

Note:

(11) A. Contrino, *Trusts liberali* [supra, nota 10], a p. 445, con ampi riferimenti ad autorevole dottrina.

(12) A. Contrino, *Trusts liberali* [supra, nota 10], a p. 466 s.

(13) Comm. Trib. Prov. Brescia, 12 dicembre 2005, n. 205, depositata l'11 gennaio 2006, in questa Rivista, 2006, 424; *Giustizia trib.*, 2007, 45 (nota F. Montanari).

(14) Comm. Trib. Prov. Treviso, 29 marzo 2001, n. 27 [supra, nota 4] e Comm. Trib. Prov. Lodi, 5 novembre 2001, n. 135, in questa Rivista, 2002, 418, e in *Dir. e pratica trib.*, 2002, II, 270 (nota F. Montanari); Comm. Trib. Reg. Venezia, 23 gennaio 2003 [supra, nota 4].

(15) Per un approfondimento in merito, v. F. Montanari, *Il trust nell'ambito dell'imposizione indiretta: arresti giurisprudenziali e novella legislativa*, nota a Comm. Trib. Prov. Brescia, 12 dicembre 2005 [supra, nota 13].

(16) F. Montanari, *Trusts interni disposti inter vivos e imposte indirette: considerazioni civilistiche e fiscali a margine di un rilevante dibattito dottrinale*, *Dir. e pratica trib.*, 2002, I, 384, nonché Id., *Aspetti civilistici e fiscali dei trusts disposti inter vivos: un contrasto giurisprudenziale*, *Dir. e pratica trib.*, 2002, 276.

(17) È stato espressamente osservato che "il trust, se riguardato come fenomeno unitario, appare suscettibile di esprimere la volontà del disponente di attuare una liberalità a favore di soggetto diverso dal trustee". Così A. Giovannini, *Problematiche fiscali del trust*, *Boll. trib.*, 2001, 1125, a p. 1126. Il trust è stato, altresì, qualificato come una "donazione fiduciaria indiretta": "Il disponente realizza il proprio intento di arricchire spontaneamente un terzo (individuato o meno) facendo affidamento sul trustee e sull'obbligo da costui assunto di adempiere alle direttive impartite dal beneficiante medesimo. Cosicché la fiducia riposta nel trustee diviene il perno essenziale che permette il dispiegarsi degli effetti della attribuzione liberale che il settlor si propone di compiere". Così F. Pistolesi, *La rilevanza impositiva delle attribuzioni liberali realizzate nel contesto dei trusts*, *Riv. dir. fin.*, 2001, I, 117, a p. 154. Analogamente, R. Dominici, *Brevi note sull'incidenza della soppressione dell'imposta sulle successioni e donazioni con riguardo alle imposte indirette gravanti sui conferimenti in trust, Fiducia e trust*, allegato a *Fisco* n. 44, 2001, 25. Sul punto, ancora, A. Contrino, *Trusts liberali* [supra, nota 10]; D. Stevanato, *Profili fiscali del trasferimento dei beni e diritti al "Trustee" e ai beneficiari del "trust"*, *Giur. imposte*, 2002, 754; C. Monaco, *Trust: fattispecie ed effetti fiscalmente rilevanti*, *Riv. dir. fin.*, 2002, I, 647. Su tali aspetti, v., per tutti, D. Stevanato, *Donazioni e liberalità indirette nel tributo successorio*, Padova, 2000, p. 186. Per una completa ricostruzione civilistica dell'istituto, v., tra i contributi più recenti, L. Gatt, *La liberalità*, Torino, 2002; G. Vecchio, *Le liberalità atipiche*, Torino, 2002.

(18) E. Cesaro, *Il trust: quale disciplina?*, *Contratti*, 1998, 619, a p. 626 s. Sul punto, v., autorevolmente, A. Fedele, *Destinazione patrimoniale: criteri interpretativi e prospettive di evoluzione del sistema tributario*, in *Aa. Vv.*, *Quaderni romani di diritto commerciale, Destinazione di beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche innovative*, Milano, 2003, p. 291.

tandosi quindi di un trasferimento vero e proprio sotto tutti i profili, pare corretto ritenerlo suscettibile di imposizione fiscale, che andrà ricercata nella causa propria del trasferimento, da individuarsi caso per caso, ma che normalmente sarà donativa [...] con il trattamento tributario corrispondente al negozio che viene posto in essere⁽¹⁹⁾. In termini analoghi si è, esplicitamente, espressa altra parte della giurisprudenza di merito⁽²⁰⁾ laddove si è statuito che l'atto attributivo di beni al trustee deve essere assoggettato ad imposta in misura fissa in quanto "costituisce solo il mezzo per la realizzazione del programma voluto, che è quello di attribuire un vantaggio patrimoniale ai beneficiari finali": al contrario, "può ravvisarsi l'intento di liberalità in favore dei beneficiari al momento del compimento dell'atto dispositivo alla scadenza del trust ed il passaggio dal trustee ai beneficiari è suscettibile di imposizione tributaria".

§ 2. La recente introduzione dell'imposta sulle "gratuità".

Una volta chiarite le caratteristiche essenziali dei trust liberali, le considerazioni che precedono devono essere lette alla luce del recente decreto legge del 3 ottobre 2006, n. 262⁽²¹⁾. Il comma XLVII della legge di conversione, in particolare, recita che "è istituita l'imposta sulle successioni e donazioni sui trasferimenti di beni e diritti per causa di morte, per donazione o a titolo gratuito e sulla costituzione di vincoli di destinazione, secondo le disposizioni del testo unico delle disposizioni concernenti l'imposta sulle successioni e donazioni, di cui al decreto legislativo 31 ottobre 1990, n. 346, nel testo vigente alla data del 24 ottobre 2001".

Come appare evidente già ad una prima lettura della norma in esame, il legislatore ha ampliato sensibilmente l'alveo degli atti da sottoporre ad imposizione, tanto che appare più appropriato discorrere in termini di "tributo sulle gratuità"⁽²²⁾, piuttosto che di imposta sulle successioni e sulle donazioni. Per pura "memoria storica", infatti, è sufficiente ricordare che l'art. 1, I comma, del D. Lgs. 31 ottobre 1990, n. 346 prevedeva l'applicazione del tributo "ai trasferimenti di beni e di diritti per successione a causa di morte ed ai trasferimenti di beni e diritti per donazione o altra liberalità tra vivi"⁽²³⁾.

Il problema che si pone è, certamente, quello di qualificare quale tipologia di atti a titolo gratuito sia riconducibile nell'ambito di operatività delle sum-

menzionate disposizioni in quanto se, da un lato, non sembrano sussistere particolari difficoltà interpretative circa l'individuazione degli atti liberali, dall'altro, non è altrettanto agevole "districarsi" nel "panorama" atipico degli atti a titolo gratuito. Come ha osservato, infatti, autorevole dottrina, "la classe degli atti a titolo gratuito che non costituiscono liberalità costituisce una zona grigia non perfettamente definibile"⁽²⁴⁾.

Un dato che sembra incontestabile concerne il fatto che il legislatore abbia ricondotto nell'ambito del presupposto oggettivo del tributo qualunque attribuzione patrimoniale priva di corrispettività determinante il "depauperamento" di un determinato soggetto ed il contestuale arricchimento di un altro, a prescindere dall'accertamento della causa liberale del trasferimento.

In base ad una affrettata lettura della novella, si potrebbe, pertanto, giungere alla conclusione che il

Note:

(19) Commissione studi tributari del Notariato, Studio n. 80/2003/T, 21 novembre 2003, Trust e imposte indirette, in questa Rivista, 2004, 466, 633; commentato da A. Contrino, Il trust liberale e l'imposta sulle donazioni, *Dialoghi di dir. trib.*, 2004, 457; R. Lupi, Il trust liberale e l'imposta sulle donazioni, *ivi*, 468. Come si è osservato, d'altro canto, in dottrina, "il panorama delle liberalità indirette è estremamente ampio e può scaturire da più vicende tra loro connesse rispetto alle quali l'incremento patrimoniale del beneficiario diviene il fine ultimo di una operazione articolata". Così, V. Mastroiacovo, Considerazioni relative all'entrata in vigore della riforma dell'imposta sulle successioni e sulle donazioni [*supra*, nota 2].

(20) *Comm. Trib. Reg. Venezia*, 23 gennaio 2003 [*supra*, nota 4].

(21) Convertito dalla legge 24 novembre 2006, n. 286 e modificato dalla legge 27 dicembre 2006, n. 296 (Legge Finanziaria 2007). Per un primo commento, v. D. Stevanato, La reintroduzione dell'imposta sulle successioni e donazioni: prime riflessioni critiche, *Corriere trib.*, 2007, 247; D. Stevanato - R. Lupi, Imposta sulle successioni e sulle donazioni: dove eravamo rimasti?, *Dialoghi di dir. trib.*, 2006, 1657; L. Bellini, La nuova imposta sulle successioni e sulle donazioni, *Fisco*, 2006, 16554; A. Busani, Ritorna in vigore l'imposta sulle successioni e donazioni, *Corriere trib.*, 2007, 91.

(22) La "tradizione" vorrebbe che si parlasse di "imposta sulle donazioni o sulle liberalità", ma la formulazione delle disposizioni di riferimento induce a "coniare" una terminologia maggiormente aderente al dato normativo e, soprattutto, ad estendere una riflessione ad un campo ben più ampio di quello degli atti caratterizzati dall'*animus donandi*.

(23) Sul punto, tra gli altri, G. Gaffuri, L'imposta sulle successioni e donazioni, Padova, 1993; Aa. Vv., Commento al testo unico dell'imposta sulle successioni e sulle donazioni, a cura di N. D'Amati, Padova, 1996.

(24) C. Sacchetto, La donazione nel diritto tributario, *Riv. dir. trib.*, 1999, 1002 e l'ampia bibliografia *ivi* citata. Per considerazioni connesse, v. D. Stevanato, Le liberalità tra vivi nella riforma del tributo successorio, *Riv. dir. trib.*, 2001, I, 339; R. Lupi, Le liberalità non formalizzate nella riforma del tributo successorio, *Rass. trib.*, 2001, 33. Sul punto, v. la approfondita ricostruzione di A. Gianola, Atto gratuito, atto liberale: ai limiti della donazione, Milano, 2002. Per ulteriori considerazioni, v. P. Manzini, Il contratto gratuito atipico, *Contratto e impr.*, 1986, 908.

Saggi

trasferimento dei beni dal disponente al trustee debba scontare l'imposta sulle donazioni, in quanto atto a titolo gratuito oppure in quanto vincolo di destinazione posto sui beni "conferiti" in trust(25). Occorre, infatti, menzionare che questa è stata la prima interpretazione fornita "a caldo" dalla Agenzia delle Entrate nell'ambito degli incontri con gli esperti della stampa specializzata (cosiddetto "Telefisco", 29 gennaio 2007). Secondo l'Agenzia, infatti, ai fini dell'applicazione dell'imposta sulle successioni e donazioni la locuzione "costituzione di vincoli di destinazione" deve intendersi "riferita all'ipotesi di costituzione negoziale del vincolo che comporti il contestuale trasferimento di beni – anche temporaneo – in capo ad un soggetto diverso dal disponente". Sulla base di tale assunto, pertanto, troverebbe applicazione il tributo sia all'atto di istituzione del trust sia al successivo trasferimento dal trustee ai beneficiari. Infatti, sempre secondo l'interpretazione ministeriale, "qualora il trust sia istituito in favore di beneficiari finali determinati o determinabili, si osserva che – ferma restando l'applicazione dell'imposta alla costituzione del vincolo effettuata con modalità traslative – il successivo trasferimento di beni in favore dei beneficiari finali è soggetto anch'esso ad autonoma imposizione, da individuare con riferimento al caso concreto e in base agli effetti giuridici prodotti. Infatti, al momento dello scioglimento del trust, il trustee effettua, di regola, un'attribuzione a titolo gratuito in favore dei beneficiari finali, soggetta all'imposta sulle successioni e donazioni".

L'interpretazione dell'Agenzia, ad ogni buon conto, non è stata poi "trasfusa" nella circolare interpretativa seguita a "Telefisco"(26), nel senso che in quest'ultima non vi è traccia di tale problematica: pertanto, si deve ritenere che le affermazioni testé riportate non implicano alcun "vincolo" né per gli Uffici periferici né, tanto meno, per i contribuenti (i quali, come è noto, se, da un lato, non sono tenuti ad uniformarsi alla prassi "ufficiale", dall'altro, a maggior ragione, non lo sono con riferimento alle risposte fornite in altra sede(27)).

Al contrario, si può ragionevolmente affermare che la mancata inclusione delle implicazioni tributarie dei trust nella circolare "riassuntiva" delle risposte fornite agli esperti possa essere il "preludio" per un auspato *revirement* interpretativo e sia, comunque, sintomo della consapevolezza, da parte della Agenzia, di avere assunto una posizione dettata, principalmente, dalla "fretta" e dall'interesse fiscale.

La suddetta ricostruzione non appare, infatti, in alcun modo condivisibile alla luce delle seguenti osservazioni.

In primo luogo, sembra potersi escludere che l'imposta sia applicabile in ragione della gratuità dell'atto disponente – trustee: se, da un lato, è vero che la norma in questione menziona espressamente gli "atti a titolo gratuito", dall'altro, per non giungere a conclusioni confliggenti con il principio della capacità contributiva, occorre che tali atti importino un arricchimento del beneficiario, il che si verifica, nel caso dei trust liberali, solamente all'atto della attribuzione finale nei confronti dei beneficiari finali. Appare, infatti, un "dato acquisito" che la capacità economica incisa dall'imposta sulle donazioni non consiste "nella decurtazione del patrimonio di partenza (quello del disponente) ma nell'accrescimento del patrimonio di arrivo, cioè quello dei [...] donatari"(28).

Come si è già avuto modo di osservare in altra sede, infatti, il destinatario del trasferimento, cioè il trustee, soggetto al quale vengono "affidati" i beni, non ottiene alcun tipo di incremento in relazione al proprio patrimonio, stante da un lato la segregazione dei beni, causa del trasferimento e, dall'altro, l'affidamento degli stessi per il soddisfacimento degli interessi del beneficiario(29).

Sul piano civilistico, come è noto, gli atti a titolo

Note:

(25) Sui rapporti tra tali istituti, v., da ultimi, M. Lupoi, Gli atti di destinazione del nuovo art. 2645-ter cod. civ. quale frammento di trust, Riv. not., 2006, 467; in questa Rivista, 2006, 169; G. Vettori, Atti di destinazione e trust: prima lettura dell'art. 2645 – ter, Obbligazioni e contratti, 2006, 10, 775; M. Atelli, Art. 2645 – ter: ma è vero trust?, *ivi*, 5.

(26) Agenzia delle Entrate, Circolare 16 febbraio 2007, n. 11/E.

(27) Sul punto, v., senza alcuna pretesa di completezza, M. Bertolissi, Le circolari interpretative dell'amministrazione finanziaria, Rass. trib., 1987, 457; A. Di Pietro, I regolamenti, le circolari e le altre norme amministrative per l'applicazione della legge tributaria, in Aa. Vv., Trattato di diritto tributario, diretto da A. Amatucci, Padova, 1994, p. 659. Per considerazioni di ampio respiro, v., sul tema, E. Della Valle, Affidamento e certezza nel diritto tributario, Milano, 2001, nonché M. Logozzo, L'ignoranza della legge tributaria, Milano, 2002.

(28) D. Stevanato – R. Lupi, Imposta sulle successioni e sulle donazioni: dove eravamo rimasti? [*supra*, nota 21], a p. 1657.

(29) F. Montanari, *Trusts interni* [*supra*, nota 16]. Evidenza autorevole dottrina che "ciò che anima il costituente a compiere l'atto di spossamento in favore del trustee non è lo spirito di liberalità ovvero l'intenzione di arricchire lo stesso, tanto è vero che il bene o complesso di beni conferiti in trust costituiscono un patrimonio separato da quello del titolare e da destinare ad uno scopo specifico o in favore di soggetti ben individuati o da individuare". Così, A. Palazzo, Atti gratuiti e donazioni, in Trattato di Diritto Civile diretto da R. Sacco, Torino, 2000, p. 435.

gratuito sono definiti, sostanzialmente, per contrapposizione con gli atti a titolo oneroso(30): “dai negozi a titolo gratuito esula il concetto di qualsiasi corrispettività, equivalenza o proporzione fra le prestazioni, in quanto si tratta di una prestazione unica ed a carico di una sola parte”(31), difettando, rispetto agli atti liberali, del requisito dell'*animus donandi*. Nel diritto tributario, al fine della imponibilità, occorre un requisito ulteriore: l'atto attributivo, oltre all'impo-
verimento del soggetto che lo pone in essere ed al contestuale arricchimento del donatario, deve essere dotato dei requisiti della definitività, espressione di una capacità contributiva attuale ed effettiva. Come si è condivisibilmente osservato in dottrina, infatti, “il concetto di liberalità sottende qualcosa in più rispetto ad un mero trasferimento patrimoniale”(32).

In altri termini, se, da un lato, è vero che, sotto il profilo soggettivo – cioè della volontà del disponente – la novella del 2006 ha esteso il presupposto del tributo a qualunque categoria di atto privo della corrispettività, dall'altro appare coerente sostenere che, sul piano oggettivo, per quanto anzi detto, debbano comunque sussistere i requisiti tipici delle liberalità, ovvero l'incremento patrimoniale del beneficiario.

D'altro canto, la recente giurisprudenza del Supremo Collegio tende anch'essa a “sminuire” il profilo soggettivo del contratto di donazione, sostenendo che “per aversi donazione non basta l'elemento soggettivo o spirito di liberalità [...] ma occorre anche l'elemento oggettivo costituito dall'incremento del patrimonio altrui ed il depauperamento di chi ha disposto del diritto, mentre non assumono rilievo i motivi interni psicologici che inducono a compiere la donazione”(33).

Ad avviso di chi scrive, pertanto, l'elemento da prendere in considerazione ai fini della imponibilità o meno di una determinata attribuzione patrimoniale non può essere esclusivamente la causa dell'atto, ma principalmente, gli effetti determinati dal medesimo(34).

Se così non fosse, infatti, si giungerebbe a risultati per molti versi paradossali quali, a titolo meramente esemplificativo, la riconducibilità nell'ambito di applicazione del tributo a fattispecie contrattuali tipiche, quali il contratto di comodato piuttosto che quello di deposito, caratterizzati dalla gratuità della causa, ma che non implicano alcun trasferimento dei beni o diritti oggetto del negozio(35).

Sostanzialmente, se si ragionasse in tali termini, si dovrebbe ritenere applicabile l'imposta sulle dona-

zioni a qualunque tipologia di atto privo di corrispettività, seppur con effetti meramente obbligatori, laddove, al contrario, non sembra possibile prescindere dagli effetti reali e, conseguentemente, definitivi, dell'atto stesso. In termini analoghi si è espresso il Consiglio Nazionale del notariato(36) il quale ha esplicitamente ritenuto che “non tutti gli atti gratuiti rientrano nel presupposto, in quanto dovrà comunque trattarsi di atti che comportano “trasferimenti di beni e diritti”, così come letteralmente dispone la norma in oggetto. Talché il problema della applicabilità della nuova normativa non sembra porsi per atti che non importano trasferimento di beni e diritti, quali ad esempio il comodato. Sarebbe del resto assai arduo individuare una base imponibile cui applicare le aliquote previste per la nuova imposta di donazione per un atto di concessione gratuita di un diritto personale di godimento di un bene; né risulterebbe ipotizzabile l'applicazione della sola imposta fissa, stante la tassatività delle fattispecie soggette a tassa fissa individuate dall'art. 59 D. lgs. n. 346”.

In conclusione, secondo l'impostazione che qui si sostiene, per la qualificazione della fattispecie impositiva e per non incorrere in ricostruzioni confliggenti con il principio di capacità contributiva, è opportuno prescindere dal *nomen iuris* dell'atto posto in essere. Infatti, in un contesto di “stravolgimenti”, ad opera del legislatore tributario, delle categorie civili-

Note:

(30) Sul punto, L. Gatt, Onerosità e liberalità, Riv. dir. civ., 2003, 655.

(31) V. R. Casulli, voce “Donazione”, Enc. dir., Milano, 1993, 966.

(32) D. Stevanato, Donazioni e liberalità indirette nel tributo successorio [*supra*, nota 17], p. 173.

(33) Cass., 26 maggio 2000, n. 6994, Contratti, 2000, 12, 1085. Specularmente, la Corte ha osservato che “se un diritto reale immobiliare è attribuito senza corrispettivo e non costituisce adempimento di un'obbligazione, neppure morale od etica, l'*animus donandi* si presume [...]”. Così, Cass., 19 marzo 1998, n. 2912, Giur. it., 1998, 2912.

(34) È appena il caso di osservare che anche l'art. 13, II comma, della L. 18 ottobre 2001, n. 383 sanciva l'assoggettamento al tributo sulle donazioni non in ragione del tipo di atto posto in essere, ma, degli effetti del medesimo, ovvero, testualmente, del “trasferimento di beni e diritti per donazione od altra liberalità tra vivi”.

(35) Osserva autorevole dottrina che non costituiscono liberalità il mandato gratuito, piuttosto che la prestazione d'opera senza compenso: “in questi casi non vi è quell'aumento del patrimonio dell'altra parte che è necessario per realizzare l'arricchimento; chi riceve gratuitamente la prestazione si limita a risparmiare una spesa”. Così, A. Torrente – P. Schlesinger, Manuale di diritto privato, Milano, 2004, p. 1027.

(36) Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 168/T del 15 dicembre 2006.

Saggi

stiche tradizionali, occorre confrontarsi con casi limite in cui è di tutta evidenza la necessità di un approccio all'imposta sulle gratuità in un'ottica "so-stanzialista", prescindendo dal dato formale: ancora, a titolo esemplificativo, non saranno riconducibili al suddetto art. 47 le donazioni obbligatorie, in quanto prive di una definitiva attribuzione patrimoniale in favore del beneficiario(37).

Sembra necessario giungere a conclusioni non dissimili circa la possibilità di ricondurre il trust nell'ambito della "costituzione di vincoli di destinazione", pur con maggiori incertezze sul piano sistematico. Se, infatti, si adotta una impostazione "unitaria" dell'istituto – unitaria nel senso di qualificare l'intero schema negoziale come una donazione indiretta o, comunque, come un negozio funzionale all'arricchimento dei beneficiari – non sembra possibile, neppure con riferimento ai "vincoli di destinazione", l'applicazione del tributo sulle successione al trasferimento dei beni disponente – trustee. Anche se si volesse qualificare tale atto come un vincolo di destinazione – il che può anche avere una propria *ratio* – l'atto stesso sarebbe comunque prodromico al successivo arricchimento del beneficiario e, pertanto, la fattispecie imponibile dovrebbe verificarsi solamente in relazione a tale ultimo atto dispositivo ed, in tale ipotesi, definitivo(38). Come si è osservato in dottrina, infatti, può darsi che "il vincolo di destinazione prelude un trasferimento di beni o diritti, costituendo un momento preparatorio nell'ambito di un più ampio programma negoziale": pertanto, "la mera costituzione del vincolo sembra inidonea a fungere da presupposto per una tassazione concepita per attuare un prelievo su un accrescimento patrimoniale e non una decurtazione di un patrimonio esistente"(39). Una diversa ricostruzione condurrebbe, in maniera evidente, ad una violazione del principio di capacità contributiva: ciò in quanto "manca in radice, nella costituzione di vincoli di destinazione, una manifestazione di capacità economica, in assenza di un profilo traslativo finale (o anche un trasferimento *tout court*), e di un arricchimento a favore di una determinata sfera patrimoniale"(40).

Il "cerchio si chiude" – e le considerazioni che precedono trovano ulteriore conferma – se si pensa che la novella del 2006 non ha in alcun modo modificato le norme contenute nel D. Lgs. 31 ottobre 1990, n. 346 concernenti il novero dei soggetti passivi dell'imposta sulle successioni e sulle donazioni ed è, pertanto, a questi ultimi che occorre fare riferi-

mento. In particolare, l'art. 5 di detto decreto recita testualmente che "l'imposta è dovuta dagli eredi e dai legatari per le successioni, dai donatari per le donazioni e dai beneficiari per le altre liberalità tra vivi". Si è condivisibilmente evidenziato in dottrina(41) che "a queste categorie di soggetti non sono riconducibili, per quanto si voglia forzare la norma, né coloro che si avvantaggiano di un atto di trasferimento a titolo gratuito né, tanto meno, coloro che costituiscono dei vincoli di destinazione sul proprio patrimonio o che dal vincolo traggono beneficio".

§ 3. Conclusioni.

Alla luce delle considerazioni che precedono, non appare, a tutt'oggi, particolarmente significativa la tesi ministeriale, posto che l'unico dato che sembra incontestabile è proprio quello della impossibilità di ricondurre l'atto di istituzione di trust tra "gli altri atti aventi un contenuto patrimoniale" previsti dall'art. 9 della Tariffa allegata al D. P. R. 26 aprile 1986, n. 131. Infatti, ammesso e non concesso che l'atto di attribuzione dei beni dal disponente al trustee abbia i requisiti della patrimonialità, l'introduzione di un'autonoma imposta sugli atti a titolo gratuito esclude che questi ultimi possano rientrare nell'alveo del suddetto art. 9: oggi, infatti, saranno, riconducibili a detta norma solamente gli atti caratterizzati dalla corrispettività, dovendo essere ricondotti, al contrario, quelli gratuiti, nell'ambito applicativo del nuovo tributo(42) (qualora, naturalmente, i medesi-

Note:

(37) Come ha ammesso il Supremo Collegio, "il contratto di donazione può essere non solo ad effetti traslativi, ma anche ad effetti obbligatori, limitandosi a far sorgere un semplice rapporto d'obbligazione in cui il donante assume la posizione di debitore nei confronti del donatario, il quale viene arricchito dall'acquisto di un diritto di credito senza alcun sacrificio". Così, Cass., 14 luglio 1986, n. 4618, *Mass. Giur. it.*, 1986, 2234. Sul punto, v. R. Lenzi, *Donazione obbligatoria*, Contratto e impr., 2003, 1615.

(38) Sul punto, v., in particolare, D. Stevanato, *La reintroduzione dell'imposta sulle successioni e donazioni* [*supra*, nota 21], a p. 252.

(39) D. Stevanato – R. Lupi, *Imposta sulle successioni e sulle donazioni: dove eravamo rimasti?* [*supra*, nota 21], a p. 1666.

(40) D. Stevanato – R. Lupi, *Imposta sulle successioni e sulle donazioni: dove eravamo rimasti?* [*supra*, nota 21], a p. 1667.

(41) D. Stevanato – R. Lupi, *Imposta sulle successioni e sulle donazioni: dove eravamo rimasti?* [*supra*, nota 21], a p. 1668.

(42) In termini analoghi il Consiglio nazionale del notariato, *Studio n. 168/T* [*supra*, nota 36].

mi eccedano, sia sotto il profilo soggettivo sia sotto quello oggettivo, le franchigie⁽⁴³⁾ previste dal legislatore⁽⁴⁴⁾. È chiaro che, qualora si optasse per tale interpretazione “frammentaria” del trust, al fine della valutazione della sussistenza o meno del superamento della franchigia, si tratterebbe di valorizzare, in prima battuta, il rapporto di parentela tra il disponente ed il trustee e, in relazione al trasferimento finale dei beni, il rapporto tra quest’ultimo e i beneficiari.

È, invece, degna di particolare apprezzamento la posizione della giurisprudenza di merito⁽⁴⁵⁾, la quale – oltre ad essere in linea con larga parte della dottrina – non solo non è superata dalla novella, ma, al contrario, costituisce un prezioso punto di riferimento nell’ambito della tassazione dei trust liberali. Il pregio è, in particolare, quello di avere fornito all’interprete una lettura degli atti posti in essere nel contesto di un trust in chiave unitaria: tale tesi costituisce un sicuro ausilio nell’ambito di una disciplina – qual è quella del tributo sulle gratuità – di non agevole comprensione.

In conclusione, a ben guardare, l’introduzione del tributo sulle “gratuità” non incide sulla fattispecie esaminata, cioè sulla applicabilità o meno dell’imposta di registro all’atto di istituzione del trust: il soggetto al quale vengono affidati i beni che formano il *trust fund* non ottiene alcun incremento del proprio patrimonio e, pertanto, nei suoi confronti non si verificherà il presupposto oggettivo della novellata imposta sulle gratuità. In altri termini, nell’ambito dei trust liberali, l’unico trasferimento che avrà rilevanza impositiva, qualora ne ricorrano i presupposti, sarà il successivo atto di attribuzione posto in essere dal trustee nei confronti dei beneficiari, unici soggetti, questi ultimi, ad ottenere un beneficio di natura economica, derivante da un trasferimento definitivo di beni o diritti⁽⁴⁶⁾.

Note:

(43) Per memoria, si ricorda che il limite della franchigia è di un milione di euro nel caso di trasferimento a favore di coniuge e/o parenti in linea retta; centomila euro nel caso di trasferimento a favore di fratelli e/o sorelle; un milione cinquecentomila euro nel caso di trasferimento a favore di persone con *handicap* riconosciuto grave ai sensi della legge 5 febbraio 1992, n. 104.

(44) Ci si potrebbe domandare, in ultima analisi se, nell’ipotesi in cui i beni o i diritti trasferiti a titolo gratuito con atto tra vivi non siano superiori alla franchigia, sia dovuta o meno l’imposta nella misura fissa. Nella vigenza della legge 18 ottobre 2001, n. 383, infatti, l’Agenzia delle Entrate aveva ritenuto che “ai fini della registrazione degli atti di donazione per i quali non sono dovute le imposte sui trasferimenti ordinaria-

mente applicabili [...], l’imposta di registro non è dovuta neanche in misura fissa”. Così la circolare 18 ottobre 2001, n. 91/E. Si è evidenziato (Consiglio nazionale del notariato, Studio n. 168/T [*supra*, nota 36]) che, pur avendo la novella del 2006 “reintrodotto” il tributo sulle donazioni, sulla base di una interpretazione sistematica, “deve ritenersi l’inesistenza dell’obbligo di assolvimento dell’imposta sia pure nella sola misura fissa qualora il trasferimento a titolo gratuito abbia ad oggetto beni o diritti il cui valore non ecceda la nuova detta franchigia”.

(45) In particolare, Comm. Trib. Prov. Brescia, 12 dicembre 2005 [*supra*, nota 13].

(46) Si è osservato che, seppur in termini dubitativi, “meglio forse sarebbe [...] mantenere i trasferimenti di beni al trustee nell’ambito dell’imposta di registro ed applicare, semmai, l’imposta sulle donazioni ai trust liberali valorizzandone il complessivo programma negoziale e l’arricchimento che riceveranno i beneficiari finali”: D. Stevanato, La reintroduzione dell’imposta sulle successioni e donazioni [*supra*, nota 21], a p. 252.

Saggi

Imposta sulle donazioni e trust esteri: *much ado for nothing!*

di Andrea Vicari

Il presente studio verificherà le condizioni di applicazione dell'imposta sulle donazioni e successioni prevista dalla normativa italiana quando, nell'ambito di un trust, venga effettuato un trasferimento di denaro a mezzo bonifico bancario in favore di un trustee non residente in Italia il quale provveda, dopo un certo periodo di tempo, a trasferire il medesimo importo ad un beneficiario italiano, anche in tal caso per il tramite di un bonifico.

§ 1. Disciplina normativa: il presupposto dell'imposta sulle donazioni (e successioni).

L'imposta sulle successioni e donazioni è stata riportata in vigore dall'art. 2, commi XLVII – LIII del Decreto Legge 3 ottobre 2006, n. 262 convertito nella Legge 24 novembre 2006, n. 286, dopo che ne era stata prevista l'abolizione dall'art. 13 della Legge 18 ottobre 2001, n. 383. Quindi, la disciplina che regola l'imposta è attualmente prevista dal Decreto Legislativo 31 ottobre 1990, n. 346, rubricato "Testo Unico delle disposizioni concernenti l'imposta sulle successioni e donazioni" così come modificato dall'art. 69 del Decreto Legislativo 21 novembre 2000, n. 342 e dalla Legge 24 novembre 2006, n. 286.

Il comma XLVII, del Decreto Legge 3 ottobre 2006, n. 262 stabilisce, infatti, che "è istituita l'imposta sulle successioni e donazioni sui trasferimenti di beni e diritti per causa di morte, per donazione o a titolo gratuito e sulla costituzione di vincoli di destinazione, secondo le disposizioni del testo unico delle disposizioni concernenti l'imposta sulle successioni e donazioni, di cui al Decreto Legislativo 31 ottobre 1990, n. 346, nel testo vigente alla data del 24 ottobre 2001". Oltre a riportare in vigore l'imposta sulle successioni e donazioni, quindi, tale articolo ne ridefinisce il presupposto soprattutto per quanto riguarda i trasferimenti derivanti da atti tra vivi. Questi, infatti, ai sensi del decreto legislativo 31 ottobre 1990, n. 346 erano soggetti ad imposta solo se "donazioni o altre liberalità"; oggi, invece, se dovuti a "donazione" o "ad atto a titolo gratuito".

La differenza non è di poco conto: "giova infatti ricordare che non tutti gli atti gratuiti sono liberalità, essendo la categoria generale più ampia. [...] Nell'atto gratuito non vi è interdipendenza fra le prestazioni a cui le parti sono reciprocamente tenute, difettando la connessione giuridica tra i reciproci vantaggi di carattere patrimoniale. L'atto di liberalità, invece, oltre a presupporre la mancanza del sinallagma, indice inequivoco di onerosità, si caratterizza per il fatto che l'arricchimento di una delle parti è disposto con *animus donandi*"(1).

Quindi, l'imposta sulle donazioni e successioni oggi in vigore si applica, per quanto riguarda gli atti tra vivi, "agli atti a titolo gratuito che comportano trasferimenti di beni e diritti [...] indipendentemente dal fatto che sottendano l'*animus donandi*"(2).

In realtà, l'introduzione, nel presupposto di imposta sulle successioni o donazioni, della categoria degli atti a titolo gratuito di fatto torna a riestendere il campo di applicazione dell'imposta stessa(3) al presupposto che questa aveva sulla base del testo introdotto con l'art. 1 del Decreto del Presidente della Repubblica del 26 ottobre 1972, n. 637, secondo il quale l'imposta si applicava "ai trasferimenti di beni e diritti dipendenti da successioni per causa di morte e ai trasferimenti a titolo gratuito di beni e diritti per atto tra vivi".

Sulla base di questa riestensione, l'amministrazione finanziaria nel corso di telefisco 2007 ha affermato che sia il trasferimento dal disponente al trustee,

Note:

Andrea Vicari è avvocato e notaio nella Repubblica di San Marino, JSD (Cornell University), ITP (Harvard University) e dottore di ricerca in diritto comparato.

(1) N. D'Amati, Commento al testo unico delle imposte sulle successioni e donazioni, Padova, 1996, p. 12.

(2) Agenzia delle Entrate, Direzione Centrale Normativa e Contenzioso, Risoluzione del 16 febbraio 2007, n. 25.

(3) Essendo quella dell'atto liberale una categoria di atti inclusa nella categoria degli atti gratuiti, è ovvio che menzionare l'atto liberale diviene inutile nel momento in cui si è citata la categoria degli atti gratuiti. Tuttavia, il legislatore, nel comma XLVII del Decreto Legge 3 ottobre 2006, n. 262, lo ha fatto. Questo non cambia, però, il fatto che presupposto dell'imposta rimanga la categoria degli atti a titolo gratuito – ivi naturalmente compresi quelli liberali.

che quello dal trustee al beneficiario siano assoggettabili ad imposta sulle donazioni. Con la Circolare 48/E del 6 agosto 2007 (*infra*, 630) l'Amministrazione Finanziaria sembra aver corretto il tiro, sia ritenendo imponente il trasferimento in trust in quanto costituzione di vincolo di destinazione piuttosto che trasferimento a titolo gratuito sia ritenendo applicabile l'imposta una sola volta, trattando come non imponente il passaggio finale ai beneficiari. Questa impostazione non sembra condivisibile, in preferibile l'impostazione dalla Commissione di Studio sugli approfondimenti tributari dell'Associazione "Il Trust in Italia", nello studio "Le novità fiscali in materia di trust", secondo la quale anche "qualora la costituzione di un vincolo di destinazione avvenga nel contesto di un trust, in quanto il trustee sia il soggetto preposto ad attuarne la finalità, la costituzione del vincolo non presenta alcuna particolarità rispetto agli altri trasferimenti al trustee di quello specifico trust".

§ 2. Atti di trasferimento al trustee e del trustee: integrazione del presupposto dell'imposta sulle donazioni e successioni.

In questa sede, non ci si vuole occupare del problema della riconducibilità dell'atto di trasferimento effettuato dal disponente in favore del trustee al presupposto dell'imposta sulle donazioni e successioni, essendo questo un atto gratuito, ma non liberale. Tuttavia, non si può non ricordare come i giuristi⁽⁴⁾ e la stessa Assonime⁽⁵⁾ abbiano negato questa riconducibilità. Tale opinione può essere condivisa sulla base di un ragionamento abbastanza chiaro.

Durante il vigore del Decreto Legislativo del 31 ottobre 1990, n. 346, l'art. 1 – come già detto – fissava come presupposto per l'applicazione dell'imposta sulle donazioni e successioni "i trasferimenti di beni e diritti per successione *mortis causa* e i trasferimenti di beni e diritti per donazione o altra liberalità tra vivi". Parte della dottrina, prima delle modifiche alla predetta disposizione normativa apportate dal Decreto Legge 3 ottobre 2006, n. 262, stante il riferimento alla categoria delle "altre liberalità tra vivi" dava particolare rilievo al c. d. *arricchimento* o, il che è lo stesso, all'incremento patrimoniale ricevuto dal beneficiario.

Il trasferimento di ricchezza, infatti, rilevava come semplice mezzo "di realizzazione dell'incremento del patrimonio, sul quale grava l'imposta, e come criterio di attribuzione dell'onere tributario al soggetto che beneficia del trasferimento stesso e, non, invece,

come fatto giuridico idoneo, in se stesso, a giustificare l'applicazione dell'imposta"⁽⁶⁾.

Con l'introduzione del Decreto Legge 3 ottobre 2006, n. 262 e il conseguente (ri)ampliamento della categoria degli atti sottoponibili al tributo, il fondamento sostanziale assunto quale condizione per l'applicazione dell'imposta sembra essere ancora utile ai fini dell'individuazione del presupposto sul quale si fonda l'applicazione dell'imposta stessa.

Sotto il profilo fiscale, è l'incremento patrimoniale prodotto all'interno di un patrimonio, a seguito del trasferimento, a giustificare la sopportazione del tributo da parte del suo titolare.

Nel trasferimento dal disponente al trustee – come in ogni trasferimento – si configura uno spostamento patrimoniale astrattamente idoneo a generare un incremento di ricchezza. In realtà, l'atto di trasferimento in favore del trustee non è, in concreto, capace di generare alcun incremento patrimoniale in favore del medesimo. Infatti, i beni in trust non si confondono con il patrimonio del trustee proprio in vista della definitiva devoluzione degli stessi in favore del beneficiario finale.

Ecco perché, dunque, non sarebbe applicabile l'imposta sulle donazioni e successioni, in quanto tale trasferimento non integrerebbe il presupposto per l'imposta. Detto ciò, non molte parole servono per analizzare il secondo trasferimento coinvolto in un trust: quello effettuato dal trustee in favore del beneficiario. In questo caso, tenendo fermo quanto detto a proposito del presupposto su cui si fonda l'imposta, difficile è negare che questo integri, astrattamente, gli estremi per l'applicazione dell'imposta sulle donazioni e successioni: vi è un trasferimento a titolo gratuito e un arricchimento del beneficiario.

Tuttavia, in questo studio, si è deciso di considerare la questione come se – nella peggiore prospettiva possibile – non soltanto l'atto di trasferimento dal trustee al beneficiario, ma anche quello dal disponente al trustee integrino il presupposto dell'imposta.

D'altra parte proprio questa peggiore prospettiva, come già detto, è stata quella adombrata dall'amministrazione finanziaria.

Note:

(4) A. Busani, Imposta di donazione sui vincoli di destinazione e trust, *Corriere trib.*, 2007, 359.

(5) Assonime, Circolare n. 13, 13 marzo 2007.

(6) G. Gaffuri, *L'imposta sulle successioni e donazioni*, Padova, 1993, p. 19 s.

S a g g i

Come anticipato, lo studio analizzerà la fattispecie non tanto dal punto di vista del trust interno, con trustee, quindi, residente italiano e beni situati in Italia, ma di un trust estero con trustee e beni situati all'estero. Per questo motivo, occorre in prima battuta ricordare le norme sulla territorialità dell'imposta sulle donazioni e successioni.

§ 3. Disciplina normativa: la territorialità dell'imposta sulle donazioni (e successioni).

Ai sensi del I comma, art. 2, Decreto Legislativo 31 ottobre 1990, n. 346, l'imposta sulle donazioni e successioni "è dovuta in relazione a tutti i beni e diritti trasferiti, ancorché esistenti all'estero" quando il donante "alla data della donazione era residente nel territorio dello Stato"(7).

Invece, ai sensi del II comma del medesimo articolo, "se alla data [...] della donazione [...] il donante non era residente nello Stato, l'imposta è dovuta limitatamente ai beni e ai diritti ivi esistenti".

Si deve poi considerare che il concetto della residenza – in questa norma – non coincide con quello dettato per le imposte sui redditi(8), ma deve essere inteso, per le persone fisiche, come il domicilio(9) e, quindi, per le persone giuridiche, come la sede d'amministrazione.

§ 4. Il trasferimento dal disponente italiano al trustee non residente: integrazione dei presupposti territoriali per l'applicazione dell'imposta sulle donazioni e successioni.

Non v'è dubbio, infatti, che ove il disponente sia residente in Italia, costui sia "il donante" e quindi il trasferimento al trustee sia astrattamente assoggettabile ad imposta in Italia sulla base del I comma dell'art. 2 del Decreto Legislativo 31 ottobre 1990, n. 346.

L'imposta sarebbe quindi dovuta indipendentemente dalla localizzazione dei beni.

Tuttavia, come vedremo nei prossimi paragrafi, tale astratta assoggettabilità ad imposta non implica concreta applicazione dell'imposta stessa.

§ 5. Imposizione degli atti formali: esclusione del bonifico effettuato dal trustee dal novero degli atti formali.

La (ri)estensione del presupposto dell'imposta sulle donazioni agli atti gratuiti ripropone anche il problema fondamentale esistente nel vigore del De-

creto del Presidente della Repubblica del 26 ottobre 1972, n. 637, ovvero "il divario esistente tra la definizione del presupposto, che richiamava l'atto gratuito di trasferimento in tutta la sua pregnanza, e una disciplina tecnica riguardante la sola donazione e modellata in riferimento alla forma solenne di questa"(10). Si ripropone, così, anche la conclusione che veniva posta nel vigore di quella normativa con riferimento alla imponibilità degli atti gratuiti diversi dalle donazioni formali. Si riteneva, infatti, che questi fossero imponibili solo quando ricorressero "alternativamente, queste due condizioni: a) che esso sia stato stipulato in forma scritta [...]; b) che il trasferimento a titolo gratuito, ancorché non dipenda da atto pubblico o da scrittura privata, sia comunque enunciato in un altro atto registrato"(11).

Ove manchi l'atto scritto o l'enunciazione del trasferimento in un atto registrato, mancherà in via generale la possibilità di sottoporre il trasferimento ad imposta sulle donazioni secondo la procedura di registrazione.

Così, quando un soggetto trasferisce ad un trustee estero una somma di denaro per il tramite di un bonifico bancario viene a mancare l'atto scritto o la menzione del trasferimento in un atto sottoposto a registrazione. Mancano, quindi, gli elementi materiali che rendono applicabile l'imposta sulle donazioni in via ordinaria per il tramite della registrazione dell'atto scritto.

§ 6. Imposizione degli atti non formali: esclusione dei bonifici al trustee non residente da parte del disponente residente in Italia.

Occorre, tuttavia, sottolineare che il Decreto Legislativo 31 ottobre 1990, n. 346, riportato in vigore dalla Legge 24 novembre 2006, n. 286, prevedeva, nella nuova versione, anche l'art. 56 bis(12) secondo

Note:

(7) N. D'Amati, Commento *[supra]*, nota 1], p. 27.

(8) N. D'Amati, Commento *[supra]*, nota 1], p. 27.

(9) N. D'Amati, Commento *[supra]*, nota 1], p. 27.

(10) G. Gaffuri, L'imposta *[supra]*, nota 6], p. 107.

(11) G. Gaffuri, L'imposta *[supra]*, nota 6], p. 109.

(12) Introdotto dall'art. 69, I comma, lett. p) della Legge 21 novembre 2000, n. 342.

cui “[...] l’accertamento delle liberalità diverse dalle donazioni o da quelle risultanti da atti di donazione effettuati all’estero in favore di residenti può essere effettuato solo in presenza di entrambe le seguenti condizioni:

a) quando l’esistenza delle stesse risulti da dichiarazioni rese dall’interessato nell’ambito di procedimenti diretti all’accertamento di tributi;

b) quando le liberalità abbiano determinato da sole o unitamente a quelle già effettuate nei confronti del medesimo beneficiario, un incremento patrimoniale superiore all’importo di 350 milioni di lire”.

La norma in esame ha l’effetto di attrarre ad imposta le c. d. liberalità indirette che, secondo l’amministrazione, sono “atti di disposizione non formalizzati in atti pubblici, che perseguono le stesse finalità delle donazioni tipiche”(13).

Essendo la fattispecie di tale norma costruita sul concetto di “liberalità” e non essendo questa stata modificata con il Decreto Legge 3 ottobre 2006, n. 262 convertito nella Legge 24 novembre 2006, n. 286, si deve ritenere che essa non possa applicarsi quando l’atto dispositivo non abbia carattere liberale, ma semplicemente gratuito, come avviene per i trasferimenti dal disponente al trustee nei quali manca l’*animus donandi*, ovvero l’intento liberale di arricchire il trustee stesso.

Inoltre, si deve comunque tenere in considerazione il fatto che l’applicazione di questa norma può avvenire se e solo se il trasferimento, realizzato sotto la forma di un atto diverso dalla donazione formale, avvenga in favore di “residenti” in Italia. Quando il soggetto beneficiario dell’atto di disposizione non è residente in Italia, tale norma non appare applicabile, come il testo chiaramente conferma(14). Quindi, il trasferimento dal disponente al trustee effettuato per il tramite di bonifico non potrebbe comunque essere oggetto di accertamento quando il trustee non è residente in Italia.

Pertanto, anche volendo considerare il trasferimento al trustee un atto sottoposto ad imposta sulle donazioni e successioni e il trasferimento da parte di un disponente italiano al trustee estero un atto rientrante nel campo di applicazione territoriale dell’imposta, tale trasferimento, quando avvenuto per bonifico, non sarebbe accertabile in quanto difetterebbero i presupposti materiali – essendo un atto non liberale – e territoriali – essendo disposto in favore di un soggetto non residente in Italia, per l’applicazione della norma sull’accertamento delle liberalità indirette.

§ 7. Imposizione degli atti non formali: esclusione dei bonifici dal trustee non residente al beneficiario residente in Italia.

Il trattamento tributario del trasferimento dal trustee non residente al beneficiario residente in Italia è, invece, con maggior facilità delineato.

È indubbio che, in questo caso, sarebbe astrattamente applicabile l’art. 56 bis del Decreto Legislativo 31 ottobre 1990, n. 346 che contempla, come già detto, “[...] l’accertamento delle liberalità diverse dalle donazioni o da quelle risultanti da atti di donazione effettuati all’estero in favore di residenti”.

Quindi, astrattamente, il bonifico con cui un trustee trasferisce al beneficiario italiano potrebbe rientrare nel campo di applicazione della regola per l’accertamento delle liberalità indirette. Tuttavia, la norma generale sulla territorialità dell’imposta (art. 2, Il comma Decreto Legislativo 31 ottobre 1990, n. 346) prevede che “se alla data dell’apertura della successione o a quella della donazione il defunto o il donante non era residente nello Stato, l’imposta è dovuta limitatamente ai beni e ai diritti ivi esistenti”.

Quindi, quando i beni sono situati all’estero (denari esistenti presso una banca estera) e sono trasferiti dal trustee non residente ad un beneficiario residente in Italia, non sono integrati i presupposti territoriali dell’applicazione dell’imposta. Pertanto, indipendentemente dal fatto che una norma sull’accertamento di atti diversi dalle donazioni, contenuta all’interno della disciplina prevista dal Decreto Legislativo 31 ottobre 1990, n. 346 – nella specie l’art. 56 bis – possa essere astrattamente applicabile, nel momento in cui viene meno il presupposto principale per l’applicazione dell’imposta (dato appunto dal requisito della territorialità), è la norma stessa a non essere più applicabile.

Note:

(13) Ministero delle Finanze, Circolare 16 novembre 2000, n. 207.

(14) In questo senso anche U. Friedmann – G. Monteleone, Brevi note riguardo alla riforma dell’imposta sulle successioni e donazioni, Notariato, 2000, 99, a p. 101.

Alienazione abusiva del fiduciario e revoca di essa ex art. 2901 cod. civ.

di Ugo Carnevali

Un fiduciario, intestatario di partecipazioni sociali, le aliena abusivamente al coniuge, che le costituisce in patrimonio familiare. Il fiduciante chiede la revoca di tale alienazione sulla base dell'art. 2901 cod. civ. L'A. critica la sentenza che ha accolto la domanda di revoca, e consequenzialmente quella di revoca della costituzione di patrimonio familiare, senza chiedersi se l'alienazione del fiduciario integrasse il presupposto dell'*eventus damni*.

§ 1. Il caso.

Un soggetto si è intestato fiduciarmente delle partecipazioni sociali (circostanza pacifica in causa). Invece di ritrasferirle alla persona indicata dal fiduciante, egli le vende – o almeno dichiara di venderle – alla moglie, la quale le costituisce in patrimonio familiare(1).

Il fiduciante e il beneficiario del ritrasferimento agiscono in giudizio per far accertare la simulazione (e quindi la nullità) della cessione delle partecipazioni sociali dal fiduciario alla moglie e conseguentemente la nullità della costituzione del fondo patrimoniale; in subordine essi chiedono che siano revocati ex art. 2901 cod. civ. gli atti di cessione delle partecipazioni sociali dal fiduciario alla moglie e di costituzione del fondo patrimoniale da parte di quest'ultima, e che sia accertata l'esclusiva proprietà del fiduciante delle partecipazioni stesse, con ordine del Giudice della loro restituzione all'avente diritto.

La sentenza in commento rigetta la domanda di accertamento della simulazione della cessione dal fiduciario alla moglie e accoglie, invece, la domanda di revoca sia della cessione delle partecipazioni sociali alla moglie, sia della costituzione del fondo patrimoniale da parte di quest'ultima.

La sentenza è criticabile sotto ambedue questi aspetti, mentre è condivisibile sotto un terzo profilo che verrà richiamato più avanti.

§ 2. La cessione al terzo compiuta dal fiduciario.

La sentenza muove dalla dichiarata premessa che sono indubbi sia l'intestazione fiduciaria dei titoli, sia il conseguente obbligo del fiduciario di ritrasferirli al fiduciante, per affermare che da tale situazione discenderebbe l'infondatezza della domanda di accertamento della simulazione della cessione dei titoli dal fiduciario alla moglie.

È evidente che non vi è alcun nesso logico tra questa premessa e questa conclusione. L'esistenza di un'intestazione fiduciaria in capo ad un soggetto non impedisce affatto che tale soggetto alieni simulatamente i beni fiduciarmente ad un terzo compiacente per cercare di sottrarsi all'obbligo di ritrasferimento di essi al fiduciante ovvero alla persona da questi indicata. Si tratta piuttosto di una *quaestio facti*: accertare se la cessione dei titoli dal fiduciario al terzo sia simulata, ovvero sia realmente voluta.

Nel caso in esame una tale indagine è stata del tutto omessa dal Tribunale, forse anche non sufficientemente stimolata dagli attori. Eppure vi erano notevoli indizi tendenti a persuadere trattarsi di una cessione simulata e, al riguardo, è appena il caso di ricordare che i terzi, quando chiedono l'accertamento di una simulazione, non sono vincolati ai rigorosi limiti di prova cui sono soggette le parti contraenti, ma possono giovare della prova per testi e della prova per presunzioni (art. 1417 cod. civ.). Uno di questi indizi della simulazione – un indizio classico, si potrebbe dire – era rappresentato dalla qualifica del cessionario (coniuge del cedente), che fa presumere il mancato pagamento di un prezzo per la cessione dei titoli (circostanza a torto trascurata dalla sentenza). Un ulteriore rilevante indizio della simulazione del trasferimento alla moglie è evidenziato dalla stessa sentenza, laddove essa desume dal tenore delle difese dispiegate in causa dalla moglie del fi-

Note:

Ugo Carnevali è professore ordinario nell'Università degli Studi di Milano.

(1) Il caso commentato è Trib. Genova, 23 maggio 2005, *infra*, 583.

ducario che essa fosse bene al corrente dell'intestazione fiduciaria in capo al coniuge e dell'obbligo di costui di trasferimento dei titoli al fiduciante.

§ 3. La revoca del trasferimento dal fiduciario al terzo.

La sentenza preferisce accogliere la domanda di revoca ex art. 2901 cod. civ. (formulata in via subordinata dagli attori) sulla base di una duplice motivazione: da un lato, la cessione tra il fiduciario e la moglie appare avvenuta con l'intento comune di rendere possibile al fiduciario il sottrarsi al proprio obbligo di trasferimento al fiduciante; dall'altro lato, l'acquirente dei titoli (cioè la moglie del fiduciario) risulta ben consapevole del pregiudizio che la cessione dei titoli arrecava al fiduciante, dal momento che la cessione suddetta metteva il fiduciario in una situazione che non gli consentiva più di adempiere al suo obbligo verso il fiduciante. Una volta dichiarata l'inefficacia ex art. 2901 cod. civ. del trasferimento dal fiduciario alla moglie, la sentenza dichiara consequenzialmente inefficace anche la costituzione di fondo patrimoniale da parte della moglie.

È evidente che ci troviamo di fronte ad un uso anomalo e distorto dell'azione revocatoria(2).

L'azione pauliana è solo un mezzo di conservazione della garanzia patrimoniale del creditore. *L'eventus damni* non può essere visto nel fatto che con il trasferimento dei titoli il fiduciario veniva messo in una situazione che non gli consentiva più di adempiere al *pactum fiduciae*. E il *consilium fraudis* o comunque la *scientia damni* del terzo acquirente non possono essere visti nella consapevolezza della moglie che la cessione a lei dei titoli metteva il fiduciario nell'impossibilità di trasferire i titoli al fiduciante. Il percorso logico per argomentare una revoca del trasferimento ex art. 2901 cod. civ. doveva semmai essere diverso, e precisamente: posto che la violazione del *pactum fiduciae* espone il fiduciario al risarcimento del danno sofferto dal fiduciante, poteva forse risultare che la cessione dei titoli aveva messo il fiduciario, eventualmente privo di altri beni idonei a fungere da garanzia patrimoniale, in condizione tale da non poter far fronte al debito risarcitorio verso il fiduciante. Del pari, la consapevolezza in capo alla moglie acquirente doveva essere vista nella consapevolezza che il coniuge fiduciario si stava spogliando degli unici beni con i quali far fronte al suo debito risarcitorio verso il fiduciante. È evidente che l'esistenza dei presupposti per la revocatoria ex art. 2901 cod. civ. era tema di prova di parte at-

trice, che aveva formulato la relativa domanda in via subordinata. Sta di fatto che tale problematica è stata del tutto ignorata dalla sentenza.

§ 4. L'accertamento della proprietà del fiduciante.

Il fiduciante aveva chiesto in giudizio altresì l'accertamento della sua esclusiva titolarità delle partecipazioni sociali intestate fiduciariamente e dell'obbligo di trasferimento delle stesse al beneficiario indicato dal fiduciante.

La sentenza rigetta la prima domanda con la motivazione che l'intestazione fiduciaria delle partecipazioni sociali in capo al fiduciario aveva fatto sì che quest'ultimo ne avesse acquisito la titolarità, sia pure con gli obblighi derivanti dal *pactum fiduciae*. Accoglie, invece, la domanda di accertamento dell'obbligo del fiduciario di trasferimento dei titoli in conformità al *pactum fiduciae*, in quanto consequenziale all'accertamento dell'intestazione fiduciaria.

La sentenza accoglie dunque la tradizionale configurazione (c.d. romanistica) del negozio fiduciario, secondo cui al fiduciario viene trasferita la proprietà dei beni fiduciari con il solo vincolo, di natura obbligatoria, di attenersi alle istruzioni del fiduciante circa l'uso e la destinazione dei beni stessi (*pactum fiduciae*). D'altronde non era stata proposta dalle parti una diversa configurazione dell'intestazione fiduciaria dedotta in giudizio, quale poteva essere in astratto la c.d. fiducia germanistica, nella quale la proprietà dei titoli resta al fiduciante e al fiduciario viene attribuita solo la legittimazione(3).

Alla luce della configurazione romanistica del negozio fiduciario, giustamente la sentenza non ha accolto la domanda di accertamento della proprietà del fiduciante dei titoli azionari, e invece ha accolto la domanda di accertamento dell'obbligo del fiduciario di adempiere al *pactum fiduciae*, cioè dell'obbligo di ritrasferirli al fiduciante ovvero alla persona designata da costui.

Note:

(2) Lo nota anche A. Viscusi, In tema di revocatoria del negozio di alienazione di azioni, Giur. it., 2006, 1886, a p. 1888, alla quale si rinvia per citazioni di dottrina e di giurisprudenza in tema di presupposti dell'azione revocatoria.

(3) Per riferimenti di dottrina in tema di fiducia germanistica, cfr., da ultimo, A. Viscusi, In tema di revocatoria del negozio di alienazione di azioni [supra, nota 2], a p. 1887 s.

Saggi

La reintrodotta imposta sulle successioni e donazioni alla luce della più recente giurisprudenza tributaria in materia di trust

di Pierfrancesco Rotondo – Roberta Rotondo

L'istituzione di un trust nel quale i beneficiari possono ricevere erogazioni da parte del trustee solo saltuariamente e in caso di necessità non consente di ravvisare la costituzione di una rendita periodica in loro favore: ne consegue che l'atto di trasferimento di beni al trustee debba essere assoggettato all'imposta di registro in misura fissa e non all'imposta proporzionale.

Dopo la pronuncia della Commissione Tributaria Regionale di Venezia numero 104 dell'ormai lontano 23 gennaio 2003, con la sentenza della Commissione Tributaria della Lombardia dell'8 maggio 2007, numero 130(1) il giudice tributario di secondo grado torna a confrontarsi con l'istituto del trust.

Entrambe le sentenze sono state pronunciate in prossimità di rilevanti mutamenti nel quadro normativo. Infatti la sentenza della Commissione Regionale del Veneto(2) è stata depositata circa un anno dopo che la legge 383 del 18 dicembre 2001 abolisse l'imposta sulle successioni e donazioni. Al pari, la sentenza della Commissione Tributaria della Lombardia è stata depositata solo sei mesi dopo che la legge 24 novembre 2006, n. 286 reintrodusse "l'imposta sulle successioni e donazioni sui trasferimenti di beni e diritti per causa di morte o a titolo gratuito" ed estendesse tale imposta alla "costituzione di vincoli di destinazione". Non per questo, tuttavia, le due pronunce hanno perso di attualità. Anzi i principî in esse affermati devono essere tenuti in considerazione nell'interpretazione della vigente disciplina.

La recente sentenza della Commissione Tributaria della Lombardia ha riconosciuto che né l'atto istitutivo di trust né il trasferimento di beni dal disponente al trustee hanno carattere patrimoniale ed ha, pertanto, escluso l'applicazione dell'imposta proporzionale prevista dall'art. 9 della tabella allegata al D. P. R. 26 aprile 1986, n. 131.

Appare opportuno a questo punto ricordare brevemente il contenuto dell'atto che ha dato origine all'imposizione e ripercorrere la tesi sostenuta dall'Agenzia.

La questione prende origine da un atto istitutivo di trust con cui la disponente conferiva alcuni terreni e fabbricati al trust affinché il trustee li gestisse e li trasferisse alla scadenza del termine fissato ai nipoti *ex filio* della disponente stessa, al momento non ancora nati. L'atto istitutivo prevedeva in vero due categorie di beneficiari: i beneficiari principali, individuati nei figli della disponente ed ai quali il trustee aveva il potere di effettuare, a suo insindacabile giudizio, elargizioni volte a fronteggiare eventuali necessità straordinarie, loro o dei loro congiunti, quali malattie o eventi di altra natura e tali da turbare l'abituale tenore di vita; i beneficiari finali, individuati nei figli dei figli della disponente o in mancanza di questi negli eredi legittimi dei figli della disponente, ai quali, alla scadenza, verrà devoluto l'intero patrimonio. L'atto di trust evidenzia la piena discrezionalità del trustee nel determinare l'*an* e il *quantum* delle elargizioni verso i primi beneficiari nonché nello stabilire le modalità di ripartizione del patrimonio tra i beneficiari finali.

L'Agenzia delle Entrate ha ritenuto di determinare la tassazione dell'atto partendo dall'articolo 20 del D. P. R. 26 aprile 1986, n. 131, secondo il quale

Note:

Pierfrancesco Rotondo e Roberta Rotondo sono avvocati in Brescia.

(1) Commissione Tributaria Regionale Lombardia, 8 maggio 2007, n. 130, *infra*, 579.

(2) Commissione Tributaria Regionale Venezia, 23 gennaio 2003, in questa Rivista, 2003, 253, con commento di P. Rotondo – E. Senini – E. Lizza, Profili donativi nel trasferimento al trustee di un trust liberale, *ivi*, 371. Qui ricordiamo solo che veniva sottoposta al vaglio del giudice tributario la tesi dell'Ufficio secondo cui il regime impositivo dell'atto di istituzione e dotazione di un trust andava ricondotto all'imposta di donazione.

“L'imposta è applicata secondo la intrinseca natura e gli effetti giuridici degli atti presentati alla registrazione, anche se non vi corrisponda il titolo o la forma”. L'Agenzia è andata quindi a ricercare e ricostruire lo schema complessivo dell'operazione evidenziando tre momenti tra loro collegati all'interno dell'atto in questione: l'istituzione del trust in senso stretto, il trasferimento dei beni dal disponente al trustee e le disposizioni del trustee a favore dei beneficiari. La stessa Agenzia delle Entrate ha ammesso che sia la mera istituzione del trust, sia il trasferimento dei beni dal disponente al trustee non avesse di per sé alcun contenuto patrimoniale. L'Agenzia si è invece soffermata sui diritti dei beneficiari ed ha considerato sussistere per i beneficiari principali un arricchimento attuale, equiparato ad una rendita vitalizia, e per i beneficiari finali un arricchimento futuro.

In sostanza l'Agenzia ha ritenuto “il trasferimento dei beni dal disponente al trustee un'operazione fiscalmente neutra, mentre ha ritenuto di tassare ex art. 20 gli effetti che in concreto l'operazione ha prodotto. Infatti, il trust contiene la disposizione di trasferire ai beneficiari finali (figli) i frutti degli immobili. Altra finalità del trust è quella di trasferire dopo la morte della disponente la proprietà degli immobili ai figli e/o ai nipoti”(3), ravvisando proprio nei diritti dei beneficiari il contenuto patrimoniale del programma voluto dal disponente.

La tesi dell'Agenzia non appare priva di pregi e di una sua logicità. In primo luogo nella parte in cui considera che, per l'eterogenea categoria dei trust, è necessario ricercare di volta in volta le finalità ed il senso economico-giuridico in concreto perseguito con l'operazione, in secondo luogo nella parte in cui ha condiviso la tesi del contribuente secondo la quale il trasferimento dei beni al trust non ha contenuto patrimoniale, non realizzando alcun arricchimento sostanziale del trustee. Lo stesso diviene proprietario dei beni, ma non può trarne alcuna utilità, né questi entrano nel suo patrimonio tanto da poter essere aggrediti dai suoi creditori personali. Il diritto trasferito è un diritto vuoto e completamente assorbito dal vincolo a cui i beni sono destinati.

Tuttavia l'errore in cui cade l'Ufficio è quello di ravvisare nelle disposizioni relative ai beneficiari, come detto, la costituzione di una serie di diritti assimilati o assimilabili alla costituzione di una rendita. Sul punto l'errore è duplice. Da un lato si deve ricordare, come desumibile dai brevi cenni fatti in prin-

pio sul contenuto dell'atto istitutivo(4), che l'atto di trust in oggetto non prevede alcun diritto in capo ai beneficiari, ma tutt'al più delle mere aspettative. Il trustee ha, infatti, il potere (non il dovere) di intervenire in favore dei figli della disponente per aiutarli a fronteggiare particolari eventi che turbino il loro attuale tenore di vita secondo un'insindacabile valutazione del trustee stesso. Ci si trova di fronte ad un trust pienamente discrezionale non costitutivo di alcun diritto in capo ai beneficiari. D'altro lato, anche a prescindere da questo rilievo, la determinazione dell'Ufficio appare censurabile, poiché l'Ufficio sembra riproporre, erroneamente, anche per il trust un ragionamento già svolto in materia di fondo patrimoniale. In occasione di un procedimento conclusosi con la pronuncia della Suprema Corte di Cassazione del 7 luglio 2003, numero 10666, l'Ufficio aveva constatato che, nel caso di costituzione di un fondo patrimoniale ad opera di uno solo dei coniugi con attribuzione della proprietà del bene anche all'altro, “l'altro coniuge acquista sul medesimo bene un particolare diritto di godimento, equiparabile all'usufrutto, opponibile *erga omnes*; l'acquisto dei frutti avviene pro quota in favore di ciascun coniuge, anche per quello non titolare del diritto di proprietà; l'amministrazione dei beni del fondo è regolata dalle leggi sulla comunione legale e cioè deve essere congiunta; per qualsiasi atto di disposizione dell'immobile è necessario il consenso dell'altro coniuge”(5). A fronte di un siffatto arricchimento, l'Ufficio aveva ritenuto l'atto di costituzione del fondo patrimoniale un atto avente contenuto patrimoniale ed aveva richiesto l'applicazione dell'articolo 9 della tariffa allegata al D. P. R. 26 aprile 1986, n. 131 con conseguente applicazione dell'imposta di registro nella misura del 3%, dall'articolo prevista per la categoria residuale degli atti a contenuto patrimoniale non altrove previsti.

Il parallelismo tra le posizioni assunte dall'Ufficio nel caso riguardante il fondo patrimoniale e quelle proposte dall'Agenzia delle Entrate nella questione oggetto della sentenza della Commissione Tributaria della Lombardia dell'8 maggio 2007, numero 130 è evidente: in entrambi i casi il contenuto patrimoniale

Note:

(3) Così in atto di costituzione in giudizio del 5 ottobre 2005.

(4) Il testo dell'atto di trust è consultabile in questa Rivista, 2006, 424, in nota.

(5) Appunto di Cass., 7 luglio 2003, n. 10666, Arch. civ., 2004, 693.

Saggi

le dell'atto viene ricercato nei benefici che il soggetto non proprietario trae o può trarre dalla costituzione del vincolo. Nel caso del fondo patrimoniale la Suprema Corte di Cassazione è stata perentoria nel censurare il ragionamento proposto dall'Ufficio. La Corte ha, infatti, ritenuto che la convenzione istitutiva di un fondo patrimoniale "non è un atto che ha per oggetto prestazioni a contenuto patrimoniale, perché tra gli stipulanti non vi è scambio di alcuna prestazione e controprestazione patrimoniale o, comunque alcuno scambio di prestazioni tra i coniugi in un sinallagma economicamente rilevante. Non è un atto avente mera natura ricognitiva, perché fa sorgere un vincolo di destinazione dei beni, efficace *erga omnes*. È invece una convenzione istitutiva di un nuovo regime giuridico, diverso da quello precedente, costitutivo di beni in un vincolo di destinazione a carattere reale, in quanto vincola l'utilizzazione dei beni e dei frutti solo per assicurare il soddisfacimento dei bisogni della famiglia" (Cass., Sez. V, 7 luglio 2003, n. 10666, conforme Cass., Sez. V, 28 ottobre 2005, n. 21056 e Cass., Sez. V, 26 maggio 2003, n. 8289(6)).

La massima sopra citata può evidentemente adattarsi, *mutatis mutandis*, anche alla tesi proposta dall'Agenzia delle Entrate in tema di tassazione dell'atto di istituzione e dotazione di un trust. La sentenza della Commissione Tributaria della Lombardia dell'8 maggio 2007, numero 130 non arriva alla chiara ricostruzione sistematica della Cassazione (date anche le maggiori incertezze sull'inquadramento del trust rispetto al ben noto fondo patrimoniale), ma tuttavia pone importanti spunti perché un siffatto parallelismo possa essere portato alle sue logiche conseguenze.

La Commissione Tributaria della Lombardia, con la sentenza dell'8 maggio 2007, numero 130 ha riconosciuto e confermato la tesi dell'Agenzia secondo la quale sia l'atto istitutivo del trust, in senso stretto, sia il contestuale negozio di dotazione del trust scontano l'imposta in misura fissa. Al contrario la Commissione ha poi evidenziato come le disposizioni contenute in favore dei beneficiari non configurino la costituzione di una rendita. Ma vi è di più, la Commissione ha addirittura escluso che l'atto contenga un qualsiasi trasferimento di ricchezza ai beneficiari ed ha perentoriamente escluso l'applicazione "di imposte proporzionali ai sensi dell'art. 9 della Tabella allegata al DPR 131/86, dal momento che nessuna operazione avente carattere patrimoniale, può dirsi essere stata effettuata con l'atto in questione".

La constatazione della mancanza nell'atto in questione di una qualsiasi operazione avente carattere patrimoniale ci pare un importante riconoscimento che avvalorava l'accostamento sopra svolto tra il fondo patrimoniale ed il trust. Può ritenersi valido, anche nel caso del nostro trust, quanto asserito dalla Suprema Corte di Cassazione nella citata sentenza in materia di fondo patrimoniale. Anche per il trust in oggetto, tra il disponente, il trustee e i beneficiari non vi è alcuno scambio di prestazioni e non vi è alcun sinallagma economicamente rilevante. Anche nel nostro caso ci troviamo di fronte ad una convenzione che crea un vincolo di destinazione a carattere reale, vincolando l'utilizzazione dei beni al fine esclusivo della realizzazione dello scopo del trust. Ne discende che, come riconosciuto dalla Commissione Tributaria Regionale, l'atto istitutivo di trust nella fattispecie all'esame del giudice tributario, come in quelle ad essa assimilabili, non contiene alcuna operazione di carattere patrimoniale.

Quanto sin qui affermato deve indurci ad una riflessione in merito all'interpretazione dell'articolo 2, XLVII comma della legge 24 novembre 2006, n. 286. La norma afferma che "È istituita l'imposta sulle successioni e donazioni sui trasferimenti di beni e diritti per causa di morte, per donazione o a titolo gratuito e sulla costituzione di vincoli di destinazione".

La nuova imposta colpisce i trasferimenti di beni e diritti che avvengono per causa di morte o per donazione. Il riferimento sin qui è a due cause tipiche e non pare che sorgano dubbi di sorta, dato che la giurisprudenza tributaria(7) ha escluso che possa ravvisarsi una donazione o liberalità d'altro tipo nel passaggio dei beni tra disponente e trustee. Qualche per-

Note:

(6) Cass., 7 luglio 2003, n. 10666 [*supra*, nota 5]; Cass., Sez. V, 28 ottobre 2005, n. 21056, Fisco, 2005, 6970 e Cass., Sez. V, 26 maggio 2003, n. 8289, Arch. civ., 2004, 565.

(7) Commissione Tributaria Provinciale di Lodi che, con sentenza 5 novembre 2001, in questa Rivista, 2002, 418, ha affermato che "l'atto costitutivo del trust non può considerarsi né una donazione, difettandone la causa (e non solo quindi l'*animus donandi*), né un atto a titolo oneroso, perché non vi è un corrispettivo: esso è un atto a titolo gratuito di intestazione al trustee di poteri ed oneri relativi all'amministrazione e gestione di beni, con vincolo di destinazione dei beni medesimi ad esclusivo vantaggio del beneficiario". Commissione Tributaria Regionale Venezia, 23 gennaio 2003 [*supra*, nota 2], che ha escluso che il conferimento ad un trust possa essere assimilato alla donazione, evidenziando "l'assenza di qualsiasi intento di liberalità da parte del settlor nei confronti del trustee, in quanto quest'ultimo costituisce solo un mezzo per realizzare il programma voluto, che è quello di attribuire un vantaggio patrimoniale ai beneficiari finali".

plexità suscita, al contrario, il generico riferimento agli atti a titolo gratuito e la costituzione di vincoli di destinazione.

Quanto agli atti a titolo gratuito, è nostra opinione che tale indicazione debba essere letta come una imprecisa riproduzione di quanto previsto dalla legge del 31 ottobre 1990, n. 346 (Testo unico delle disposizioni concernenti l'imposta sulle successioni e donazioni) che all'articolo 1 prevedeva che l'imposta si applicasse al trasferimento di beni o diritti per donazione o altra liberalità. Il riferimento agli atti a titolo gratuito appare un impreciso richiamo alle liberalità non donative disciplinate dall'art. 809 cod. civ. piuttosto che, come pure da altri sostenuto, un'estensione dell'imposta sulle donazioni a tutti quegli atti che, pur essendo "a titolo gratuito", non sono sorretti da uno scopo liberale. Tale ultima interpretazione è stata fatta propria dall'Agenzia delle Entrate(8).

Quello che appare certo è che dalla categoria degli atti a titolo gratuito devono essere esclusi dall'applicazione dell'imposta in oggetto tutti quegli atti che, pur determinando il trasferimento di beni e diritti, non hanno tuttavia un contenuto patrimoniale. Ogni diversa lettura si scontrerebbe con il principio di capacità contributiva previsto dall'articolo 53 della Costituzione e con una lettura sistematica della disciplina dell'imposta sulle donazioni. Dobbiamo infatti ricordare che, a mente dell'art. 769 cod. civ., l'elemento essenziale della donazione è l'arricchimento del donatario e tale circostanza è considerata anche dal legislatore tributario che, all'art. 56 del D. Lgs. 31 ottobre 1990, n. 346, impone di calcolare l'imposta sul valore dei beni "al netto degli oneri di cui è gravato il donatario". Ci si trova dunque nell'evidente impossibilità di far rientrare gli atti istitutivi di trust nella categoria delle donazioni o degli altri atti a titolo gratuito (anche a voler intendere il termine nella sua accezione più ampia), stante l'assenza del contenuto patrimoniale del negozio, come riconosciuto dalla Commissione Tributaria Regionale della Lombardia, e la conseguente mancanza della capacità contributiva richiesta dall'art. 53 della Costituzione. Manca, inoltre, un arricchimento in capo al trustee per il quale il valore netto dei beni che gli vengono trasferiti in trust viene completamente assorbito dagli oneri a cui è sottoposto, non potendo egli utilizzare quei beni se non per il raggiungimento dello scopo del trust. Sicché, anche ai sensi dell'art. 56 del D. Lgs. 31 ottobre 1990, n. 346 non si può dar luogo ad alcuna imposizione.

L'articolo 2, XLVII comma della legge 24 novembre 2006, n. 286 estende l'applicazione dell'imposta di donazione, oltre che ai trasferimenti di beni o diritti effettuati per le cause che abbiamo indicato, anche alla costituzione di "vincoli di destinazione". La lettera della norma richiama immediatamente alla memoria l'intitolazione dell'art. 2645 *ter* cod. civ.(9). L'introduzione di questo articolo ha fatto nascere notevoli e rilevanti interrogativi. Per prima cosa ci si è chiesti se questa norma regolasse semplicemente la pubblicità degli atti costitutivi di vincoli o introducesse nel nostro ordinamento un nuovo istituto. L'interrogativo non è per la nostra analisi privo di rilevanza. Infatti, ove ritenessimo che è stato effettivamente introdotto nel nostro ordinamento un nuovo istituto, potremmo validamente sostenere che l'articolo 2, XLVII comma della legge 24 novembre 2006, n. 286 ha inteso sottoporre all'imposta sulle successioni e donazioni solo l'istituto tipicamente previsto dall'art. 2645 *ter* cod. civ., con l'evidente conseguenza di escludere dalla portata della norma i diversi istituti che portano alla costituzione di un vincolo e primo tra tutti il trust. L'analisi svolta dalla migliore dottrina non pare, tuttavia, aver portato sinora ad una risposta univoca sul punto.

Si può tuttavia arrivare alla soluzione del problema che ci occupa anche attraverso un'altra riflessione.

Note:

(8) Si veda da ultimo la Risoluzione del 16 febbraio 2007, n. 25 resa dalla Direzione Centrale Normativa e Contenzioso in materia di rinuncia abdicativa all'usufrutto, ove, dopo aver sostenuto che la rinuncia al diritto di usufrutto comporta il trasferimento del diritto in capo al nudo proprietario, la Direzione afferma che "dall'ampia dizione della norma citata - art. 2 comma 47 della legge n. 262 del 3 ottobre 2006 - discende che gli atti a titolo gratuito che comportano trasferimenti di beni o diritti sono attratti nel campo applicativo dell'imposta sulle successioni e donazioni, indipendentemente dal fatto che sottendano l'*animus donandi*" e ritiene, dunque, di applicare all'atto di rinuncia all'usufrutto le imposte previste per la donazione ed in particolare l'aliquota prevista in relazione al grado di parentela che lega l'usufruttuario rinunciante al nudo proprietario.

(9) "Trascrizione degli atti di destinazione per la realizzazione di fini meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche - Gli atti risultanti da atto pubblico, con cui beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri sono destinati, per un periodo non superiore a novanta anni o per la durata della persona fisica beneficiaria, alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche ai sensi dell'articolo 1322, secondo comma, possono essere trascritti al fine di rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione; per la realizzazione di tali interessi può agire, oltre al conferente, qualsiasi interessato anche durante la vita del conferente stesso. I beni conferiti e i loro frutti possono essere impiegati solo per realizzare il fine di destinazione e possono costituire oggetto di esecuzione, salvo quanto previsto dall'articolo 2915, primo comma, solo per i debiti contratti per tale scopo".

Saggi

ne, chiedendosi cioè se sia presupposto per l'applicazione dell'imposta di donazione il trasferimento di beni o diritti anche nel caso di costituzione del vincolo di destinazione. In vero l'art. 2645 *ter* non fa riferimento al trasferimento dei beni su cui viene costituito il vincolo, ma tuttavia sembrerebbe che l'uso del termine "conferente", anziché semplicemente quello di "costituente", e la previsione della possibilità attribuita a chiunque vi abbia interesse di agire a tutela delle finalità del vincolo anche dopo la morte del conferente, implicino la non esclusione di entrambe le possibilità e cioè che il vincolo venga posto su un bene di proprietà dello stesso conferente ovvero che venga posto su un bene nel momento del trasferimento dal conferente ad un terzo⁽¹⁰⁾.

Una lettura che volesse applicare l'imposta sulle donazioni anche ai vincoli di destinazione costituiti senza trasferimento del bene vincolato, ancorché per certi versi più conforme al mero tenore letterale della norma istitutiva dell'imposta di donazione (mi riferisco alla concordanza delle preposizioni articolate "sui" e "sulla" nella parte del XLVII comma, ove si legge "imposta [...] sui trasferimenti di beni e diritti per [...] e sulla costituzione di vincoli"), si scontrerebbe irrimediabilmente con il già menzionato principio di capacità contributiva. In capo al conferente non vi è, infatti, alcun arricchimento, potendovi essere (ma a ben pensarci non necessariamente) un impoverimento. Al contrario le persone eventualmente beneficiarie dal vincolo non è detto esistano e non è detto siano a conoscenza del vincolo stesso. In sostanza non ci pare che un'interpretazione di tal fatta sia sostenibile.

Al contrario, nel caso di costituzione di un vincolo di destinazione con contestuale trasferimento del bene l'applicabilità del XLVII comma dell'art. 2 della legge 24 novembre 2006, n. 286 risulterebbe più piana e ci porterebbe ad immaginare una situazione analoga alla donazione modale. La capacità patrimoniale risulterebbe dall'arricchimento del conferitario e questo si ricaverebbe, ai sensi dell'art. 56 del D. Lgs. 31 ottobre 1990, n. 346 dal valore dei beni "al netto degli oneri di cui è gravato il donatario", oneri che consisterebbero esattamente nella realizzazione del vincolo di destinazione. L'aliquota con cui determinare l'imposta sarà quella relativa al rapporto di parentela che lega il conferente al conferitario.

Il vincolo di destinazione, in sé potrebbe essere oggetto della reintrodotta imposta di donazione soltanto ove si risolvesse in un trasferimento di un bene

o diritto a favore di un beneficiario e quindi determinasse un immediato e concreto arricchimento in capo allo stesso.

Tale percorso logico sin qui svolto non ci consente però di ritenere il trust (naturalmente mi riferisco a quelli assimilabili a quello oggetto della pronuncia della Commissione Tributaria Regionale della Lombardia) assoggettabile alla reintrodotta imposta di donazione e successione neppure sulla base del richiamo fatto dalla norma agli atti costitutivi di vincoli.

Infatti l'accostamento alla donazione sottoposta ad onere non è percorribile per il trust. Nell'atto di conferimento dei beni al trust, come già evidenziato, non si realizza alcun arricchimento per il trustee ed i beni che gli vengono trasferiti non entrano nel suo patrimonio, ma in quel diverso patrimonio di cui lui è titolare in quanto trustee. Il trustee, pur ricevendo la proprietà del bene, non può personalmente trarre alcuna delle utilità ad essa connesse. Il trustee non si arricchisce in nulla ed il diritto da lui acquisito è per lui un diritto vuoto completamente assorbito da quel particolare vincolo di destinazione che è lo scopo del trust. Ci troviamo, quindi, nell'impossibilità di riconoscere all'atto istitutivo di un trust e contestuale dotazione un atto avente contenuto patrimoniale, così come riconosciuto dalla Commissione Tributaria Regionale della Lombardia.

Nota:

(10) Sul punto si ricorda lo studio del Prof. M. Lupoi, Gli "atti di destinazione" dell'art. 2645-ter cod. civ. quale frammento di trust, in questa Rivista, 2006, 169.

Un'architettura contrattuale fondata sull'istituzione di un trust e la valutazione in termini di "abuso del diritto" nel sistema dell'I.V.A.

di Franco Paparella

Affinché le "cessioni di beni", le "prestazioni di servizi" e le "attività economiche" siano conformi al diritto comunitario è necessario che ciascuna nozione integri i requisiti obiettivi previsti dalla VI Direttiva essendo insufficiente la sola documentazione formale e non assumendo alcun rilievo la mera finalità di conseguire un risparmio fiscale. Tuttavia, il diritto del soggetto passivo a dedurre l'imposta pagata a monte può essere precluso allorché le operazioni poste in essere costituiscono una pratica abusiva.

La pronuncia della Corte di Giustizia appartiene ad un blocco di tre sentenze dello stesso giorno che non sono passate inosservate in dottrina⁽¹⁾ e riguarda una fattispecie fondata sull'utilizzo del trust da parte di una Università del Regno Unito con "il solo obiettivo di facilitare il piano di riduzione dell'onere fiscale".

Nella questione sottoposta all'attenzione del giudice comunitario, infatti, il trust non assume rilievo ai fini fiscali quale atto (in sé) fonte di un eventuale regime di favore, ma quale strumento utilizzato per realizzare una struttura negoziale abbastanza articolata volta al conseguimento di detto risultato. Inevitabilmente, quindi, esso presenta un'importanza tutto sommato marginale rispetto alla questione giuridica di fondo, che attiene alla legittimità della detrazione dell'imposta per le operazioni ritenute contrastanti con il principio dell'"abuso del diritto" nel sistema dell'I.V.A.⁽²⁾

Ed è proprio con riferimento a detto profilo che la sentenza offre l'opportunità di esprimere qualche considerazione alla luce della recente tendenza giurisprudenziale, interna e comunitaria, non senza aver sottolineato che essa comunque costituisce una delle poche pronunce riguardanti la fiscalità del trust dal punto di vista dell'I.V.A.

§ 1. La fattispecie concreta.

Come accennato, la questione è complessa e si fonda sulla premessa che l'Università effettua principalmente operazioni esenti prestando gran parte della propria attività nell'ambito dell'insegnamento talché il tributo corrisposto per le operazioni imponibili sarebbe risultato in gran parte irrecuperabile⁽³⁾.

Avendo acquistato il diritto di usufrutto su due mulini, essa ha deciso di restaurarli non in proprio. In particolare, per il primo è stato istituito un trust discrezionale, che riservava all'Università il potere di nomina e di revoca dei trustee, individuava i beneficiari nell'Università medesima, negli studenti immatricolati ed in qualsiasi associazione di beneficenza e, soprattutto, consentiva di recuperare l'imposta sulle spese di ristrutturazione.

Invece, in merito al secondo mulino (ovvero quello oggetto della causa), l'Università ha concesso in affitto l'immobile al trust, beneficiando conte-

Note:

Franco Paparella è professore associato nell'Università del Salento.

(1) Trattasi delle tre sentenze del 21 febbraio 2006, trattate unitariamente dall'Avvocato Generale Poirares Maduro nelle conclusioni del 7 aprile 2005, relative alla Causa C-223/03 (cioè quella in esame, consultabile *infra*, 586, e anche in Fisco, 2006, 1, 3473), alla Causa C-419/02 (cosiddetta "BUPA") Corriere trib., 2006, 1105 (nota P. Centore) ed alla Causa C-255/02 (cosiddetta "Halifax"), Riv. dir. trib., 2006, III, 107 (nota M. Poggioli); Riv. dir. trib., 2007, III, 3 (nota P. Pistone); Rass. trib., 2006, 1016 (nota C. Piccolo).

(2) Sull'ampia sfera concettuale della nozione di abuso del diritto nell'ordinamento interno, tra i contributi più significativi, cfr. P. Rescigno, *L'abuso del diritto*, Padova, 1998, *passim*; S. Patti, voce "Abuso del diritto", Dig. Disc. Priv., sez. civ., vol. IV, Torino, 1987, I, 1; C. Salvi, voce "Abuso del diritto, I) dir. civ.", Enc. giur., I, Roma, 1998; A. Gambaro, voce "Abuso del diritto, diritto comparato e straniero", *ivi*; D. Messinetti, voce "Abuso del diritto", Enc. dir., II, Aggiornamento, Milano, 1998, 5.

(3) Come si legge dall'esposizione in fatto della sentenza, infatti, sembra che l'Università avesse diritto a detrarre l'imposta in misura ridotta ai sensi della legislazione interna a causa del modesto volume di operazioni imponibili poste in essere.

Saggi

stualmente di una sublocazione e della facoltà di risolvere entrambi i contratti al termine del sesto, decimo e quindicesimo anno; il canone di locazione e quello di sublocazione sono stati determinati in misura simbolica ed entrambi assoggettati al regime ordinario I.V.A.

Le vicende successive sono abbastanza confuse come risulta dalla narrazione in fatto di cui al § 18 della sentenza. Sembra comunque che una società interamente controllata dall'Università abbia fatturato a quest'ultima corrispettivi per futuri lavori di ristrutturazione del secondo mulino non in linea con i valori correnti e con tre giorni di anticipo rispetto alla formalizzazione del contratto a cui è seguito un pagamento con data indeterminata e, soprattutto, l'affidamento dell'incarico a terzi a prezzi di mercato.

Pertanto, in forza della fattura ricevuta dalla società chiamata in un primo momento a svolgere i lavori, l'Università ha goduto di un credito I.V.A. parzialmente chiesto a rimborso, che è stato oggetto di contestazione da parte delle autorità fiscali in quanto si è ritenuto che l'utilizzo del trust abbia determinato un vantaggio del quale altrimenti non avrebbe goduto(4), con l'ulteriore circostanza che l'altra parte del credito sarebbe stata utilizzata per compensare il tributo dovuto a seguito di un sostanzioso aumento dei canoni di locazione, ma senza trascurare che, avvalendosi della facoltà di risoluzione, l'Università avrebbe potuto ricondurre la situazione a quella di partenza dopo aver incassato il rimborso.

In questo contesto si collocano i rilievi dell'autorità fiscale e, soprattutto, le valutazioni del giudice nazionale che lo hanno portato a sollevare la questione pregiudiziale dinanzi alla Corte di Giustizia.

In particolare, la prima, oltre a contestare la sottofatturazione dell'operazione, ha curiosamente rilevato che i rapporti posti in essere con il trust sarebbero stati inutili ai fini del riconoscimento del diritto di rimborso talché sarebbe stata proprio l'esistenza di detti rapporti a pregiudicare la qualificazione in termini di "cessione di beni o prestazione di servizi" ed a porre in dubbio l'esercizio di un'"attività economica". Donde la conclusione che "siffatta operazione deve, conformemente al principio generale del diritto in materia di prevenzione all'"abuso del diritto", essere messa da parte e i termini della VI Direttiva devono essere applicati all'effettiva natura dell'operazione di cui trattasi".

Ugualmente imprecisa è stata la posizione del giudice rimettente in quanto, pur avendo disposto che

"l'insieme di tali operazioni erano operazioni effettive", non ha esitato a considerarle senza "alcuna autonoma finalità economica", rilevando che il complesso assetto negoziale costituiva "un piano di dilazione di pagamento con un meccanismo intrinseco che consente, in una data successiva, un risparmio fiscale in termini assoluti" al punto da qualificare, senza mezzi termini, le operazioni "elusive".

In forza di tali valutazioni e nel presupposto che "l'Università ha concluso e dato esecuzione alla locazione e alla sublocazione al solo fine di ottenere un vantaggio fiscale senza intenzione di svolgere un'attività economica indipendente" il VAT and Duties Tribunal di Manchester ha sollevato la questione pregiudiziale, chiedendo se "la locazione e la sublocazione costituiscano forniture tassabili ai fini della VI Direttiva" e se "costituiscano attività economiche nel senso della seconda frase dell'art. 4, n. 2, della VI Direttiva Iva"(5).

La pronuncia del Giudice Europeo è stata puntuale, avendo risolto pregiudizialmente la questione sollevata dal giudice rimettente per poi esaminare la natura delle operazioni alla luce del principio dell'"abuso del diritto" compiutamente elaborato in un'altra sentenza dello stesso giorno.

Nella prima, sostanzialmente di rigetto, dopo aver ampiamente ribadito gli elementi qualificanti delle nozioni di "cessione di beni" di cui all'art. 5, n. 1, della VI Direttiva, di "prestazioni di servizi" di cui all'art. 6, n. 1, e di "attività economiche" di cui all'art. 4, n. 2(6), il collegio ha concluso che "le operazioni come quelle di cui alla causa costituiscono cessioni di beni o prestazioni di servizi e un'attività economica [...] dal momento che integrano i criteri obiettivi sui quali dette nozioni sono fondate". Pertanto, ai fini della valutazione delle nozioni più volte richiamate,

Note:

(4) In particolare, con riferimento alle osservazioni sottoposte alla Corte, al § 35 della sentenza si legge che l'Università avrebbe affittato l'immobile "ad un terzo che ad essa è legato ed è da lei controllato, come il trust [...], al solo scopo di ottenere un rinvio o evitare in termini assoluti il pagamento dell'Iva che sarebbe stata altrimenti in gran parte irre recuperabile in ragione del fatto che l'immobile viene utilizzato nell'ambito della sua attività di insegnamento esente".

(5) In senso conforme, peraltro, si è espresso il governo italiano intervenuto nel corso del giudizio.

(6) Su tali nozioni, tra i tanti, cfr. A. Comelli, *Iva comunitaria e Iva nazionale*, Padova, 2000, p. 461; M. Giorgi, *Detrazione e soggettività passiva nel sistema dell'imposta sul valore aggiunto*, Padova, 2005, pp. 110 e 366.

il principio affermato dalla Corte di Giustizia, nel ribadire l'insufficienza della sola documentazione formale in coerenza con un orientamento del tutto consolidato, relega nella totale irrilevanza la finalità di conseguire un risparmio fiscale oppure la natura elusiva delle operazioni, essendo sufficiente che esse integrino i requisiti previsti dalla VI Direttiva comunitaria.

Invece, più innovativo sul piano ricostruttivo(7) è l'enunciato della sentenza di cui al § 52, ove, quasi in contraddizione con quanto affermato in precedenza(8), si ribadisce, in misura meno ampia ed argomentata, il principio che preclude il "diritto del soggetto passivo di dedurre l'Iva pagata a monte qualora le operazioni sulle quali tale diritto si basa integrino una pratica abusiva".

Sin qui i fatti, dai quali si desume in primo luogo un assetto negoziale posto in essere dall'Università così (inutilmente) complesso da risultare sovrabbondante anche rispetto al fine di conseguire un regime fiscale di favore(9); dal punto di vista sostanziale, invece, è da segnalare l'imprecisa valutazione del giudice rimettente in quanto ha ritenuto di contestare operazioni dubbie sul piano fattuale sulla base di un sistema di principi che la Corte di Giustizia non ha esitato a dichiarare "non pertinente".

§ 2. L'irrilevanza del "solo scopo di ottenere un vantaggio fiscale senza altro obiettivo economico".

Come già rilevato, ai fini del giudizio sulla legittimità delle operazioni basate sulla istituzione del trust, un'influenza decisiva è stata esercitata dalla sentenza cosiddetta Halifax dello stesso giorno.

È questa la pronuncia che ha richiamato maggiormente l'attenzione della dottrina(10) in quanto ha enunciato profili originali rispetto alla giurisprudenza precedente della stessa Corte che si sostanziano in un importante contributo ai fini della definizione del concetto di "abuso del diritto" nel sistema dell'I.V.A.(11). In particolare, la Corte di Giustizia ha ritenuto che integrano i requisiti del "comportamento abusivo" la presenza di due elementi e cioè lo scopo esclusivo di ottenere un vantaggio fiscale e la contrarietà di detto vantaggio rispetto agli obiettivi perseguiti dal diritto comunitario(12).

Al riguardo, senza ripercorrere le complesse questioni sollevate da tale percorso argomentativo, in questa sede è sufficiente sottolineare, in estrema sin-

tesi, che già la verifica in concreto di entrambi i requisiti è causa di una notevole incertezza sulla dimensione applicativa del principio. Quanto al primo, infatti, esso sembra risolversi in un giudizio oggettivo di meritevolezza economica dell'operazione, che tuttavia dovrebbe essere esteso anche a fattori di natura extra-fiscale, superando qualsiasi valutazione di natura soggettiva riconducibile all'intento o alle finalità dell'operatore economico(13); invece, più indeterminato sembra il secondo requisito, in quanto la verifica avente ad oggetto la (generica) conformità alla disciplina comunitaria sembra trascurare la delicatez-

Note:

(7) Per conferma, si veda V. Ruiz Almendral, Tax avoidance and the European Court of Justice: what is at stake for European general anti-avoidance rules?, Intertax, 2005, 562. In generale, sul concetto di "abuso" nel diritto tributario comunitario, tra i tanti, cfr. M. Burgio, The abuse of law in the framework of the European tax law, Intertax, 1991/1992, 82; B. J. M. Terra - P. J. Wattel, European tax law, IV ed., 2002, Deventer, p. 140 e p. 525; A. Kjellgren, On the border of abuse, European business law review, 2000, 192.

(8) Sul punto, si consulti l'ipotesi interpretativa elaborata da M. Basila-vecchia, Norma antielusiva e "relatività" delle operazioni imponibili, Corriere trib., 2006, 1466, che, ivi, sottolinea "quella che è un'operazione imponibile, perché ne ha le caratteristiche oggettive, e che tale rimane, anche se dimostrata funzionale ad un programma di riduzione del carico impositivo, può essere in concreto riclassificata come "non operazione", nel momento in cui la sua sussistenza svela un disegno elusivo, e indebito vantaggio fiscale, in capo al soggetto destinatario dell'addebito dell'imposta".

(9) Sul criterio di valutazione degli assetti negoziali complessi nell'ordinamento inglese ai fini del giudizio in termini di elusione o di abuso, cfr. M. Ridsdale, Abuse of right, fiscal neutrality and VAT, EC Tax review, 2005, 82; S. Frommel, United Kingdom tax law and abuse of rights, Intertax, 1991/1992, 54; A. Shipwright, L'esperienza britannica, in A. Di Pietro (cur.), L'elusione fiscale nell'esperienza europea, Milano, 1999, 107.

(10) Oltre ai commenti richiamati in precedenza, cfr. L. Salvini, L'elusione Iva nella giurisprudenza nazionale e comunitaria, Corriere trib., 2006, 3099; C. Attardi, L'elusione nell'Iva. L'impatto del divieto comunitario di abuso del diritto, Fisco, 2007, 1, 4572; Id., How the Halifax ECJ's decision affects Italian tax-payers, Tax notes intertax, 2006, 613.

(11) Sui profili originali della pronuncia, cfr. M. Poggioli, La Corte di Giustizia elabora il concetto di "comportamento abusivo", nota a Corte di Giustizia CE, 21 febbraio 2006, Causa C-225/02 [supra, nota 1], a p. 124.

(12) Nondimeno, sono stati ipotizzati limiti rigorosi sotto il profilo della certezza del diritto e, soprattutto, sono stati specificati gli effetti dal punto di vista dell'inapplicabilità delle sanzioni.

(13) Sembra, quindi, in via di soluzione il dibattito che si è sviluppato a proposito dell'elusione tra coloro che attribuiscono un rilievo decisivo all'elemento soggettivo e quanti preferiscono un approccio di tipo oggettivo in coerenza con l'esigenza di limitare dette valutazioni ad elementi di natura reale. Conforme P. Pistone, L'elusione fiscale come abuso del diritto nota a Corte di Giustizia CE, 21 febbraio 2006, Causa C-225/02 [supra, nota 1], a p. 24; M. Poggioli, La Corte di Giustizia elabora il concetto di "comportamento abusivo" [supra, nota 11], a p. 127.

Saggi

za e l'oggettiva difficoltà dell'attività interpretativa sulla quale si fonda detta valutazione, soprattutto in assenza di norme espressive di chiari principi di riferimento(14).

Dal punto di vista sistematico, quindi, il tentativo apprezzabile che si coglie dalla sentenza Halifax è quello di ipotizzare rimedi di carattere generale, propri dell'ordinamento comunitario, traendoli non dall'interpretazione delle singole disposizioni o, comunque, dal sistema di diritto positivo, ma elevandoli a (alla dimensione astratta di) "principi" sulla scorta degli obiettivi perseguiti dal diritto comunitario talché la nozione di "abuso" dovrebbe essere alternativamente riconducibile al comportamento "abusivo" del contribuente oppure all'"abuso" del diritto comunitario(15).

Nondimeno, sotto il profilo delle categorie giuridiche, non sembra definito il confine del "comportamento abusivo" rispetto alla nozione di elusione, ugualmente ricorrente nella giurisprudenza comunitaria(16), ma, anzi, sembra richiamarne il contenuto soprattutto ai fini della meritevolezza sostanziale dell'operazione in contrapposizione allo scopo esclusivo di perseguire un beneficio fiscale, riproponendone quasi integralmente i complessi aspetti problematici(17). Tuttavia, in questa prospettiva l'enunciazione di un principio generale anti-abuso in materia di I.V.A. potrebbe avere la *ratio* di supplire all'assenza di una clausola antielusiva espressa riferibile a detto ambito, ridimensionando il problema dell'applicazione delle norme chiaramente riferite alle sole imposte sui redditi(18).

In definitiva, la pronuncia in commento contribuisce a consolidare il principio dell'"abuso del diritto" nell'innovativo significato desumibile dalla sentenza Halifax, il quale, tuttavia, lungi dall'assumere una dimensione giuridica definita, appare ancora largamente condizionato dall'assenza di parametri oggettivi di riferimento soprattutto ai fini della sua estensione ai tributi diversi dall'I.V.A. ed in funzione della problematica applicazione all'interno degli Stati membri.

§ 3. Brevi cenni sulla controversa esperienza giurisprudenziale interna.

In questa prospettiva gli effetti della sentenza Halifax non si sono fatti attendere anche perché è sopraggiunta nel periodo in cui la giurisprudenza della Suprema Corte è apparsa particolarmente "creativa"

con riferimento all'annosa questione del *dividend washing*.

La vicenda è nota ed ha assunto rilievo con riferimento alle operazioni perfezionate prima dell'entrata in vigore della legge 5 novembre 1992, n. 429, che aveva precluso il riconoscimento del credito d'imposta intervenendo sui commi 6-bis e 7-bis dell'art. 14 del D. P. R. 22 dicembre 1986, n. 917 ("Tuir"). Nei confronti di dette operazioni, infatti, tre pronunce

Note:

(14) Una considerazione analoga è formulata da C. Piccolo, Abuso del diritto ed Iva, nota a Corte di Giustizia CE, 21 febbraio 2006, Causa C-225/02 [*supra*, nota 1], a p. 1045.

(15) In via del tutto generale, quindi, l'abuso nel diritto comunitario dovrebbe essere riconducibile all'applicazione normativa volta al conseguimento di vantaggi economici incoerenti rispetto alla *ratio* delle disposizioni utilizzate di volta in volta e, comunque, non meritevoli di apprezzamento da parte dell'ordinamento comunitario. Per ampi riferimenti alla giurisprudenza comunitaria precedente, si consultino le citazioni utilizzate nelle stimolanti conclusioni dell'Avvocato Generale nella controversia Halifax [*supra*, nota 1], nonché le pronunce richiamate da C. Piccolo, Abuso del diritto ed Iva [*supra*, nota 14], a p. 1043, nota 1.

(16) Sul tema dell'elusione in una visione interna la dottrina è intervenuta copiosamente negli ultimi anni sottolineando il passaggio alla tipizzazione della fattispecie legale a seguito dell'introduzione della clausola antielusiva e prospettando la ricostruzione del fenomeno giuridico alternativamente nell'ambito della teoria dell'interpretazione allo scopo di distinguere i comportamenti ritenuti illeciti (ad esempio, si veda P. Russo, Brevi note in tema di disposizioni antielusive, *Rass. trib.*, 1999, 67, a p. 68; G. Vanz, L'elusione fiscale tra forma giuridica e sostanza economica, *Rass. trib.*, 2002, 223; F. Montanari, Elusione fiscale senza sanzione?, *Giur. it.*, 2002, 2433) oppure, con maggior rigore, quali norme eccedono le regole interpretative in quanto volte a disapplicare le norme regolatrici della fattispecie imponibile secondo il modello riconducibile all'estensione analogica ai casi non espressamente previsti (in questo senso, cfr. A. Fedele, Appunti dalle lezioni di diritto tributario, Torino, 2005, 135; R. Lupi, Diritto tributario, Parte generale, VIII ed., Milano, 2005, p. 102; F. Tesaro, Istituzioni di diritto tributario, I, VIII ed., Torino, 2003, p. 247; S. La Rosa, Principi di diritto tributario, II ed., Torino, 2006, p. 23; S. Cipollina, La legge civile e la legge fiscale, Padova, 1992, p. 140). Tra i contributi più recenti volti a giustificare gli incerti orientamenti giurisprudenziali, v. S. La Rosa, Sugli incerti confini tra l'evasione, l'elusione e l'assenza del presupposto soggettivo dell'Iva, *Riv. dir. trib.*, 2006, II, 619; P. M. Tabellini, L'elusione della norma tributaria, Milano, 2007, *passim*; P. Pistone, Abuso del diritto ed elusione fiscale, Padova, 1995, *passim*; G. Zoppini, Abuso del diritto e dintorni (ricostruzione critica per lo studio sistematico dell'elusione fiscale), *Riv. dir. trib.*, 2005, I, 809; M. Andriola, La dialettica tra "aggiramento" e valide ragioni economiche in una serie di ipotesi applicative della norma antielusiva, *Rass. trib.*, 2006, 1897. Infine, per interessanti considerazioni recenti riferite ai profili di compatibilità comunitaria, si veda I. Vacca, Evoluzione della riforma IRES: considerazioni generali, *Riv. dir. trib.*, 2007, I, 354.

(17) Sul punto, tuttavia, si consulti il contributo di P. Pistone, L'elusione fiscale come abuso del diritto [*supra*, nota 13], a p. 20, che perviene alla sostanziale equiparazione delle due nozioni sulla base delle imprecisioni terminologiche e di traduzione (sui termini abuso, elusione, evasione e frode) presenti nella sentenza Halifax confrontate con i precedenti della Corte.

(18) In senso conforme, M. Basilavecchia, Norma antielusione e "relatività" delle operazioni imponibili Iva [*supra*, nota 8], a p. 1468.

della Suprema Corte(19) avevano chiarito l'impossibilità di contestarle sia ricorrendo al terzo comma dell'art. 37 del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, sia negando efficacia retroattiva alla norma del 1992, in coerenza con quanto riconosciuto dalla stessa Amministrazione Finanziaria(20), al punto che gli Uffici periferici erano stati invitati ad abbandonare le controversie pendenti sulla base di un parere reso dall'Avvocatura Generale dello Stato(21).

In questo contesto, nel corso del 2005, sono intervenute tre nuove sentenze relative al sistema delle imposte sui redditi, con le quali è stata riconosciuta la possibilità di desumere un "principio tendenziale" in tema di abuso del diritto "alla luce di alcuni principi ricavabili dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia"(22), ritenendosi, sotto il profilo processuale, che "la nullità dei contratti può essere dichiarata d'ufficio – in via incidentale – anche nel giudizio di legittimità"(23).

Lo sviluppo del dibattito giurisprudenziale è stato notevolmente condizionato dalla sentenza Halifax in quanto, a partire dalle tre pronunce relative all'I.V.A. emesse nello stesso giorno delle tre sentenze comunitarie, è possibile cogliere un atteggiamento diverso della Suprema Corte posto che, da un lato, si abbandona il sistema delle nullità di diritto interno(24) e, dall'altro, si inizia a prospettare il problema del rapporto tra la nozione di abuso e quella di elusione(25).

Il punto di arrivo del nuovo orientamento è segnato dalle due ordinanze del 2006, con le quali la Corte di Cassazione ha investito del problema le Sezioni Unite ed ha sollevato una rilevante questione sistematica alla Corte di Giustizia(26). In particolare, con la prima la Suprema Corte, prendendo atto della situazione di incertezza, ha lodevolmente rimesso gli atti alle Sezioni Unite ritenendo necessario l'esame di "questioni di diritto involgenti massime di particolare importanza" ai sensi del II comma dell'art. 314 cod. proc. civ.(27).

Con la seconda, invece, poiché si è ritenuto "che siano necessari alcuni chiarimenti al fine di consentire una rigorosa applicazione del principio enunciato dalla sentenza Halifax", è stato formulato un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia allo scopo di chiarire se "la nozione di abuso del diritto o di forme giuridiche, definita dalle sentenze della Corte di Giustizia in causa C-255/02 come "operazione essenzialmente compiuta al fine di conseguire un vantaggio fiscale" sia coincidente, più ampia o più restrittiva di

quella di "operazione non avente ragioni economiche diverse da un vantaggio fiscale""(28).

In definitiva, dalla complessa vicenda giurisprudenziale brevemente descritta è difficile cogliere un principio tendenziale di diritto interno, almeno fino a quando le Sezioni Unite non avranno chiarito alcuni aspetti cruciali che hanno assunto una dimensione sempre più equivoca a causa del sovrapporsi di

Note:

(19) Cfr. Cass., 26 gennaio 2000, n. 3979, Rass. trib., 2000, 917 (note E. Nuzzo e P. Piccone Ferrarotti); Rass. trib., 2000, 1267 (nota F. Paparella); Cass., 3 settembre 2001, n. 11351, Giur. it., 2002, 1102; Cass., 7 marzo 2002, n. 3345, Foro it., 2002, I, 1703.

(20) Cfr. Risoluzione Dipartimento Entrate n. 5/022 del 6 luglio 1993, Fisco, 1993, 8432.

(21) Per conferma, si veda Circolare Ministeriale n. 87/E del 27 dicembre 2002, Fisco, 2003, 127.

(22) Ritenuto applicabile ad operazioni perfezionate quasi dieci anni prima nonostante altre sentenze dello stesso periodo – come Cass., 29 luglio 2004, n. 14515, Riv. dir. trib., 2004, II, 272 (nota G. Zoppini), oppure Cass., 22 giugno 2006, n. 19227, Fisco, 2006, I, 5687 – avessero più correttamente applicato l'art. 10 della legge 29 dicembre 1990, n. 408 vigente *ratione temporis* e malgrado sia stata avvertita l'esigenza "di ulteriori specificazioni della giurisprudenza comunitaria".

(23) Cfr. Cass., Sez. trib., 21 ottobre 2005, n. 20398, Rass. trib., 2006, 295 (nota D. Stevanato), Dialoghi di dir. trib., 2005, 1670 (nota D. Stevanato); Cass., Sez. trib., 26 ottobre 2005, n. 20816, Riv. dir. trib., 2006, II, 691 (nota F. M. Giuliani); Cass., Sez. trib., 14 novembre 2005, n. 22932, Giur. trib., 2006, 212 (nota M. Beghin).

(24) Trattasi, in particolare, dell'ampio e complesso tema riguardante la possibilità di eccepire ai fini fiscali la nullità di singoli negozi ed assetti collegati o complessi sulla base dei vizi previsti dal codice civile (ad esempio, la violazione di norme imperative, i vizi funzionali della causa, la nullità per frode alla legge, l'esistenza di motivi illeciti, ecc.). Sul punto, tra i tanti, cfr. G. Gaffuri, La rilevanza della nullità contrattuale in diritto tributario, Boll. trib., 2006, 453; P. M. Tabellini, L'elusione della norma tributaria [*supra*, nota 16], a p. 101; A. Cecchini, Collegamento tra negozi a prestazioni corrispettive e nullità per mancanza di causa, in Aa. Vv., Elusione fiscale. La nullità civilistica come strumento generale antielusivo, Atti del Convegno tenutosi presso la facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Padova, allegato a Fisco, 2006, n. 43, 19; V. Busa, La nullità civilistica come strumento generale antielusivo, Fisco, 2006, I, 15595, a p. 15596; F. Paparella, Studi preliminari sui profili teorici e sistematici dell'accollo nel diritto tributario, Roma, 2005, p. 136.

(25) Cfr. Cass., Sez. trib., 21 febbraio 2006, nn. 10352, 10353 e 11061, Riv. dir. trib., 2006, II, 619 (nota S. La Rosa).

(26) Per completezza, ed in considerazione del fatto che la questione verte sempre in materia di I.V.A., può non essere superfluo segnalare anche l'ordinanza n. 5503 del 9 marzo 2007 in quanto la Suprema Corte ha formulato un altro rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia avente ad oggetto il rilievo del principio di proporzionalità rispetto alle applicazioni del divieto all'abuso del diritto.

(27) Per conferma, si veda Cass., Sez. trib., 24 maggio 2006, n. 12031 (ordinanza), Corriere trib., 2006, 2141 (nota G. Zizzo); Giur. trib., 2006, 881 (nota C. Pino).

(28) Cfr. Cass., Sez. trib., 10 marzo 2006, n. 21371 (ordinanza), Fisco, 2006, I, 6585.

Saggi

pronunce dall'impostazione divergente, ma senza trascurare l'oggettiva difficoltà di recepire i principî elaborati dalla Corte di Giustizia in considerazione dei vincoli imposti dall'ordinamento nazionale⁽²⁹⁾.

In via di principio, sembra che la nozione di abuso abbia assunto ormai una connotazione sempre più comunitaria a scapito del sistema delle nullità di diritto interno⁽³⁰⁾ e con una dimensione concettuale che dovrebbe essere limitata ai tributi di stretta derivazione comunitaria⁽³¹⁾.

In questa prospettiva, il nuovo problema di fondo attiene alla possibilità di individuare una nozione di abuso applicabile al sistema tributario nel suo complesso ovvero variabile da tributo a tributo in quanto la recente giurisprudenza comunitaria sembra richiamare i principî propri dell'I.V.A.⁽³²⁾ a fronte di pronunce meno dirompenti riferite al sistema delle imposte sui redditi⁽³³⁾.

Sotto il profilo applicativo, peraltro, un'importanza non trascurabile assumeranno le garanzie del contribuente in termini di principio di legalità, certezza del diritto e legittimo affidamento ripetutamente sottolineate dalla giurisprudenza comunitaria⁽³⁴⁾, con specifico riferimento all'inapplicabilità delle sanzioni, chiaramente sottolineata dalla sentenza Halifax⁽³⁵⁾, ed alla tutela del contraddittorio e del diritto di difesa⁽³⁶⁾.

§ 4. Conclusioni.

In definitiva, alla luce delle considerazioni precedenti, la sentenza merita di essere segnalata ai lettori di questa Rivista soprattutto per il rilievo decisivo che ha assunto il trust nel complesso assetto negoziale che ha favorito le operazioni ritenute contrastanti con il sistema dell'I.V.A.

Sotto quest'ultimo profilo, invece, occorre ormai prendere atto del riconoscimento di un principio anti-abuso da parte della giurisprudenza comunitaria, che, tuttavia, per quanto meritevole di apprezzamento sul piano teorico, sembra ben lontano da un'elaborazione giuridica compiuta, soprattutto con riferimento ai tributi per i quali è più difficile cogliere la generica contrarietà ai principî perseguiti dall'ordinamento comunitario.

A tal fine, nell'attesa di nuovi e più significativi sviluppi, oltre alle prevedibili difficoltà applicative ed ai possibili contrasti con altri principî riconosciuti in sede comunitaria, per adesso è sufficiente sottolineare l'incertezza sul versante delle imposte sui red-

diti, la discutibile applicazione delle sanzioni e la difficoltà di definire con precisione il confine tra la nuova categoria giuridica ed altre nozioni confinanti (*in primis*, l'elusione tributaria) in considerazione delle distinte implicazioni di carattere procedimentale previste dal diritto interno.

Note:

(29) Tale aspetto è sottolineato con efficacia da L. Salvini, *L'elusione Iva nella giurisprudenza nazionale e comunitaria* [*supra*, nota 10], a p. 4001. In senso analogo si veda, altresì, M. Poggioli, *La Corte di Giustizia elabora il concetto di "comportamento abusivo"* [*supra*, nota 11], a p. 139; C. Attardi, *L'elusione nell'Iva* [*supra*, nota 10], a p. 4580.

(30) In senso conforme, peraltro, sembrano orientarsi anche le successive pronunce della Corte di Cassazione: Cass., 13 ottobre 2006, n. 22023, *Obbligazioni e contr.*, 2007, 1, 93, nonché Cass., 30 novembre 2006, n. 5503, inedita.

(31) Questo profilo è approfondito da R. Schiavolin, *L'elusione fiscale come abuso del diritto: allo stato dell'arte, più problemi che soluzioni*, in *Aa. Vv.*, *Elusione fiscale. La nullità civilistica come strumento generale antielusivo* [*supra*, nota 24], a p. 66.

(32) Spunti del medesimo tenore sono prospettati da M. Basilavecchia, *Norma antielusione e "relatività" delle operazioni imponibili Iva* [*supra*, nota 8], a p. 1466; L. Salvini, *L'elusione Iva nella giurisprudenza nazionale e comunitaria* [*supra*, nota 10], a p. 3097; C. Attardi, *L'elusione nell'Iva* [*supra*, nota 10], a p. 4572.

(33) Ad esempio, si consulti la recente sentenza (cosiddetta "Schweppes") della Corte di Giustizia CE, 12 settembre 2006, Causa C-196/04 (*Riv. dir. fin.*, 2007, II, 3 (nota S. Cipollina); *Rass. trib.*, 2007, 983 (nota M. Beghin); *Corriere trib.*, 2006, 3347 (nota E. Della Valle)), ove, ai punti 55 e 65, si legge: "perché sia giustificata da motivi di lotta a pratiche abusive, una restrizione alla libertà di stabilimento deve avere lo scopo specifico di ostacolare comportamenti consistenti nel creare costruzioni puramente artificiali, prive di effettiva attività economica e finalizzate ad eludere la normale imposta sugli utili generati da attività svolte sul territorio nazionale", specificando che, affinché una legislazione interna "sia conforme al diritto comunitario, la tassazione da essa prevista non deve trovare applicazione se, pur in presenza di motivazioni di natura fiscale, la costituzione di una SEC corrisponde a realtà economica". L'oggettiva difficoltà di applicare i principî elaborati in materia di I.V.A. al sistema delle imposte sui redditi in conseguenza della sentenza Schweppes è colta da P. Pistone, *L'elusione fiscale come abuso del diritto* [*supra*, nota 13], a p. 26.

(34) Tra le più recenti, si consulti la sentenza della Corte di Giustizia CE, 6 luglio 2006, causa C-439/04, *Riv. giur. trib.*, 2006, 837 (nota P. Centore).

(35) La delicatezza del profilo sanzionatorio è posta in adeguato risalto da M. Basilavecchia, *Norma antielusiva e "relatività" delle operazioni imponibili Iva* [*supra*, nota 8], a p. 1468. Nella giurisprudenza di merito interna, nel senso dell'inapplicabilità delle sanzioni in ipotesi di elusione si veda la corposa sentenza della Comm. Trib. Prov. di Milano, Sez. XIV, n. 278 del 13 dicembre 2006, *Dialoghi di dir. trib.*, 2007, 390 (commenti di D. Stevanato, L. Para e R. Lupi).

(36) In questo senso, si vedano soprattutto gli interventi di F. Moschetti e R. Schiavolin in *Aa. Vv.*, *Elusione fiscale. La nullità civilistica come strumento generale antielusivo* [*supra*, nota 31], a p. 82 e 93.

La recente legge francese sulla *fiducie*: una fiducia con molti limiti

di Arianna Neri

L'articolo fornisce una prima analisi della recente legge francese sulla *fiducie* (l. n. 211 del 19 febbraio 2007), che ha introdotto nell'ordinamento d'Oltralpe l'operazione, derivante da legge o da contratto, con la quale uno o più disponenti trasferiscono dei beni, dei diritti o delle garanzie, a uno o più fiduciari, che li conserveranno in un patrimonio separato dal loro, agendo per il perseguimento di un determinato scopo ovvero a vantaggio di uno o più beneficiari. L'esame della legge mette in evidenza le peculiarità della scelta effettuata dal legislatore francese, in particolare sotto il profilo dei limiti "soggettivi", in considerazione del fatto che la *fiducie* è stata riservata ad alcuni tipi di persone giuridiche. L'articolo pone altresì l'accento sulla circostanza che, come accade in altri sistemi di *civil law*, il tentativo di trovare strumenti vicini al trust passa attraverso delle tecniche di separazione patrimoniale.

§ 1. Dal progetto di legge del 2005 al testo legislativo attuale.

Con la legge n. 211 del 19 febbraio 2007 la Francia ha introdotto nel proprio ordinamento l'istituto della *fiducie*(1). La normativa deriva da un progetto presentato nel 2005, che prevedeva la modifica del Code civil, attraverso l'introduzione di un contratto speciale, con cui il *constituant* trasferiva tutti o parte dei suoi beni al *fiduciario*, il quale, conservando detti beni in un patrimonio separato, avrebbe agito a vantaggio di uno o più beneficiari, conformemente alle disposizioni contrattuali(2). Nell'*exposé des motifs* di tale progetto si legge che la necessità di introdurre nel sistema francese il meccanismo fiduciario deriverebbe dall'assenza nell'ordinamento di uno strumento assimilabile al trust di matrice anglosassone, ormai presente, sia pure in forme differenti, in vari paesi. Detta lacuna rischierebbe di penalizzare la Francia, soprattutto con riferimento agli investitori stranieri, che si vedrebbero sprovvisti di un istituto ampiamente utilizzato, e con successo, in molti altri siste-

mi. Tenendo conto di questa esigenza e della contestuale necessità di trovare dei meccanismi compatibili con i principi interni, veniva proposto, appunto, un contratto, rispondente ad uno schema trilaterale, con trasferimento di beni dal disponente al fiduciario, nell'interesse di uno o più beneficiari. Nessuna limitazione soggettiva era prevista dal progetto: il fiduciario poteva essere, pertanto, una persona fisica o giuridica, così come il costituente. Dal punto di vista oggettivo, le finalità perseguite potevano essere varie, escludendo tuttavia che il contratto fiduciario potesse avere come obiettivo la mera creazione di un vincolo di alienazione sui beni oggetto del medesimo, ovvero la realizzazione di scopi di liberalità(3).

§ 2. La legge del febbraio 2007.

Su questa base, attraverso un percorso durato due anni, il legislatore francese è giunto all'approvazione

Note:

Arianna Neri è dottore di ricerca in Diritto privato e garanzie costituzionali e avvocato in Firenze.

(1) Il testo è consultabile in questa Rivista, 2007, 469. Le norme sulla *fiducie* si collocheranno nel codice civile francese, tra le disposizioni dedicate al mandato e quelle che riguardano la *transation*.

(2) Sul sito Internet del Senato, all'indirizzo <http://www.senat.fr/dossier-leg/ppl04-178.html> è consultabile il progetto di legge presentato l'8 febbraio 2005 dal senatore Philippe Marini e gli atti dell'*iter* che ha condotto alla recente approvazione della legge suindicata. Per quanto riguarda la definizione di contratto di *fiducie*, il progetto prevedeva "Art. 2062. – La *fiducie* résulte d'un contrat par lequel un constituant transfère des droits de toute nature à une personne physique ou morale dénommée fiduciaire, à charge pour elle de les administrer ou d'en disposer au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires conformément aux stipulations du contrat à des fins de gestion, de garantie ou de transmission à titre onéreux, exclusivement ou cumulativement. Le transfert s'opère dans un patrimoine d'affectation, appelé patrimoine fiduciaire, distinct du patrimoine personnel du fiduciaire et de tout autre patrimoine fiduciaire, le fiduciaire devenant titulaire ou propriétaire fiduciaire des droits transférés". Per un commento a detto progetto, v. A. Neri, La via francese al recepimento del trust: un nuovo progetto di legge sulla *fiducie*, in questa Rivista, 2006, 69.

(3) Nell'*exposé des motifs* si osservava che, in tal modo, i privati avrebbero potuto disporre di una nuova forma di proprietà a titolo di garanzia, non necessariamente accessoria al credito garantito. Il disponente avrebbe, infatti, potuto trasferire determinati beni con finalità di garanzia, che non si sarebbe estinta automaticamente con il credito iniziale. La medesima garanzia avrebbe potuto essere utilizzata per un credito futuro, senza necessariamente ricorrere alla stipulazione di un ulteriore contratto fiduciario.

Saggi

della legge sopra menzionata. Il testo normativo affronta diversi aspetti sia di natura civile che fiscale. La fiducia viene definita come l'operazione attraverso la quale uno o più disponenti trasferiscono dei beni, dei diritti o delle garanzie, presenti o futuri, a uno o più fiduciari, che li conserveranno in un patrimonio separato dal loro, agendo per il perseguimento di un determinato scopo ovvero a vantaggio di uno o più beneficiari.

È stata, quindi, ripresa la definizione prevista dal progetto di legge, sia pure con il ricorso al termine "operazione" in luogo di "contratto", dal momento che il successivo articolo 2012 precisa che la fiducia può avere la propria origine nella legge o nel contratto. È evidente, comunque, la collocazione del meccanismo all'interno del diritto delle obbligazioni, così da superare tutte le possibili obiezioni tradizionalmente connesse all'istituto del trust(4).

Il fulcro della nozione risiede peraltro nella separazione patrimoniale, quale strumento irrinunciabile per raggiungere, nei sistemi di *civil law*, risultati assimilabili a quelli tipici del trust. L'idea è, pertanto, quella di realizzare una figura giuridica flessibile, destinata ad essere utilizzata in modi diversi, anzitutto, ma non esclusivamente, per la gestione o la garanzia(5). L'unico limite al ricorso al contratto fiduciario è costituito dal divieto di una fiducia-liberalità, che potrebbe costituire un abuso delle norme in materia di successione e di riserva ereditaria; l'eventuale violazione di detta disposizione è sanzionata con una nullità definita di ordine pubblico. Sembra, quindi, che i beneficiari del contratto fiduciario debbano fornire una contropartita, giustificando in maniera oggettiva la trasmissione del capitale o dei frutti a loro vantaggio(6).

§ 3. I limiti soggettivi: una fiducia riservata alle società.

La più rilevante novità dell'intervento legislativo, nonché il punto che suscita maggiori perplessità, è la scelta di riservare la fiducia unicamente ad alcuni tipi di persone giuridiche. Si prevede, infatti, che il disponente sia una persona giuridica sottoposta all'imposta sulle società e il fiduciario un istituto di credito, ovvero un ente appartenente ad istituzioni quali le Poste, la "Caisse des dépôts et consignations", le imprese che effettuano investimenti a titolo professionale, le assicurazioni. La legge prevede altresì la possibilità di nominare un terzo incaricato di assicu-

rare gli interessi del disponente nella fase di esecuzione del contratto. Su questa figura il legislatore non ha posto alcun limite, pertanto potrà senza dubbio svolgere questo ruolo anche una persona fisica, quale un avvocato o notaio. I limiti soggettivi sarebbero dettati dal fatto che, mentre per le imprese risulta evidente l'esigenza di poter ricorrere ad uno strumento fiduciario, altrettanto non potrebbe dirsi per le persone fisiche. Un'eventuale estensione in tal senso rischierebbe, anzi, di compromettere alcuni principi del sistema di garanzie, nonché di favorire frodi in materia successoria, o con riferimento alla legislazione sugli incapaci. Il sistema delle garanzie, infatti, profondamente riformato da un intervento legislativo del marzo 2006, offrirebbe alle persone fisiche una serie di strumenti diversificati per facilitare l'accesso al credito, quali, tra gli altri, l'abolizione del divieto del patto commissorio. Al fine, poi, di trovare un ragionevole equilibrio in favore dei soggetti più deboli la legge prevede alcune cautele, quali l'esclusione del patto commissorio in materia di credito al consumo, o la forte limitazione della garanzia autonoma nell'ambito delle locazioni abitative. L'estensione della fiducia alle persone fisiche potrebbe, in tale contesto, minacciare il bilanciamento di interessi raggiunto dalla riforma, con conseguente compromissione della coerenza del sistema(7).

Note:

(4) Nel dibattito di accompagnamento all'approvazione della legge, il Guardasigilli, Pascal Clément, precisa che proprio questo aspetto è una "nouvelle preuve de son enracinement dans notre tradition juridique".

(5) V. G. Blaunluet, Pourquoi introduire la fiducie en France?, consultabile sul sito Internet di "Les Echos" all'indirizzo <http://www.lesechos.fr/info/metiers/4538742.htm>, il quale definisce la fiducia "une enveloppe sans contenu, un cadre entourant une toile blanche".

(6) V. P. Dupichot, Opération fiducie sur le sol français, Semaine juridique, 2007, n. 5, 6, il quale osserva che la riforma del diritto successorio, intervenuta con la legge n. 728 del 23 giugno 2006, avrebbe reso meno rilevante un eventuale strumento fiduciario in questo ambito, in particolare per l'ammissione del c.d. *mandat posthume*, l'ammissione in alcune circostanze del fedecommesso, che già costituiscono delle alternative al testamento.

Per quanto riguarda la presenza di una contropartita, l'autore osserva che non è necessario che ci sia una perfetta equivalenza, ma la stessa non dovrà essere comunque irrisoria.

(7) Si tratta della riforma adottata con ordinanza del 23 marzo 2006, n. 346, che ha riordinato il settore delle garanzie, attraverso un raggruppamento delle norme all'interno di un libro quarto del Code civil, esclusivamente dedicato a questa materia. Lo scopo è quello di innovare il diritto delle garanzie e renderlo più efficiente, al fine di facilitare l'accesso al credito e contribuire, in tal modo, a rendere più dinamici il consumo e l'investimento. Tra le innovazioni di maggior rilievo, si segnala l'introdu-

(Segue)

Sotto altro profilo, qualora la proibizione della fiducia-liberalità fosse accompagnata da un'estensione della fiducia in favore delle persone fisiche, si potrebbero facilmente verificare violazioni delle disposizioni di ordine pubblico in materia successoria. Infine, lo strumento fiduciario potrebbe rivelarsi incompatibile con le esigenze di tutela degli incapaci, affidate nel diritto francese ad un regime basato sull'intervento del giudice tutelare, rendendo più difficile detta forma di controllo(8). Al fine, quindi, di introdurre una fiducia "sicura" è stato ritenuto preferibile evitare un ampliamento eccessivo della medesima.

Tesi di segno opposto sottolineano, tuttavia, che le limitazioni previste dalla legge consentono un uso esclusivamente finanziario della fiducia, che diventerebbe pertanto un'ulteriore forma di garanzia, escludendo ingiustificatamente ogni finalità di tipo familiare o, come viene osservato, "umano". Quel che ostacolerebbe la possibile utilizzazione della fiducia da parte delle persone fisiche sarebbero in realtà unicamente i pregiudizi contro tale strumento, visto come meccanismo finalizzato prevalentemente alla realizzazione di frodi, piuttosto che effettive ragioni di incompatibilità con l'ordinamento(9). Si rileva, infatti, che, una volta individuato il fondamento della fiducia nella separazione patrimoniale, non vi sarebbero motivi per impedire alle persone fisiche, titolari, ad esempio, di patrimoni immobiliari importanti, di destinare parte dei loro beni a degli scopi determinati, ovvero di provvedere ad una gestione dei medesimi in favore di altri soggetti. La separazione patrimoniale sarebbe in sé una figura "neutra" rispetto ai principî dell'ordinamento, dovendosi accertare l'eventuale illiceità caso per caso.

A ben vedere, il timore che sembra emergere dal dibattito parlamentare è, prima ancora delle possibili violazioni di principî fondamentali dell'ordinamento, quello di non riuscire ad addivenire all'approvazione di un testo finale, come già accaduto in passato, e quindi privare completamente il sistema francese dello strumento fiduciario(10). Questa eventualità sarebbe pregiudizievole dal punto di vista della competitività economica dell'ordinamento, visto che già molte imprese francesi ricorrono alla istituzione di trust in paesi che lo riconoscono, per realizzare le loro programmazioni patrimoniali o di finanziamento. Al fine, pertanto, di evitare ulteriori obiezioni alla fiducia, con conseguente abbandono del relativo progetto di legge, il legislatore francese ha preferito adottare una soluzione compromissoria,

che potesse essere accettata anche dai più reticenti nei confronti dell'istituto(11). In questo contesto la legge va vista come una tappa, all'interno di un per-

Note:

(Continua nota 7)

zione, tra le garanzie personali, della garanzia autonoma e della lettera di intenti, la completa riscrittura delle regole in materia di pegno, quali la possibilità di avere un pegno senza possesso, e, soprattutto, l'abolizione del divieto del patto commissorio, per cui i contraenti possono prevedere al momento della costituzione del pegno che il creditore diverrà proprietario della cosa data in garanzia, nel caso di inadempimento da parte del debitore. Per quanto riguarda le garanzie reali immobiliari, una novità importante è costituita dall'introduzione dell'*hypothèque rechargeable*, che permette di utilizzare la medesima ipoteca a garanzia di più crediti successivi nel limite di un importo massimo. Altra novità di rilievo è l'introduzione del *prêt viager hypothécaire*, che dovrebbe consentire al proprietario di un bene immobile di ottenere del denaro, senza procedere alla vendita del bene stesso, dal momento che il creditore potrà rivalersi, dopo la morte del debitore, sull'oggetto dell'ipoteca.

Tutti i dettagli della riforma, così come il rapporto del Presidente della Repubblica e quello del Ministro di Giustizia, sono consultabili sul sito Internet di "Legifrance" all'indirizzo <http://www.legifrance.fr>.

(8) Si tratta degli argomenti presentati dal Guardasigilli, in occasione del dibattito parlamentare che ha accompagnato l'approvazione della legge. Si possono, altresì, leggere le osservazioni di Christine Lagarde, *ministre déléguée* al Commercio estero, la quale rileva che la legge ha un obiettivo chiaro, quello di "instaurer un outil souple et évolutif à l'usage des professionnels, notamment les petites et moyennes entreprises, pour les besoins de leur activité économique. Il s'agit non pas de mettre en place un mécanisme étriqué, mais de répondre de manière pragmatique aux besoins des acteurs concernés, qui ont été entendus. Autant le besoin des entreprises à l'égard de la fiducie est clairement démontré par la pratique, autant que celui des personnes physiques ne l'est pas".

(9) Nell'intervento del senatore Robert Badinter si legge "quant à la finalité humaine de la fiducie, dont le caractère est si précieux, elle est escamotée pour plus des raisons qui tiennent à la défiance que pour des raisons véritablement juridiques: il y a une sorte d'obsession selon laquelle la fiducie servirait à la fraude, et c'est cela qui paralyse littéralement le progrès du droit. La fiducie est considérée comme l'instrument permettant je ne sais quel détournement de patrimoine ou d'escamotage, notamment en matière d'impôt sur la fortune. Il est certain que l'on peut pas avancer à partir d'un tel postulat".

(10) Il primo *avant-projet* di legge sulla fiducia risale al 1989, ma non è mai arrivato allo stadio di progetto di legge. Successivamente, nel 1992 è stato presentato un progetto di legge, che si è arenato per un disaccordo sulle disposizioni fiscali (in italiano un commento al testo può leggersi in A. Munari, *Trust e "fiducie": un importante progetto di legge francese*, *Giur. comm.*, 1993, I, 129; E. M. Mastropaolo, *La fiducie nel diritto positivo francese*, *Riv. dir. civ.*, 2000, 35. Nella dottrina francese, cfr., *ex plurimis*, A. Bénabent, *La fiducie (analyse d'un projet de loi lacunaire)*, *Semaine juridique, Doctrine*, 1993, 275; C. Witz, *L'avant-projet de loi français relatif à la fiducie à la lumière des expériences étrangères (rapport de clôture)*, *Banque et droit*, 1991, 225). Ancora, un *avant-projet* è stato presentato nel 1995, anch'esso senza giungere a divenire un progetto di legge.

(11) Negli atti del dibattito, tra le possibili utilizzazioni della fiducia si menzionano solo quelle in ambito commerciale. Si rileva, pertanto, che un meccanismo fiduciario potrebbe essere utile per garantire una serie di impegni futuri dell'impresa, quali il pagamento delle pensioni o i costi per lo smaltimento dei rifiuti in alcuni siti industriali; per la creazione di una struttura di gestione nel quadro di un riavvicinamento tra imprese (ad esempio, se un'operazione di concentrazione è sottoposta alla decisione

(Segue)

corso che consenta la successiva estensione dello strumento anche ad altri settori.

§ 4. Il profilo della separazione patrimoniale.

Come già evidenziato, il nucleo centrale dell'operazione fiduciaria è costituito dalla separazione patrimoniale; pertanto si avranno una serie di effetti che sono le normali conseguenze della stessa, quali l'irrelevanza di una procedura fallimentare o liquidatoria avviata nei confronti del fiduciario rispetto ai beni trasferiti nella massa separata, o il fatto che i beni conferiti nel patrimonio fiduciario non possano essere aggrediti se non per debiti contratti per la conservazione e la gestione di tali beni. Quella prevista dal legislatore francese è, tuttavia, una separazione che potremmo definire "imperfetta", poiché l'art. 2025, secondo comma dispone che, nell'ipotesi in cui il patrimonio fiduciario sia insufficiente, quello del costituente avrà funzione di garanzia nei confronti dei creditori del primo. Inoltre i creditori del patrimonio fiduciario avranno la possibilità, in alcuni casi, di rivalersi anche sul patrimonio del costituente, mentre i creditori di quest'ultimo non avranno analoga possibilità. Questo aspetto risulta di difficile comprensione, ove si consideri che il fiduciante, persona giuridica, ricorrerà alla fiducia – gestione probabilmente al fine di sottrarre una massa di beni al rischio di impresa, finalità, questa, che rischia di essere vanificata da una disposizione siffatta, con conseguente diminuzione dell'interesse dello strumento. La norma successiva, per cui il contratto può limitare la responsabilità al patrimonio fiduciario, purché i creditori l'abbiano accettata, costituisce sicuramente un importante correttivo della regola suindicata. Il dover, tuttavia, richiedere l'accettazione espressa dei creditori rischia di aggravare la flessibilità dell'istituto, introducendo dei formalismi che avrebbero potuto essere evitati, perseguendo con coerenza la logica della separazione patrimoniale.

Ai fini di rendere effettiva la separazione patrimoniale, la legge prevede, poi, l'adempimento degli obblighi pubblicitari, in particolare in presenza di beni immobili. Peraltro, al fine di rendere in ogni circostanza conoscibile il vincolo fiduciario sui beni, l'art. 2021 dispone che, quando il fiduciario agisce per conto della fiducia, debba espressamente dichiararlo, così come deve risultare la sua qualità in ogni atto che trasferisce dei beni o diritti, sottopo-

sto alle formalità pubblicitarie. Si tratta, evidentemente, di disposizioni dettate da esigenze di protezione di terzi. In difetto dell'adempimento di tali obblighi, si presume che il fiduciario agisca per proprio conto, e le conseguenze rimarranno a suo carico. La legge prevede, inoltre, la predisposizione di un registro nazionale delle operazioni fiduciarie, con lo scopo di evitare al massimo le frodi, soprattutto di tipo fiscale.

§ 5. Il ruolo del fiduciario.

Come rilevato, il ruolo di fiduciario può essere svolto solo da istituti di credito, assicurazioni o altri soggetti sopra menzionati, a differenza di quanto era stato previsto nel progetto originario. La scelta è evidentemente in linea con la volontà legislativa di fare della fiducia uno strumento unicamente commerciale e finanziario; in questa prospettiva è evidente che i soggetti indicati dalla legge possono fornire maggiori garanzie in termini di credibilità (soprattutto per quanto riguarda la gestione) e affidabilità, con particolare riferimento alla necessità di evitare i rischi connessi al riciclaggio di denaro o all'evasione fiscale.

Per quanto riguarda le obbligazioni del fiduciario, l'art. 2026 dispone che questi è responsabile, con il proprio patrimonio, di eventuali inadempimenti che possa commettere nell'esercizio del proprio mandato. Si tratta, pertanto, di una normale responsabilità contrattuale, sulla base della quale il fiduciario risponderà delle obbligazioni assunte nel contratto con il costituente⁽¹²⁾. Non vi è una dettagliata regolamentazione delle obbligazioni, occorrerà quindi lasciare all'autonomia delle parti la previsione dei vari aspetti che possono essere rilevanti (ad esem-

Note:

(Continua nota 11)

di un'autorità pubblica, quale la Commissione Europea, la società acquisita potrà essere temporaneamente gestita attraverso un sistema fiduciario, perché questa gestione si effettua in maniera indipendente rispetto al nuovo socio); o per isolare una parte del patrimonio a titolo di garanzia.

(12) Si osservi che questa regola si differenzia dalle scelte effettuate in altri sistemi legislativi. La legge di Jersey prevede, ad esempio, che il terzo può rivalersi solo sui beni del trust, qualora "in any transaction or matter affecting a trust, a trustee informs another party to the transaction or matter that he is acting as trustee". Si tratta del Trust (Amendment) (Jersey) Law, 1984, art. 28, modificato nel 1989, riportato da M. Lupoi, *Trusts*, II ed., Milano, 2001, p. 352, ove si rileva che la regola della responsabilità personale "avrebbe creato non poche difficoltà in un mondo di trustees professionali".

pio, responsabilità in caso di molteplici *fiduciarie*, limiti di validità delle clausole di esonerazione dalla responsabilità), senza alcuna preclusione legislativa, in ordine, ad esempio, alla tipologia di investimenti consentiti(13). La legge dispone altresì che, qualora il fiduciario non adempia ai propri doveri contrattuali, o tenga una condotta che possa compromettere gli interessi che gli sono stati affidati, il costituente, il beneficiario o la persona designata dal costituente, con il compito di preservare gli interessi del contratto, potranno chiedere al giudice la nomina di un fiduciario provvisorio o sollecitare la sostituzione dello stesso. Non si rinvengono ulteriori chiarimenti con riferimento all'eventuale inadempimento da parte del fiduciario alle proprie obbligazioni, soprattutto con riferimento alla posizione del beneficiario rispetto ai terzi, cui eventualmente i beni oggetto del contratto fiduciario siano stati impropriamente trasferiti. Si tratta del punto che da sempre suscita maggiori perplessità presso i *civil lawyers*, solitamente perplessi di fronte alla tutela concessa ai beneficiari del trust, sovente assimilabile ad un diritto di seguito. In questo contesto, la soluzione dovrà essere rinvenuta caso per caso e con riferimento ai rimedi esistenti nell'ordinamento, senza alcuna specifica indicazione che tenga conto delle peculiarità dell'istituto.

§ 6. Disposizioni varie.

Per quanto riguarda la formazione del contratto di *fiducie*, la legge precisa che questo potrà essere revocato dal costituente fin quando non sia stato accettato dal beneficiario, riproponendo lo schema del contratto a favore di terzo(14). Superflua pare la precisazione legislativa per cui, una volta intervenuta l'accettazione del beneficiario, il contratto potrà essere modificato e revocato soltanto con l'accordo di quest'ultimo ovvero con un provvedimento del giudice; una volta, infatti, perfezionatosi il contratto con l'adesione del beneficiario, quest'ultimo diviene parte del contratto e sarà necessario il suo consenso per addivenire ad una modifica del testo negoziale.

Per quanto riguarda la cessazione del contratto, si avrà un termine finale che opererà di diritto, qualora sia espressamente previsto nell'accordo, ovvero dichiarato con un provvedimento giudiziale, se, in assenza di previsione delle condizioni alle quali il contratto prosegue, la totalità dei beneficiari rinun-

cia alla fiducia. Analogamente, il contratto ha fine se vi è una dichiarazione di fallimento nei confronti del fiduciario, ovvero lo scioglimento di questi o una cessione o fusione. La norma si giustifica con il carattere *intuitu personae* dell'accordo, con esclusione di un automatico subentro nel rapporto contrattuale dell'acquirente. Nel caso di fiducia – garanzia si avrebbe però la singolare situazione del trasferimento di un credito e non della garanzia ad esso connessa, con tutti gli inconvenienti che ne possono derivare e che potrebbero ridurre l'interesse per questo strumento.

La legge, infine, in considerazione della necessaria qualifica di persona giuridica che deve avere il costituente, prevede che in caso di scioglimento di quest'ultimo, qualora gli aventi diritto al patrimonio non siano delle società commerciali, i beni non potranno essere loro attribuiti prima del termine del contratto di fiducia. In questa situazione i diritti dei beneficiari non sono trasmissibili a titolo gratuito *inter vivos*, né possono essere ceduti a titolo oneroso. La norma suscita alcune perplessità. In effetti, una volta realizzato il trasferimento dei beni al fiduciario, questi dovrebbero essere indifferenti alle vicende riguardanti il costituente; non si vede, quindi, per quale motivo, qualora i beneficiari fossero delle società commerciali, i beni potrebbero essere loro attribuiti prima del termine del contratto, in considerazione di vicende che riguardano il disponente. Al più potrebbe essere il successore del costituente a prendere decisioni in questo senso. In questa logica, il rischio di mancata certezza è forte e sarà necessario precisare nel contratto di *fiducie* la sorte del

Note:

(13) Nel diritto inglese, il tema delle obbligazioni del trustee è un aspetto su cui il legislatore ha prestato particolare attenzione. La materia è attualmente regolata dal Trustee Act del 2000, che presenta una disciplina meno lacunosa, ma anche meno rigida rispetto al Trustee Act del 1925. L'attuale disciplina sancisce il *duty of care*, sancito precedentemente dalle sole regole giurisprudenziali, in base al quale si chiede al trustee l'impiego di una capacità tecnica e una diligenza proporzionate all'esperienza e conoscenza che si presume possieda. Per quanto riguarda i poteri di investimento, l'attuale normativa è meno restrittiva rispetto alla precedente, concedendo al trustee la possibilità di fare qualsiasi tipo di investimento che potrebbe fare qualora fosse proprietario del *trust fund*, sia pure con una serie di limitazioni espressamente menzionate. Sul testo di legge del 2000 si possono leggere le osservazioni di P. Matthews, *The Trustee Act 2000*, in questa Rivista, 2001, 195. Più in generale, per un'analisi della tematica degli obblighi del trustee, v. E. Corso, *Trustee e gestione dei beni del trust*, Milano, 2000.

(14) Il meccanismo del contratto a favore di terzo prevede, infatti, sia in diritto francese che in diritto italiano, la possibilità di revoca dello stipulante unicamente fino al momento dell'accettazione del beneficiario (in diritto italiano si precisa che la possibilità di revoca si ha finché il terzo non abbia dichiarato anche nei confronti del promettente).

patrimonio fiduciario nell'eventualità sopra descritta(15).

§ 7. Brevi considerazioni.

La legge francese va accolta con favore per aver compiuto un passo rilevante nell'introduzione di questo strumento su cui da tempo il dibattito è aperto, e aver fornito la possibilità di procedere alla ratificazione della Convenzione de L'Aja. La fiducia è, quindi, ora un istituto presente ed operante nel sistema, con il vantaggio di evitare percorsi tortuosi per raggiungere determinate finalità, ovvero interpretazioni giurisprudenziali che negano ogni rilevanza all'intento fiduciario delle parti, con totale sacrificio dell'autonomia privata(16). La normativa presenta tuttavia una serie di profili particolarmente problematici che rischiano di rendere il meccanismo fonte di notevole incertezza. Anzitutto, si rileva che la riserva del contratto fiduciario alle sole persone giuridiche, motivata da ragioni di prudenza, soprattutto con riferimento ad eventuali rischi di evasione fiscale, si è allontanata dalla logica che risiedeva nel progetto di legge originario. Quest'ultimo, infatti, intendeva introdurre nel sistema uno strumento duttile, utilizzabile senza limitazioni soggettive, per finalità diverse; in questa prospettiva, chiunque avrebbe potuto rivestire il ruolo di fiduciario, purché non avesse subito condanne penali o disciplinari, che facesse sospettare della sua capacità di gestire i beni per conto di altri(17). Attualmente nessuno di questi limiti viene menzionato, ma il timore del legislatore si è tradotto nella trasformazione della fiducia in uno strumento unicamente commerciale.

Si ritengono assolutamente fondate le perplessità manifestate su questo aspetto durante il dibattito parlamentare che ha accompagnato l'approvazione della legge. Una volta ammessa la possibilità di derogare al principio dell'unità di patrimonio, attraverso un meccanismo di separazione patrimoniale, quest'ultimo si presenta come un fenomeno astrattamente neutro, la cui eventuale illiceità dovrà essere valutata di volta in volta, indipendentemente dalla qualifica del soggetto che vi ricorre. Altro sarebbe una limitazione in vista del perseguimento di determinati scopi da parte dell'ordinamento, qualora fossero considerati abusivi o non meritevoli di tutela; ma una volta introdotto un meccanismo di carattere generale, sottoposto agli ordinari controlli previsti sull'esercizio dell'autonomia contrattuale, riservarlo unica-

mente alle società costituisce una scelta che non mette al riparo da possibili abusi e che, al tempo stesso, priva ingiustificatamente altri soggetti di un ulteriore strumento per la realizzazione dei propri interessi. Se, infatti, lo scopo è quello di evitare frodi, quali ad esempio quelle a danno dei creditori, non si vede il motivo per cui il fatto che il debitore sia una società possa costituire una garanzia in tal senso. L'ordinamento dispone di meccanismi di controllo, quali le sanzioni per l'illiceità del contratto, o di strumenti di tutela per i creditori, come la revocatoria, che consentono un esercizio dell'autonomia privata conforme alle regole del sistema. In questa prospettiva la qualifica soggettiva del costituente è assolutamente irrilevante, assumendo, invece, importanza lo scopo perseguito. Come osservato, nell'ambito del dibattito parlamentare si è rilevato che i settori ove l'esigenza della fiducia è stata manifestata in maniera chiara, sono appunto quelli commerciali. Questo aspetto assume a ben vedere un'importanza relativa,

Note:

(15) La norma appare piuttosto stravagante, soprattutto ove si prendano in considerazione le norme sul mandato, che prevedono la cessazione del contratto in caso di morte del mandante o del mandatario, e, di conseguenza, l'eventuale ritorno dei beni trasferiti per le finalità del contratto nella sfera patrimoniale del mandante o degli aventi causa. Nel caso di specie, si è ritenuto che quei beni non entrino a far parte della liquidazione della società, ma che al tempo stesso non necessariamente continueranno ad essere oggetto di un programma di gestione.

(16) L'approvazione della legge comporterà il vantaggio di evitare, ad esempio, decisioni giurisprudenziali quali quella della Cass., 19 dicembre 2006, n. 5-16.395. Il caso riguarda un prestito ottenuto da un'impresa, finalizzato ad acquistare un centro commerciale, e garantito dalla cessione dei canoni di locazione relativi al centro commerciale medesimo. La banca aveva successivamente trasmesso il suo credito-garanzia ad una cassa, la quale aveva notificato al debitore l'avvenuta cessione. Al fine poi di recuperare le somme dovute, la cassa aveva provveduto a citare uno dei conduttori in qualità di debitori dei crediti ceduti. Quest'ultimo si difendeva eccependo che la cessione di crediti fosse intervenuta unicamente a titolo di garanzia e che detti crediti in realtà non erano mai usciti dal patrimonio dell'impresa. La Cour de Cassation, affrontando il problema della cessione di crediti a titolo di garanzia, precisa che "en dehors de cas prévus par la loi, l'acte par le quel un débiteur cède et transporte à son créancier à titre de garantie, tous ses droits sur des créances, constitue un nantissement de créance", riassumendo così tutta la reticenza francese di fronte alla figura della proprietà a titolo di garanzia. Sulla sentenza si possono leggere le osservazioni di S. Nahon, *La fiducia à la française: mythe ou réalité*, *Revue Lamy, Droits des affaires*, 2007, 744.

(17) L'art. 2067 del progetto disponeva che "Nul ne peut être fiduciaire s'il a été objet d'une mesure d'interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler une entreprise, d'une mesure d'interdiction d'exercer une activité professionnelle de gestion des droits d'autrui, d'une mesure de faillite personnelle, s'il a violé des obligations prévues au titre VI du livre V du code monétaire et financier, ou s'il a subi une condamnation pénale ou une sanction professionnelle pour des faits contraires à l'honneur, à la probité ou aux bonnes mœurs. Une personne morale ne peut pas être partie à des contrats en qualité de fiduciaire si l'un de ses mandataires sociaux à été soumis à de telles peines".

ove si consideri che sicuramente i soggetti interessati sono anche quelli che hanno una maggiore visibilità e i cui bisogni possono effettivamente essere presi in considerazione. Ciò non esclude che detto strumento può rivelarsi di particolare utilità anche in altri settori, e che il legislatore francese ha forse perso un'occasione per una regolamentazione omogenea del fenomeno.

Da altro punto di vista, si rileva che la legge non pare tenere adeguatamente in considerazione le differenze esistenti tra la fiducia – gestione e quella avente finalità di garanzia. Tra gli elementi che devono necessariamente essere menzionati nel contratto fiduciario, a pena di nullità, non è prevista, ad esempio, l'indicazione del credito, di cui la fiducia dovrebbe costituire la garanzia. Analogamente nulla è scritto sulle modalità di realizzazione della garanzia stessa. O, ancora, come già rilevato, è prevista l'ipotesi, difficilmente comprensibile, per cui la garanzia non sarà trasferita contestualmente al credito in caso di cessione o fusione. Così la previsione della revocabilità della fiducia da parte del costituente, se può trovare una giustificazione nel caso della fiducia – gestione, risulta certamente incomprensibile nell'ipotesi di un meccanismo fiduciario previsto a scopo di garanzia, vanificando proprio la finalità del medesimo. Queste lacune rischiano di creare un quadro di notevole incertezza con possibile aumento della litigiosità, ove le parti non siano accorte nella redazione del contratto, ovvero rischiano di far rimanere l'istituto una figura priva di applicazioni pratiche.

Complessivamente possiamo rilevare che, nonostante quanto indicato in sede di dibattito che ha approvato il progetto, lo strumento della *fiducie* appare comunque piuttosto distante dal trust, in particolare per quanto riguarda il profilo dell'imperfezione della separazione patrimoniale sopra rilevato. Il modello tradizionale di trust vede infatti la cessazione di qualsiasi diritto o obbligo del disponente sui beni trasferiti e, come rilevato, la soluzione adottata dal legislatore francese riduce notevolmente l'interesse dell'istituto, soprattutto ove si consideri che la figura del trustee è assimilata a quella del proprietario, con tutte le conseguenze che ne possono derivare, anche sotto il profilo della responsabilità. Introdurre, quindi, una responsabilità a carico del disponente significa allontanarsi in maniera radicale dalla logica propria del sistema di *common law*, per addivenire ad un modello che si avvicina al mandato. Le stesse limitazioni di carattere soggettivo, su cui ci siamo soffer-

mati, si allontanano dalla flessibilità del trust. Se, quindi, si guarda al recente istituto in un'ottica comparatista, sono evidenti le differenze con il trust. Occorre pertanto evitare di parlare di "trust francese", trovandoci di fronte ad un istituto che si allontana da molti degli aspetti essenziali di questo(18).

Tentando, infine, una comparazione con il sistema italiano, ove il legislatore ha introdotto, sia pure in maniera indiretta, la nozione di atti di destinazione di cui all'art. 2645 *ter* cod. civ.(19), emerge un'analoga tendenza a non affrontare la tematica in maniera organica e completa. Il trust, o gli istituti affini, sembrano ancora suscitare dei timori, al punto che i legislatori preferiscono evitare di trattare l'argomento in maniera diretta ed esaustiva, procedendo attraverso frammenti di legislazione per regolare quelli che sembrano i profili più urgenti (in Italia, appunto, quello della trascrizione). È evidente che questa attitudine, se da un lato presenta i vantaggi di rispondere a delle esigenze specifiche degli operatori, dall'altro rischia di creare una situazione di profonda incertezza giuridica, dal momento che gli interpreti colmeranno le varie lacune attraverso tutti gli strumenti argomentativi a disposizione, con l'evidente possibilità di decisioni contraddittorie o, comunque, non sempre coerenti con le caratteristiche dell'istituto.

In questo quadro, quel che attualmente sembra un *acquis* di alcuni sistemi di *civil law* è il ricorso a tecniche di separazione patrimoniale, per il raggiungimento di finalità non necessariamente indicate dal legislatore in maniera tassativa(20). La legislazione fran-

Note:

(18) E' una concezione comune presso la dottrina francese quella di veicolare l'introduzione del trust attraverso l'istituto della fiducia. V., sul punto, l'opera di F. Barrière, *La réception du trust au travers de la fiducie*, Litec, 2004, ove si legge, p. 501, "Fiducie et trust ne font donc qu'un. Le trust est compatible avec le droit civil, même si certains on pu en douter ou le redouter [...]. Le trust peut non seulement être reçu en droit français au travers de la fiducie, mais l'est même déjà sous les traits de certaines des fiducies innommées existantes. Le rapprochement opéré entre le trust et la fiducie permet, ainsi, de se rendre compte que, au delà des différences de façade, des outils de familles juridiques différentes, y compris ceux qui pouvaient paraître comme propres à l'une d'elles, peuvent être parfaitement assimilés dans un autre système de droit".

(19) Cfr. M. Lupoi, Gli "atti di destinazione" nel nuovo art. 2645 *ter* cod. civ. quale frammento di trust, in questa Rivista, 2006, 169; F. Gazzoni, Osservazioni sull'art. 2645-*ter*, consultabile sul sito Internet di "Judicium" all'indirizzo <http://www.judicium.it>.

(20) Anche l'art. 2 della Convenzione de L'Aja sulla legge applicabile ai trust e sul loro riconoscimento dispone, infatti, che "Ai fini della presente Convenzione, per trust si intendono i rapporti giuridici istituiti da una persona, il costituente – con atto tra vivi o *mortis causa* – qualora dei be-

(Segue)

S a g g i

cese presenta l'ulteriore interesse di aver combinato la separazione patrimoniale con le obbligazioni fiduciarie e con una disciplina dei principali aspetti problematici connessi all'istituto, pur con tutti i limiti sin qui rammentati. Quella di un intervento legislativo in tale materia è probabilmente una via che il nostro ordinamento dovrebbe percorrere e, se possibile, con maggior coraggio, non trasformando la fiducia (o altro meccanismo affine) in uno strumento unicamente commerciale e finanziario, ma piuttosto in una forma di manifestazione dell'autonomia privata, concessa indiscriminatamente ad ogni soggetto, per delle finalità lecite e regolamentata in maniera dettagliata, così da tenere in adeguata considerazione sia le peculiarità dell'istituto, sia le caratteristiche dei settori ove la stessa è chiamata ad operare.

Note:

(Continua nota 20)

ni siano stati posti sotto il controllo di un trustee nell'interesse di un beneficiario o per un fine specifico. Il trust presenta le seguenti caratteristiche: a) i beni del trust costituiscono una massa distinta e non fanno parte del patrimonio del trustee; b) i beni del trust sono intestati a nome del trustee o di un'altra persona per conto del trustee; c) il trustee è investito del potere e onerato dell'obbligo, di cui deve rendere conto, di amministrare, gestire o disporre dei beni secondo i termini del trust e le norme particolari impostegli dalla legge".

Nell'ordinamento italiano, oltre alla fattispecie degli atti di destinazione, si può menzionare, in ambito fiduciario, la figura dei patrimoni destinati ad uno specifico affare: v., *ex plurimis*, G. Capaldo, I patrimoni separati nella struttura delle operazioni finanziarie, Riv. trim. dir. e proc. civ., 2005, 201; M. Menicucci, Patrimoni e finanziamenti destinati: responsabilità e tutela dei creditori e dei terzi, Giur. comm., 2005, 210; M. Gherardi, I patrimoni destinati ad uno specifico affare, Resp. com. impresa, 2004, 523; P. Manes, Sui "patrimoni destinati ad uno specifico affare" nella riforma del diritto societario, Contratto e impr., 2003, 181; P. Ferro-Luzzi, La disciplina dei patrimoni separati, Riv. società, 2002, 121.

An introduction to DIFC Trust

di Roberta Calabrese Julfar

Questo articolo descrive brevemente il Dubai International Financial Centre, la sua struttura legale e l'introduzione della legge sui trust. Il DIFC è stato, infatti, il primo centro della Regione a disciplinare il trust ed è stato un pioniere nel riconoscimento dell'importanza dello strumento nella programmazione patrimoniale e nella gestione della ricchezza. Altri, come Bahrain e Qatar stanno seguendo l'esempio del DIFC con l'introduzione di proprie legge sul trust.

§ 1. What is the DIFC?

DIFC stands for Dubai International Financial Centre. It is an on shore financial free zone located in the United Arab Emirates (UAE) within the Emirate of Dubai established in July 2004. The purpose and objective of the DIFC is to be a financial centre which operates on principles of efficiency, transparency and integrity with a view to making an effective contribution to the international financial services industry.

Under Federal Law No. 8 of 2004, the DIFC was exempted from the application of all Federal civil and commercial laws of the UAE, thereby permitting the DIFC to create its own legal and regulatory framework in line with international standards and best practice. Federal criminal laws apply in the DIFC. Since the establishment of the DIFC, the Ruler of Dubai has enacted a total of 18 DIFC laws including the DIFC Regulatory Law, the DIFC Companies Law, the DIFC Court Law, the DIFC Arbitration Law, the DIFC Employment Law, the DIFC Trust Law, and the DIFC Markets Law, just to name a few. The full text of the laws can be found on www.dfsa.ae and www.difc.ae.

A fundament component for the success of the DIFC, as an internationally recognized international financial centre, was the creation of an independent judicial authority known as the DIFC Court. The DIFC Court was established by the Ruler of Dubai in Dubai Law No. 12 of 2004. The DIFC Court is, for all intense and purpose, considered a UAE court and its judgments are enforceable abroad as UAE judgments. It is a court of unlimited civil and commercial

jurisdiction and it consists of a Court of First Instance and a Court of Appeal. Judges appointed to the DIFC Court must have significant experience as a qualified lawyer or judge in a common law jurisdiction. It is important to note here that the DIFC is a common law jurisdiction within a civil law jurisdiction, the UAE and this was possible because of the disapplication of all Federal civil and commercial laws and the creation of an independent judiciary.

§ 2. The DIFC Trust Law.

Having recognized the importance of trusts in the field of wealth management and estate planning, the Ruler of Dubai enacted in November 2005 the DIFC Trust Law. The law applies to express trusts and to charitable and non charitable trusts in the jurisdiction of the DIFC. The law only recognizes express trusts created in writing in order to give legal certainty in a highly commercial jurisdiction.

Article 10 provides a series of default and mandatory rules which are applicable in relation to DIFC trusts. The terms of a trust cannot prevail over the requirements for creating a trust; the duty of a trustee to act in good faith and in accordance with the purpose of the trust; the requirement that a trust and its terms be for the benefit of its beneficiaries, and that the trust have a purpose that is lawful, not contrary to public policy in the DIFC and possible to achieve; the power of the DIFC Court to modify or terminate a trust in accordance with the law; the effect of a protective trust; rights under Articles 67 and 68 of a person other than a trustee or beneficiary; periods of limitation for commencing judicial proceedings; the power of the DIFC Court to take such action as may be necessary and the exclusive jurisdiction of the DIFC Court under Article 20 of the law.

Article 11 of the law states that the common law of trusts and principles of equity supplement the provisions of the Law except to the extent modified by the DIFC Trust Law, or any other DIFC Law or by

Nota:

Roberta Calabrese Julfar è Director e Legislative Counsel della Dubai Financial Services Authority (DFSA).

Saggi

the DIFC Court. This provision was necessary to allow a judge of the DIFC Court, in the absence of existing case law in the DIFC, to rely on well established principles of equity and common law from jurisdictions in which trusts have been the subject of review for a long time.

§ 3. What is a DIFC Trust and how it is created.

The law defines a trust as a right, enforceable solely in equity, to the beneficial enjoyment of property to which another person holds the legal title.

Part 4 of the law prescribes the requirements for the creation, validity and modification of a DIFC Trust. It is important to note that trusts may only be created to the extent that its purposes are sufficiently certain to allow the trust to be carried out, lawful and not contrary to public policy in the DIFC.

For a trust to exist in the DIFC:

- the settlor must declare in writing its express intent to create a trust or the trustee must make a written declaration of trust;
- the trust either (1) has a definite beneficiary; (2) is a charitable trust or a non charitable purpose trust as defined under the law;
- the trustee holds property for the benefit of a beneficiary or purpose; he has duties to perform and is not the sole trustee and beneficiary.

It is important to note the DIFC trusts may have a purpose and a definite beneficiary at the same time.

§ 4. Duration of a DIFC trust.

Under DIFC Trust Law, a DIFC trust may continue indefinitely or terminate in accordance with the law or with the terms of the trust. This is an innovative feature in the DIFC Trust law and it moves away from the more restrictive time periods prescribed in other trusts laws.

§ 5. What is the governing law of a DIFC Trust.

Except as provided otherwise in the terms of the trust, DIFC Trust Law governs the duties and powers of a trustee, relations among trustees and the rights and interests of a beneficiary. If the terms of the trust permit, the governing law of a DIFC trust may be changed to the law of another jurisdiction if the new

governing law would recognize the validity of the DIFC trust and all the powers and provisions of the DIFC trust remain enforceable and capable of being exercised.

§ 6. Recognition of heirship rights.

The DIFC Trust law does not recognize an heirship right conferred by foreign law in relation to the property of a living person. Foreign judgments in this regard are not recognized or enforceable and do not give rise to any estoppel.

§ 7. Types of DIFC trusts.

The DIFC Trust Law allows for charitable trusts, non charitable trusts and purpose trusts. Charitable trusts may be created for the relief of poverty, the advancement of education or religion, the promotion of health or art, the protection of the environment, or any other purposes which are beneficial to the general public.

Inibitoria degli effetti della sostituzione dei guardiani di un trust

Italia – Tribunale di Milano

**Beneficiari – revoca del guardiano e nomina di nuovo guardiano – legittimazione ad agire
Disponente – sostituzione dei guardiani – atto immotivato – provvedimento d’urgenza
– art. 700 cod. proc. civ. – accoglimento**

Tribunale di Milano, Sez. VIII, E. Consolandi, 10 luglio 2007 [F. S. c. G. M. e R. A.]

Un beneficiario è legittimato ad agire contro l’atto con il quale il disponente revoca il guardiano inizialmente nominato e nomina altro guardiano.

Qualora un trust sia stato istituito dal disponente con beni facenti parte del patrimonio dei propri genitori, nominati guardiani onde stabilire un assetto permanente dell’amministrazione dei beni in trust per il mezzo dell’attribuzione loro di poteri di controllo, consultivi e di revoca del trustee, e ciò anche per la tutela dei beneficiari, deve essere inibito qualunque effetto dell’atto immotivato con il quale il disponente abbia sostituito i guardiani perché costituente un non consentito atto discrezionale di amministrazione indiretta del trust.

Testo dell’Ordinanza
(omissis)

Motivi

La questione dibattuta nella presente causa cautelare è la validità dell’atto di revoca dei guardiani del trust costituito con l’atto 6 luglio 2006, ... di repertorio Dott. Risso, notaio in Genova, revoca effettuata, nei confronti dei propri genitori, con lettera 9 maggio 2007, dal resistente A. R., una revoca priva di motivazione, che contemporaneamente nominava guardiano il resistente G.

Preliminare è l’accertamento dell’interesse ad agire della ricorrente, che si ritiene non possa negarsi sulla base dell’argomento che il trust di cui si tratta ha fra i beneficiari anche la F, seppur in via gradata: poiché questo istituto, mutuato dal diritto inglese, ha per fine la costituzione

di un fondo in favore dei beneficiari, appunto, va riconosciuto a costoro un interesse ai modi di amministrazione dei beni vincolati in loro favore, dunque anche alla persona che ricopre la carica di guardiano.

Preliminare ancora è l’accertamento della attuale permanenza nell’interesse ad agire della ricorrente in relazione alla posizione assunta dai resistenti, dei quali A. R. sostiene di voler aspettare l’esito della causa di merito - nel frattempo intentata - prima di qualsiasi determinazione in ordine alla sostituzione del trustee paventata dalla ricorrente, mentre G. ha dichiarato di voler aspettare il medesimo esito prima di assumere di fatto la funzione di guardiano. Anche questo aspetto va risolto in favore della ricorrente perché la lettera 9 maggio 2007 non aveva il solo effetto di nominare un nuovo guardiano, ma soprattutto aveva per effetto la revoca dei precedenti guardiani, per cui nel tempo occorrente alla decisione di merito sulla legittimità o meno di quella lettera il trust resterebbe privo di un importante organo consultivo, perché interinalmente avrebbe comunque valore la revoca, pur in presenza di un nuovo guardiano per così dire autosospeso. Anche sotto questo profilo non può negarsi l’interesse di uno dei beneficiari al fatto che il trust funzioni nel modo in cui era stato previsto all’atto della costituzione.

Si deve quindi affrontare il merito della legittimità della revoca dei guardiani.

Nel diritto italiano, forse ancor più che nel diritto inglese, il trust è uno strumento regolato dall’autonomia privata, per cui non può farsi riferimento ad alcuna norma generale per stabilire se vi possa essere una revoca e soprattutto se questa possa essere completamente discrezio-

nale, immotivata, “ad nutum”, come nel caso di specie.

La questione va dunque risolta con un’opera di ermeneutica contrattuale che ricostruisca la volontà delle parti.

Non aiuta in ciò più di tanto il tenore letterale dello statuto, che esplicitamente ammette la revoca dei guardiani, all’articolo 11, ma senza disciplinarne i casi, e all’articolo 3, ove dice che la nomina del guardiano può essere “revocabile o irrevocabile”, né infine aiuta il testo della nomina dei guardiani poi revocati che nulla dice sul punto.

Solo si sa, dal tenore letterale, dunque che i guardiani possono essere revocabili o irrevocabili, il che però è già forse qualcosa di più di nulla, perché contempla la irrevocabilità del guardiano.

Poiché il contratto è destinato a regolare gli interessi di tutte le parti, non può dedursi dalla assenza di testuali previsioni che la revoca sia sempre ammessa, quando non vi sia una esplicita irrevocabilità, e ciò si desume anche dalle norme generali sul mandato e sulla procura, più in generale sull’amministrazione di beni altrui, che stabiliscono che ove vi sia un interesse del mandatario la revoca sia destinata a restare senza effetto e ciò d’altronde risponde al principio generale della necessità di individuare ed integrare gli interessi delle parti nei contratti, per cui ove vi sia un interesse a mantenere un incarico di una parte, non può dedursi dalla sola assenza della previsione della irrevocabilità il fatto che quell’interesse possa essere sacrificato. Ciò perché “nell’interpretare il contratto si deve indagare

Nota:

Riproduciamo il testo dell’ordinanza dal suo originale.

Giurisprudenza

quale sia stata la comune intenzione delle parti e non limitarsi al senso letterale delle parole”, che spesso porta a un nulla di fatto oppure a più risultati, e contrastanti.

Anche nella giurisprudenza inglese, come prodotta da parte ricorrente, del resto si mostra attenzione all’interesse di ciascuna parte alla revoca del guardiano, che non è ammessa quale istituto generale ed incondizionato, ma solo in considerazione di precisi interessi e fatti.

Tipico dell’istituto del trust è poi che il disponente si privi di qualsiasi potere di amministrazione e questo non sarebbe realizzato se egli conservasse un potere di revoca completamente discrezionale dei guardiani, i quali, nel caso considerato, hanno non solo poteri consultivi ma anche di promuovere la revoca dell’amministratore dei beni costituiti in trust, il c.d. trustee.

Già questa considerazione farebbe propendere per la illegittimità di un atto di revoca non motivato, che si tradurrebbe in un atto di amministrazione, seppur indiretta, completamente discrezionale: che guardiano sarebbe quello che potesse venir revocato “ad nutum”, con semplice cenno, in caso di contrasto con il disponente? E quali garanzie di imparzialità nella amministrazione, di lontananza dagli interessi del disponente, potrebbe offrire un istituto, un patto siffatto?

Nel caso di specie inoltre va conside-

rata la figura dei due guardiani che il resistente intende revocare: essi sono non solo i suoi genitori, ma anche i proprietari dei beni conferiti in trust fin dall’inizio e sono parti nel contratto col quale è stato costituito il trust. Senza la loro partecipazione quel contratto non avrebbe avuto senso economico, posto che essi hanno conferito la partecipazione di maggioranza del bene amministrato dal trust ed il conferimento di una partecipazione soltanto, ancorché maggioritaria, avrebbe avuto senso ben diverso dalla retribuzione dell’intero capitale della società “Xxx”, che costituisce la holding di famiglia. Alla luce di ciò la attribuzione al solo A. R. della figura di disponente e la contemporanea (sono dello stesso giorno) nomina dei genitori quali guardiani evidenzia la volontà delle parti di stabilire un assetto permanente sull’amministrazione dei beni, amministrazione che, si ricorda, non era stabilita nell’esclusivo interesse delle parti di quel contratto, ma anche in quello dei nipoti e della nuora dei due guardiani.

Pertanto la immotivata revoca attuata da A. R. non può ritenersi lecita, sia perché è del tutto immotivata, sia perché lede il comune intento delle parti di attribuire ai due guardiani dei poteri di controllo e consultivi circa l’amministrazione dei beni costituiti in trust, come veniva attribuita al figlio la qualifica di disponente, con i relativi poteri.

Va dunque inibito ex articolo 700 cpc qualsiasi effetto della revoca attuata con lettera 9 maggio 2007 di L. R. e G. P. dalla funzione guardiani del trust ..., perché la revoca doveva ritenersi non ammissibile, essendo un ufficio stabilito anche nel loro interesse, anche perché completamente immotivata e non legata ad una particolare causa, giusta o meno che fosse.

Quanto alla nomina di nuovo guardiano, la dichiarazione del G. di non voler assumere questo incarico esime dal pronunciare sulla validità o meno della nomina, se da intendersi in aggiunta o in sostituzione.

Essendo stato accolto il ricorso il regolamento delle spese va rinviato al merito, poiché non si tratta di causa di natura societaria e non può applicarsi l’articolo 23 d.lg. 5/2003, mentre nei confronti del resistente G. le spese vanno compensate, poiché al momento della proposizione del ricorso l’interesse sussisteva ed è diventato non attuale solo al momento della dichiarazione del resistente, avvenuta nel processo.

P.Q.M.

Visto l’articolo 700 cpc e l’articolo 669 sexies cpc

Inibisce qualsiasi effetto della revoca, di cui alla lettera 9 maggio 2007, di L. R. e G. P. dalla funzione di guardiani del trust (...)

Applicabilità dell'imposta in misura fissa alla registrazione dell'atto istitutivo di trust

Italia - Commissione Tributaria Regionale della Lombardia

Trust – versamenti ai beneficiari – rendita – insussistente – imposta di registro – misura fissa

Commissione Tributaria Regionale della Lombardia, Sez. Staccata di Brescia, F. Fondrieschi, Pres., L. Zangrossi, Rel., R. Calà, 22 maggio 2007 [Agenzia Entrate Ufficio Verolanuova c. G.A.]

Non si ravvisa la costituzione di una rendita nel caso in cui l'atto istitutivo di trust preveda che il trustee possa elargire ai beneficiari somme di denaro solo in casi straordinari: pertanto, non si è in presenza di un atto tassabile in misura proporzionale (3%) ai sensi dell'art. 9 della Tabella allegata al D. P. R. 26 aprile 1986, n. 131.

Testo della Sentenza (Omissis)

Svolgimento del processo

G.A. impugnava, avanti alla CTP di Brescia, il silenzio - rifiuto opposto dall'Agenzia delle Entrate, Ufficio di Verolanuova, avverso l'istanza di rimborso di imposta di registro, versata a seguito della conclusione di atto di "trust".

Secondo la ricorrente l'Ufficio aveva applicato l'imposta proporzionale del 3% ex art. 9, della parte prima della Tariffa allegata al DPR 131/86, avendo ritenuto che l'atto si configurasse come una costituzione di rendita.

La contribuente, ritenuta la particolare natura dell'atto, eccepeva l'applicazione dell'imposta fissa. Si costituiva l'Ufficio che ribadiva la correttezza del proprio operato, insistendo per l'applicazione alla fattispecie dell'art. 20, DPR 131/86, che prescrive di tener conto dell'intrinseca natura e degli effetti giuridici degli atti prescindendo dal titolo o dalla forma; nonché dell'art. 21, 2° c., che in caso di più disposizioni connesse, prevede l'applicazione dell'imposta più onerosa. Pertan-

to l'Ufficio aveva applicato l'imposta sui trasferimenti di cui alla categoria residuale dell'art. 9 della Tariffa.

La CTP di Brescia, sez. 1, con sentenza n. 205 del 12.12.2005 - 11.1.2006, accoglieva il ricorso. Spese compensate. Riteneva il primo giudice che la costituzione del trust non determina un esito favorevole certo alla gestione, risultato che sarà verificato solo con lo spirare del termine, mentre attualmente i soggetti individuati in contratto non hanno alcun arricchimento.

Impugnava l'Ufficio che ribadisce le argomentazioni esposte in primo grado e pertanto insiste per la corretta applicazione dell'art. 9, della Tariffa, che tassa al 3% gli atti diversi da quelli indicati negli altri articoli aventi contenuto patrimoniale. Tale requisito sarebbe individuato, nell'atto in questione, dalle clausole 11, 12, 13, 17 e 24.

Chiede, perciò, in riforma dell'impugnata sentenza, di accogliere l'appello e dichiarare legittimo il rifiuto di rimborso. Con il favore delle spese. Chiede nello stesso atto che la discussione avvenga in pubblica udienza.

Si costituisce la contribuente che insiste sulla strumentalità dell'attribuzione al trustee in vista dell'utilità dei beneficiari, con la conseguente non applicabilità dell'imposta proporzionale. Il trustee, in effetti, non manifesterebbe nessuna capacità contributiva.

Richiama a sostegno, Trib. di Bologna 18.4.2000, CTR del Veneto 24.10.2002 n. 104 e lo studio della D.R.E. Dell'Emilia Romagna.

Contesta la pretesa dell'Ufficio di ritenere attuato il diritto dei beneficiari che invece è futuro e eventuale.

L'Ufficio aveva illegittimamente individuato nell'atto de quo un contratto di

rendita, mente nell'atto di appello opera una mutatio libelli, non consentita, richiamandosi all'art. 9 della Tariffa.

Chiede, pertanto, preliminarmente di rigettare l'appello, in quanto fondato su motivi nuovi o diversi e, nel merito, di rigettare l'appello. Con il favore delle spese da liquidarsi equitativamente.

Motivi della decisione

L'appello dell'Ufficio non è fondato.

Con l'atto in questione si è proceduto alla c.d. "segregazione di beni", cioè a dire a individuare un gruppo di beni sottratti all'aggressione eventuale di creditori del disponente, del trustee e dei beneficiari, per tutta la durata del trust.

Per fare ciò la contribuente ha proceduto prima alla costituzione del trust e quindi al trasferimento dei beni in trust al trustee. Queste due operazioni, anche secondo l'Ufficio, scontano l'imposta fissa e, comunque, sulle stesse non vi è questione.

L'Ufficio ha, invece, applicato l'imposta proporzionale sulla terza operazione prevista dal contratto che configurerebbe una costituzione di rendita a favore dei beneficiari.

Questo giudicante, però, non ritiene di ravvedere nelle clausole contrattuali

Nota:

Riproduciamo il testo della sentenza dal suo originale.

La sentenza è commentata da P. Rotondo - R. Rotondo, *supra*, 558.

La sentenza impugnata è pubblicata in questa Rivista, 2006, 424.

I provvedimenti del Trib. Bologna, 18 aprile 2000 e della Comm. Trib. Reg. del Veneto, 23 gennaio 2003 (24 ottobre 2002), citati, sono pubblicati in questa Rivista, rispettivamente, 2000, 372 e 2003, 253.

Giurisprudenza

alcuna costituzione di rendita in favore dei beneficiari, i quali, invece, potranno usufruire di somme a loro elargite dal trustee, solamente in casi straordinari di necessità (clausola 4). Con il che si esclude la rendita che consiste in una prestazione periodica di denaro (art. 1861 c.c.).

Né dall'atto è dato di rilevare un qual-

siasi altro trasferimento di ricchezza ai beneficiari. È esclusa l'applicazione, pertanto, di imposte proporzionali ai sensi dell'art. 9 della Tabella allegata al DPR 131/86, dal momento che nessuna operazione avente carattere patrimoniale può dirsi essere stata effettuata con l'atto in questione.

Attesa la particolarità e novità della controversia si compensano le spese.

P.Q.M.

La Commissione rigetta l'appello dell'Ufficio. Spese compensate.

Revoca dell'alienazione di titoli fiduciariamente intestati

Italia – Tribunale di Genova

Società – titoli azionari – intestazione fiduciaria – alienazione da parte del fiduciario
– azione revocatoria

Tribunale di Genova, Casanova, 23 maggio 2005 [F. E. e T. E. c. L. F. e N. M. C.]

È revocabile l'alienazione dei titoli azionari posta in essere dall'intestatario fiduciario in violazione dell'obbligo di trasferimento dei titoli stessi al fiduciante o al soggetto da costui predeterminato, con conseguente inefficacia dell'atto di costituzione dei titoli in fondo patrimoniale da parte del terzo acquirente, consapevole del pregiudizio.

Sommario

La controversia vede protagoniste due coppie di coniugi e trae origine dal fatto che il convenuto, intestatario fiduciario di titoli azionari di proprietà dell'attore, anziché trasferire i titoli, come da accordi, alla moglie di questi, li ha ceduti alla propria moglie, che, a sua volta, li ha costituiti in fondo patrimoniale.

Nel 1996, l'attore E.F. e il convenuto F.L. acquistano, ciascuno per la metà, n. 142 azioni della S. s.p.a., ma, su richiesta del convenuto, tutte le azioni sono a lui intestate, assumendo egli lo specifico obbligo di trasferirne la metà all'attore, a semplice richiesta di quest'ultimo. Delle 142 azioni, trenta sono immediatamente cedute dal convenuto a un terzo, sembra d'intesa con l'attore e quindi diminuendo le rispettive partecipazioni in eguale misura. Rimangono 112 azioni, tutte fiduciariamente intestate al convenuto.

Successivamente, le parti convengono che l'intestazione delle 56 azioni spettanti all'attore avrebbe dovuto essere effettuata in favore di sua moglie, signora T., anch'essa attrice in questa causa.

Secondo gli attori, nel corso del 1996, il convenuto aveva chiesto la consegna di vari "documenti personali della sig.ra T., che a suo dire sarebbero serviti per l'intestazione a favore di quest'ultima

di n. 56 azioni della S. s.p.a. che (...) facevano capo al sig. E.F.". Sempre secondo le difese attoree, in data 6 giugno 1996, il convenuto avrebbe comunicato di aver ceduto le azioni alla signora T. e che di tale cessione era stata fatta rituale annotazione nel libro dei soci della S. s.p.a. L'avvenuto trasferimento all'attrice sarebbe stato, secondo questa, avvalorato dalle successive comunicazioni inviatele dal convenuto.

In realtà, dai documenti prodotti in giudizio dagli attori emerge solo la pacifica ammissione del convenuto dell'esistenza dell'obbligo di trasferire le 56 azioni oggetto della controversia e del fatto di non avervi adempiuto. Infatti, nella lettera del 16 ottobre 1999, sottoscritta dal convenuto e prodotta in comunicazione nel corso del procedimento, il convenuto ammette di aver ceduto l'intero pacchetto azionario alla propria moglie e di non aver provveduto al trasferimento all'attrice delle azioni che le spettavano perché il commercialista glielo aveva vivamente sconsigliato per ragioni fiscali. Ancora, nell'estratto dal libro dei soci della società si legge che il convenuto riconosce di "dover intestare n. 56 azioni S. s.p.a. alla sig.ra E.T.: "le precisate azioni fanno parte di un pacchetto di 112 azioni in mio possesso fiduciario da tempo, che avrebbero dovuto essere intestate a suo tempo al sig. F."".

Dai documenti emerge altresì che il convenuto ha trasferito le azioni spettanti alla moglie attrice alla propria moglie, anche essa convenuta in questa causa, e che il 30 marzo 2001, le azioni sono state vincolate dalla moglie in fondo patrimoniale.

I coniugi attori chiedono in via principale la dichiarazione di nullità per simulazione, quanto a 56 azioni, dell'atto di cessione di partecipazione azionaria stipulato tra i coniugi convenuti, con la conse-

guente dichiarazione di inefficacia dell'atto costitutivo in fondo patrimoniale posto in essere dalla convenuta.

In via subordinata, chiedono che sia accertata e dichiarata l'inefficacia nei confronti degli attori l'atto di cessione di cui sopra, nonché dell'atto costitutivo in fondo patrimoniale e che sia accertata e dichiarata l'esclusiva titolarità di 56 azioni in capo all'attore, con obbligo dei convenuti di trasferimento delle stesse in capo allo stesso ovvero a sua moglie.

Dal canto loro, i convenuti, ammettendo serenamente l'esistenza dell'obbligo di trasferimento, negano che sia mai stata effettuata alcuna richiesta di adempimento da parte degli attori o sollecitazioni in tal senso e non si oppongono al trasferimento dei titoli. Anzi, nella comparsa di costituzione e risposta si legge: "la causa si presenta matura per essere decisa nel merito per l'accoglimento delle seguenti conclusioni: Piaccia all'Ill.mo Tribunale, *contrariis reiectis*, dato atto che i convenuti non intendono opporsi, come non s'oppongono, alla domanda di trasferimento dei titoli azionari di cui è causa in capo agli attori, accoglierla in tale senso, respingendo per quanto di ragione ogni altra domanda o pretesa dagli stessi avanzata in merito".

Il Tribunale dichiara l'infondatezza della domanda di simulazione presentata in via principale dagli attori, in quanto la simulazione è ravvisabile quando le parti concludono un tipo di contratto, ma, in realtà, vogliono un diverso negozio simulato, ovvero non ne vogliono alcuno: in questo caso il trasferimento era "preci-

Nota:

Riproduciamo il testo della sentenza e la massima da Giur. it., 2006, 1885. La sentenza è commentata da U. Carnevali, *supra*, 556.

Giurisprudenza

samente voluto". Tuttavia, la domanda, secondo il Tribunale, non è del tutto priva di fondamento, in quanto risulta dai documenti prodotti che: il prezzo pagato dalla convenuta a suo marito è assai inferiore al reale valore di mercato delle partecipazioni; per stessa ammissione del convenuto, il trasferimento è stato effettuato per ragioni di convenienza fiscale; il convenuto manifesta chiaramente di poter disporre liberamente delle partecipazioni nonostante l'avvenuto trasferimento.

Piuttosto, per il Tribunale, la cessione dei titoli tra i convenuti e la costituzione dei titoli in fondo patrimoniale appare finalizzata a sottrarre il convenuto dall'obbligo di trasferimento delle azioni all'attore (o a sua moglie), pregiudicandone così il diritto di credito. La consapevolezza del pregiudizio arrecato alle ragioni dell'attore, che si presume comune ad ambo i convenuti a causa del rapporto di coniugio, giustifica il ricorso all'azione revocatoria, ex art. 2901 c.c., con conseguente declaratoria di inefficacia nei confronti degli attori della cessione avvenuta tra i convenuti e della successiva costituzione in fondo patrimoniale delle partecipazioni, posta in essere dalla convenuta.

Premesso che in base al *pactum fiduciae* concluso dalle parti non si realizza alcuna interposizione fittizia di persone, bensì un'interposizione reale di persona in quanto al fiduciario spetta il potere di disporre validamente ed efficacemente delle azioni in qualità di proprietario delle stesse, ma con l'obbligo di disporre in conformità alle indicazioni del fiduciante, il patto in questione esaurisce la sua efficacia nei rapporti *inter partes*. Ciò significa che l'attore sarebbe stato legittimato a proporre solo un'azione di carattere meramente personale e diretta ad ottenere l'adempimento dell'obbligo di trasferire le partecipazioni oggetto di contesa mediante sentenza sostitutiva degli effetti del contratto non concluso dal fiduciario, ai sensi dell'art. 2932 c.c. e altresì il riconoscimento del danno eventualmente subito. Ottenuta una decisione in tal senso però le azioni sarebbero rimaste vincolate nel fondo patrimoniale, sebbene dichiarate di proprietà dell'attore. La mancata opposizione dei convenuti al trasferimento avrebbe consentito l'uscita delle azioni dal fondo? Sicuramente la decisione di dichiarare inefficace, nei confronti degli attori, la cessione delle

partecipazioni da parte del convenuto, ex art. 2901 c.c., comportante la conseguente dichiarazione di inefficacia della costituzione dei titoli in fondo patrimoniale, risolve ogni problema. Incombe sul marito convenuto (e non sulla moglie convenuta) l'obbligo di trasferimento delle azioni al fiduciante.

Per quanto visto sopra, la domanda di declaratoria della esclusiva titolarità delle azioni in capo all'attore è intrinsecamente contraddittoria rispetto alla accertata intestazione fiduciaria delle azioni in capo al convenuto, che ne era sicuramente il proprietario ancorché tenuto a precisi obblighi in virtù del *pactum fiduciae*.

(G. D. C.)

Testo della Sentenza (Omissis)

Svolgimento del processo

Con atto di citazione notificato nel novembre 2001, i sig.ri F.E. e T.E. evocavano in giudizio i sig.ri L.F. e N.M.C., esponendo: di aver ottenuto un sequestro giudiziario di n. 56 azioni della S.p.a. intestate alla sig.ra N.M.C., siccome ella le aveva acquistate da L.F.; che i titoli, all'origine, erano stati intestati a L.F. solo fiduciariamente, con l'obbligo di ritrasferirli a semplice richiesta; che contravvenendo agli accordi, egli le aveva cedute, invece, alla propria moglie sig.ra N.M.C., la quale le aveva costituite in fondo patrimoniale. Chiedevano, così, dichiararsi la nullità per simulazione della cessione intercorsa e, comunque la sua inefficacia, con conseguente inefficacia, anche, della costituzione del fondo patrimoniale. Precisavano che le sig.re N.M.C. e T.E., a seguito di varie cessioni intercorse negli anni, erano divenute titolari del 26,93% delle azioni della S.p.a.

Nel corso del 1996 i sig.ri L.F. e F.E. avevano acquistato, poi, altre 142 azioni da U s.p.a., trenta delle quali erano state cedute ad un certo sig. R. e, per il resto, erano di proprietà integrale di E. ed intestate solo fiduciariamente, quanto al 50%, al sig. L.F., che aveva assunto l'impegno di trasferirli alla sig.ra T.E., moglie di F.E. In tale ottica, L.F. aveva richiesto nel 1996 alcuni documenti asseritamente necessari per l'intestazione azionaria a favore della sig.ra T.E., mentre gli attori avevano poi scoperto che, presso la S.p.a.,

era invece stata annotata la cessione di n. 56 azioni da L.F. alla moglie sig.ra N.M.C. Nonostante le promesse fatte da contro parte, la stessa non aveva proceduto al ritrasferimento ma, anzi, le azioni erano state costituite dalla sig.ra N.M.C. in fondo patrimoniale.

(Omissis)

Motivi

L'intestazione fiduciaria dei titoli per cui è causa appare indubbia, alla luce delle serene dichiarazioni dei convenuti che, costituendosi, hanno affermato di non opporsi al trasferimento dei titoli azionari in capo agli attori, nonché alla luce dell'interpello del sig. L.F. che ha ammesso che le "n. 56 azioni erano del sig. F.E. ancorché intestate a me" (cfr. ud. 9 ottobre 2003). Per quanto parte convenuta si sia dichiarata disponibile ad effettuare il trasferimento a favore degli attori ed abbia giustificato il mancato trasferimento con il fatto di non esserne stata sollecitata prima, neppure dopo l'instaurazione del giudizio pare sia avvenuto nulla al riguardo. Essendo quindi pacifica l'intestazione fiduciaria delle azioni, per stessa ammissione dei due convenuti, deve ritenersi che sussistesse l'obbligo per l'intestatario di procedere, a semplice richiesta, al trasferimento delle stesse in capo al fiduciante. Da tale situazione (ammessa da tutti e due i convenuti con loro costituzione), discende, da un lato, l'infondatezza della domanda avanzata in via principale dagli attori, e dall'altro lato, la prova incede della fondatezza della domanda svolta in via subordinata ex art. 2901 c.c.

Ed infatti, circa la domanda diretta alla declaratoria di nullità per simulazione della cessione tra L.F. e N.M.C., si osserva che la simulazione è ravvisabile quando le parti predispongano uno schema contrattuale ma, o vogliano in realtà un diverso negozio dissimulato, ovvero non vogliano porre in essere alcuna pattuizione, lasciando inalterata la situazione tra loro; nessuna delle due ipotesi sussiste nel caso in esame, ove il trasferimento tra i coniugi L.F. - N.M.C. appare invece precisamente voluto.

Piuttosto, la cessione tra il fiduciario sig. L.F. e sua moglie sig.ra N.M.C. appare avvenuta con l'intento comune alle due parti di rendere possibile a L.F. di sottrarsi al proprio obbligo di trasferimento

a favore del fiduciante. Ed infatti, da un lato, sussiste la prova del diritto attoreo al trasferimento della azioni, tanto che lo stesso è incontestato ed è evidente fin dalla lettera sottoscritta da L.F. in data 22 novembre 1999, ove riconosceva l'impegno assunto con il *pactum fiduciae*, in forza del quale avrebbe dovuto provvedere alla intestazione della azioni in capo alla sig.ra T.E., odierna attrice. D'altro lato, non può dubitarsi che la stessa acquirente dei titoli, sig.ra N.M.C., fosse ben consapevole del pregiudizio arrecato in tal modo alle odierne parti attrici, essendosi L.F. in tal modo spogliato per intero delle azioni intestategli solo fiduciariamente e non potendo così più adempiere al proprio obbligo. Tale consapevolezza si desume non solo dal fatto, in sé solo non sufficiente ma significativo, che la sig.ra N.M.C. è coniuge di L.F., ma anche dal tenore delle difese dispiegate nel presente giudizio, ove la sig.ra N.M.C. ha affer-

mato come inoppugnabile l'intestazione fiduciaria e non si è opposta in alcun modo al trasferimento in capo a parte attrice dei titoli, così confermando di essere ben al corrente dell'obbligo gravante sul marito.

Da ciò consegue la declaratoria di inefficacia sia della cessione delle azioni da L.F. alla sig.ra N.M.C. sia della successiva costituzione di esse in fondo patrimoniale posta in essere dalla sig.ra N.M.C. il 6 aprile 2001, e quindi in epoca successiva al nuovo impegno assunto da L.F. con lettera del 22 novembre 1999, ove lo stesso si qualificava come intestatario fiduciario (cfr. anche lett. del 16 ottobre 1999).

Non può invece accogliersi la ulteriore domanda subordinata diretta alla declaratoria di esclusiva titolarità delle azioni in capo a F.E., siccome essa è intrinsecamente contraddittoria rispetto alla affermata, e qui adesso accertata, intestazione fiduciaria delle azioni in capo a L.F.,

che ne era sicuramente proprietario, pur essendo tenuto, in forza del *pactum fiduciae*, a precisi obblighi verso F.E.

Parte attrice ha chiesto quindi, sempre in via subordinata, accertarsi l'obbligo di trasferimento in capo a L.F.; tale domanda, meramente dichiarativa, mentre si pone in logico contrasto con quanto richiesto in via subordinata relativamente alla declaratoria di esclusiva titolarità delle azioni in capo a F.E., può, tuttavia, essere accolta siccome conseguente all'accertamento della intestazione fiduciaria da cui tale obbligo consegue.

Non può invece aderirsi neppure alla ulteriore domanda di condanna alla restituzione dei titoli, atteso che, per quanto appena argomentato, gli stessi risultavano di L.F. all'atto del trasferimento alla N.M.C., incombendo piuttosto su L.F. l'obbligo del trasferimento al fiduciante.

(*Omissis*)

Trust istituito dall'Università allo scopo di recuperare l'Iva

Unione Europea – Corte di Giustizia

Università – ristrutturazione immobiliare – trust – affitto dell'immobile – risparmio fiscale – Direttiva 77/388/CEE – rispetto dei criteri obiettivi previsti – deduzione Iva – ammissibilità

Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, V. Skouris, Pres., P. Jann, C.W.A. Timmermans, A. Rosas, K. Schiemann, J. Makarczyk, Pres. Sez., S. von Bahr, Rel., J.N. Cunha Rodrigues, R. Silva de Lapuerta, K. Lenaerts, P. Kuris, E. Juhász, G. Arestis, Giudici, 21 febbraio 2006 [University of Huddersfield Higher Education Corporation c. Commissioners of Customs & Excise]

L'Università, soggetto esonerato dagli obblighi Iva, che, onde recuperare l'Iva assolta a monte in relazione ai lavori di ristrutturazione di un immobile di sua proprietà, istituisca un trust al quale affitti il cespite e il quale materialmente si occupi dei lavori necessari, concedendolo in sub-affitto alla stessa Università – operazione fondamentalmente finalizzata a conseguire un vantaggio fiscale – compie un'operazione qualificabile come cessione di beni o prestazione di servizi e un'attività economica ai sensi dell'art. 2, punto 1, dell'art. 4, nn. 1 e 2, dell'art. 5, n. 1, e dell'art. 6, n. 1, della sesta direttiva del Consiglio 17 maggio 1977, 77/388/CEE, tale per cui legittimamente può dedurre l'Iva pagata da quella conteggiata nell'ambito dell'attività compiuta.

Testo della Sentenza

1. La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dell'art. 2, punto 1, dell'art. 4, nn. 1 e 2, dell'art. 5, n. 1, e dell'art. 6, n. 1, della sesta direttiva del Consiglio 17 maggio 1977, 77/388/CEE, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle imposte sulla cifra di affari – Sistema comune d'imposta sul valore aggiunto: base imponibile uniforme (GU L 145, pag. 1), come modificata con direttiva del Consiglio 10 aprile 1995, 95/7/CE (GU L 102, pag. 18; in prosieguo: la «sesta direttiva»).

2. Tale domanda è stata presentata

nell'ambito di una controversia tra l'University of Huddersfield Higher Education Corporation (in prosieguo: l'«Università») e i Commissioners of Customs & Excise (in prosieguo: i «Commissioners») a proposito di una rettifica operata da questi ultimi della deduzione effettuata dall'Università, nell'ambito di un piano di riduzione dell'onere fiscale, dell'imposta sul valore aggiunto (in prosieguo: l'«IVA») pagata a monte per il restauro di un mulino.

Contesto normativo

La normativa comunitaria

3. L'art. 2, punto 1, della sesta direttiva assoggetta a IVA le cessioni di beni come pure le prestazioni di servizi effettuate a titolo oneroso all'interno del paese da un soggetto passivo che agisce in quanto tale.

4. Ai sensi dell'art. 4, n. 1, di tale direttiva, è considerato soggetto passivo chiunque esercita in modo indipendente una delle attività economiche menzionate nel n. 2 di tale articolo. La nozione di «attività economiche» è definita nel detto n. 2 come tutte le attività di produttore, di commerciante o di prestatore di servizi e, in particolare, le operazioni che comportano lo sfruttamento di un bene materiale o immateriale per ricavarne introiti aventi un certo carattere di stabilità.

5. L'art. 4, n. 4, secondo comma, della sesta direttiva precisa:

«Con riserva della consultazione di cui all'articolo 29, ogni Stato membro ha la facoltà di considerare come unico soggetto passivo le persone residenti all'interno del paese che siano giuridicamente indipendenti, ma strettamente vincolate fra loro da rapporti finanziari, economici ed organizzativi».

6. A tenore dell'art. 5, n. 1, di questa

stessa direttiva «si considera “cessione di un bene” il trasferimento del potere di disporre di un bene materiale come proprietario».

7. Secondo l'art. 6, n. 1, della sesta direttiva «si considera “prestazioni di servizi” ogni operazione che non costituisce cessione di un bene ai sensi dell'articolo 5».

8. L'art. 13, parte A, n. 1, sub i), di questa stessa direttiva prevede che gli Stati membri esonerano dall'IVA, tra l'altro, l'insegnamento universitario.

9. L'art. 13, parte B, lett. b), della sesta direttiva dispone che gli Stati membri esonerano l'affitto e la locazione di beni immobili. Tuttavia, l'art. 13, parte C, lett. a), di questa stessa direttiva autorizza gli Stati membri ad accordare ai loro soggetti passivi il diritto di optare per l'imposizione nel caso di affitto e locazione di beni immobili.

10. L'art. 17, n. 2, lett. a), della detta direttiva prevede:

«Nella misura in cui beni e servizi sono impiegati ai fini di sue operazioni soggette ad imposta, il soggetto passivo è autorizzato a dedurre dall'imposta di cui è debitore:

a) l'imposta sul valore aggiunto dovuta o assolta per le merci che gli sono o gli saranno fornite e per i servizi che gli sono o gli saranno prestati da un altro soggetto passivo».

11. Per quanto riguarda i beni e i servizi utilizzati da un soggetto passivo per effettuare sia operazioni che danno diritto alla detrazione sia operazioni che non vi danno diritto, l'art. 17, n. 5, primo capoverso, della sesta direttiva precisa che «la

Nota:

Riproduciamo il testo della sentenza dal sito internet della Corte di Giustizia Europea. La sentenza è commentata da F. Paparella, *supra*, 563.

deduzione è ammessa soltanto per il prorata dell'imposta sul valore aggiunto relativo alla prima categoria di operazioni».

12. A termini del secondo comma di tale disposizione, «detto prorata è determinato ai sensi dell'articolo 19 per il complesso delle operazioni compiute dal soggetto passivo».

La causa a qua e la questione pregiudiziale

13. Dalla decisione di rinvio risulta che l'Università fornisce essenzialmente prestazioni di insegnamento, che sono prestazioni esenti da IVA. Tuttavia, poiché effettua altresì talune cessioni di beni o prestazioni soggette ad imposta, l'Università può, in forza del diritto nazionale, recuperare l'IVA assolta a monte secondo l'aliquota del suo assoggettamento parziale, la quale nel 1996 era del 14,56% e che successivamente è scesa al 6,04%.

14. Il giudice a quo rileva che, nel 1995, l'Università decideva di restaurare due mulini in rovina, sui quali aveva acquistato un diritto reale di usufrutto («leasehold»). Tali due mulini sono conosciuti coi nomi di «West Mill» e d'«East Mill» e si trovano a Canalside, Huddersfield. Poiché l'IVA pagata a monte sulle spese di ristrutturazione era in ampia parte irrecuperabile in condizioni normali, l'Università ha cercato un modo di ridurre il suo onere fiscale o di ritardare il momento in cui la tassa avrebbe dovuto essere assolta.

15. In primo luogo ha effettuato e pagato i lavori realizzati sull'«West Mill». Con atto 27 novembre 1995 veniva costituito un trust discrezionale (in prosieguo: il «trust»). L'atto autentico conteneva disposizioni che riservavano all'Università il potere di nomina e di revoca dei «trustees». I «trustees» nominati erano tre ex dipendenti dell'Università e i beneficiari erano l'Università, qualsiasi studente iscritto in un determinato momento e qualsiasi associazione di beneficenza. Alla stessa data, l'Università concludeva con i «trustees» un contratto di garanzia («Deed of Indemnity») in forza del quale garantiva questi ultimi da ogni responsabilità presente e futura derivante da varie operazioni.

16. Il giudice a quo rileva che l'unico fine della costituzione del trust era quello di rendere possibile la realizzazione del piano di riduzione dell'onere fiscale proposto per l'«East Mill» il cui oggetto era il recupero da parte dell'Università dell'IVA sulle spese di ristrutturazione.

17. Per quanto riguarda l'«East Mill», che è l'edificio direttamente interessato nella causa a qua, dalla decisione di rinvio risulta che, conformemente al piano proposto dai suoi consulenti fiscali, il 21 novembre 1996 l'Università optava per la tassazione dell'affitto dell'«East Mill» e, il 22 novembre 1996, concedeva tale affitto imponibile al trust per 20 anni. Il contratto di affitto conteneva una clausola che consentiva all'Università di porvi fine al sesto, decimo e quindicesimo anno di affitto. Il canone annuo iniziale veniva fissato nella somma simbolica di GBP 12,50. Alla stessa data, il trust, che aveva anche optato per la cessione con IVA, concedeva a sua volta all'Università una sublocazione imponibile per la durata di venti anni meno tre giorni ad un canone annuo iniziale del simbolico importo di GBP 13.

18. Dalla decisione del giudice a quo risulta ancora che, il 22 novembre 1996, l'«University of Huddersfield Properties Ltd» (in prosieguo: «Properties»), una società interamente controllata dall'Università non facente parte dello stesso gruppo IVA ai sensi dell'art. 4, n. 4, secondo comma, della sesta direttiva, fatturava a quest'ultima un importo di GBP 3.500.000 più GBP 612.500 di IVA, per i futuri servizi di costruzione sull'«East Mill». Il 25 novembre 1996, la «Properties» concludeva con l'Università un contratto in vista della ristrutturazione dell'«East Mill». L'Università regolava la fattura della «Properties» a una data indeterminata. Il giudice a quo fa presente che non è stata fornita alcuna prova di una qualsiasi intenzione della «Properties» di conseguire un profitto fornendo servizi di costruzione all'Università e da ciò conclude che quest'ultima non aveva intenzione che la «Properties» conseguisse un siffatto profitto.

19. La «Properties» incaricava imprenditori terzi ai prezzi di mercato per fornire all'Università i servizi di costruzione necessari per la ristrutturazione dell'«East Mill».

20. Nella dichiarazione IVA per il periodo di gennaio 1997, l'Università, la quale aveva un debito netto di oltre GBP 90.000, evidenziava un rimborso a suo favore di GBP 515.000, somma che i «Commissioners», previa verifica, le avrebbero pagato senza riserve consentendole di recuperare l'IVA fatturata dalla «Properties».

21. I lavori sull'«East Mill» venivano portati a termine da imprenditori terzi il 7 settembre 1998 e in questa stessa data l'Università incominciava ad occupare

l'immobile. Successivamente, i canoni dovuti in forza della locazione e della sublocazione venivano aumentati fino a raggiungere GBP 400.000 e, rispettivamente, GBP 415.000 l'anno.

22. Il giudice a quo rileva che l'utilizzo di un trust nel contesto dell'«East Mill» e l'affitto da parte dell'Università al trust avevano il solo obiettivo di facilitare il piano di riduzione dell'onere fiscale. Rileva inoltre che il solo fine della sublocazione dell'«East Mill» da parte del trust all'Università era quello di agevolare tale piano. Rileva infine che l'Università aveva l'intenzione di ottenere un risparmio fiscale assoluto ponendo termine alla montatura IVA posta in essere per l'«East Mill» entro due o tre anni, o al sesto, decimo e quindicesimo anno di locazione (ponendo in tal modo anche termine al pagamento dell'IVA sui canoni di affitto).

23. Il giudice a quo rileva ancora che l'insieme di tali operazioni erano operazioni effettive, nel senso che esse hanno dato luogo a cessioni di beni o a prestazioni di servizi realmente effettuati. Non si trattava pertanto di parvenze.

24. Con lettera 26 gennaio 2000, i «Commissioners» reclamavano dall'Università, per il periodo di gennaio 1997, un importo di GBP 612.500 a titolo di IVA su servizi di costruzione forniti dalla «Properties» per l'«East Mill». La lettera faceva altresì presente che tale imposta era stata attribuita in modo non corretto a cessioni di beni o prestazioni imponibili e che si trattava di una sottovalutazione dell'importo dell'IVA dichiarata.

25. Il giudice a quo precisa che, in questa stessa lettera, i «Commissioners» qualificavano i contratti di affitto conclusi con il trust come «operazioni inserite» di cui si poteva fare a meno per suffragare la validità delle domande di recupero di IVA pagata a monte presentate dall'Università. Sulla linea di tale ragionamento, i «Commissioners» sono arrivati alla conclusione che l'IVA pagata a monte e richiesta all'Università dalla «Properties» era stata trattata in modo non corretto dall'Università in quanto era stata attribuita a cessioni di beni o prestazioni imponibili e interamente recuperata.

26. L'Università presentava ricorso dinanzi al VAT and Duties Tribunal avverso la rettifica IVA notificata dai «Commissioners» con lettera 26 gennaio 2000.

27. Secondo la decisione di rinvio, i «Commissioners» sostengono che un'opera-

Giurisprudenza

zione effettuata unicamente o prevalentemente allo scopo di eludere l'IVA non è una «cessione di beni o prestazione di servizi». Parimenti, non si tratterebbe di un adempimento effettuato nell'ambito o nel compimento di un'«attività economica».

28. In subordine, i Commissioners sostengono che una siffatta operazione deve, conformemente al principio generale del diritto in materia di prevenzione dell'«abuso di diritto», essere messa da parte e i termini della sesta direttiva devono essere applicati all'effettiva natura dell'operazione di cui trattasi.

29. L'Università sostiene, in particolare, che le operazioni di cui trattasi non sono state, contrariamente a quanto sostenuto dai Commissioners «effettuate al solo scopo o con lo scopo prevalente di eludere l'imposta». Per quanto sia vero che i fatti, quali interpretati dall'Università, hanno dato luogo ad un consistente rimborso di IVA pagata a monte, immediatamente «disponibile», questi stessi fatti avrebbero anche dato luogo a consistenti pagamenti di IVA per una certa durata. Inoltre, anche se un'operazione fosse stata effettuata «nell'unico scopo, o con lo scopo prevalente di eludere l'imposta», la sola conseguenza sarebbe che a tale operazione verrebbero applicate tutte le norme antielusione che lo Stato membro avrebbe adottato in forza dell'una o dell'altra autorizzazione ai sensi dell'art. 27, n. 1, della sesta direttiva. Nessuna norma di questo tipo sarebbe stata tuttavia adottata dal Regno Unito.

30. L'Università ritiene che un adempimento può essere qualificato evasione fiscale solo se

1) la conseguenza obiettiva dell'operazione è contraria allo spirito e alle finalità della sesta direttiva, e se

2) l'intento soggettivo dell'operatore era quello di raggiungere tale risultato, il che nella causa a qua non ricorre.

31. Il giudice a quo rileva tuttavia che alle operazioni effettuate dall'Università è stato dato corso al solo scopo di ottenere un vantaggio fiscale. Esse non hanno avuto alcuna autonoma finalità economica, e si sintetizzano in un piano di dilazione di pagamento con un meccanismo intrinseco che consente, in una data successiva, un risparmio fiscale in termini assoluti. Il giudice a quo da ciò conclude che tali operazioni si concludono nella elusione dell'imposta. Inoltre, gli accertamenti di merito mostrano chiaramente che l'inten-

to soggettivo dell'Università e del trust era quello di raggiungere tale risultato.

32. Ciò considerato il VAT and Duties Tribunal, Manchester, ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«Se, nel caso in cui:

i) un'Università rinuncia al suo diritto all'esenzione dall'IVA riguardante qualsiasi fornitura a un immobile di sua proprietà e dà in locazione l'immobile a un Trust costituito e controllato dall'Università;

ii) il Trust rinuncia al suo diritto all'esenzione dall'IVA riguardante qualsiasi fornitura a tale immobile e concede all'Università la sublocazione dell'immobile;

iii) l'Università ha concluso e dato esecuzione alla locazione e alla sublocazione al solo fine di ottenere un vantaggio fiscale, senza intenzione di svolgere un'attività economica indipendente;

iv) la locazione e il leaseback [retrolocazione] costituivano, nell'intenzione dell'Università e del Trust, un piano per differire il pagamento dell'IVA con la caratteristica intrinseca di permettere un risparmio fiscale assoluto in un periodo successivo;

a) la locazione e la sublocazione costituiscono forniture tassabili ai fini della sesta direttiva;

b) esse costituiscono attività economiche nel senso della seconda frase dell'art. 4, n. 2, della sesta direttiva IVA».

Sulla questione pregiudiziale

33. Con la questione pregiudiziale sollevata, il giudice a quo vuole in sostanza sapere se operazioni come quelle di cui alla causa a qua costituiscono cessioni di beni o prestazioni di servizi e un'attività economica ai sensi dell'art. 2, punto 1, dell'art. 4, nn. 1 e 2, dell'art. 5, n. 1, e dell'art. 6, n. 1, della sesta direttiva, qualora esse siano effettuate al solo scopo di ottenere un vantaggio fiscale, senza altro obiettivo economico.

Osservazioni sottoposte alla Corte

34. L'Università sostiene che, nelle condizioni espone nella decisione di rinvio, l'affitto e la sublocazione sono operazioni imponibili e attività economiche ai sensi della sesta direttiva.

35. Il governo del Regno Unito ritiene che, qualora, in condizioni quali quelle accertate dal giudice a quo, una persona giuridica come l'Università conceda in

affitto un immobile ad un terzo che è ad essa legato e da essa controllato, come il trust, e qualora quest'ultimo subaffitti il bene all'Università al solo scopo di ottenere un rinvio o evitare, in termini assoluti, il pagamento dell'IVA che sarebbe stata altrimenti in gran parte irrecuperabile in ragione del fatto che l'immobile viene utilizzato nell'ambito della sua attività di insegnamento universitario esente, – detta Università non svolga attività economica ai sensi dell'art. 4, n. 2, della sesta direttiva; più esattamente, una persona giuridica come l'Università non è impegnata nello sfruttamento di un bene immobile al fine di trarne profitti aventi carattere duraturo qualora il suo obiettivo nell'effettuare l'operazione sia quello di eludere l'IVA, e

– né il contratto di affitto né la sublocazione costituiscono prestazioni di servizi ai sensi dell'art. 6, n. 1, della sesta direttiva.

36. L'Irlanda sostiene che, in circostanze quali quelle di cui alla causa a qua, l'affitto e la sublocazione non possono essere qualificate «attività economiche» ai sensi dell'art. 4, n. 2, seconda frase, della sesta direttiva e non sono, in quanto tali, operazioni imponibili ai sensi di tale direttiva.

37. Il governo italiano considera che, per valutare in quale misura beni o servizi sui quali si vuole dedurre l'IVA siano utilizzati sia per operazioni che danno diritto a deduzione sia per operazioni che non vi danno diritto, non possono prendersi in considerazione strumenti o operazioni intrapresi al solo scopo di evitare l'applicazione del meccanismo del prorata (e approfittare così della deduzione integrale), in quanto siffatti strumenti o operazioni non costituiscono, per i soggetti autorizzati a operare la deduzione, un'attività economica ai sensi dell'art. 4, n. 2, della sesta direttiva.

38. La Commissione sostiene che, nell'applicare le nozioni di «attività economica» e di «cessione di beni e prestazioni di servizi» ai sensi degli artt. 4, 5 e 6 della sesta direttiva, si deve tener conto delle caratteristiche obiettive delle transazioni e delle attività di cui trattasi. Lo scopo della cessione dei beni e della prestazione di servizi non sarebbe conferente.

39. Tuttavia, qualora un soggetto passivo o un gruppo di soggetti passivi aventi tra loro legami si impegnino in una o più operazioni che non hanno giustificazione economica, ma che producono una situazione artificiale il cui solo scopo è

quello di creare le condizioni necessarie per il recupero dell'IVA pagata a monte, tali operazioni non dovrebbero essere prese in considerazione, perché integrerebbero una pratica abusiva.

Giudizio della Corte

40. Si deve innanzi tutto ricordare che la sesta direttiva istituisce un sistema comune d'IVA fondato, in particolare, su una definizione uniforme delle operazioni imponibili (v., segnatamente, sentenza 26 giugno 2003, causa C-305/01, MGK-Kraftfahrzeuge-Factoring, Racc. pag. I-6729, punto 38).

41. A questo proposito, la sesta direttiva attribuisce all'IVA un campo di applicazione molto ampio prevedendo, all'art. 2, relativo alle operazioni imponibili, oltre alle importazioni di beni, anche le cessioni di beni e le prestazioni di servizi effettuate a titolo oneroso all'interno del paese da un soggetto passivo che agisce in quanto tale.

42. Per quanto riguarda, in primo luogo, la nozione di «cessione di beni», l'art. 5, n. 1, della sesta direttiva precisa che è considerato siffatta cessione il trasferimento del potere di disporre di un bene materiale come proprietario.

43. Dalla giurisprudenza della Corte risulta che tale nozione comprende qualsiasi operazione di trasferimento di un bene materiale effettuato da una parte che autorizza l'altra a disporre di fatto di tale bene come se ne fosse il proprietario (v., in particolare, sentenze 8 febbraio 1990, causa C-320/88, Shipping and Forwarding Enterprise Safe, Racc. pag. I-285, punto 7, e 21 aprile 2005, causa C-25/03, HE, Racc. pag. I-3123, punto 64).

44. Per quanto riguarda la nozione di «prestazioni di servizi», dall'art. 6, n. 1, della sesta direttiva risulta che in essa rientra ogni operazione che non costituisca una cessione di un bene ai sensi dell'art. 5 della medesima direttiva.

45. Inoltre, secondo l'art. 4, n. 1, della sesta direttiva, si considera come soggetto passivo chiunque eserciti in modo indipendente un'attività economica, indipendentemente dallo scopo o dai risultati di tale attività.

46. Infine, la nozione di «attività economiche» è definita dall'art. 4, n. 2, della sesta direttiva come comprensiva di «tutte» le attività di produttore, di commerciante o di prestatore di servizi e, secondo la giurisprudenza, comprende tutte le fasi produttive,

distributive e della prestazione di servizi (v., segnatamente, sentenze 4 dicembre 1990, causa C-186/89, Van Tiem, Racc. pag. I-4363, punto 17, e MGK-Kraftfahrzeuge-Factoring, cit., punto 42).

47. Come constatato dalla Corte al punto 26 della sentenza 12 settembre 2000, causa C-260/98, Commissione/Grecia (Racc. pag. I-6537), l'analisi delle definizioni delle nozioni di soggetto passivo e di attività economiche mette in rilievo l'ampiezza della sfera di applicazione della nozione di attività economiche e del suo carattere obiettivo, nel senso che l'attività viene considerata di per sé, indipendentemente dai suoi scopi o dai suoi risultati (v., altresì, sentenza 26 marzo 1987, causa 235/85, Commissione/Paesi Bassi, Racc. pag. 1471, punto 8, come pure, in questo senso, in particolare, sentenze 14 febbraio 1985, causa 268/83, Rompelman, Racc. pag. 655, punto 19, e 27 novembre 2003, causa C-497/01, Zita Modes, Racc. pag. I-1493, punto 38).

48. Infatti, la detta analisi nonché quella delle nozioni di cessioni di beni e di prestazioni di servizi dimostrano che tali nozioni, che definiscono le operazioni imponibili ai sensi della stessa direttiva, hanno tutte un carattere obiettivo e che si applicano indipendentemente dagli scopi e dai risultati delle operazioni di cui trattasi (v., in questo senso, sentenza 12 gennaio 2006, cause riunite C-354/03, C-355/03 e C-484/03, Optigen e a., Racc. pag. I-483, punto 44).

49. Come constatato dalla Corte al punto 24 della sentenza 6 aprile 1995, causa C-4/94, BLP Group (Racc. pag. I-983), un obbligo dell'amministrazione fiscale di procedere a indagine per accertare la volontà del soggetto passivo sarebbe contrario agli scopi del sistema dell'IVA di garantire la certezza del diritto e di agevolare le operazioni inerenti all'applicazione dell'imposta sul valore aggiunto dando rilevanza, salvo casi eccezionali, alla natura oggettiva dell'operazione di cui trattasi.

50. Da ciò consegue che operazioni come quelle di cui alla causa a qua costituiscono cessioni di beni o prestazioni di servizi e un'attività economica ai sensi dell'art. 2, punto 1, dell'art. 4, nn. 1 e 2, dell'art. 5, n. 1, e dell'art. 6, n. 1, della sesta direttiva, dal momento che integrano i criteri obiettivi sui quali le dette nozioni sono fondate.

51. Se è certamente vero che tali criteri non sono soddisfatti in caso di frode fiscale, per esempio, mediante false di-

chiarazioni o con l'emissione di fatture irregolari, resta ciò non di meno che la questione se l'operazione di cui trattasi sia effettuata al solo scopo di ottenere un vantaggio fiscale non è pertinente per determinare se siffatta operazione costituisca una cessione di beni o una prestazione di servizi e un'attività economica.

52. Ciò considerato, si deve tuttavia rilevare che, come risulta dal punto 85 della sentenza di questo stesso giorno nella causa C-255/02, Halifax e a. (Racc. pag. I-1609), la sesta direttiva osta al diritto del soggetto passivo di dedurre l'IVA pagata a monte qualora le operazioni sulle quali tale diritto si basa integrino una pratica abusiva.

53. Da quanto precede consegue che la questione pregiudiziale va risolta nel senso che operazioni quali quelle oggetto della causa a qua costituiscono cessioni di beni o prestazioni di servizi e un'attività economica ai sensi dell'art. 2, punto 1, dell'art. 4, nn. 1 e 2, dell'art. 5, n. 1, e dell'art. 6, n. 1, della sesta direttiva, qualora integrino i criteri obiettivi sui quali le dette nozioni sono fondate, anche se sono effettuate al solo scopo di ottenere un vantaggio fiscale senza altro obiettivo economico.

Sulle spese

54. Nei confronti delle parti nella causa principale il presente procedimento costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per sottoporre osservazioni alla Corte non possono costituire oggetto di rimborso.

P.Q.M.

La Corte (Grande Sezione) dichiara:

Operazioni quali quelle oggetto della causa a qua costituiscono cessioni di beni o prestazioni di servizi e un'attività economica ai sensi dell'art. 2, punto 1, dell'art. 4, nn. 1 e 2, dell'art. 5, n. 1, e dell'art. 6, n. 1, della sesta direttiva del Consiglio 17 maggio 1977, 77/388/CEE, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle imposte sulla cifra di affari – Sistema comune di imposta sul valore aggiunto: base imponibile uniforme, come modificata con direttiva del Consiglio 10 aprile 1995, 95/7/CE, qualora integrino i criteri obiettivi sui quali le dette nozioni sono fondate, anche se sono effettuate al solo scopo di ottenere un vantaggio fiscale, senza altro obiettivo economico.

Decorrenza del termine di prescrizione della *breach of trust* commessa dal trustee

Cayman Islands – Court of Appeal

Trustee – “breach of trust” – beneficiari discrezionali – prescrizione – decorrenza

Court of Appeal, Zacca, Pres., Taylor, Motiley, JJ. A., 17 luglio 2006 [Lemos and others v Coutts (Cayman) Limited and others]

Il termine di prescrizione dell'azione nei confronti del trustee per breach of trust previsto dalla sect. 27(3) della Limitation Law (1996 Revision) – sei anni – non trova applicazione nel caso di azione proposta da beneficiari discrezionali, dovendo tale periodo iniziare a decorrere dal momento in cui il beneficiario che intende agire abbia maturato un interest in possession sui beni in trust.

Sommario

Un tema di grande interesse, che per la prima volta viene affrontato dalla giurisprudenza pubblicata in questa Rivista, è quello della prescrizione del diritto dei beneficiari di agire nei confronti del trustee che abbia commesso *breach of trust*.

I beneficiari discrezionali di un trust (in inglese “discretionary beneficiaries” o “objects of a discretionary trust or power”) agiscono in giudizio adducendo una generica *breach of trust* del trustee. Nel corso della causa, tuttavia, essi modificano la loro prospettazione sostenendo una violazione ben più grave, la “intentional or wilful breach of trust”. Il giudice di primo grado consente la modificazione, sebbene ciò comporti il nascere di una controversia del tutto nuova rispetto a quella instaurata, e cioè a prescindere dal decorso di qualsiasi termine di prescrizione.

Avverso questa decisione il trustee propone appello e la Court of Appeal dispone di trattare in via preliminare la questione del decorso del termine di prescrizione. Il trustee, infatti, sostiene che, in applicazione della sect. 27(3) della Limitation Law (1996 Revision), l'azione

dei beneficiari sarebbe prescritta per il decorso del termine di sei anni ivi indicato.

La norma, peraltro, stabilisce che qualsiasi azione dei beneficiari in ordine a recuperare beni del fondo in trust o ad ottenere una condanna per *breach of trust*, salvo che non sia previsto un diverso termine in altra disposizione di legge, non può essere proposta decorsi sei anni dalla data in cui il diritto di agire sia sorto, cioè, sostanzialmente, dalla data in cui il beneficiario abbia maturato un *interest in possession*.

Il problema diviene dunque quello di accertare se lo stesso limite possa essere validamente opposto anche ai beneficiari discrezionali. Mentre un noto precedente inglese depone in senso negativo (*Armitage v Nurse* – in cui, per l'appunto, i beneficiari discrezionali non sono stati considerati come rientranti nella categoria dei beneficiari soggetti a tale limitazione(1)), un altro precedente neozelandese viene portato a sostegno della posizione del trustee (*Johns v Johns*).

Dopo ampia analisi dei precedenti, la Corte d'Appello rigetta l'appello: i beneficiari discrezionali non sono soggetti al termine di prescrizione previsto dalla sect. 27(3) della Limitation Law, la cui formulazione è sostanzialmente identica a quella della legge inglese. Tale limitazione, infatti, trova applicazione solamente nei confronti dei beneficiari che abbiano un *interest* proprietario sui beni in trust, un *interest* che sia, quindi, *in possession*, ciò di cui i beneficiari discrezionali sono privi fino a quando il trustee eserciti il suo potere in loro favore. Il principio enunciato dal giudice inglese in *Armitage v Nurse* viene dunque considerato valido anche nelle Cayman Islands.

(E. B.)

Testo della Sentenza

[1] The defendants in this breach of trust action appeal against the decision of a Grand Court judge (see (2005) 8 ITELR 153, 2004-05 CILR 317) granting the plaintiffs leave to amend their statement of claim so as to make various allegations of intentional or wilful breach of duty. The position of the defendant trustees is that the proposed amendments raise a new cause of action by pleading a mental element not involved in the cause of action originally pleaded, and that the new cause of action is time-barred as against the first two plaintiffs, the others being infants or having recently come of age.

[2] The defendant trustees contend that if the plaintiffs wish to make these further allegations they ought to be required to do so in a new action which could then be consolidated with the present action for trial, so that limitation issues would be resolved at trial. The consequence of inclusion of the new claims in the present action by amendment is that they are then deemed to have been brought at the date of the original writ, thereby preventing the raising of any limitation defence that might be available if they were brought later in a separate action.

[3] The purposes of the trust in question and the history of this protracted litigation need not be gone into for the present purpose; they are described in the decision appealed from and earlier deci-

Note:

Riproduciamo il testo della sentenza da 9 ITELR 616.

(1) La sentenza *Armitage v Nurse* è pubblicata *infra*, 608.

sions of the Grand Court and this court, as reported, for instance, in *Lemos v Coutts Co (Cayman) Ltd* (2003 CILR 381).

THE BACKGROUND

[4] The Grand Court judge found that the new claims of intentional or wilful breach of trust arise out of the same or substantially the same facts as those originally pleaded for the purposes of the Grand Court Rules, O 20, r 5(5). It is not clear that the judge was of the view that they raise a new cause of action; if any new cause must be one arising out of the same or similar facts, it would be unnecessary to resolve the difficult question whether a separate cause of action is raised. The judge below also held that if the facts are new, the running of time would be postponed by s 37(1) and (2) of the Limitation Law (1996 Revision) until the plaintiffs discovered them, or could reasonably have discovered them.

[5] Counsel for the respondent plaintiffs no longer seek to support this second ground, conceding that the evidence below was insufficient to establish when the facts could reasonably have been discovered. The Grand Court judge did not resolve the further fundamental issue of whether any limitation could apply to these plaintiffs as persons who, until the trust is wound up, can benefit only through the discretion of the trustees. That issue involves interpretation of s 27(3) of the Limitation Law, which imposes a six-year limitation period but delays the running of time in certain cases until the plaintiff acquires an 'interest in possession'. The judge noted a disagreement between English and New Zealand decisions dealing with essentially similar provisions, and found this disagreement to raise an arguable point of law. By respondents notice, the plaintiffs reassert their argument on the point as an alternative ground on which leave to amend should be upheld. If the plaintiffs are right on this point, there could be no limitation defence open to the trustees, and thus no basis would exist for allowing the appeal against the granting of leave to amend.

[6] The judge's decision not to deal with this issue, one raising a pure point of law, was not a decision made in the exercise of 'trial management' discretion that it would be better left for resolution at tri-

al. The manner in which the judge disposed of the other issues rendered this issue irrelevant. If there was in law a limitation defence, it was one that could no longer be raised once the judge decided as she did under O 20, r 5(5) and granted leave to amend. The position on appeal is that if this court were to find that deliberate or wilful breach of trust is not a different cause of action from 'breach of trust *simpliciter*,' that would result in the order being upheld, the amendments allowed and any limitation defence foreclosed. If this court were to find that a new cause of action is pleaded, but disagree with the judge's conclusion that it must arise from the same or substantially similar facts, that would result in the amendments being disallowed, so that the plaintiffs would proceed with a second action but be unable at the consolidated trial to argue either of those two points. The defendants would at the consolidated trial argue that the limitation contained in s 27(3) of the Limitation Law applied, and the plaintiffs would contend that it did not apply, but that if it did apply then under s 37(1) and (2) of the Limitation Law time did not start to run until they had document disclosure and thus discovered the further facts.

[7] The purpose of adding the new allegations is to avoid an exculpatory provision of the trust deed which could in some circumstances be invoked by the trustees. The allegations, while said to arise from recent document disclosure, add no new element to these protracted proceedings, since a similar allegation was made by the plaintiffs in their reply, filed seven years ago. The basis on which amendment is opposed under O 20 is solely the limitation point. Whether such a defence can be avoided on the ground that the mental element involved raises a new cause of action not based on the same or similar facts for the purposes of O 20, r 5(5) is a question that raises the difficult issue of whether the present case is covered by the decision in *Paragon Finance plc v DB Thakerar & Co (a firm)* (1998) 1 ITELR 735, [1999] 1 All ER 400. It is in these circumstances that the trustees ask that we decide now the issues raised under O 20 but leave for trial the question of whether there could in law be any limitation defence open to the defendants against these plaintiffs.

[8] Since no question can be raised

under O 20, r 5 unless the plaintiffs in their capacity as what are often, but not always, called 'discretionary beneficiaries' are subject to the limitation imposed by s 27(3) of the Limitation Law, we have concluded, notwithstanding the able submissions of counsel for the trustees, that this is the fundamental question that we ought first to address.

Armitage v Nurse

[9] The issue raised under s 27(3), and the outcome of this appeal, may well be resolved by the decision in *Armitage v Nurse* [1998] Ch 241, [1997] 2 All ER 705, the leading English authority under an essentially identical English provision. That decision on one view establishes that the limitation applies only to actions by plaintiffs entitled as of right to share in the trust estate. The judgment of the Court of Appeal in that case may well lead to the conclusion that the limitation does not apply to persons not entitled to benefit as of right, but entitled only to be considered for such benefits as the trustees may from time to time grant in the exercise of a discretion. While such persons are commonly referred to as discretionary beneficiaries, and will for convenience sometimes be so referred to in these reasons for judgment, they are more correctly described in the law of trusts as 'objects of a discretionary trust or power.' The trustees accept that such persons have no beneficial present or future interest in the trust property, and this is the position of the respondents.

[10] A question not infrequently requiring resolution in the application of statutory provisions dealing with trusts and trustees is whether in referring to beneficiaries and their interests the legislature intends a provision to extend to persons having such discretionary status, and to what are referred to as their 'expectations.' The plaintiffs have received benefits through the discretion of the trustees and may do so in future, but they have no entitlement to any benefit, nor right to any part of the trust fund, until the trust is terminated and the residue distributed. This may happen at any time chosen by the trustees, and must happen on or before the 'perpetuity date,' in 2064.

[11] Section 27(3) provides that a six-year limitation applies to the bringing of

Giurisprudenza

an action 'by a beneficiary [...] in respect of a breach of trust,' but that time shall not be taken to have run against 'any beneficiary entitled to a future interest in the trust property' until that interest 'fell into possession.' It reads in full:

'Subject to subsections (1) and (2), an action by a beneficiary to recover trust property or in respect of any breach of trust, not being an action for which another period of limitation is prescribed by any other provision of this Law, shall not be brought after the expiration of six years from the date on which the right of action accrued. For the purposes of this subsection, the right of action shall not be treated as having accrued to any beneficiary entitled to a future interest in the trust property until the interest fell into possession.'

This subsection is not concerned with when action can first be brought, but with whether and when time runs within which action must be brought.

[12] That the object of a discretionary power or trust may, for the purposes of a statute, be considered a beneficiary having an interest in the trust property has been established by a series of English decisions, including *A-G v Heywood* (1887) 19 QBD 326, 56 LJQB 572, *A-G v Farrell* [1931] KB 81, 99 LJKB 605, *Gartside v IRC* [1968] AC 553, [1968] 1 All ER 121 and *Leedale (Inspector of Taxes) v Lewis* [1982] STC 835, [1982] 3 All ER 808. In *Gartside v IRC* it was held, in the context of the taxing statute there considered, that objects of a discretionary power had no interest in the trust fund, but Lord Reid observes that in *A-G v Heywood* it was rightly held to the contrary under an earlier taxing statute that the granting by a settlor of a discretion to a trustee to apply income for the benefit of the settlor or members of the settlor's family amounted to reservation by the settlor of an interest in settled property. In this connection Lord Reid makes the observation ([1968] AC 553 at 612, [1968] 1 All ER 121 at 131):

'It is always proper to construe an ambiguous word or phrase in light of the mischief which the provision is obviously designed to prevent, and in light of the reasonableness of the consequences which follow from giving it a particular construction.'

Lord Reid goes on to say that where such a word as 'interest' is used in two

statutes, each dealing with a different problem, there is only 'a slender presumption' that it has the same meaning in both. The other cases mentioned demonstrate that point.

[13] In *Leedale (Inspector of Taxes) v Lewis* objects of a discretionary power were held to be 'persons having interests in the settled property' for the purposes of capital gains tax. Lord Fraser of Tullybelton, Lord Wilberforce and Lord Scarman all referred to *A-G v Heywood*, *A-G v Farrell* and *Gartside v IRC* in reaching this conclusion.

[14] In *Armitage v Nurse*, Millett LJ, giving judgment for the Court of Appeal with respect to s 21 of the Limitation Act 1980 (essentially the same as s 27(3) of the Limitation Law) considered the position of a plaintiff who had the possibility of receiving income through the discretion of the trustees until aged 25, at which point she became entitled to income as of right. Millett LJ said ([1998] Ch 241 at 261, [1997] 2 All ER 705 at 719-720):

'The second question is whether Paula had a present interest while she was under the age of 25 or whether she had only a future interest which fell into possession when she attained that age. The judge held that she had merely a future interest. In my judgment, he was right. Until Paula attained 25 the trustees held the trust fund upon trust to accumulate the income with power instead to pay it to Paula or to apply it for her benefit. She had no present right to capital or income but only the right to require the trustees to consider from time to time whether to accumulate the income or to exercise their power to pay or apply it for her benefit. That, in my judgment, is not an interest in possession. Paula was, of course, a beneficiary and as such was entitled to see the trust documents. The respondents submit that this was sufficient to give her an interest in possession within the meaning of the section, and cite *Leedale v Lewis* [1982] 1 W.L.R. 1319 in support. In my judgment, that case does not assist the respondents. As Lord Wilberforce pointed out, at p. 1329: "The word 'interest' is one of uncertain meaning and it remains to be decided on the terms of the applicable statute which, or possibly what other, meaning the word may bear."

The statutory language and context in that case compelled the conclusion

that an object of a discretionary trust of capital and income had an interest in settled property. *Attorney-General v Heywood* (1887) 19 Q.B.D. 326 was to similar effect. That decision was approved in *Gartside v Inland Revenue Commissioners* [1968] A.C. 553, where, however, a different conclusion was reached because of the different context in which the word "interest" was used.

The meaning of the word must, therefore, be ascertained from the context in which it appears. As the tax cases show, the evident policy of a taxing Act may sometimes make it necessary that an object of a discretionary trust or power should be treated as having an interest and sometimes it may show the contrary. The question thus depends upon identifying the legislative purpose which section 21(3) of the Act of 1980 is intended to achieve.

The respondents submit that the policy to which section 21(3) of the Act of 1980 gives effect is that it would be unfair to bar a plaintiff from bringing a claim unless and until he is of full age and entitled to see the trust documents and so has the means of discovering the injury to his beneficial interest. The difficulty with this argument, in my judgment, is that it proves too much. Every beneficiary is entitled to see the trust accounts, whether his interest is in possession or not. The rationale of section 21(3) appears to me to be different. It is not that a beneficiary with a future interest has not the means of discovery, but that he should not be compelled to litigate (at considerable personal expense) in respect of an injury to an interest which he may never live to enjoy. Similar reasoning would apply to exclude a person who is merely the object of a discretionary trust or power which may never be exercised in his favour.'

While argument before us was directed particularly to the last two sentences of this passage, it is necessary for the present purpose to consider the whole of the portion of Millett LJ's judgment reproduced above.

[15] In the decision appealed from in *Armitage v Nurse*, the question the court asked was: When did Paula first have an interest in possession? The judge concluded that until the age of 25 she had no present interest, but only a future interest, being her entitlement to income as of right when she attained the age of 25,

which only then 'fell into possession.' The question was then whether, while under 25 and an 'object of discretion' she had an 'interest in possession.' It was accepted that only if she had a present interest or interest in possession would she be subject to the limitation.

[16] The court described the issue generally as 'whether the limitation defence can be effective.' It rejected what was described as an 'ingenious argument' for the trustees that the interest of a discretionary beneficiary is for this purpose an 'interest in possession.' That argument had been based on the grounds that: (i) such a person is entitled to be considered by the trustees and entitled to see the trust accounts; (ii) the purpose of delaying the operation of the limitation period is that it would be unfair on a plaintiff to be barred unless or until he or she is of full capacity and has the means of knowledge or discovery of the wrong to his interest; and (iii) a discretionary object of full capacity has such means. The judge said:

'I reject the argument for two reasons. First the language of the proviso itself draws a distinction between a future interest and one which falls into possession. Moreover it is an interest in the trust property which is referred to, not an interest in the management of the trust as such. Second the expressions future interest and an interest in possession are well known terms of art from the law of trusts. I think Parliament was plainly drawing upon that terminology.'

The judge did not say that Paula's discretionary status prior to the age of 25 gave her a future interest that had not fallen into possession, so as to fall within the proviso delaying the running of time. The judge's conclusion was that her discretionary status gave her neither an 'interest in possession' nor a 'future interest.'

[17] It is agreed before us that in the ordinary language of the law of trusts it would not be said that a 'discretionary beneficiary' had a future interest in the trust property that had not yet fallen into possession. That is the language in which the judge at first instance in *Armitage v Nurse* found that Parliament intended the provision to be understood. The only future interest that Paula had was the 'fixed' interest represented by her entitlement to income as of right at age 25, an interest that would come into possession when she reached that age. In deciding against

the trustees on the question 'whether the limitation defence can be effective,' Jacob J did not do so for the reason that Paula fell within the proviso delaying running of time in favour of beneficiaries having a future interest. His conclusion that she had no future interest at that time is inconsistent with the possibility that her discretionary status could give her a right under the proviso to delay in the running of time.

[18] The basis on which the matter was decided at first instance in Paula's favour was that her position as 'object of a discretionary power or trust' fell outside the scope of the limitation provision itself, this being for the reason that a discretionary beneficiary, having neither present nor future interest in the trust property, is excluded from the class of beneficiaries to which the limitation provision is intended to apply. On appeal from that decision, the intended scope of the subsection is expressly stated by Millett LJ as drawn particularly from the rationale of the proviso. He says that 'similar reasoning' to that disclosed by the proviso with respect to delay in the running of time would 'exclude a person who is merely the object of a discretionary trust or power.' This statement must be regarded as concurrence with the assumption on which the case was dealt with—that a person with no beneficial interest in any part of the trust assets is excluded from the class of beneficiaries to whom the limitation provision is intended to apply.

[19] The last two sentences of the excerpt from Millett LJ's decision reproduced earlier might on one view seem to mean that the proviso contained in the last sentence of the subsection delays the running of time not only for those who have a fixed future interest, to which they might or might not live to become entitled, but also for those in whose favour a discretionary power may or may not be exercised. This does not, however, prove on closer consideration to be the true meaning. What must be the correct meaning is arrived at if the words are taken instead to mean that 'discretionary beneficiaries' or 'objects of a discretionary trust' do not fall within the class of beneficiaries to which the subsection applies, so that an action by such a person would not, in the words of the subsection, be 'an action by a beneficiary to recover trust property or in respect of any breach of

trust.' They are not excluded by the proviso from the running of time but excluded from the class of beneficiaries to which the subsection applies. Unless caught by another provision of the statute, a person with discretionary status could bring an action for breach of trust at any time, the position prevailing in England with respect to all breach of trust claims prior to 1888, when the first limited statutory limitation was introduced.

[20] Millett LJ says that the right to see trust documents does not create a 'present interest' for the purposes of the subsection, and that a person with discretionary status has no other such right as we would constitute a present interest. The right to be considered by the trustee, for the exercise of discretion, referred to in argument at first instance and on appeal, did not constitute such an interest. Paula had the right to see trust documents in her capacity as a beneficiary with the fixed future interest derived from her right to receive income at the age of 25, but this did not give her a 'present interest' for the purposes of the subsection, and nor would her right to see documents in her discretionary capacity create such an interest.

[21] The proposition that a statutory provision dealing with rights of beneficiaries may not necessarily extend to discretionary beneficiaries, or 'objects of a discretionary power,' is not to be regarded as surprising. A provision regulating rights of creditors or shareholders, for instance, will not necessarily be intended to extend to preferred creditors or preference shareholders, a provision concerning children may not be intended to apply to step-children, adopted children or children of full age, and while a provision referring to officers may, but will probably not, in a military context extend to non-commissioned officers, in the context of policing it may extend to everyone on the force. The fact that in law a narrower definition is normally given to a class of persons than in common usage, or that in exceptional circumstances a class may have a broader scope than commonly accepted, are factors to be taken into account, but the outcome depends on the statutory context in which a class is dealt with or referred to.

[22] Thus the decision in *Armitage v Nurse* [1998] Ch 241, [1997] 2 All ER 705 stands for the proposition that discre-

Giurisprudenza

tionary beneficiaries are excluded from the scope of the limitation provision—that the limitation applies only to beneficiaries who have a proprietary beneficial interest in the trust property which discretionary beneficiaries are not taken to have. This point is fundamental to resolution of the apparent conflict between the authorities on which the trustees base their argument.

Johns v Johns

[23] The appellant trustees rely on the different outcome arrived at six years later by the New Zealand Court of Appeal in *Johns v Johns* (2004) 8 ITEL 287, [2004] 3 NZLR 202, a decision concerned with an essentially identical New Zealand limitation provision. The New Zealand court refers there (at para [38]) to the above-reproduced portion of Millett LJ's judgment in *Armitage v Nurse*, and particularly to the two sentences with which the excerpt concludes:

'It is not that a beneficiary with a future interest has not the means of discovery, but that he should not be compelled to litigate (at considerable personal expense) in respect of an injury to an interest which he may never live to enjoy. Similar reasoning would apply to exclude a person who is merely the object of a discretionary trust or power which may never be exercised in his favour.'

The court describes (at para [40]) the last sentence as 'difficult' and suggests that it conflicts with the sentence that appears before it:

'It draws a contrast with the immediately preceding sentence, seemingly recognising that a person who is merely the object of a discretionary trust is not a beneficiary with a future interest. That is consistent with what he had said earlier. He may have had in mind the situation in the case before him in which, the discretionary beneficiary had a further interest in the trust fund capable of falling into possession at a future date. But, standing alone, the sentence suggests that a mere discretionary beneficiary fits the rationale of the proviso. But he or she does not fit the clear requirement of a future interest in the trust property. We are unable to accept that, this requirement can be construed as extending to a mere discretionary expectation.'

[24] In *Armitage v Nurse* the object of

a discretionary power was found at first instance and on appeal not to be subject to the limitation. In *Johns v Johns*, however, the trial judge is found to have been right in holding that the plaintiff 'did not fall within the proviso' while in that position, and that the limitation period therefore ran while his status was only that of such an object of discretion. The court does not, however, offer any rationale for the proviso that would justify the conclusion that the limitation provision is intended to apply to persons having only discretionary status.

[25] The New Zealand court does not appear to have been addressed to the possibility that the object of a discretionary power, having no present interest in the trust assets, would be excluded not from the running of time under the proviso, but from the class of beneficiary to which the subsection applies. While not adopting a view of legislative intent different from that taken in *Armitage v Nurse*, the New Zealand court arrives at a result inconsistent with that intent. The decision in *Johns v Johns* results in a beneficiary with a fixed future interest facing no limitation period until his or her interest becomes a present interest, while the object of a discretionary power having no legal entitlement to benefit, and who may or may not have benefited or benefit in future, is time-barred should he or she fail to sue within the limitation period. For other reasons the plaintiff's claim in that case was held not to be wholly time-barred but time-barred only in his discretionary capacity.

THE APPELLANTS' POSITION

[26] Counsel for the trustees does not accept that the rationale of the subsection is that stated in what counsel describes as an off-the-cuff observation by Millett LJ in *Armitage v Nurse*, but takes the position that the proviso preventing time from running only in the case of a future interest until it is enjoyed by the beneficiary is consistent with an intention that the limitation apply to discretionary beneficiaries as persons who enjoy the right to be considered immediately for the receipt of benefits.

[27] The appellants' position is that, provided the plaintiff is of age and the alleged breach committed, time will run against a person enjoying a present possibility of benefiting from the trust, and not

only against one having a present right to share in the trust assets. That reasoning right in the present case seem applicable not only to the entitlement of the plaintiffs to be considered for discretionary payments during the term of the trust but also to their entitlement to share in the terminal distribution, which can be enjoyed by them in the discretion of the trustees at any time up to the terminal date, yet that interest is protected from the running of time by the proviso. The argument for the trustees is that the New Zealand court was right in concluding that the limitation applies to discretionary beneficiaries because this result is supported by a view of the legislative purpose different from that adopted in *Armitage v Nurse*. The position of the trustees thus stands or falls on their assertion that Millett LJ's statement of legislative intent of the provision is wrong, and that the purpose or intent which they suggest, although not approved or considered in *Johns v Johns* or any other case to which we are directed, is to be preferred, and is the correct view.

[28] A person who has only the possibility of benefiting if and to the extent that trustees see fit will often be in no position at all to assess the wisdom of bringing an action for breach of trust, and certainly never in the same position as one who has a present right to receive a prescribed share in the assets. The contention, as a general proposition, that immediate right to no more than consideration constitutes a sufficient interest to attract the running of time does not appear to us to have any particular logic as a rationale for the subsection. This view was advanced in *Armitage v Nurse*, with respect to the meaning of the proviso, and cannot have been overlooked by the court as an explanation or rationale for the provision as a whole, and we are unable to accept that Millett LJ's final above-quoted sentence should be regarded as an 'off-the-cuff' statement. The rationale accepted in *Armitage v Nurse* has as its logic that no one should be put to the expense of bringing an action without a present right to benefit from the trust. The alternative proposed by the trustees expresses a possible meaning for the legislative language that produces the result arrived at in *Johns v Johns*, but it is not supported by logic or fairness. It is not right in our view, in resolving language of

uncertain meaning, to assume that the legislature intended an arbitrary result, or a result that could be considered reasonable only in some cases, if that can be avoided.

[29] The trustees contend that their position finds support in changes that have taken place in the wording of the limitation provision since its introduction more than a century ago, and which should be taken, counsel says, to demonstrate a legislative intention to bring discretionary beneficiaries within its scope.

[30] Section 8 of the Trustee Act 1888, the first English statutory provision imposing a limitation on actions against trustees, contained a general proviso that time 'shall not begin to run against any beneficiary unless and until the interest of such beneficiary shall be an interest in possession.' This wording was remodelled by the Limitation Acts 1939 and 1980 into the language found in s 27(3) of the Cayman Limitation Law (1996 Revision) and the provisions considered in *Armitage v Nurse* [1998] Ch 241, [1997] 2 All ER 705 and *Johns v Johns* (2004) 8 ITELR 287, [2004] 3 NZLR 202. The parties agree that under the 1888 statute the limitation did not apply to discretionary beneficiaries. This could only have been because, not being capable of having any interest in possession, they would not be regarded as beneficiaries within the scope of the provision. The respondent plaintiffs say that the probable purpose of the 1939 changes was simply modernizing and simplifying the language when consolidating previously scattered limitation provisions into a single enactment.

[31] The argument for the trustees is that the change from words imposing delay in the running of time against any beneficiary 'unless and until the interest of such beneficiary shall be an interest in possession' to words restricting delay in the running of-time to 'any beneficiary entitled to a future interest in the trust property until that interest fell into possession' discloses intention to impose the limitation on discretionary beneficiaries who have no entitlement to an interest in the trust property. It might be argued, to the contrary, that the new words emphasize the exclusion of discretionary beneficiaries by making it plain that the interest referred to is not an interest in the administration of the trust, or the right to consideration by the trustees, but a pro-

prietary interest in some part of the trust fund or assets. The appellant trustees content, however, that reference only to beneficiaries having a 'future interest as persons entitled to delay in running of time, demonstrates an intention that the limitation henceforth shall apply, and time run, in the case of those who enjoy a present right to be considered for discretionary benefits, even though they have no interest in the trust property.

[32] We are unable to accept that the legislature could have intended to bring about such a change in the scope of the limitation by such subtle and intricate means, when that could so easily have been done directly. We are unable also to accept that the interpretation urged on us by the appellants is supportable as a solution to problems which arise in the case of persons having both a fixed-interest and discretionary status under the same settlement. These problems are inherent in the application of the provision to plaintiffs with multiple interests of any sort, and could not be resolved in the present context alone.

CONCLUSION

[33] It is our view that the decision in *Armitage v Nurse* cannot have been fully explored in *Johns v Johns*, a case which in our view casts no doubt on the validity of the reasoning or result in *Armitage v Nurse*, and that *Armitage v Nurse* should be regarded as correctly stating the law applicable in this jurisdiction.

[34] Counsel for the trustees described the conflict between these two decisions as one of importance generally to the Commonwealth law of trusts, and urged that we leave its resolution for consideration at trial and, if need be, thereafter by this court and only then by the Judicial Committee. Counsel cautioned us that if we decide the matter now, a further appeal at this point could result in another delay in the already overdue trial of this action, which is set to start three months hence.

[35] The issue has now been argued three times at length-before the Grand Court, before three judges of this court on the application for leave, and on this appeal. To decline to decide it would suggest uncertainty as to its disposition which we do not entertain, or that further argument or enquiry into the facts could cast more light on the matter, which we do not be-

lieve to be the case. Should our decision result in an application for leave to appeal, that could lead to a stay of proceedings and trial adjournment only after full consideration of all matters to which counsel has referred, together with other relevant factors. There are, moreover, further interlocutory proceedings in progress, and more may follow. Any of these could result in loss of the trial date, even if we take the course urged on us. We must be mindful also that the respondents, who are plaintiffs, wish the issue decided now, emphasizing that it was in pre-trial proceedings that decisions were given in *Armitage v Nurse* and *Johns v Johns*.

DISPOSITION

[36] We believe this appeal should be disposed of now on the s 27(3) issue. The appeal will therefore be dismissed, and leave to amend affirmed for the reasons here given. The respondents will have their costs, to be taxed if not agreed.

© Law Reports International and Government of the Cayman Islands.

Validità delle c.d. clausole di esclusione dal beneficio

Cayman Islands – Grand Court

Clausola di esclusione dal beneficio – validità – limiti
Clausola di esclusione dal beneficio – clausola di esonero da responsabilità del trustee – potere di azione del beneficiario – sussistenza – limitazione
Clausola di esclusione dal beneficio – potere di intervento del giudice – limitazione

Grand Court, A. Smellie C.J., 17 luglio 2006 [A. N. v Barclays Private Bank & Trust (Cayman) Ltd & Others]

Una clausola di esclusione dal beneficio può essere dichiarata valida a condizione che siano precisamente individuabili a priori gli eventi che ne determinano l'operatività. In presenza di una clausola che vieti qualsiasi tipo di azione nei confronti del trustee ai beneficiari di un trust discrezionale, di per sé nulla, la clausola medesima può essere dichiarata valida in presenza di altre, delle quali l'una circoscrive l'esenzione da responsabilità per il trustee e l'altra riaffermi l'osservanza dei principi generali in materia di trust, dovendosi leggerla come se essa consentisse comunque ai beneficiari di proporre tutte quelle azioni che siano legittime, giustificabili secondo criteri di buona fede, non vessatorie, e supportate da una probabile causa litigandi. Anche quando la clausola di esclusione trovi applicazione rimane salvo il potere del giudice di equity di interdirne o modificarne gli effetti.

Sommario

Il *deed* di un trust discrezionale, avente ad oggetto soprattutto partecipazioni azionarie in importanti società *holding*, contiene una clausola (cl. 23) in virtù della quale "Chiunque contesti la validità dell'atto istitutivo di trust e del trust per il suo tramite sorto, dei trasferimenti di beni che chiunque possa fare in favore del trustee ad incremento del fondo in trust, delle decisioni del trustee e/o del Protection Committee, cessa di essere beneficiario di qualunque potere del trustee ed è escluso da qualsiasi beneficio direttamente o indirettamente derivante dal fondo in trust".

Il *deed*, peraltro, contiene anche altre due clausole rilevanti: la prima, di esonero da responsabilità in favore del trustee, con esclusione, peraltro, delle responsabilità derivanti dall'imprescindibile nucleo di obbligazioni che sul trustee gravano in ogni trust (cl. 11); la seconda, di divieto per il trustee di agire in qualsiasi modo che sia contrario al diritto delle Isole Cayman, la cui legge è scelta come regolatrice del trust (cl. 19).

A seguito di una serie di ristrutturazioni societarie, nel 2005, la ricorrente, beneficiaria discrezionale di una quota del fondo in trust pari ad un terzo, agisce in giudizio sostenendo che il trustee si sarebbe comportato in modo irragionevole, non mantenendo l'uniformità delle posizioni dei beneficiari, in particolar modo pregiudicando i suoi interessi e quelli dei beneficiari remoti nel loro complesso. L'attrice, pertanto, chiede che il giudice dichiari la clausola 23 dell'atto istitutivo del trust invalida e che rimuova il trustee e il Protection Committee dalla loro posizione.

Due sono le questioni preliminari che il giudice deve affrontare: innanzi tutto, se la clausola 23 dell'atto istitutivo sia valida, in tutto o in parte; in secondo luogo, se ritenuta valida, la misura di un possibile intervento giurisdizionale a tutela degli interessi dell'attrice.

Preliminarmente il giudice dichiara la validità di una clausola c.d. di "esclusione dal beneficio" a condizione che sia a priori possibile individuare con precisione ed in modo distinto quali siano le condotte del beneficiario che ne possano determinare l'operatività.

Nel caso in questione, la prima parte della clausola 23, che fa riferimento alle azioni contro la validità dell'atto istituti-

vo del trust e i trasferimenti di beni al trustee, può essere sicuramente ritenuta valida in quanto rispetta la condizione posta dal giudice. Non altrettanto, invece, per quanto riguarda la contestazione delle decisioni del trustee. Si tratterebbe, pertanto, di una clausola che dovrebbe essere dichiarata nulla in quanto, se interpretata letteralmente e singolarmente, inficiata da incertezza, ripugnanza e contrarietà all'ordine pubblico. Tuttavia, nel *trust deed* sono contenute altre due clausole rilevanti: quella per la quale è fatta salva la responsabilità del trustee per la violazione delle obbligazioni fondamentali a lui facenti capo, e quella che riafferma il rispetto della legge regolatrice il trust. La clausola 23, pertanto, letta in combinato disposto con le altre, deve essere interpretata come una clausola che consenta ai beneficiari di prendere, a tutela della propria posizione, tutte le iniziative considerabili legittime, o comunque giustificabili perché adottate in buona fede, in maniera non frivola o vessatoria e supportate da una probabile *causa litigandi*.

La nullità della clausola, quindi, è sanabile nella misura in cui il beneficiario instauri procedimenti giustificati: diversamente egli decadrà dalla propria posizione.

Così ricostruita l'efficacia della clausola 23, resta da determinare quale spazio di intervento abbia il giudice.

In effetti, se la clausola 23 è da inten-

Note:

Riproduciamo il testo della sentenza da 9 ITEL 616.

La sentenza è commentata da D. Hayton, *supra*, 529.

La sentenza *Armitage v Nurse*, citata, è pubblicata *infra*, 608.

dersi come una condizione risolutiva con efficacia *ex tunc*, il beneficiario che agisca nei confronti del trustee perderebbe il proprio diritto sin dall'inizio, con conseguenze disastrose (si pensi all'ipotesi in cui il beneficiario abbia ricevuto redditi o anticipazioni di capitale: egli dovrebbe restituire tutto quanto ricevuto). In questo caso l'intervento del giudice a correzione degli effetti negativi della clausola si dovrebbe sostanziare in una riscrittura dell'atto istitutivo del trust, ciò che, peraltro, non rientra tra i poteri del giudice stesso.

Diversamente, se la clausola 23 fosse letta come una condizione risolutiva con efficacia *ex nunc* il beneficiario perderebbe i suoi diritti dal momento in cui propone l'azione e, in questo caso, il giudice potrebbe intervenire per contemporaneamente gli interessi delle parti in causa.

(E. B.)

Testo della Sentenza

1. In these proceedings the Plaintiff seeks declarations, among other relief, that Clauses 23 of the Deeds of Trusts known as the HIJ Trust and the KLM Trust, of which she is a primary discretionary beneficiary, are invalid.

2. Clause 23, referred to variously as a "no-contest" or forfeiture clause, appears in the following terms in both Deeds of Trust:

"Exclusion from Benefit

Whosoever contests the validity of this deed and the Trust created under it, of the provisions of any conveyance of property by any person or persons to the Trustee to form and be held as part of the Trust Fund and of the decisions of the Trustee and/or of the Protection Committee shall cease to be a Beneficiary of any of these Trusts and shall be excluded from any benefits direct or indirect deriving from the Trust Fund."

3. The Plaintiff also complains about certain decisions and actions of the Trustee and the Protection Committee and seeks further relief in that regard in these proceedings. Her complaints are explained more fully below as summarized from her draft Statement of Claim. There are now concerns however, that Clause 23 may be regarded as already having operated to exclude her from benefit under the Trusts, by dint of her contest taken in these very proceedings.

4. Directions were therefore sought by the Trustee and obtained from Henderson

J. that before the Plaintiff's action could effectively be progressed; the issue of the validity of Clause 23 should be tried as a preliminary issue. On 6th December 2005 Henderson J. ordered the following three questions to be tried as preliminary issues in these proceedings:

1.1 Whether Clause 23 of the HIJ Trust Deed is valid in whole or in part and, if in part, to what extent;

1.2 Whether Clause 23 of the KLM Trust Deed is valid in whole or in part and, if in part, to what extent;

1.3 If valid, whether the Court has jurisdiction to grant relief from forfeiture of the Plaintiff's interest under Clause 23.

5. These were the issues of law with which I became engaged over some four days of argument and I begin by recording my indebtedness to all counsel for their comprehensive arguments on the principles which inform this judgment.

6. In summary, the issues before me are to be answered for the purpose of informing the parties whether Clause 23 may be disregarded in whole or in part or whether it may be valid so as already to have operated to forfeit the Plaintiff's interests or may do so if she proceeds with her action; and whether the jurisdiction exists in the Court to relieve from forfeiture in the event of forfeiture.

(omissis)

The Operation of Clause 23

45. As already noted, Clause 23 is purportedly triggered when a beneficiary challenges the validity of the Trusts or transfers into the Trusts of trust property or the validity of decisions of the Trustee or Protection Committee. Thus there are three distinct limbs to the Clause -the first dealing with challenges to the validity of the trust, the second to the validity of transfers to it of its property; the third to the validity of decisions. For convenience, the Clause was generally referred to in the arguments as having two Limbs. It is better, however, for the purposes of analysis, that there are three and so I will refer to them as Limb 1, Limb 2 and Limb 3 as the context may require.

46. Different considerations arise depending on the nature of the challenge and the Limb to which it relates.

47. As a challenge under Limb 1 or 2 would contest the essential validity of the Trust itself or of the transfer of property

into the Trust, the basis of the settlor's concern to protect the Trust from such a challenge would be immediately apparent. And the draconian consequences of mounting such a challenge are also more readily understood: a beneficiary could hardly expect to be allowed at once to challenge the essential validity of the Trust or its property and yet be allowed to claim benefits under it.

48. When one contemplates a challenge under Limb 3 to a decision of the Trustee or of the Protection Committee a conundrum immediately arises as between the prohibitory and confiscatory terms of Clause 23 on the one hand, and those provisions of the Trust Settlements which clearly intend that the trusts of the Settlement shall be enforceable by the Beneficiaries. Clause 11 clearly embodies that intention.

49. For the Plaintiff, Mr. Martin argued that it is contradictory in terms that beneficiaries should be able to enforce the trusts of the Settlement while being unable at the same time to challenge the validity of the decisions of the Trustee or Protection Committee which affect the trusts. Such challenges which are more often mounted against the actions taken rather than against the decisions themselves, are usually the means by which beneficiaries might be expected to enforce a trust. And it is fundamental therefore, that they should be able to do so before the Courts.

50. Indeed, as Mr. Martin observed, it is fundamental to the existence of a trust that there will be beneficiaries to enforce it. As such, it would be repugnant to the very nature of a trust to prevent a beneficiary from doing so. The principle was concisely expressed by Millett LJ in *Armitage v Nurse* [1998] Ch 241 at 253:

"I accept the submissions made on behalf of Paula [(the plaintiff beneficiary)] that there is an irreducible core of obligations owed by the trustees to the beneficiaries and enforceable by them which is fundamental to the concept of a trust. If the beneficiaries have no rights enforceable against the trustees there are no trusts."

51. Limb 3 of Clause 23 gives rise to the further difficulty which appears from the generality of the use of the words "contests", and "decisions". On its face, "contests" could be taken to mean all contests, whether taken bona fide or not

and whether taken successfully or not. Similarly, all “decisions”, however ill-advised, ill-informed or unauthorised.

52. With such concerns in mind, the arguments for the Plaintiff were developed by Mr. Martin directed mainly to Clause 23 Limb 3 on three main grounds of objection:

- (i) uncertainty;
- (ii) repugnancy; and

(iii) ouster of the Court’s jurisdiction being contrary to public policy.

53. The arguments were developed however, within the framework of the common law which also recognizes that it is permissible for donors to provide for the forfeiture of an interest in a will and such provisions have, in the past, been upheld in many circumstances.

54. It is settled from the leading cases of *Cooke v Turner* (1846) 15 M & W 727 and *Evanturel v Evanturel* (1874) LR 6 PC 1 (both more fully considered below) that there is no general rule of law that precludes testators from including in their wills provisions which would prevent or discourage beneficiaries from going to Court to contest a will and to provide for the forfeiture of interests where such contests are unsuccessfully mounted. This is provided further, that the provision is not imposed merely *in terrorem* as an idle threat, but, instead, effects the termination of the forfeited interest by making a gift over of that interest to someone else: *Leong v Lim Bong Chye* [1955] A.C. 648, (cf. *In Re Hanlon* [1933] 1 Ch. 254 where there was a forfeiture without a gift over but it was held nonetheless to be effective because the doctrine of *in terrorem* is only applicable to conditions in restraint of marriage and disputing a will. There the condition was in restraint of the legatee daughter having relations with a particular man).

55. Some leading textbooks propose that, by analogy, the same principles applicable to conditions of limitation in wills should apply to prevent or discourage beneficiaries from litigating over *inter vivos* trusts, although the considerations are not identical, particularly where the beneficial interests are not vested but are purely discretionary. See for instance *Lewin on Trusts* 17th Ed. paras 5-03 to 5-17; *Underhill and Hayton: Law of Trusts and Trustees* 16th Ed. pp 216 -217 where the principles are applied interchangeably to wills and trusts; and *Glasson’s Interna-*

tional Trust Laws 2002 Ed. para Bl. 301 (citing *Cooke v Turner* and *Adams v Adams* [1892] 1 Ch. 389).

56. However, as Mrs. Warnock-Smith emphasized, the reported cases which bear directly on the validity of “no-contest” clauses have all arisen in the context of wills and save but one (*Adams v Adams* above) concern challenges to the validity of the will itself or to the gifts vested by it. The cases do not concern themselves with challenges to trustees’ decisions. Moreover, the cases have not yet come to deal with this subject in the context of a modern complex discretionary *inter vivos* trust which vests wide powers in trustees and protectors, including powers of exclusion from benefit. She advised that such clauses are fairly common in modern offshore settlements because of a natural desire in settlors to reduce, as far as possible, the opportunity for disaffected beneficiaries to embark on difficult and expensive litigation in relation to the arrangements they have so carefully put in place.

57. This is so she said, particularly where, as here, family operating companies are at the heart of the trust structure and where the desire and intention are to permit the Trustee and Protectors to manage and invest the trust shareholding in the Company as they see fit for the benefit of all the beneficiaries.

58. There are moreover, the provisions in the Deeds of Settlement which create the checks and balances already described above, such that it cannot truly be said that the trusts cannot be enforced if the beneficiaries are precluded from taking Court action. By the proper use of the democratic machinery of the Settlements beneficiaries should be able, at least in principle, to effect the reversal of policies and even the removal of trustees.

59. Finally in this regard, she also emphasised that the *in terrorem* doctrine can have no application in the context of these settlements so as to invalidate Clause 23. I can state immediately that this is accepted and no one argued otherwise. If the test is – by analogy with principles applicable to wills – the presence of a gift over on forfeiture; the provisions of Clause 3 of the Deeds which would substitute the Plaintiff’s children for herself as the primary beneficiary, have that effect.

60. While in the context of a modern discretionary trust like the present, a for-

feiture provision like Clause 23, would not operate to defeat what would typically be already vested entitlements to property as it would in the context of a will or will trust, its effect may be no less far-reaching or draconian.

61. Defeasible though they may be, the expectations of the beneficiaries in what can only properly be described as family settlements such as these, are no less real. And while the desire of a settlor will clearly be to protect and preserve the Trust assets for all beneficiaries present and future; where his primary beneficiaries are his own children, it is fairly to be assumed that conditions by which their interests are to be defeated must be equally strictly construed.

62. For such reasons I consider it appropriate to adhere to the relevant principles of construction which have been developed by the cases dealing with testamentary dispositions.

63. This is an approach which also recognises that the right to freedom of disposition of one’s property will be of no less importance to a settlor of a lifetime trust, than it would be to a testator leaving under a will.

64. Certain concerns in this regard about Cayman Islands public policy, raised both by Mrs. Warnock-Smith and Mr. Taube, are best addressed at this juncture.

65. To the extent that these Islands are regarded as a jurisdiction of choice for the domiciliation of trust settlements because, among other things, of the assurance of freedom of disposition of assets; that can in no wise detract from the importance of the Islands’ common law heritage. As the discussion of the cases reveals, part of that heritage are the principles which validate, but at the same time regulate, the operation of forfeiture clauses such as that being considered.

66. The Cayman Islands public policy in this regard is, in my view, clearly reflected in the provisions of the Trust Law (2001 Revision) Part VIII. There the statute prescribes a Special Trusts – Alternative Regime, which enables the creation of special trusts (with the acronym “STAR” Trusts) which are exempt from the operation of certain of the common law principles which would otherwise apply.

67. Some of the statutory provisions are worth noting in this context:

Section 97: Nothing in this Part affects an ordinary trust or power directly or by inference.

Section 98: The law relating to special trusts and powers is the same in every respect as the law relating to ordinary trusts and powers save as provided in this Part.

Then there are important exceptions to the law relating to ordinary trusts and powers:

Section 100(1): A beneficiary of a special trust does not, as such, have standing to enforce the trust, or an enforceable right against a trustee or an enforcer, or an enforceable right to the trust property.

Section 103(1): Subject to subsection (4), a special trust is not rendered void by uncertainty as to its objects or mode of execution.

68. And, of direct relevance to the argument here, Section 96 provides that a trust is subject to Part VIII of the Law and is described as “special”, if:

(a) it is created by or on the terms of a written instrument, testamentary or inter vivos; and

(b) the instrument contains a declaration to the effect that this Part is to apply.

69. Notwithstanding that at the time of the resettlement here of the HIJ Trust, the settlor would have been aware of the STAR trust regime, he did not opt for it. So too, would have been the position when the KLM Trust was settled.

70. That must be regarded as being contrary to any supposition that the settlors would have wished to avoid the imposition of the common law principles of construction upon of their freedom of disposition in their settlements.

Construction

71. The common law principles do show that a condition of defeasance or forfeiture such as Clause 23 is to be regarded, must be strictly construed. While they will be upheld if they comply with the strict rules of construction, such conditions are liable to be set aside by the Courts if they fall foul of any of the three principles relied upon as grounds for objection here.

Uncertainty

72. The general rule is that, in order to be valid, a condition of defeasance or forfeiture must be so framed that the persons affected, or the Court (if its guidance

is sought) can from the outset, know with certainty the exact event the happening of which will result in the defeasance or forfeiture of the beneficial interest.

73. This principle appears to have been settled at least as long ago as 1859 by the House of Lords in *Clavering v Ellison* (1859) 7 H.L.C. 707 by reference to still earlier pronouncements of the Courts in *Fillingham v Bromley Turn* and *Russ* 530 and *Jones v Suffolk* 1 Bro. Ch. C. 528.

(omissis)

82. It is clear that the strict approach taken to construction of the condition and the great emphasis laid upon the need for certainty, was aimed at avoiding the injustice that could otherwise result from the divestment of an entitlement to an interest that had already vested. A condition which, by virtue of its operation after the vesting of the interest so as to defeat that interest, was referred to by Lord Campbell as a “condition subsequent”.

83. By contrast, in general it seems a “condition precedent” would be one which stipulates the fulfilment of some condition as a prerequisite to the vesting of the interest. So that when for instance, a gift is contingent on an event, until that event does take place, there is no vested interest: *Williams on Wills* 8th Edition Chap. 34 page 244 and following.

84. As the test of certainty settled in is expressed as being applicable to conditions subsequent, the question was raised in the arguments whether that test could appropriately be applied to Clause 23. As Mrs. Warnock-Smith framed the issue: “it is difficult to see how the *Clavering v Ellison* test specifically applicable to the divesting of vested proprietary rights can be the right approach to an exclusion of a discretionary object (the Plaintiff here) from the consideration of the Trustee for benefit”.

85. She proposed that if an analogy is to be drawn, Clause 23 should be regarded as a condition precedent. This would be in the sense that on each and every occasion before a distribution from the Trust fund is to be made thus giving a clear vested right in property, a beneficiary must be able to claim entitlement as not having already been excluded from benefit.

86. Mrs. Warnock-Smith (with the

support of Mr. Taube on this point) further argued that while it would be open to the Court to find that even the strict uncertainty test would be satisfied by Clause 23, only ordinary rules of construction should be applied given the purely discretionary nature of the beneficial interests here. She was also careful to explain however, that this did not imply some weaker test than that in *Clavering v Ellison*.

87. My considered view, for reasons already at least partially explained, is that *Clavering v Ellison* presents the appropriate test. Though they are not vested proprietary interests and though also defeasible in certain other circumstances as we have seen; these are hugely valuable beneficial interests which also have ascribed to them a bundle of other rights intended to enable their enforcement. They may not be capriciously or unreasonably defeated by the exercise or operation of any power of exclusion under the Trusts. There is no compelling reason why any less strict an approach should be taken to the construction of the exclusionary provisions of Clause 23, than would be taken to the scrutiny of any other power which may operate or be exercised so as to defeat an existing entitlement to be considered for benefit.

88. So for instance, the fact that defeasance or divestment under Clause 23 may be triggered automatically by the conduct of a beneficiary herself, is no reason not to require certainty as to the circumstances under which that might occur.

89. The principles enunciated in *Clavering v Ellison*, have been approved and applied by the Privy Council in *Sifton v Sifton* [1938] AC 656. That was a case in which a life interest given to a daughter in the income of a testamentary estate, was subject to a condition which required the payments to the beneficiary to be made; only so long as “she shall continue to reside in Canada”.

90. That condition was held to be a condition subsequent to the vesting of her interest and, as it would work a forfeiture and did not meet the test laid down in *Clavering v Ellison*, was void for uncertainty.

91. The question arose in circumstances where the daughter wished to be abroad for the purposes of travel and study for extended periods it seems of up to 11 months each year for a number of

Giurisprudenza

successive years, but with no intention permanently to reside anywhere but in Canada.

92. Dicta from the case show its importance to the present issues before me.

93. At p. 670, after citing in full Lord Cranworth's dictum from his judgment in *Clavering v Ellison*, Lord Romer, stated:

"Much to the same effect has been said in latter cases, of which it will be sufficient to mention three. In *In re Sandbrook, Noel v Sandbrook* [1912] 2 Ch. 471, 477 Parker J stated the principle in these words:

'Conditions subsequent, in order to defeat vested estates or cause a forfeiture, must be such that from the moment of their creation the Court can say with reasonable certainty in what event the forfeiture will occur.'

In *Re Viscount Exmouth, Viscount Exmouth v Praed* [(1883)] 23 U.D. 158, 164 Fry J used the following language: '[...] the condition must be clear and certain. That, in my opinion, includes not only certainty of expression in the creation of the limitation, but also certainty in its operation. It must be such a limitation that, at any given moment of time, it is ascertainable whether the limitation has or has not taken effect.'

These words of Fry J. were considered by Russell J in *In re Lanyon, Lanyon v Lanyon* [(1927)] 2 Ch. 264. He said (at page 269):

'They do not, I think, mean that the person affected must be in a position at all times to know whether he is committing a breach of a provision the nature of which is clearly expressed.'

Their Lordships respectfully agree. If the provision be clearly expressed, it is the fault or the misfortune of the person affected if he should fail to know whether he is committing a breach of it. But this is implied in the language used by Fry J. He said it must be "ascertainable" whether the provision has taken effect or not; not that it must be ascertained in fact by the person affected or even ascertainable by him without difficulty."

94. Looked at from the point of view of a Limb 1 or Limb 2 challenge here; that is: someone seeking to contest "the validity of this deed and the Trust created under it, of the provisions of any conveyance of property by any person or persons to the Trustees to form and be held as part of the Trust Fund" – there is no ar-

gument developed that Clause 23 should be deemed void for uncertainty. Those words are plain enough to convey what it is that should not be contested in any way. Taken with the exclusionary words, they also plainly tell what the consequences would be.

95. And, as to what the word "contests" itself should mean either for the purposes of Limb 1, Limb 2 or Limb 3, I hardly see any basis for doubt.

96. A similar question arose in *Evanturel v Evanturel* (1874) L.R. 6 PC 1 where a testatrix had sought to prohibit challenges by her legatee daughters to the will by use of the words "takes any steps whatever (whether directly or indirectly) to contest my present will."

97. The Privy Council (per Sir James Colvile) made short work of the arguments that those words were void for uncertainty, in terms sufficiently wide to be of application here:

"The terms, though general, seem to their Lordships to point to a contestation of the testament in a Court of Law, and to be made so general in order to embrace every form of legal proceeding wherein or whereby such contestation might take place. There is therefore no uncertainty in the Clause as might prevent its application."

98. As already noted, the argument for uncertainty here relates to Limb 3 of Clause 23 – that the phrase "the validity... of the decisions of the Trustees and/or of the Protection Committee" is too vague to enable a beneficiary (or the Court) to know from the outset just what decision(s), if contested, would result in forfeiture under Clause 23.

99. Having regard to the further pronouncements in *Evanturel v Evanturel* and other cases to be considered below under the headings of "repugnancy" and "public policy", and having regard to the concessions which emerged during the arguments, it must be noted here that if the phrase "the decisions of the Trustees and/or of the Protection Committee" were to be read as meaning any such decision whether taken in good faith or not, or whether taken within the powers vested in the office or not; then Limb 3 would be invalid. The reasons for this will be explained below.

100. Nonetheless, the difficulties specifically over uncertainty with the phrases must be recognised as they were,

in my view, properly identified by Mr. Martin: It must typically be unclear what is meant by "validity" when applied to a "decision" in the context of these complex arrangements.

101. These being discretionary Trusts, the fact that the Trustee would have decided to exercise its discretion one way or the other will typically, if not invariably, only be manifest from the actions taken as the result. The Trustee is not required to give prior notice of its agenda, nor reasons for its decisions: See *In Re Londonderry's Settlement, Peat and Others v Walsh* [1965] 1 Ch. 918(*). It would therefore be to the actions of the Trustee taken after decisions have been reached, that a contest would likely be directed. Indeed, that is ultimately the nature of the challenge raised by the Plaintiff by her institution of this suit – directed largely at the alienation of the HIJ Trust shares in the Company to F.S. While it implies also a challenge to the decision on which that action was based, it is, strictly speaking, against the alienation that her writ complains.

102. Would the settlors have wished and intended that any contest whatsoever, in whatever circumstances by one of their beneficiaries to the validity of any deliberate action of the Trustee, should result in automatic and immediate forfeiture of benefit?

103. Should Limb 3 work a forfeiture in such circumstances, on the basis that the challenge is one nonetheless to the validity of a decision, because without decisions there are no actions?

104. To the extent that the wording does not provide an immediate and clear answer to such questions, it may, in my view, be regarded as uncertain. Seen in that light, I understood Mr. Taube to have conceded as much.

105. The failings of the wording become even more apparent when considered in respect of what is meant by a contest to the validity of the decisions of the Protection Committee in the context of these Settlements. The Protection Committee in its primary everyday role does not exercise discretions or powers. Its function is primarily to give advice or to give or withhold consent. In the course of

Nota:

(*) In questa Rivista, 2006, 443 [n.d.r.].

giving or withholding consent, the Protection Committee may take decisions; but as with the Trustee's decisions, those will not be the subject of a contest on their own, divorced from the actual consent or withholding of consent.

106. These are not merely theoretical problems. Practical uncertainty may well arise when a decision has been taken and the Trustee has yet to embark on the course of conduct.

107. In such circumstances the decision having already been taken, it may be unclear whether a challenge which is intended to prevent the exercise of the discretion or power – say, as being unauthorised – is caught by Clause 23 Limb 3.

108. Indeed, the present proceedings were initiated by way of injunction with a view, it is said, to have restrained the Trustee before it exercised its powers. And, in practical terms, such injunctive proceedings are less likely to disrupt the proper administration of the business of the Trust, because as an experienced draftsman advising the settlor would have known, such proceedings usually end up, if not preventing a course of action because it would be in breach of trust, then simply giving directions as to how best the course of action might be taken.

109. The foregoing is not to be taken as concluding that there could not be a contest going, strictly speaking, to the validity of a Trustee's decision itself. Consider for instance, a challenge to a decision on the basis that the decision was taken for an improper purpose or a decision taken without proper information or advice resulting in a breach of trust: *A v Rothschild Trust* 2004-095 CILR 485 applying the principle from *In Re Hastings Bass Dec'd* [1975] Ch. 25, as more recently explained in *Sieff v Fox* [2005] 1 W.L.R. 1312.

110. But such examples only give more currency to the question whether those are the sorts of challenges to the validity of decisions contemplated by Clause 23 Limb 3.

111. In support of her submissions that the word "decision" gives rise to no uncertainty, Mrs. Warnock-Smith observed that the only decisions the Trustee and Protection Committee can make are those in conformity with their powers and discretions under the Trust instrument; and that Limb 3 is therefore directed to those powers and discretions. A challenge

against any decision would be a challenge to the exercise of those powers or discretions and would therefore be caught.

112. This, however, immediately begs the question whether a challenge to the validity of a decision would imply that the decision may not have been taken in conformity and, therefore, whether such a challenge is meant to trigger the forfeiture. Construed literally, Limb 3 would be too uncertain to be enforced.

Repugnancy and Ouster

113. As to repugnancy, *Williams on Wills* Volume 1 8th Edition 2002 page 347 states the principle thus: "A repugnant condition is one which attempts to make the enjoyment of a vested gift contrary to the principles of law affecting the gift" citing *Saunders v Vautier* [1841] Cr & Ph 240(*). Conditions which are repugnant to the estate to which they are annexed, are absolutely void: *Williams on Wills* 8th Edition Vol. 1 2002 p. 347, citing *Re Dugdale* [1888] 38 Ch. D. 176.

114. Specifically in the context of this complex lifetime settlement, plainly there are no "vested gifts" to which it might be said Clause 23 is repugnant. Rather it is said that as it is fundamental to the existence of the Trust that there are beneficiaries who can enforce it (see *Armitage v Nurse* above), it is therefore repugnant to the very nature of the trust to prevent a beneficiary from doing so.

115. If Clause 23 Limb 3 on its literal construction would prevent a beneficiary from challenging the validity of any decision of the Trustee it ought, therefore, to be held to be void for repugnancy.

116. Whether the forfeiture occurs as soon as the challenge is made or only when it is pressed further through proceedings or even to trial, does not matter. By forfeiting the beneficiary's interest and doing so automatically, Clause 23 Limb 3 renders the trusts incapable of being enforced by anyone.

117. Further, it was submitted that as it is an essential attribute of property that there is the right to go to Court to vindicate and protect the property, that right cannot be ousted directly or indirectly. In this regard, said Mr. Martin, it does not matter whether Clause 23 would operate only as a deterrence construed as applying only where the challenge is unsuccessful (as proposed by Mr. Taube) or as an outright prohibition. It would be uncon-

scionable for a beneficiary, who on good grounds seeks to challenge a decision of the Trustee, to have to assume the risk of the forfeiture of her interest in order to be able to do so.

118. Thus, the objections based on the ground of ouster and that of repugnancy are objections which essentially overlap in nature: the notion further, that whatever private rights of disposition a donor might have, it is fundamentally wrong or repugnant such that the public conscience should be offended, if the conditions of his deposition should operate in the draconian manner proposed by barring a beneficiary from seeking vindication before the Courts. In other words, such a provision must be void for being repugnant to the trusts of the Settlement or for being against the policy and liberty of the law.

119. Notwithstanding the cautionary words of Lord Simon from *Blathwayt v Lord Cawley* p761 A.C. 397 (at 427) that it is not for the Courts "to embark on an independent and unfettered appraisal of what they think is required by public policy on any issue"; the decided cases do reveal a line of policy, though not always consistently developed.

120. So much so, that as indicated above, there came about a time in the arguments when it was accepted both by Mrs. Warnock-Smith and Mr. Taube, that Clause 23, at any rate in Limb 3, could not validly be construed as a complete prohibition of access to the Courts.

121. The proposition was put by Mr. Taube in this way drawing upon the actual decisions in some of the leading cases which must be considered: "The short answer to the plaintiff's argument is as follows. On its true construction Clause 23 does not deprive a Beneficiary of the right to sue in the Court. On any view, Clause 23 has no application to a claim by a Beneficiary to sue the Trustee in respect of the trustee's fraud or bad faith. Further, if the Beneficiary's claim on any other ground is successful (alternatively, brought bona fide and probablis causa litigandi), Clause 23 will not apply."

(omissis)

Nota:

(*) In questa Rivista, 2004, 294 [n.d.r.].

Giurisprudenza

128. Those statements were relied upon by Mr. Taube for the proposition that an ouster clause will not be held to be invalid unless it attempts entirely to deprive the parties of all right to bring an action in the Courts to enforce their rights. The exercise of construction must proceed on the basis that questions of law must remain questions ultimately for the Courts.

129. That is a proposition which is acceptable so far as it goes and it must be immediately noted, as clearly appears from the last sentence of the quoted passage, that Lord Denning MR was not dealing with a situation where a complete prohibition against litigation before the Courts was contemplated by the settlement (albeit suggesting only a vicarious access for beneficiaries through their trustees). Much less a situation where litigation would result in the immediate forfeiture of an interest.

130. An examination of other cases dealing directly with public policy objections to forfeiture clauses is, therefore, necessary.

131. The recognised starting point is *Cooke v Turner* [1846] 15 M & W 727.

132. There the question for the Court of Appeal was whether a certain condition, in a will devising real estate including a life interest to the testator's daughter, was valid. The challenge was brought in the face of the condition which stipulated that if the daughter or her husband or anyone on their behalf were to dispute the will or the testator's competency to make it or should refuse when required by the executors to confirm it, the disposition in her favour shall be revoked.

133. The condition construed both as a condition precedent (referencing her refusal to confirm the will) and subsequent (referencing her challenge after the will was deemed effective), was held to be valid. The result was that the daughter forfeited her bequests.

134. Notwithstanding that the testator had in 1826, some 15 years before he made his will in 1841, been duly adjudged to be a lunatic, the Court found no public policy basis for an objection to the condition in the will. In his judgment given on behalf of the Court, Baron Rolfe said [at paragraph 734-736]:

"The ground on which the argument against the (condition) was made to rest was, that every heir at law ought to be left at liberty to contest the validity of his an-

cestor's will, and that any restraint artificially introduced might tend to set up the wills of insane person, and would, in the language of (Shepard's) Touchstone be "against the liberty of the law". We cannot, however, adopt this reasoning. There appears no more reason why a person may not be restrained by a condition from disputing sanity, than from disputing any other doubtful question of fact or law, on which the title of a devisee or grantee may depend.

[...]

The truth is that in none of [(the cases considered)] is there any policy of the law on the one side or the other. The conditions said to be void, as trenching on the liberty of the law, are those which restrain a party from doing some act which it is supposed the state has or may have an interest to have done. The state from obvious causes, is interested that its subjects should marry; and therefore it will not in general allow parties, by contract or by condition to a will, to make the continuance of an estate depend on the owner not doing that which it is or may be the interest of the state that he should do. So, the state is interested in having its subjects embarked in trade or agriculture, and therefore will not allow a condition defeating an estate, in case its owner should engage in commerce or should plough his arable land, or the like. The principle on which such conditions are void, is analogous to that on which conditions defeating an estate, unless the owner commits a crime, are void. In the latter case, the condition has a tendency to the violation of a positive duty; in the former, to prevent the performance of what partakes of the character of a duty of imperfect obligation. But in the case of a condition such as that before us, the state has no interest whatever apart from the interest of the parties themselves. There is no duty on the part of an heir, whether of perfect or imperfect obligation, to contest his ancestor's sanity. It matters not to the state whether the land is enjoyed by the heir or the devisee; and we conceive, therefore, that the law leaves the parties to make just what contracts and what arrangements they may think expedient as to the raising questions of law or fact among one another, the sole result of which is to give the enjoyment of property to one claimant rather than another."

135. While that trenchant discourse

upon the limitations of public policy intervention in private arrangements for the disposition of property appears to have stood the test of time, it does, with respect, beg the question whether the law should intervene where there is doubtful capacity to make such arrangements.

136. With the passage of time and from the perspective of a changed social context in which there is no longer legislative indifference to the disinheritation of dependents, one wonders whether *Cooke v Turner* would be decided differently today involving as it did, the possible suggestion of insanity and thus, implicitly, fraud avoiding the will.

137. And although the case was subsequently approved by the Privy Council in *Evanturel v Evanturel* (above); it is quite clear, from the result there, that its impact has been significantly mollified. While, in approval of *Cooke v Turner*, it was held that a no-contest clause by which a testator sought to protect his estate and representatives against attempts to litigate his will would not be contrary to public policy, and would be valid; the Privy Council also declared that this would not apply to cases where the challenge was successful.

138. That result was achieved by the introduction of the principle that "such a condition (of forfeiture) can only, in practice, be applied where a will has been unsuccessfully contested, and would, therefore, be ineffective to protect an illegal disposition, or to render operative an invalid testament."

139. The outcome in *Evanturel* is readily reconcilable with the circumstances of that case. There a daughter of the testatrix, in the face of a no contest provision, by protracted litigation unsuccessfully challenged the validity of the will itself on grounds of lack of execution and as having been obtained by fraud and captation and undue influence of her brother, the appellant, upon their mother. Moreover, to the extent that she had been allowed to recant her challenge before the final judgment was given, the daughter had not done so.

140. She was held to have forfeited because her challenge had been unsuccessful; although no such qualification had been written upon the forfeiture clause itself (see appendix hereto).

141. At page 26 the question was posed and the answer was given in the

following terms on behalf of the Judicial Committee by Sir James Colville:

"[...] the question is, therefore, reduced to this viz; is this Clause contrary to public order, because it is designed to prevent the doing of that which it is against the public order to discourage[...]"

And (their Lordships) must deal with the proposition laid down by [(counsel for the daughter)] and indeed involved in the judgment of Mr. Justice Taschereau [(in the Supreme Court for the Province of Quebec)] viz: that every condition which implies the prohibition to dispute a will as a whole, as distinguished from a particular Clause in it, upon any grounds which affect the legal validity of the instrument as a testamentary disposition, seems against public order, and must be treated as "non-écrite" [(invalid)][...] For, if society has an interest in securing the trial of the question whether all legal formalities have been observed in the execution of a will, it seems to have an equal interest in the trial of the question whether a will has been obtained by fraud, or the exercise of undue influence from a person of imperfect capacity.

The question may be considered on principle and on authority. Upon principle, it is to be observed that the prohibition cannot be absolute, and can only be invoked where the validity of a will has been unsuccessfully contested. If there is a clear and patent defect in the formalities attending the execution of the instrument, or if the incapacity of the alleged testator be clear and notorious, the heirs or other parties interested will, of course, contest the will, and contesting it successfully, will set it aside with the Clause of forfeiture. On the other hand, it is no easy to see why a testator may not protect his estate and representatives against unsuccessful attempts to litigate his will, but saying to a legatee, "I, being master of my own bounty, and free to give or to withhold, give you this legacy subject to the condition that you do not dispute the general disposition of my estate. You may contest the validity of my will if you please; but you do so at the peril of losing, if it is established, what it gives you."

142. So, I think it is fair to discern from *Evanturel*, at least implicitly, the recognition and acceptance of a public policy interest in ensuring that persons who may be interested in taking under an

estate, should not be barred from raising before the courts a challenge to the will which turns out to be successful, notwithstanding the existence of a no-contest clause to the contrary. This view of the ratio of the case is, I think, supported by the fact that the Privy Council took into consideration Articles 76 and 81 also of the Civil Code which identify such public policy concerns (see appendix).

(omissis)

175. From the foregoing survey of the case law, I consider that it is safe to summarise the principles which guide my decision here as follows:

(1) To be valid, Clause 23, subject to the severability of any invalid Limb, must be certain within the meaning settled in *Clavering v Ellison*.

(2) In the case of a challenge to the essential validity of the Trust itself (a Limb 1 contest) there is no general public policy reason why a no-contest provision should not be valid (see *Cooke v Turner*, and *Evanturel v Evanturel*).

Such a challenge, if successful, would likely serve to set aside the Trust as invalid and with it, the provisions of the no-contest Clause itself.

If the challenge is unsuccessful and without any good cause, there appears no public policy reason why the Clause should not operate to exclude the contender from benefit and, subject to any discretion of a Court if it exists (a matter to be considered below) to give relief from forfeiture, he will be excluded.

However, even in a case of a challenge to essential validity (Limb 1 or Limb 2) as in any other case of challenge, including as to the validity of decisions or actions of a trustee (Limb 3); a no-contest clause cannot be validly construed so as entirely to shut out challenges which are based on probable cause or good faith or which are not taken merely frivolously and vexatiously or without good reason (*Adams v Adams*; *In Re Wynn*; *In re Williams*; *In Re Raven*: all above).

Where the challenge is to a particular transfer of property or disposition – a Limb 2 contest – see for example *Powell v Morgan* (above), the challenge, even if successful, will leave the no-contest clause in tact with the rest of the settlement. On the authority of that case, such a challenge is deemed not to work a for-

feiture. Equally, the obverse would be true – there would be no reason why the forfeiture clause should not be valid and effective where such a contest was brought without good or probable cause and failed.

From the survey of the decided cases, each case must depend on its own circumstances for an assessment; to ascertain whether there has been or is an extant challenge and, if so, whether such good faith or probable cause or good reason can be found.

In light of all the cases, it cannot be concluded that the only qualification upon the operation of a no-contest or forfeiture clause must be "success" as discussed in *Evanturel*.

(3) Nor would it matter, for these purposes, whether the trusts themselves contain, as here, internal machinery for controlling a defaulting trustee. Even if the control mechanism is vested in a majority of beneficiaries so that an aggrieved beneficiary can, by the democratic process, obtain the removal and replacement of a trustee or the protection committee; that can be no justification for a complete prohibition against access to the Courts. Such a complete prohibition would be repugnant to the Trusts themselves, to the beneficial interests of the beneficiaries and to their right to seek vindication of their positions before the Court in an appropriate case where such vindication may be necessary (*In Re Raven*; *In Re Wynn*; *Armitage v Nurse*).

It would also be contrary to public policy entirely to preclude them from having such access (*In Re Wynn*; *In Re Raven*; *Massy v Rogers*; *Evanturel v Evanturel*; *In Re Tuck*).

(4) The foregoing conclusions are, in my view, only reinforced, in the context of the present Deeds, by the provisions of Clause 11 in particular (reflecting the principles identified in *Armitage v Nurse* (above)), that the trustees will not be exonerated from claims against them, relating to their irreducible core of obligations, and arising from their own intentional fault or wilful misconduct. It would be repugnant to the trusts and to the public conscience in such circumstances to hold that the beneficiaries might not be able to enforce the trusts by appropriate action before the Courts.

176. These conclusions do not arise only as a matter of construction of the in-

Giurisprudenza

tentions of the settlor. Taking the leading case of *Evanturel* as expressing an axiomatic statement of principle (no doubt influenced also by the mandate of Articles 760 and 831 of the Civil Code which applied in Quebec, considered at pp 23-24 of the judgment of the Privy Council – see Appendix) there is then support for this proposition. Their Lordships did say (as more fully set out at p. 46 above here-of):

“Upon principle, it is not to be absolute, and can be invoked only where the validity of a will has been unsuccessfully contested.” (Emphasis supplied.)

177. That proposition of principle, though differently stated, was, it seems to me, equally axiomatically identified in the other cases which exempt bona fide challenges brought on grounds which could be justified, even if such challenges fell short of success.

178. Thus viewed, in the context of the present Trusts, the principle is not one to be derived merely from a construction of Clause 23 itself seeking to find the intention of the settlors. The principle is one derived from the corpus of the common law as it has developed. Law with which those advising the settlor, on the resettlement of the XYZ Continuation Trust (as it was then known) to the Cayman Islands; would have been well acquainted.

179. Indeed, as Mrs. Warnock-Smith and Mr. Taube observed from time to time during the arguments *Evanturel v Evanturel*, a Privy Council case from Canada, would have been well known to the original draftsman of this Settlement which started life in New Brunswick and which, from the outset, included Clause 23 but then in its original form as Clause 12 of the XYZ Settlement.

180. What then is to be made of Clause 23, which contains no such qualifying words as “success”, “bona fide”, or “justified”?

181. The answer must be that the Clause must be construed in accordance with all the terms of the Deed in the light of the settled common law principles which have been identified.

182. It is plain enough that Clause 23 was not intended to be construed as flying in the face of the established principles. Rather, Clause 19 of the Deed makes it plain that the contrary would have been the intention in as much as it provides

that, if possible, any offending provision shall be construed in accordance with the laws of the Cayman Islands.

183. Further, I am reminded of the maxim; *verba ita sunt intelligenda ut res magis valeat quam pereat*: where two constructions of an instrument are equally plausible, upon one of which the instrument is valid, and upon the other of which it is invalid, the Court should lean towards that construction which validates the instrument. See *Langston v Langston* [1834] 2 Cl & Fin 194 cited in *The Interpretation of Contracts*, by Lewison, Sweet & Maxwell, 2004; pp231-232.

184. I am satisfied that construed as intended to conform with the decided cases, Clause 23 can be validated so as to eliminate any concerns about uncertainty, repugnancy or ouster of the jurisdiction of the Courts.

Conclusion

185. Clause 23, if construed literally according to its terms and taken by itself, would be void for uncertainty and repugnancy and for being contrary to public policy.

186. However, in light of Clause 19 of the Deed, Clause 23 is not to be construed as intended to operate contrary to the established principles.

187. Viewed in this way, and making the best I can of the import of the decided cases, Clause 23 must be read by implication as allowing not only such contests which are successful; but also contests which are “justifiable”, in the sense of being taken *bona fide*, not frivolously or vexatiously and with *probabilis causa litigandi*.

188. Thus construed, Clause 23 would read:

“Whosoever *unjustifiably* contests the validity of this deed and the Trust created under it, of the provisions of any conveyance of property by any person or persons to the Trustee etc...”

189. That construction saves all Limbs. It lays to rest, in my view, any concerns over uncertainty, the Clause then plainly speaking, in the context either of Limbs 1, 2 or 3, to any unjustifiable contest; it then being irrelevant whether such a contest is to the validity of the Trust, its property or to any decision or related action of the Trustee or Protection Committee. With that implication, it would be, in my view, an overly sophisticated position to take, that an unjustifiable

challenge (if that be the case) to an action, is not the same thing as an unjustifiable challenge to the related underlying decision.

190. I am cognisant that the plaintiff as represented by Mr. Martin in particular, would not find this process of implication to be entirely satisfactory. Such a gloss placed upon Limb 3 Clause 23 would also introduce its own further uncertainties, he advised.

191. One may no doubt again ask what does “lack of bona fides”, or as I have found, “unjustifiable” mean in the context of describing a challenge to the validity of a decision or action of the Trustee. In the end he suggested the only acceptable qualification would be “not frivolously or vexatiously”. But in my view, that too would have to depend on the circumstances of the case and is not as effective as the concept of justification to capture the nuances of the other expressions which have been used.

192. Regrettably perhaps, from the Plaintiff’s point of view, it all remains a matter that this Court, before which the contest has been raised, may yet have to decide; given the particular circumstances of this case.

193. The decided cases show that over the years, contestants to wills and will trusts, who did mount their contests, often did so, as has the plaintiff here, with “their eyes wide open” to the presence of the no-contest clauses. In so doing, the risk that the clauses might have been upheld would have been measured, no doubt also with advice, but nonetheless assumed.

194. In this respect – as in the other respects with which I have had to deal in this ruling – beneficiaries taking under a complex inter vivos settlement such as this can, in principle, be no differently placed than beneficiaries under a will or will trust. The difference, if there is one, is only a matter of degrees – the risks, as indeed the operation of the principles, may be more difficult to assess in the present context. This will be because of the wide discretionary powers given to the Trustee, the complexity of the underlying provisions of the Settlement and the complexity of the nature of its business interests and operations. In a context such as this, a challenge to the decisions or actions of the Trustee where the reasons may not yet be disclosed, and in the

face of a forfeiture clause, will be an inherently risky step to take.

Relief from Forfeiture

195. As this Court might yet be called upon to determine whether the Plaintiff's contest has been or has become such as to trigger the operation of Clause 23 (as read with the implied term of justification), the question whether there would be jurisdiction to grant her relief from forfeiture, is not merely academic.

196. That question of jurisdiction is, however, all that remains for me to answer here; any further question as to whether if it exists, it should be exercised, being left for determination at a later stage.

197. Counsel in this matter accepted in varying degrees, that there are grounds for thinking that the Court has jurisdiction to grant relief from forfeiture in a case like the present and in appropriate circumstances.

198. Mrs. Warnock-Smith's tentativeness in this regard was explained as again being related to the fact that no complete parallel is to be drawn between the operation of a condition of defeasance here as in a will or will trusts. Here there are no vested proprietary interests in respect of which relief from forfeiture might be sought or given. Thus, that the cases in which the principles were developed, all related in one way or another to actual proprietary interests which could be defeated or divested.

199. For reasons already discussed and further to be developed below in this context, I am persuaded that such concerns – properly raised though they may have been – do not impede jurisdiction. Put as succinctly as I can, jurisdiction must exist to grant relief in respect of the very same beneficial interests, however described, as Clause 23 might operate to defeat or divest. The jurisdiction which is equitable in nature, derives from the principle that equity acts on the conscience of the parties; and is not to be excluded by virtue simply of the formal context in which the parties may act. By their very nature the Settlements are not merely contractual but equitable also.

200. In this case the beneficial interests are substantial. As already noted, they comprise the entitlement to be considered for the distribution of income; the bundle of inchoate rights which benefici-

aries must have in order that there may be a trust and in order to enforce the trust; (some of which are in fact spelt out in the Deeds) and the contingent right to the respective shares of the capital at the end of the Trust period.

201. For his part Mr. Taube, while accepting that the jurisdiction may well exist here as it does in relation to wills, laid emphasis instead on the cases which suggest that the jurisdiction may not be exercised to grant relief where the forfeiture occurred as the result of the applicant's own wilful default. And that is how he sought to describe the plaintiff's conduct here, in raising her challenge against the decisions or actions of the Trustee and Protection Committee; from his clients' point of view, without justifiable cause.

202. Mr. Martin, as was to be expected, put the proposition in favour of jurisdiction more strongly. This was to the effect that the limitations upon the exercise of the jurisdiction recognised in the cases, are not intended to apply to a case like the present, which should be regarded as involving the operation of a condition subsequent; but only to cases involving conditions precedent.

203. The reason, as I understand it, is that if relief is given to the operation of a condition precedent, the result of the Court's order will be to vest property in the applicant without the applicant having fulfilled the condition strictly in keeping with its terms and at once depriving the person, intended to take by the gift over, and which would have taken effect, had the relief not been given.

204. Such a proposition would involve a fundamental rewriting of the will or trust; in effect, the Court substituting its views for the intentions of the settlor. That is what is regarded as contrary to principle.

205. That result, the argument goes, would be avoided here, with Clause 23 regarded as a condition subsequent; ie: as potentially working a forfeiture upon beneficial entitlements – however discretionary – which are already settled.

206. In that event, the concerns identified by the Courts over the years in the case law would bear different emphasis; the refusal of relief would result in the divestment of an already existing entitlement and so there has developed no limitation, in principle, on the grant of relief in such cases.

207. While it must be noted that no definitive answer to the issues raised is readily to be found in the case law; *Williams on Wills* (op cit.) page 363 para 34.25, provides a concise statement of the principles which have incrementally emerged:

“A Court grants relief against a condition precedent or against forfeiture under a condition subsequent on the usual equitable grounds of such relief, eg: where performance [(of the condition)] has been prevented by the contrivance of the executors ([*Brooke v Gerrard* [1857] 2 De G & J 62]) or of other persons interested such as the beneficiary under a gift over [(*D'Aguiar v Drinkwater* [1812] 19 Ves 1 at 17)] or where the condition is in the nature of a penalty. The court also grants relief in the case of conditions relating to the payment of legacies or other sums [(*Paitze v Hyde* (1841) 4 Beav 468)] or the release of claims [(*Hayward v Angell* (1683) 1 Vern 222; *Hollingrake v Lister* (1826) 1 Russ 500)]; where performance has not been made within the time required by the testator, and generally where time is not of the essence of the condition and it is capable of being adequately performed at any time [(*Perpetual Trustee Co Ltd v Waddell* (1949) 49 SRN-SW 266)]; on compensation being made for the delay [(by the payment of interest from the time when the payment should have been made: *Grimston v Lord Bruce* (1707) 1 Salk 156)].

The court, however, does not give relief in such cases where there is a gift over to any other person other than the person who would take by operation of law [(*Simpson v Vickers* (1807) 14 Ves 341)].

Except in such cases, the Court cannot give relief [(Thus there is no relief against forfeiture under a condition for marriage with consent: *Dashwood v Lord Bulkeley* (1804) 10 Ves 230 at 239; *Clarke v Parker* (1812) 19 Ves 1; nor where the condition forbids the legatee to become a nun: *Re Dickson's Trust, ex p Dickson* (1850) 1 Sim N.S. 37)].

208. There is some support from the cases cited for both of the propositions advanced by Mr. Martin and Mr. Taube.

209. While the cases tend to show that the limitation on the grant of relief arises from circumstances involving the non-compliance with conditions precedent, the same cases often also reveal that there was wilful default, in varying de-

Giurisprudenza

grees, on the part of the legatee seeking relief. *Simpson v Vickers* (above) is a clear example. There the plaintiff, who was the testatrix' brother and heir-at-law and entitled to her residuary estate, was given a legacy by his sister; on condition that he released by deed all other claims against her estate, including any claims in respect of a legacy left to him under the will of their elder brother of which she had been the executrix. Failing this, he would forfeit her bequest with a gift over to someone else. Rather than giving the release within the required period of six months, he contested her will. It was held that not having complied by reason of his own default, with what was a condition precedent to the entitlement of the legacy; the gift to him never took effect but went over according to the will and there was no basis for relieving him from the terms of the will.

210. The following passages from the judgment of the Master of Rolls Sir William Grant are instructive:

"But it is said (for the plaintiff), this Court relieves against forfeiture and breaches of condition.

To that it was answered by the Defendants, that this is not a mere breach of condition, but a conditional limitation over in a given event; and, where there is a devise over to any other than that person, who would by disposition of Law take the estate, the Court never relieves; and for that distinction the case of *Cage v Russel* (2 Vent. 352) was referred to. That this is a conditional limitation, and not a mere condition, is clear from the case of *Avelyn v Ward* (1 Ves [Sen] 420).

The question there was not of the same kind but the clause in the will was precisely the same, as this: a limitation to the heir-at-law upon condition of giving a release within a certain period, and that was held a conditional limitation, not a strict condition. If this is a conditional limitation, it seems to follow, that, the event having taken place, the Court cannot possibly relieve".

211. The argument that that strict approach evolved primarily but not exclusively in respect of conditions precedent, is borne out by other cases.

212. In *Hayward v Angel* (above) the legatee who did not fulfil the condition precedent of releasing certain portions of the devised estate to others, forfeited

even while her sisters who took under the same will did not.

213. In *Falkland v Bertie* (above) the ratio is expressed in short unequivocal terms: "This is a condition precedent, and equity cannot relive against non-performance".

214. The result was the same in cases where relief was sought from conditions precedent in partial restraint of marriage. In *Clarke v Parker* and in *Dashwood v Lord Bulkeley* (both above) the legacies were given on condition that if the legatees were to marry without the consent of the executors (or trustees) the gift would be forfeited outright (in the case of Sarah Clarke) or a smaller legacy given (in *Dashwood*) with gifts over to others.

215. It was a further condition of the gift to Sarah Clarke that she should execute such further settlement of a portion of the devised properties as the trustees required for the benefit of others.

216. The judgments were delivered in both cases by Lord Eldon LC, who became known for the rigidity of his strict application of the legality of wills and contracts during the early 19th century: First from *Clarke v Parker* (at paras 23-24):

"The view I take of this case, which is perhaps as hard as circumstances can frame is this: In case Sarah Creswick Clarke should marry without consent, or refuse to execute such settlement as the trustees should advise the property is given over.

It is extremely difficult for the Court to say, that the property shall not go over in these circumstances, according to the terms of the instrument, in which it is given over. The settlement proposal was not only represented to her by two of the trustees as having the consent of the third, who she and her intended husband happened not to consult, but the two other trustees say by their answer, that they did prepare it on behalf of all three".

217. It is to be also noted from this cited passage, the implicit suggestion that the result was in part due to Sarah's fault in not having directly consulted the third trustee. That sense of fault on her part was an important factor also in her having obtained the express consent to her marriage only of the two but not of the third trustee. The requirement of their unanimous consent was the other condi-

tional limitation upon her entitlement under the will.

218. Nonetheless, it is clear that the real ratio of the case turned upon the principle, that the Court could not grant relief where there had been failure strictly to comply with the conditional limitation upon the gift and where there was a gift over to someone else.

219. Equally, again per Lord Eldon LC (in *Dashwood* above at para 244):

"In this case, upon the circumstances it is not possible for the Court, at the expense of so much as will be put at hazard [(ie: the gift over of the larger sum to someone else)] to gratify any inclination it may have to give the larger part of this fortune [(to the applicant)].

It is expressly stated, that, if she marries either before or after the age of 21 without the consent of the four trustees, she is to have \$400 a year; and the rest is to accumulate for those who are to take afterwards".

220. There is obiter dictum from *Clavering v Ellison* (above) pointing to the existence of the jurisdiction to grant relief from forfeiture in circumstances where it is implicit that the applicant for relief is not himself at fault, but failed to comply with the condition subsequent, because of circumstances beyond his control.

221. The Court having held, for the reasons already discussed above herein, that the forfeiture had not been incurred either because the condition had not been shown to have been breached or because the condition was void for uncertainty; Lord Campbell LC went on (at p.722) to say:

"I am further of the opinion that weight is to be given to this vis major. Had the children been included in the arrest, I conceive that their residence abroad, under continued duress, would not have worked a forfeiture, and if their residence abroad may be fairly ascribed to the imprisonment of their father by Napoleon, the forfeiture might be saved on this ground, were there a necessity to resort to it".

222. This passage, though expressed only obiter, does suggest (as is discussed in a carefully written article: "Forfeiture Clauses in Wills", *Trust Quarterly Review* 2003 Issue 1 Volume 1 page 6, that even in cases where there is a gift over, the Court might, if it is only just and reasonable to do so, grant relief from forfeiture.

This must not however be regarded as a paradigm shift from the doctrinal paramountcy ascribed to the intentions of settlors in the other 19th century cases; because in *Clavering v Ellison* the Court dealt with a condition subsequent.

223. Echoes of that doctrine resonated in *Nathan v Leonard* (above) as we have seen in the views expressed there that the no contest clause expressed the wishes of the testatrix, was a permissible deterrent to Court action and the fact that it deterred but did not prohibit applications under the 1975 Act; was no basis for regarding it as contrary to the policy of the Act.

224. On the question whether relief would have been available had the codicil in question been found to be valid, the Learned Deputy Judge first accepted that there was jurisdiction to grant such relief and distinguished *Simpson v Vickers* (above); on the same grounds as were more generally argued before me that, whereas the grant of relief in *Simpson v Vickers* would have involved divesting the existing owner and creating a new estate in another, all that would have resulted in the *Nathan* case, would have been relief from the divesting consequences of the Clause.

225. On the basis, as I have accepted, that Clause 23 here would operate as a condition subsequent; I also accept that distinction as pointing to the existence of the jurisdiction.

226. Before turning to summarise what I think I might properly venture by way of conclusions here, I should note the reliance which Mr. Martin also invited me to place in this context on the decision on the House of Lords in *Shiloh Spinners Ltd. v Harding* [1973] 1 All E.R. 90.

227. In his often cited speech Lord Wilberforce declared (at p. 100a):

“There cannot be any doubt that from the earliest times courts of equity have asserted the right to relieve against the forfeiture of property. The jurisdiction has not been confined to any particular type of case[...].”

228. I think it is safe to say that taken as a general pronouncement of principle, that statement would be applicable even in the present context of a discretionary inter vivos trust.

229. However, the other pronouncements of his Lordship, given upon the main question of whether relief should be

available against contractual stipulations, contained the following caveat (p. 101 d-g):

“As regards the present appeal it is possible to disengage the following considerations. In the first place, there should be put on one side cases where the Court has been asked to relieve against conditions in wills or gifts inter vivos. These raise considerations of a different kind from those relevant to contractual stipulations”.

230. The reasons are not hard to find: Unlike in contractual arrangements, beneficiaries seeking relief from forfeiture under a will or trust will typically be volunteers, having no legal entitlement, but reliant instead upon the beneficence of their grantors. In such contexts, unlike in contract where the giving of consideration is essential, concerns to protect the intention of the grantor and to ensure the ultimate intended destination of his gifts, especially where (as we have seen) there are to be gifts over on forfeiture; are special factors relevant to wills and trusts, which, having been “put to one side” did not become engaged in the deliberations of their Lordships’ judgment.

231. It follows that the particular factors which they went on to consider as appropriate to consideration for relief from forfeiture in contractual arrangements, are not to be generally relied upon in these cases.

Conclusions

232. The jurisdiction exists to grant relief from forfeiture in appropriate circumstances. It appears from the decided cases that where the condition would operate as a condition precedent so that non-compliance would mean that the gift or interest was never acquired and where there would be the equivalent of a gift over to some one else, the Courts have no power to relieve from the operations of the condition, as that would involve a fundamental “re-writing” of the settlement.

233. This would be the case particularly in this jurisdiction where there is no equivalent statutory provision such as the 1975 U.K. Act considered in *Nathan v Leonard* (above).

234. There is dictum however, which suggests that even in a case of a gift over, where there is a condition subsequent,

equity might intervene to grant relief where non-compliance, through no fault of her own, was the result of circumstances beyond the control of the applicant.

235. This would be equally applicable in circumstances where non-compliance with the condition, would result in the divestment of an existing beneficial interest, under an inter vivos settlement. That is how I would describe the operation of Clause 23 here.

(omissis)

© Law Reports International and Government of the Cayman Islands.

Proseguiamo la raccolta delle sentenze “storiche” sul trust.

Validità delle clausole di esonero da responsabilità

Inghilterra e Galles – Court of Appeal

Clausole di esonero da responsabilità del trustee – “actual fraud” – disonestà – “wilful default” – “equitable fraud” – “gross negligence”

Court of Appeal, *Hirst, Millett, Hutchison, L.JJ.*, 19 marzo 1997 [*Armitage v Nurse and others*]

Una clausola che limiti la responsabilità del trustee ai soli casi di actual fraud può sollevare il trustee da responsabilità per le perdite e i danni patiti dai beni in trust, non importa quanto indolente, imprudente, poco diligente, negligente o caparbio egli sia stato nell'amministrazione del trust, purché non abbia agito in modo disonesto.

Sommario

La sentenza che segue si segnala per essere il *leading case* in tema di clausole di esonero da responsabilità del trustee: i principi che in essa i giudici della Court of Appeal inglese hanno enunciato sono infatti divenuti i capisaldi della responsabilità e delle obbligazioni imprescindibili del trustee, essendosi per la prima volta dichiarata la validità di clausole limitative della responsabilità estremamente favorevoli per il trustee.

Oggetto della controversia è la validità della clausola di esonero da responsabilità contenuta in un atto istitutivo di trust in virtù della quale il trustee non sarebbe responsabile di qualsiasi perdita o danno che il fondo in trust o una sua parte dovesse subire, in qualunque momento e per qualsiasi ragione, a meno che tale perdita o danno siano derivati da una sua “actual fraud”.

La lettura data dalla Corte alla clausola è lineare: il dolo o la colpa grave del trustee non sono idonei a configurare la “fraud”. Affinché il trustee risponda per *fraud*, infatti, è necessario che abbia agito con l'intenzione di tenere un comportamento disonesto. Molteplici sono le *breach of trust* che il trustee può commettere,

ma se egli viola i propri doveri fiduciari in buona fede e credendo sinceramente che da ciò i beneficiari possano trarre vantaggio, la sua condotta non può essere considerata fraudolenta e quindi non è fonte di responsabilità. Secondo quello che è un principio classico del diritto dei trust, d'altronde, il principale dovere del trustee sarebbe quello di compiere “giudiziose” *breach of trust*.

La Court of Appeal, quindi, nel dichiarare la validità di una clausola di esonero da responsabilità siffatta, definisce “actual fraud” in termini di “disonestà”, per cui vi rientrerebbero tutte quelle condotte del trustee tenute con l'intenzione di perseguire un certo corso di eventi sapendo che ciò è contrario all'interesse dei beneficiari, o comunque restando incautamente indifferente ad accertare l'eventuale diverso interesse dei beneficiari. Una clausola siffatta, pertanto, consente al trustee di non rispondere delle perdite o dei danni subiti dal fondo in trust indipendentemente da quanto egli sia stato indolente, imprudente, poco diligente, negligente o caparbio, purché, appunto, non abbia agito in modo disonesto.

La Corte prosegue dunque circoscrivendo la nozione di *actual fraud*, in primo luogo escludendo che in essa rientri l'ipotesi dell'incuria incosciente (*wilful default*). In effetti, il trustee che tenga una condotta in violazione dei propri doveri fiduciari agisce con la consapevolezza del rischio di una perdita, o comunque è indifferente a che una perdita si verifichi o meno: qualora il rischio divenga realtà egli sarà tenuto a risponderne. Tuttavia, se ha agito in buona fede e con le migliori intenzioni, onestamente pensando che dovesse correre il rischio nell'interesse dei beneficiari, non c'è alcuna ragione per la

quale non debba essere tutelato da una clausola di esonero da responsabilità.

Né nel concetto di *actual fraud* rientra la c.d. *equitable fraud*, che si verifica in tutti quei casi di violazione di doveri fiduciari (*breach of trust*), di influenza indebita (*undue influence*), di abuso di informazioni riservate (*abuse of confidence*), di operazioni moralmente riprovevoli (*unconscionable bargains*) e di *fraud on a power*. Tranne la “fraud on a power”, sono tutti casi di approfittamento, da parte del fiduciario, della sua posizione a proprio vantaggio.

Dopo aver ammesso che una clausola che limiti la responsabilità del trustee all'*actual fraud* possa operare tanto in caso di *wilful default*, quanto in caso di *equitable fraud*, la Court of Appeal valuta se una tale clausola possa trovare applicazione anche in relazione ad una eventuale *gross negligence*. A tal proposito la Corte afferma che esiste un irriducibile nucleo di obbligazioni del trustee nei confronti dei beneficiari, e di cui questi possono pretendere il rispetto, che è fondamentale per l'esistenza stessa di un trust. Tuttavia, questo “cuore” di obbligazioni non include doveri di capacità, cura, prudenza e diligenza: il dovere dei trustee di agire onestamente e in buona fede nell'interesse dei beneficiari è il dovere minimo necessario affinché il trust possa avere una sostanza, non essendo necessario altro. Pertanto, la clausola di esonero da responsabilità che escluda la *gross negligence* del trustee, sebbene questo sia un concetto non ben delineato nell'ordinamento giuridico inglese (e più in generale di *com-*

Nota:

Riproduciamo il testo della sentenza da [1998] Ch. 241.

mon law), non deve essere ritenuta contraria alle norme di ordine pubblico e conseguentemente può essere considerata valida.

(E. B.)

Testo della Sentenza
(omissis)

Millett L.J: The main questions which arise in this appeal are concerned with the true construction of a trustee exemption clause in a settlement and the legitimate scope of such clauses in English law.

The appellant, Paula Rachel Armitage, has brought an action for breach of trust against the respondents, who are the trustees and the personal representatives of deceased trustees of a settlement of which she is the principal beneficiary. The settlement contains a trustee exemption clause (clause 15) in very wide and general terms as well as a special and more limited exemption clause (clause 9). Jacob J. was asked to decide three preliminary questions in the action. They may be summarised as follows: (1) whether clause 15 of the settlement operates to absolve the respondents from liability for all or any of the breaches alleged in the amended statement of claim; (2) whether clause 9(a) of the settlement operates to similar effect; and (3) whether any of Paula's claims in respect of breaches of trust alleged to have been committed before 15 June 1987 are statute-barred.

The judge decided question (1) in the affirmative and questions (2) and (3) in the negative. He awarded the respondents 80 per cent. of their costs but deprived them of the right to reimburse themselves out of the trust fund to the extent of the remaining 20 per cent.

Both parties appeal to this court. Paula appeals against the judge's answer to question (1). The respondents appeal against his answers to questions (2) and (3) and against his order depriving them of their right to reimburse themselves for their costs out of the trust fund. We have given leave to Paula to raise a further question which was not considered by the judge. This is whether if, as the judge ruled, clause 15 on its true construction exempts each of the respondents from all liability for breach of trust other than liability for his own dishonesty, the clause is

void for repugnancy or on grounds of public policy.

The facts

The settlement was made on 11 October 1984. It was the result of an application to the court by the trustees of a marriage settlement made by Paula's grandfather for the variation of the trusts of the settlement under the Variation of Trusts Act 1958. Paula's mother was life tenant under the marriage settlement and Paula, who was then aged 17, was entitled in remainder. The settled property consisted largely of land which was farmed by a family company called G. W. Nurse & Co. Ltd. The company had farmed the land for many years and, until March 1984, it had held a tenancy of the land. Paula's mother and grandmother were the sole directors and shareholders of the company.

Under the terms of the variation the property subject to the trusts of the marriage settlement was partitioned between Paula and her mother. Part of the land together with a sum of £230,000 was transferred to Paula's mother absolutely free and discharged from the trusts of the marriage settlement. The remainder of the land ("Paula's land") together with a sum of £30,000 was allocated to Paula. Since she was under age, her share was directed to be held on the trusts of a settlement prepared for her benefit. So the settlement came into being.

Under the trusts of the settlement the trustees held the income upon trust to accumulate it until Paula attained 25 with power to pay it to her or to apply it for her benefit. Thereafter, and until Paula attained 40, they held the income upon trust to pay it to her. The capital was held in trust for Paula at 40 with trusts over in the event of her death under that age, and with provision for transferring the capital to Paula in instalments after she had attained 25 but not 40.

The settlement, which must be taken to have been made by Paula as well as by her mother, appears to have been drawn by counsel for the marriage settlement trustees (Mr. P. W. E. Taylor Q.C. and Mr. Geoffrey Jaques) and approved on Paula's behalf by junior counsel who appeared for her guardian *ad litem*. It was approved on her behalf by the High Court (Judge Fitz-Hugh Q.C. sitting as a judge of the Chancery Division).

The pleadings

The amended statement of claim pleads a number of breaches of trust in detail. The judge summarised them under four heads. First, Paula complains that in breach of trust the trustees appointed the company to farm Paula's land as well as the land which had been transferred to her mother. It is alleged that this was not merely grossly imprudent but was expressly forbidden by clause 12 of the settlement, inserted for fiscal reasons, which provides that no capital or income subject to the trusts of the settlement shall in any circumstances whatsoever be paid or applied beneficially (save for full consideration) or be applied for the benefit whether directly or indirectly of Paula's mother or grandmother. (The respondents, of course, plead that the company's obligation to manage the farm constituted full consideration for the £500 a quarter which it was paid for doing so. It is not alleged that the company's appointment had any adverse fiscal consequences.) Secondly, it is alleged that in breach of trust the trustees failed thereafter properly to supervise the company's management of Paula's land. Thirdly, it is alleged that the trustees failed to make proper inquiry into the reasons why the value of Paula's land apparently fell dramatically between the date on which it was valued for the purposes of the partition in 1984 and the date when it was sold in 1987. Finally, it is alleged that the trustees failed to obtain proper payment of interest in respect of a loan made to Paula's mother.

Before us counsel for Paula has summarised the pleadings more generally. They allege, he says, not merely a failure to distinguish between Paula's interests and those of her family but a deliberate course of conduct on the part of the trustees to disregard the interests of Paula and subordinate them to the interests of her mother or other members of the family who were not objects of the trust, or at the very least a conscious indifference to Paula's interests.

Before analysing the pleadings in more detail, it is convenient to consider the scope of clause 15 of the settlement.

Clause 15 of the settlement.

Clause 15 of the settlement is in the following terms:

"No trustee shall be liable for any loss or damage which may happen to Paula's fund or any part thereof or the income

Giurisprudenza

thereof at any time or from any cause whatsoever unless such loss or damage shall be caused by his own actual fraud [...].”

The clause was taken from Hallett's Conveyancing Precedents (1965). A more prolix clause to the same effect may be found in Key and Elphinstone's Precedents in Conveyancing, 15th ed. (1953). In my judgment, the meaning of the clause is plain and unambiguous. No trustee can be made liable for loss or damage to the capital or income of the trust property caused otherwise than by his own actual fraud. “Actual fraud” means what it says. It does not mean “constructive fraud” or “equitable fraud.” The word “actual” is deliberately chosen to exclude them.

Counsel for Paula submits that in a settlement the context requires the word “fraud” to be given the extended meaning which the courts of equity came to give it. The distinction between fraud properly so-called and other cases to which the Court of Chancery, in his own words, “undoubtedly did apply the term ‘fraud,’ although I think unfortunately” is expounded in the speech of Viscount Haldane L.C. in *Nocton v Lord Ashburton* [1914] A.C. 932, 953. As he explained: “In Chancery the term ‘fraud’ thus came to be used to describe what fell short of deceit, but imported breach of a duty to which equity had attached its sanction.” It is worthy of note that he himself used the expression “actual fraud” throughout his speech to distinguish cases of common law fraud or deceit from these other cases. Lord Dunedin did the same when he said, at p. 963: “if based on fraud, then, in accordance with the decision in *Derry v Peek* (1889) 14 App.Cas. 337, the fraud proved must be actual fraud, a *mens rea*, an intention to deceive.” *Derry v Peek* established that nothing short of a fraudulent intention in the strict sense will suffice for a case of deceit or fraud properly so-called. It requires proof of dishonesty. Nothing less will do. Gross and culpable negligence is not enough. This was confirmed in *Nocton v Lord Ashburton*, which also established that dishonesty is not a necessary factor in cases of so-called equitable fraud.

In my judgment, therefore, clause 15 is apt to exclude liability for breach of trust in the absence of a dishonest intention on the part of the trustee whose conduct is impugned. I would have added

nothing further but for the confusion which appears to have been engendered in the attempt to apply the concept of actual fraud to an allegation of breach of trust.

The common law knows no generalised tort of fraud. *Derry v Peek*, 14 App.Cas. 337 was an action for damages for deceit, that is to say, for fraudulent misrepresentation. In such a case fraud must be proved by showing that the false representation was made knowingly, that is to say, without an honest belief in its truth, or recklessly, that is to say, not caring whether it was true or false. Care needs to be taken when these concepts are applied not to a representation but to a breach of trust. Breaches of trust are of many different kinds. A breach of trust may be deliberate or inadvertent; it may consist of an actual misappropriation or misapplication of the trust property or merely of an investment or other dealing which is outside the trustees' powers; it may consist of a failure to carry out a positive obligation of the trustees or merely of a want of skill and care on their part in the management of the trust property; it may be injurious to the interests of the beneficiaries or be actually to their benefit. By consciously acting beyond their powers (as, for example, by making an investment which they know to be unauthorised) the trustees may deliberately commit a breach of trust; but if they do so in good faith and in the honest belief that they are acting in the interest of the beneficiaries their conduct is not fraudulent. So a deliberate breach of trust is not necessarily fraudulent. Hence the remark famously attributed to Selwyn L.J. by Sir Nathaniel Lindley M.R. in the course of argument in *Perrins v Bellamy* [1899] 1 Ch. 797, 798: “My old master, the late Selwyn L.J., used to say, ‘The main duty of a trustee is to commit judicious breaches of trust.’” The expression “actual fraud” in clause 15 is not used to describe the common law tort of deceit. As the judge appreciated it simply means dishonesty. I accept the formulation put forward by Mr. Hill on behalf of the respondents which (as I have slightly modified it) is that it

“connotes at the minimum an intention on the part of the trustee to pursue a particular course of action, either knowing that it is contrary to the interests of the beneficiaries or being recklessly indifferent whether it is contrary to their interests or not.”

It is the duty of a trustee to manage the trust property and deal with it in the interests of the beneficiaries. If he acts in a way which he does not honestly believe is in their interests then he is acting dishonestly. It does not matter whether he stands or thinks he stands to gain personally from his actions. A trustee who acts with the intention of benefiting persons who are not the objects of the trust is not the less dishonest because he does not intend to benefit himself.

In my judgment clause 15 exempts the trustee from liability for loss or damage to the trust property no matter how indolent, imprudent, lacking in diligence, negligent or wilful he may have been, so long as he has not acted dishonestly.

The permitted scope of trustee exemption clauses

It is submitted on behalf of Paula that a trustee exemption clause which purports to exclude all liability except for actual fraud is void, either for repugnancy or as contrary to public policy. There is some academic support for the submission (notably an article by Professor Matthews, “The Efficacy of Trustee Exemption Clauses in English Law” [1989] Conv 42 and Hanbury & Martin's *Modern Equity*, 14th ed. (1993), pp. 473-474) that liability for gross negligence cannot be excluded, but this is not the view taken in Underhill and Hayton's *Law of Trusts and Trustees*, 15th ed. (1995), pp. 560-561 (where it appears to be taken only because the editor confusingly uses the term “gross negligence” to mean reckless indifference to the interests of the beneficiaries). In its consultation paper *Fiduciary Duties and Regulatory Rules, A Summary* (1992) (Law Com. No. 124), para. 3.3.41 the Law Commission states:

“Beyond this, trustees and fiduciaries cannot exempt themselves from liability for fraud, bad faith and wilful default. It is not, however, clear whether the prohibition on exclusion of liability for ‘fraud’ in this context only prohibits the exclusion of common law fraud or extends to the much broader doctrine of equitable fraud. It is also not altogether clear whether the prohibition on the exclusion of liability for ‘wilful default’ also prohibits exclusion of liability for gross negligence although we incline to the view that it does.”

This passage calls for two comments.

First, the expression “wilful default” is used in the cases in two senses. A trustee is said to be accountable on the footing of wilful default when he is accountable not only for money which he has in fact received but also for money which he could with reasonable diligence have received. It is sufficient that the trustee has been guilty of a want of ordinary prudence: see e.g. *In re Chapman*; *Cocks v Chapman* [1896] 2 Ch. 763. In the context of a trustee exclusion clause, however, such as section 30 of the Trustee Act 1925, it means a deliberate breach of trust: *In re Vickery*; *Vickery v Stephens* [1931] 1 Ch. 572. The decision has been criticised, but it is in line with earlier authority: see *Lewis v Great Western Railway Co.* (1877) 3 Q.B.D. 195; *In re Trusts of Leeds City Brewery Ltd.’s Debenture Stock Trust Deed*; *Leeds City Brewery Ltd. v Platts* (Note) [1925] Ch. 532 and *In re City Equitable Fire Insurance Co. Ltd.* [1925] Ch. 407. Nothing less than conscious and wilful misconduct is sufficient. The trustee must be “conscious that, in doing the act which is complained of or in omitting to do the act which it said he ought to have done, he is committing a breach of his duty, or is recklessly careless whether it is a breach of his duty or not:” see *In re Vickery* [1931] 1 Ch. 572, 583, per Maugham J.

A trustee who is guilty of such conduct either consciously takes a risk that loss will result, or is recklessly indifferent whether it will or not. If the risk eventuates he is personally liable. But if he consciously takes the risk in good faith and with the best intentions, honestly believing that the risk is one which ought to be taken in the interests of the beneficiaries, there is no reason why he should not be protected by an exemption clause which excludes liability for wilful default.

Secondly, the Law Commission was considering the position of fiduciaries as well as trustees, and in such a context it is sensible to consider the exclusion of liability for so-called equitable fraud. But it makes no sense in the present context. The nature of equitable fraud may be collected from the speech of Viscount Haldane L.C. in *Nocton v Lord Ashburton* [1914] A.C. 932, 953 and Snell’s Equity, 29th ed. (1990), pp. 550-551. It covers breach of fiduciary duty, undue influence, abuse of confidence, unconscionable bargains and frauds on powers. With the sole exception of the last, which is a technical

doctrine in which the word “fraud” merely connotes excess of *vires*, it involves some dealing by the fiduciary with his principal and the risk that the fiduciary may have exploited his position to his own advantage. In *Earl of Aylesford v Morris* (1873) L.R. 8 Ch.App. 484, 490-491 Lord Selborne L.C. said: “Fraud does not here mean deceit or circumvention; it means an unconscientious use of the power arising out of these circumstances and conditions; [...]” A trustee exemption clause such as clause 15 of the settlement does not purport to exclude the liability of the fiduciary in such cases. Suppose, for example, that one of the respondents had purchased Paula’s land at a proper price from his fellow trustees. The sale would be liable to be set aside. Clause 15 would not prevent this. This is not because the purchasing trustee would have been guilty of equitable fraud, but because by claiming to recover the trust property (or even equitable compensation) Paula would not be suing in respect of any “loss or damage” to the trust. Her right to recover the land would not depend on proof of loss or damage. Her claim would succeed even if the sale was at an overvalue; the purchasing trustee could never obtain more than a defeasible title from such a transaction. But clause 15 would be effective to exempt his fellow trustees from liability for making good any loss which the sale had occasioned to the trust estate so long as they had acted in good faith and in what they honestly believed was Paula’s interests.

Accordingly, much of the argument before us which disputes the ability of a trustee exemption clause to exclude liability for equitable fraud or unconscionable behaviour is misplaced. But it is unnecessary to explore this further, for no such conduct is pleaded. What is pleaded is, at the very lowest, culpable and probably gross negligence. So the question reduces itself to this: can a trustee exemption clause validly exclude liability for gross negligence?

It is a bold submission that a clause taken from one standard precedent book and to the same effect as a clause found in another, included in a settlement drawn by Chancery counsel and approved by counsel acting for an infant settlor and by the court on her behalf, should be so repugnant to the trusts or contrary to public policy that it is liable to be set aside at

her suit. But the submission has been made and we must consider it. In my judgment it is without foundation.

There can be no question of the clause being repugnant to the trust. In *Wilkins v Hogg* (1861) 31 L.J.Ch. 41, 42 Lord Westbury L.C. challenged counsel to cite a case where an indemnity clause protecting the trustee from his ordinary duty had been held so repugnant as to be rejected. Counsel was unable to do so. No such case has occurred in England or Scotland since.

I accept the submission made on behalf of Paula that there is an irreducible core of obligations owed by the trustees to the beneficiaries and enforceable by them which is fundamental to the concept of a trust. If the beneficiaries have no rights enforceable against the trustees there are no trusts. But I do not accept the further submission that these core obligations include the duties of skill and care, prudence and diligence. The duty of the trustees to perform the trusts honestly and in good faith for the benefit of the beneficiaries is the minimum necessary to give substance to the trusts, but in my opinion it is sufficient. As Mr. Hill pertinently pointed out in his able argument, a trustee who relied on the presence of a trustee exemption clause to justify what he proposed to do would thereby lose its protection: he would be acting recklessly in the proper sense of the term.

It is, of course, far too late to suggest that the exclusion in a contract of liability for ordinary negligence or want of care is contrary to public policy. What is true of a contract must be equally true of a settlement. It would be very surprising if our law drew the line between liability for ordinary negligence and liability for gross negligence. In this respect English law differs from civil law systems, for it has always drawn a sharp distinction between negligence, however gross, on the one hand and fraud, bad faith and wilful misconduct on the other. The doctrine of the common law is that: “Gross negligence may be evidence of *mala fides*, but is not the same thing:” see *Goodman v Harvey* (1836) 4 A. & E. 870, 876, per Lord Denman C.J. But while we regard the difference between fraud on the one hand and mere negligence, however gross, on the other as a difference in kind, we regard the difference between negligence and gross negligence as merely one of degree.

English lawyers have always had a healthy disrespect for the latter distinction. In *Hinton v Dibbin* (1842) 2 Q.B. 646 Lord Denman C.J. doubted whether any intelligible distinction exists; while in *Grill v General Iron Screw Collier Co.* (1866) L.R. 1 C.P. 600, 612 Willes J. famously observed that gross negligence is ordinary negligence with a vituperative epithet. But civilian systems draw the line in a different place. The doctrine is *culpa lata dolo aequiparatur*; and although the maxim itself is not Roman the principle is classical. There is no room for the maxim in the common law; it is not mentioned in Broom's *Legal Maxims*, 10th ed. (1939).

The submission that it is contrary to public policy to exclude the liability of a trustee for gross negligence is not supported by any English or Scottish authority. The cases relied on are the English cases of *Wilkins v Hogg*, 31 L.J.Ch. 41 and *Pass v Dundas* (1880) 43 L.T. 665; and the Scottish cases of *Knox v Mackinnon* (1888) 13 App.Cas. 753, *Rae v Meek* (1889) 14 App.Cas. 558, *Wyman v Paterson* [1900] A.C. 271 and *Clarke v Clarke's Trustees*, 1925 S.C. 693. These cases, together with two other Scottish cases, *Seton v Dawson* (1841) 4 D. 310 and *Carruthers v Carruthers* [1896] A.C. 659, and cases from the Commonwealth and America, were reviewed by the Jersey Court of Appeal in *Midland Bank Trustee (Jersey) Ltd. v Federated Pension Services Ltd.* [1996] P.L.R. 179 in a masterly judgment delivered by Sir Godfray Le Quesne Q.C.

In *Wilkins v Hogg*, 31 L.J.Ch. 41 Lord Westbury L.C. accepted that no exemption clause could absolve a trustee from liability for knowingly participating in a fraudulent breach of trust by his co-trustee. But, subject thereto, he was clearly of opinion that a settlor could, by appropriate words, limit the scope of the trustee's liability in any way he chose. The decision was followed in *Pass v Dundas*, 43 L.T. 665, where the relevant clause was held to absolve the trustee from liability. In the course of his judgment Sir James Bacon V.-C. stated the law in the terms in which counsel for the unsuccessful beneficiaries had stated it, viz. that the clause protected the trustee from liability unless gross negligence was established; but this was plainly obiter.

Each of the Scottish cases contains dicta, especially in the speeches of the

Scottish members of the House of Lords, which have been taken by academic writers to indicate that no trustee exemption clause in a Scottish settlement could exonerate a trustee from his own *culpa lata*. But in fact all the cases were merely decisions on the true construction of the particular clauses under consideration, which were in common form at the time. In *Knox v Mackinnon*, 13 App.Cas. 753, for example, it was unnecessary to consider the exemption clause since the transaction in question was outside its scope. Lord Watson, nevertheless, speaking of "a clause conceived in these or similar terms," said, at pp. 765-766, that it was the settled law of Scotland that "such a clause is ineffectual to protect a trustee against the consequences of *culpa lata*, or gross negligence on his part," and added, quoting Lords Ivory, Gillies and Murray in *Seton v Dawson*, 4 D. 310, 318, that "clauses of this kind do not protect against positive breach of duty". In *Seton v Dawson* the judges who were in the majority spoke to the same effect both of "the protecting clause which occurs in this particular deed" and of "the usual clauses framed for the same object." In *Rae v Meek*, 14 App.Cas. 558, 572-573 Lord Herschell pointed out that the clause in question was a common one found in many trust deeds and did not come before the court for construction for the first time. He said that its effect had been considered in *Seton v Dawson* and adopted the passage in Lord Watson's speech in *Knox v Mackinnon* to which I have already referred. In *Carruthers v Carruthers* [1896] A.C. 659 the House was concerned with a standard trustee exemption clause which was to be treated as inserted into the trust deed. Their Lordships held that the terms of such a clause would not exempt trustees from liability for *culpa lata*. *Wyman v Paterson* [1900] A.C. 271 was not a case of negligence at all, but of a plain failure to perform a positive obligation. It turned on the true construction of the particular clause under consideration. In *Clarke v Clarke's Trustees*, 1925 S.C. 693 the Lord President, Lord Clyde, held that the clause in question did not protect the trustees from the consequence of their negligence. He added, at p. 707:

"It is difficult to imagine that any clause of indemnity in a trust settlement could be capable of being construed to

mean that the trustees might with impunity neglect to execute their duty as trustees, in other words, that they were licensed to perform their duty carelessly. There is at any rate no such clause in this settlement."

It is not easy to know what to make of this (save that it was obiter). In *Midland Bank Trustee (Jersey) Ltd. v Federated Pension Services Ltd.* [1996] P.L.R. 179, Sir Godfray Le Quesne Q.C. read the passage as directed to the construction of the indemnity clauses common in Scottish settlements at the time. I do not so read it. I tend to think that the Lord President was saying that it was difficult to conceive of a settlor permitting the inclusion of a clause which would have the effect stated. But I agree with Sir Godfray that the Lord President was emphasising the need to exclude liability for negligence by clear and unambiguous words, and was not purporting to exclude the possibility of such a clause on the grounds of public policy.

I agree with the conclusion of the Jersey Court of Appeal that all these cases are concerned with the true construction of the particular clauses under consideration or of similar clauses in standard form in the 19th century. None of them deal with the much wider form of clause which has become common in the present century, and none of them are authority for the proposition that it is contrary to public policy to exclude liability for gross negligence by an appropriate clause clearly worded to have that effect.

At the same time, it must be acknowledged that the view is widely held that these clauses have gone too far, and that trustees who charge for their services and who, as professional men, would not dream of excluding liability for ordinary professional negligence should not be able to rely on a trustee exemption clause excluding liability for gross negligence. Jersey introduced a law in 1989 which denies effect to a trustee exemption clause which purports to absolve a trustee from liability for his own "fraud, wilful misconduct or gross negligence." The subject is presently under consideration in this country by the Trust Law Committee under the chairmanship of Sir John Vinelott. If clauses such as clause 15 of the settlement are to be denied effect, then in my opinion this should be done by Parliament, which will have the advantage of wide consultation with inter-

ested bodies and the advice of the Trust Law Committee.

Do the pleadings allege fraud?

The position which I have reached so far, therefore, is that the respondents are absolved by clause 15 of the settlement from liability for all loss or damage to the trust estate except loss or damage caused by their own dishonesty or the dishonesty of their deceased. The question which then arises is: does the amended statement of claim allege dishonesty?

In opening the appeal counsel for Paula expressly disclaimed any intention to allege dishonesty. He did the same before the judge. I would not, myself, hold him to this concession, from which he later resiled, because I think that he may have understood the word “dishonesty” more narrowly than is justified. I take his concession to mean only that it is not intended to allege that any of the trustees acted for their own personal benefit.

The general principle is well known. Fraud must be distinctly alleged and as distinctly proved: *Davy v Garrett* (1878) 7 Ch.D. 473, 489, per Thesiger L.J. It is not necessary to use the word “fraud” or “dishonesty” if the facts which make the conduct complained of fraudulent are pleaded; but, if the facts pleaded are consistent with innocence, then it is not open to the court to find fraud. As Buckley L.J. said in *Belmont Finance Corporation Ltd. v Williams Furniture Ltd.* [1979] Ch. 250, 268:

“An allegation of dishonesty must be pleaded clearly and with particularity. That is laid down by the rules and it is a well-recognised rule of practice. This does not import that the word ‘fraud’ or the word ‘dishonesty’ must be necessarily used [...] The facts alleged may sufficiently demonstrate that dishonesty is allegedly involved, but where the facts are complicated this may not be so clear, and in such a case it is incumbent upon the pleader to make it clear when dishonesty is alleged. If he uses language which is equivocal, rendering it doubtful whether he is in fact relying on the alleged dishonesty of the transaction, this will be fatal; the allegation of its dishonest nature will not have been pleaded with sufficient clarity.”

That case is authority for the proposition that an allegation that the defendant “knew or ought to have known” is not a clear and unequivocal allegation of actual

knowledge and will not support a finding of fraud. It is not treated as making two alternative allegations, i.e. an allegation (i) that the defendant actually knew with an alternative allegation (ii) that he ought to have known; but rather a single allegation that he ought to have known (and may even have known - though it is not necessary to allege this).

Before turning to the pleadings I would add one thing more. In order to allege fraud it is not sufficient to sprinkle a pleading with words like “wilfully” and “recklessly” (but not “fraudulently” or “dishonestly”). This may still leave it in doubt whether the words are being used in a technical sense or merely to give colour by way of pejorative emphasis to the complaint.

I shall now consider the detailed allegations in the amended statement of claim.

(1) The appointment of the company. This is dealt with in paragraphs 7 and 8. The substance of the complaint is that the appointment was ill-advised and that the trustees ought to have known this. It is not alleged that they had any improper object in making the appointment. Despite the repeated use of the words “in reckless and wilful breach of trust” the complaints to which they relate are complaints of omission. They are consistent with honest incompetence. If proved, they support a finding of negligence, even of gross negligence; but not of fraud.

(2) The failure to supervise the company. This is dealt with in paragraph 9 of the amended statement of claim. The substance of the allegations in paragraph 9.1(1) to (5) and (8) to (11) is neglect of duty. The complaints are complaints of omission. They are consistent with honest incompetence. At best the charge is one of indolence, at worst of negligence.

Paragraph 9.1(6) stands on a different footing. It alleges that the trustees “consciously determined” to limit the income of Paula’s fund to £15,000 “and/or to allow [the company] to buy equipment or to build up its capital.” This is supported by particulars which refer to a note by one of the trustees (unfortunately now dead) which appears to show that the trustees considered that it was undesirable that Paula’s fund should have too much income. I am satisfied that, considered by itself, the sub-paragraph does not sufficiently allege fraud. It is equivocal. It is

unclear whether it is alleged that the trustees had an improper purpose or what that purpose was. In particular, it does not distinctly allege (though it may hint) that the trustees deliberately decided to limit the income of Paula’s fund in order to benefit the company or its shareholders (who were not objects of the trust); nor do I understand how the one was capable of achieving the other, given the nature of the contractual arrangements with the company. The note referred to in the particulars plainly calls for an explanation, but it is not inconsistent with honesty. I can think of several possible explanations, all innocent and plausible.

In any case, paragraph 9.1(6) cannot support an independent allegation of breach of trust, since the note was apparently never acted on. It was written in connection with a contemplated transaction which in the event did not proceed, and in respect of which it is not alleged that failure to carry the transaction into effect was the fault of the trustees let alone amounted to a breach of trust on their part. At the most, therefore, the sub-paragraph could provide particulars of the matters relied on in support of an allegation of improper purpose made elsewhere.

Paragraph 9.1(7) complains that the trustees wrongly delegated certain of their powers to the company. If such delegation was not authorised it constituted a breach of trust. But, in the absence of an averment that the trustees delegated their powers in the knowledge that this would result in a misapplication of trust money and that it did so, this is not a charge of fraud.

The several complaints in paragraph 9.1 (including paragraph 9.1(6)) are summarised in paragraph 9.11(A) in terms which confirm that they are allegations of neglect of duty only, not allegations of fraud. Paragraphs 9.2 contains the allegation that the trustees were guilty of “reckless and wilful breach of trust” but in its context this is a meaningless incantation. The purpose of paragraphs 9.2 and 9.2A is to allege that the trustees’ failure to supervise the company or to manage Paula’s land properly caused loss to the trust fund.

(3) The value of Paula’s land. This is dealt with by paragraph 11. Paula’s land was sold in 1987 for £299,000, i.e. £175,000 less than the value assigned to it at the time of the partition. It was sold on

the basis of professional advice and to a purchaser at arm's length, and it is not alleged that the sale was at an undervalue. The complaint is only that the trustees failed to inquire into the reasons for the apparent decline in the value of Paula's land, said to be all the more surprising given that the land appropriated to Paula's mother (which was sold at the same time) had appreciated in value; and failed to investigate the possibility that they might have a cause of action against the valuers who had valued Paula's land at the time of the partition, or against the company for the negligent management of Paula's land. These are charges of negligence, not fraud; and this is confirmed by the terms in which the complaints are summarised in paragraph 11.6.

(4) Payment of interest. This is dealt with in paragraphs 12 and 13. In order to assist Paula's mother, the trustees agreed to purchase from her the house where Paula lived with her. The agreement was, it appears, subject to contract, and in the event Paula's mother did not proceed. In the meantime, however, the trustees raised £200,000 from the capital of the settlement and used it to pay off a legal charge which the bank had over the house, taking a deposit of the title deeds by way of security. In due course the house was sold, and the trustees were paid the sum of £200,000 with simple interest at 8 per cent. during the 16-month period of the loan. It is alleged that the transaction constituted a breach of trust, but the only relief claimed in respect of it is in respect of an alleged deficiency of interest. It is not alleged that 8 per cent. was below the commercial rate of interest properly chargeable in respect of the loan.

In the absence of clause 15 the trustees would, I apprehend, be liable to account on the footing of wilful default (which in this context, it will be remembered, means lack of due diligence) for the difference between simple interest at 8 per cent. and compound interest at a commercial rate (if higher). Clause 15 exonerates the trustees from any liability to account on the footing of wilful default unless they have been dishonest. It is not alleged that the trustees deliberately undercharged or acted dishonestly in not obtaining a higher rate or compound interest. The pleading is consistent with innocence. It does not amount to a charge of fraud.

(5) The subordination of Paula's interests to those of her mother. This appears only in paragraph 9.3. So far as material it reads:

"It is averred that in the premises [the trustees] pursued a policy [...] which failed and neglected to give paramount consideration to the best interests of Paula and instead [...] pursued a policy designed to benefit [Paula's mother and grandmother] who were not objects of the trust."

In my judgment, this pleading is embarrassing. It is difficult to know whether it alleges fraud or not. If the word "designed" means "intended" then it does. But the word may mean merely "calculated" (in the sense of "likely"). If it were merely a matter of construing the paragraph, I would be inclined to think that the word should be taken in its latter signification, so as not to involve a charge of fraud. I would say this for two reasons. First, the words "in the premises" show that paragraph 9.3 does not contain a new allegation but rather a summary of the effect of the allegations previously made in paragraph 9; and nothing in the earlier parts of the paragraph (not even paragraph 9.6) amounts to a charge of fraud. Second, the first part of paragraph 9.3 alleges only that the trustees pursued a policy which was objectionable because it failed in fact to give paramount consideration to Paula's interests, not that it was their chosen policy not to do so. That is not a charge of fraud. Given the ambiguity in the word "designed," I would give it the meaning which makes the second part of the paragraph mirror the first. Accordingly, I read the paragraph as alleging nothing more than a failure on the part of the trustees to distinguish properly between Paula's interests and those of her mother and grandmother. That is not a charge of fraud.

But it is not just a question of construction. The pleading is clearly equivocal. Without amendment, it cannot support a finding of fraud.

Question (1)

I am of opinion that, as at present drawn, the amended statement of claim does not allege dishonesty or any breach of trust for which the trustees are not absolved from liability by clause 15. Accordingly, I would answer question (1) in the affirmative as the judge answered it.

Clause 9(a) of the settlement

Clause 9(a) of the settlement reads:

"the trustees [...] shall have power to carry on or join or assist in carrying on or directing any business of farming [...] with power for that purpose [...] to employ or engage [...] any managers or agents [...] and to delegate all or any of the powers vested in them in relation to the business [...] And the trustees shall be free from all responsibility and be fully indemnified out of Paula's fund in respect of any loss arising in relation to the business."

In the absence of the clause, the trustees would have no power to carry on a farming business, whether themselves or through an agent. If they did so, however prudently, they would commit a breach of trust. The clause confers the necessary powers. The judge rightly held that the concluding words of the clause confer upon the trustees a consequential exemption from liability for trading losses incurred in the carrying on of the farming business. It does not exonerate them from liability for imprudently investing in a farming business yielding poor returns or from failing to ensure that the business is properly managed.

Question (2)

Accordingly, I would answer question (2) in the negative as the judge answered it.

Limitation

Section 21 of the Limitation Act 1980 provides:

"(1) No period of limitation prescribed by this Act shall apply to an action by a beneficiary under a trust, being an action - (a) in respect of any fraud or fraudulent breach of trust to which the trustee was a party or privy; [...] (3) Subject to the preceding provisions of this section, an action by a beneficiary [...] in respect of any breach of trust [...] shall not be brought after the expiration of six years from the date on which the right of action accrued. For the purposes of this subsection, the right of action shall not be treated as having accrued to any beneficiary entitled to a future interest in the trust property until the interest fell into possession."

Two questions have been argued. The first is whether section 21(1)(a) is limited to cases of fraud or fraudulent breach of trust properly so called, that is to say to cases involving dishonesty. The judge

held that it is. In my judgment, he was plainly right for the reasons which he gave. I have explained the meaning of the word "fraud" in a trustee exemption clause, and there is no reason to ascribe a different meaning to the word where it appears in section 21(1)(a) of the Limitation Act 1980. Moreover, the meaning of the subsection is not free from authority. Its predecessor, section 26 of the Limitation Act 1939, was held to "mean what it says" and to be limited to cases where fraud was an ingredient of the wrong: see *Beaman v A.R.T.S. Ltd.* [1949] 1 K.B. 550, 558, per Lord Greene M.R. The meaning of the words "fraud" and "fraudulent" in section 21(1)(a) is not distorted by the meaning of the expression concealed "fraud" formerly used in section 26 of the Act of 1939 and which was given a very special meaning but has been replaced in the Act of 1980 by the more accurate expression "deliberate concealment." The result is that in the absence of deliberate concealment liability for an honest breach of trust is statute-barred after six years, but liability for a dishonest breach of trust endures without limitation of time.

The second question is whether Paula had a present interest while she was under the age of 25 or whether she had only a future interest which fell into possession when she attained that age. The judge held that she had merely a future interest. In my judgment, he was right. Until Paula attained 25 the trustees held the trust fund upon trust to accumulate the income with power instead to pay it to Paula or to apply it for her benefit. She had no present right to capital or income but only the right to require the trustees to consider from time to time whether to accumulate the income or to exercise their power to pay or apply it for her benefit. That, in my judgment, is not an interest in possession. Paula was, of course, a beneficiary and as such was entitled to see the trust documents. The respondents submit that this was sufficient to give her an interest in possession within the meaning of the section, and cite *Leedale v Lewis* [1982] 1 W.L.R. 1319 in support. In my judgment, that case does not assist the respondents. As Lord Wilberforce pointed out, at p. 1329: "The word 'interest' is one of uncertain meaning and it remains to be decided on the terms of the applicable statute which, or possibly what other, meaning the word may bear."

The statutory language and context in that case compelled the conclusion that an object of a discretionary trust of capital and income had an interest in settled property. *Attorney-General v Heywood* (1887) 19 Q.B.D. 326 was to similar effect. That decision was approved in *Gartside v Inland Revenue Commissioners* [1968] A.C. 553, where, however, a different conclusion was reached because of the different context in which the word "interest" was used.

The meaning of the word must, therefore, be ascertained from the context in which it appears. As the tax cases show, the evident policy of a taxing Act may sometimes make it necessary that an object of a discretionary trust or power should be treated as having an interest and sometimes it may show the contrary. The question thus depends upon identifying the legislative purpose which section 21(3) of the Act of 1980 is intended to achieve.

The respondents submit that the policy to which section 21(3) of the Act of 1980 gives effect is that it would be unfair to bar a plaintiff from bringing a claim unless and until he is of full age and entitled to see the trust documents and so has the means of discovering the injury to his beneficial interest. The difficulty with this argument, in my judgment, is that it proves too much. Every beneficiary is entitled to see the trust accounts, whether his interest is in possession or not. The rationale of section 21(3) appears to me to be different. It is not that a beneficiary with a future interest has not the means of discovery, but that he should not be compelled to litigate (at considerable personal expense) in respect of an injury to an interest which he may never live to enjoy. Similar reasoning would apply to exclude a person who is merely the object of a discretionary trust or power which may never be exercised in his favour.

Question (3)

Accordingly, I would answer question (3) also in the negative, as did the judge.

Costs

The judge awarded the respondents 80 per cent. of their costs, depriving them of the remaining 20 per cent. because they were unsuccessful on two of the points which had been argued. After hearing further argument, he directed that the respondents should not be at

liberty to reimburse themselves out of the trust fund to the extent of that 20 per cent. He considered that the respondents were defending themselves and, having taken points which cost money and in respect of which they were unsuccessful, ought to bear those costs themselves.

The judge recognised that there was long-standing authority to the contrary, but held that it was displaced by the terms of R.S.C., Ord. 62, r. 6(2). That rule entitles a trustee to recoup his costs out of the trust fund and authorises the court to order otherwise "only on the ground that he has acted unreasonably or, in the case of a trustee or personal representative, has in substance acted for his own benefit rather than for the benefit of the fund."

The respondents cross-appeal from the judge's ruling, which, they claim, deprives them of their legal rights. They submit that trustees are entitled to a lien over the trust fund for their costs, and that this lien extends to the costs of litigation, including the costs of defending themselves against a charge of breach of trust: see *Turner v Hancock* (1882) 20 Ch.D. 303 and *In re Spurling's Will Trusts; Philpot v Philpot* [1966] 1 W.L.R. 920. The lien is only lost by misconduct.

But the principle is in my opinion overstated. Trustees are entitled to a lien on the trust fund for the costs of successfully defending themselves against an action for breach of trust. That was the position in *In re Spurling's Will Trusts* as it was in *Walters v Woodbridge* (1878) 7 Ch.D. 504, which it followed. But on what principle can one justify their right to recoup themselves out of the trust fund for the costs of unsuccessfully defending themselves against such an action? It offends all sense of justice. The respondents rely on *Turner v Hancock*, 20 Ch. D. 303 and submit that that was just such a case; but I do not think that it was. The action was an action for an account. On taking the accounts it was found that a sum was due from the trustee and not to him as he contended. It was therefore a case in which the trustee was unsuccessful; but it was not a case in which he was found to be guilty of misconduct or breach of trust. In the course of his judgment Sir George Jessel M.R. said, at p. 305:

"These rights [...] can only be lost or curtailed by such inequitable conduct on the part of a mortgagee or trustee as may

Giurisprudenza

amount to a violation or culpable neglect of his duty under the contract. [...] It is not the course of the court in modern times to discourage persons from becoming trustees by inflicting costs upon them if they have done their duty, or even if they have committed an innocent breach of trust.”

As Ungood-Thomas J. pointed out in *In re Spurling's Will Trusts* [1966] 1 W.L.R. 920, 935-936, it is not enough to deprive trustees of their right to recoup their costs out of the trust fund that the claim is a claim to recover money from them for the benefit of the trust. If the trustees succeed, then the claim was not well founded, and they cannot be denied their right of recoupment. I would add that, even if the claim succeeds, yet they may not have so conducted themselves as to lose their right of recoupment.

In the present case, the judge deprived the respondents of 20 per cent. of their costs because they had put forward arguments on which they had been unsuccessful. That was a proper exercise of his discretion. But he also deprived them of their right to recoup themselves out of the trust fund to the extent of that 20 per cent. on the ground that the claim was a hostile claim against them personally for breach of trust. In my opinion, that was not a sufficient ground for denying them their contractual rights. As things stood at the conclusion of the judge's judgment, he had held that the respondents were absolved by clause 15 from liability in respect of all the claims for breach of trust pleaded against them, with the result that

the greater part of the action was bound to fail (there is a claim to an account in respect of a separate matter which is not particularly contentious and which would survive). Accordingly, unless the pleadings were amended, the action would be dismissed without any inquiry into the trustees' conduct. This would not provide any basis for depriving the respondents of their rights.

Accordingly, I would set aside this part of the judge's order.

Amendment of the pleadings

At the conclusion of *Belmont Finance Corporation Ltd. v Williams Furniture Ltd.* [1979] Ch. 250 this court granted the unsuccessful respondent leave to amend the pleadings. No such application is before us. Nevertheless I think that Paula should be given the opportunity to re-amend the amended statement of claim if so advised. I express no view on whether there is material which would justify counsel in advising such a course; and I would not wish to encourage it. They will no doubt bear in mind that at the material time the trustees of the settlement consisted of one professional man and two distant relatives, and that a charge of fraud against independent professional trustees is, in the absence of some financial or other incentive, inherently implausible.

The possibility of amendment affects the order for costs which ought to be substituted for the order which the judge made. In my judgment, the respondents should have the right to recoup themselves out of the trust fund but only if and

when the action against them is discontinued or dismissed. If the action is re-pleaded and succeeds against any of them, then the unsuccessful respondents should not recoup themselves out of the trust fund without the leave of the court given after trial of the action.

Conclusion

It is our view that Paula should be given the maximum opportunity to see the trust documents and to investigate the manner in which the trustees managed the affairs of the trust. We would wish to hear counsel as to the terms of any order which we should make in this respect, in particular as to the appropriate tribunal to entertain such an application (whether the master or the judge in chambers), the imposition of any time limits, and whether, prior to such application, Paula should have the right to have the trust documents produced to her: see *In re Londonderry's Settlement; Peat v Walsh* [1964] Ch. 594.

Subject thereto, the appeal and cross-appeal will be dismissed. The order of the judge refusing the respondents liberty to recoup their costs out of the trust fund will be set aside, and an order in the terms indicated above substituted.

(omissis)

Nota:

In questa Rivista, 2006, 443 [n.d.r.].

Progetto di legge per la limitazione del fenomeno dell'evasione fiscale

Stati Uniti

Disegno di legge 17 febbraio 2007, S. 681

S. 681: Stop Tax Haven Abuse Act
S 681 IS
110th CONGRESS
1st Session
S. 681

To restrict the use of offshore tax havens and abusive tax shelters to inappropriately avoid Federal taxation, and for other purposes.

IN THE SENATE OF THE UNITED STATES
February 17, 2007

Mr. LEVIN (for himself, Mr. COLEMAN, and Mr. OBAMA) introduced the following bill; which was read twice and referred to the Committee on Finance

A BILL

To restrict the use of offshore tax havens and abusive tax shelters to inappropriately avoid Federal taxation, and for other purposes.

Be it enacted by the Senate and House of Representatives of the United States of America in Congress assembled,

SECTION 1. SHORT TITLE; ETC.

(a) Short Title- This Act may be cited as the 'Stop Tax Haven Abuse Act'.

(b) Amendment of 1986 Code- Except as otherwise expressly provided, whenever in this Act an amendment or repeal is expressed in terms of an amendment to, or repeal of, a section or other provision, the reference shall be considered to be made to a section or other provision of the Internal Revenue Code of 1986.

(c) Table of Contents- The table of contents of this Act is as follows:

Sec. 1. Short title; etc.

TITLE I--DETERRING THE USE OF TAX HAVENS FOR TAX EVASION

Sec. 101. Establishing presumptions for entities and transactions involving offshore secrecy jurisdictions.

Sec. 102. Authorizing special measures against foreign jurisdictions, financial institutions, and others that impede United States tax enforcement.

Sec. 103. Allowing more time for investigations involving offshore secrecy jurisdictions.

Sec. 104. Reporting United States beneficial owners of foreign owned financial accounts.

Sec. 105. Preventing misuse of foreign trusts for tax evasion.

Sec. 106. Limitation on legal opinion protection from penalties with respect to transactions involving offshore secrecy jurisdictions.

TITLE II--OTHER MEASURES TO COMBAT TAX HAVEN AND TAX SHELTER ABUSES

Sec. 201. Penalty for failing to disclose offshore holdings.

Sec. 202. Deadline for anti-money laundering rule for hedge funds and private equity funds.

Sec. 203. Anti-money laundering requirements for formation agents.

Sec. 204. Strengthening summons in cases involving offshore secrecy jurisdictions.

Sec. 205. Improving enforcement of foreign financial account reporting.

TITLE III--COMBATING TAX SHELTER PROMOTERS

Sec. 301. Penalty for promoting abusive tax shelters.

Sec. 302. Penalty for aiding and abetting the understatement of tax liability.

Sec. 303. Prohibition on tax shelter patents.

Sec. 304. Prohibited fee arrangement.

Sec. 305. Preventing tax shelter activities by financial institutions.

Sec. 306. Information sharing for enforcement purposes.

Sec. 307. Disclosure of information to Congress.

Sec. 308. Tax opinion standards for tax practitioners.

Sec. 309. Denial of deduction for certain fines, penalties, and other amounts.

TITLE IV--REQUIRING ECONOMIC SUBSTANCE

Sec. 401. Clarification of economic substance doctrine.

Sec. 402. Penalty for understatements attributable to transactions lacking economic substance, etc.

Sec. 403. Denial of deduction for interest on underpayments attributable to noneconomic substance transactions.

TITLE I--DETERRING THE USE OF TAX HAVENS FOR TAX EVASION

SEC. 101. ESTABLISHING PRESUMPTIONS FOR ENTITIES AND TRANSACTIONS INVOLVING OFFSHORE SECRECY JURISDICTIONS.

(a) Presumptions for Internal Revenue Code of 1986-

(1) IN GENERAL- Chapter 76 is amended by inserting after section 7491 the following new subchapter:

'Subchapter F--Presumptions for Certain Legal Proceedings

'Sec. 7492. Presumptions pertaining to entities and transactions involving offshore secrecy jurisdictions.

Nota:

Si v. anche l'introduzione e i primi due punti del rapporto del 1° agosto 2006 del Permanent Subcommittee of Investigations del Senato degli Stati Uniti d'America intitolato "Tax Haven Abuses: the Enablers, the Tools and Secrecy" pubblicato in questa Rivista, 2007, 303.

Legislazione

'SEC. 7492. PRESUMPTIONS PERTAINING TO ENTITIES AND TRANSACTIONS INVOLVING OFFSHORE SECRECY JURISDICTIONS.

'(a) Control- For purposes of any United States civil judicial or administrative proceeding to determine or collect tax, there shall be a rebuttable presumption that a United States person (other than an entity with shares regularly traded on an established securities market) who directly or indirectly formed, transferred assets to, was a beneficiary of, or received money or property or the use thereof from an entity, including a trust, corporation, limited liability company, partnership, or foundation (other than an entity with shares regularly traded on an established securities market), formed, domiciled, or operating in an offshore secrecy jurisdiction, exercised control over such entity. The presumption of control created by this subsection shall not be applied to prevent the Secretary from determining or arguing the absence of control.

'(b) Transfers of Income- For purposes of any United States civil judicial or administrative proceeding to determine or collect tax, there shall be a rebuttable presumption that any amount or thing of value received by a United States person (other than an entity with shares regularly traded on an established securities market) directly or indirectly from an account or entity in an offshore secrecy jurisdiction, constitutes income of such person taxable in the year of receipt, and any amount or thing of value paid or transferred by or on behalf of a United States person (other than an entity with shares regularly traded on an established securities market) directly or indirectly to an account or entity in any such jurisdiction represents previously unreported income of such person taxable in the year of the transfer.

'(c) Rebutting the Presumptions- The presumptions established in this section may be rebutted only by clear and convincing evidence, including detailed documentary, testimonial, and transactional evidence, establishing that--

'(1) in subsection (a), such taxpayer exercised no control, directly or indirectly, over such entity at the time in question, and

'(2) in subsection (b), such amounts or things of value did not represent income related to such United States person.

Any court having jurisdiction of a civil proceeding in which control of such an offshore entity or the income character of such receipts or amounts transferred is an issue shall prohibit the introduction by the taxpayer of any foreign based document that is not authenticated in open court by a person with knowledge of such document, or any other evidence supplied by a person outside the jurisdiction of a United States court, unless such person appears before the court.'

(2) The table of subchapters for chapter 76 is amended by inserting after the item relating to subchapter E the following new item:

'subchapter f--presumptions for certain legal proceedings'.

(b) Definition of Offshore Secrecy Jurisdiction- Section 7701(a) is amended by adding at the end the following new paragraph:

'(50) OFFSHORE SECRECY JURISDICTION-

'(A) IN GENERAL- The term 'offshore secrecy jurisdiction' means any foreign jurisdiction which is listed by the Secretary as an offshore secrecy jurisdiction for purposes of this title.

'(B) DETERMINATION OF JURISDICTIONS ON LIST-

A jurisdiction shall be listed under paragraph (A) if the Secretary determines that such jurisdiction has corporate, business, bank, or tax secrecy rules and practices which, in the judgment of the Secretary, unreasonably restrict the ability of the United States to obtain information relevant to the enforcement of this title, unless the Secretary also determines that such country has effective information exchange practices.

'(C) SECRECY OR CONFIDENTIALITY RULES AND PRACTICES- For purposes of subparagraph (B), corporate, business, bank, or tax secrecy or confidentiality rules and practices include both formal laws and regulations and informal government or business practices having the effect of inhibiting access of law enforcement and tax administration authorities to beneficial ownership and other financial information.

'(D) INEFFECTIVE INFORMATION EXCHANGE PRACTICES- For purposes of subparagraph (B), a jurisdiction shall be deemed to have ineffective information exchange practices unless the Secretary determines, on an annual basis, that--

'(i) such jurisdiction has in effect a treaty or other information exchange agreement with the United States that provides for the prompt, obligatory, and automatic exchange of such information as is foreseeable relevant for carrying out the provisions of the treaty or agreement or the administration or enforcement of this title,

'(ii) during the 12-month period preceding the annual determination, the exchange of information between the United States and such jurisdiction was in practice adequate to prevent evasion or avoidance of United States income tax by United States persons and to enable the United States effectively to enforce this title, and

'(iii) during the 12-month period preceding the annual determination, such jurisdiction was not identified by an inter-governmental group or organization of which the United States is a member as uncooperative with international tax enforcement or information exchange and the United States concurs in such identification.

'(E) INITIAL LIST OF OFFSHORE SECRECY JURISDICTIONS- For purposes of this paragraph, each of the following foreign jurisdictions, which have been previously and publicly identified by the Internal Revenue Service as secrecy jurisdictions in Federal court proceedings, shall be deemed listed by the Secretary as an offshore secrecy jurisdiction unless delisted by the Secretary under subparagraph (F)(ii):

'(i) Anguilla.

'(ii) Antigua and Barbuda.

'(iii) Aruba.

'(iv) Bahamas.

'(v) Barbados.

'(vi) Belize.

'(vii) Bermuda.

'(viii) British Virgin Islands.

'(ix) Cayman Islands.

'(x) Cook Islands.

'(xi) Costa Rica.

'(xii) Cyprus.

'(xiii) Dominica.

'(xiv) Gibraltar.

'(xv) Grenada.

'(xvi) Guernsey/Sark/Alderney.

- '(xvii) Hong Kong.
- '(xviii) Isle of Man.
- '(xix) Jersey.
- '(xx) Latvia.
- '(xxi) Liechtenstein.
- '(xxii) Luxembourg.
- '(xxiii) Malta.
- '(xxiv) Nauru.
- '(xxv) Netherlands Antilles.
- '(xxvi) Panama.
- '(xxvii) Samoa.
- '(xxviii) St. Kitts and Nevis.
- '(xxix) St. Lucia.
- '(xxx) St. Vincent and the Grenadines.
- '(xxxi) Singapore.
- '(xxxii) Switzerland.
- '(xxxiii) Turks and Caicos.
- '(xxxiv) Vanuatu.

'(F) MODIFICATIONS TO LIST- The Secretary--

'(i) shall add to the list under paragraph (A) jurisdictions which meet the requirements of paragraph (B), and

'(ii) may remove from such list only those jurisdictions which meet none of the requirements of paragraph (B).'

(c) Presumptions for Securities Law Purposes- Section 21 of the Securities Exchange Act of 1934 (15 U.S.C. 78u) is amended by adding at the end the following the following new subsection:

'(j) Presumptions Pertaining to Control and Beneficial Ownership-

'(1) CONTROL- For purposes of any civil judicial or administrative proceeding under this title, there shall be a rebuttable presumption that a United States person (other than an entity with shares regularly traded on an established securities market) who directly or indirectly formed, transferred assets to, was a beneficiary of, or received money or property or the use thereof from an entity, including a trust, corporation, limited liability company, partnership, or foundation (other than an entity with shares regularly traded on an established securities market), formed, domiciled, or operating in an offshore secrecy jurisdiction (as defined in section 7701(a)(50) of the Internal Revenue Code of 1986), exercised control over such entity. The presumption of control created by this paragraph shall not be applied to prevent the Commission from determining or arguing the absence of control.

'(2) BENEFICIAL OWNERSHIP- For purposes of any civil judicial or administrative proceeding under this title, there shall be a rebuttable presumption that securities that are nominally owned by an entity, including a trust, corporation, limited liability company, partnership, or foundation (other than an entity with shares regularly traded on an established securities market), formed, domiciled, or operating in an offshore secrecy jurisdiction (as so defined), are beneficially owned by any United States person (other than an entity with shares regularly traded on an established securities market) who directly or indirectly exercised control over such entity. The presumption of beneficial ownership created by this paragraph shall not be applied to prevent the Commission from determining or arguing the absence of beneficial ownership.'

(d) Presumption for Reporting Purposes Relating to Foreign

Financial Accounts- Section 5314 of title 31, United States Code, is amended by adding at the end the following:

'(d) Rebuttable Presumption- For purposes of this section, there shall be a rebuttable presumption that any account with a financial institution formed, domiciled, or operating in an offshore secrecy jurisdiction (as defined in section 7701(a)(50) of the Internal Revenue Code of 1986) contains funds in an amount that is at least sufficient to require a report prescribed by regulations under this section.'

(e) Regulatory Authority and Effective Date-

(1) REGULATORY AUTHORITY- Not later than 180 days after the date of the enactment of this Act, the Secretary of the Treasury and the Chairman of the Securities and Exchange Commission shall each adopt regulations or other guidance necessary to implement the amendments made by this section. The Secretary and the Chairman may by regulation or guidance provide that the presumption of control shall not extend to particular classes of transactions, such as corporate reorganizations, if either determines that applying such amendments to such transactions is not necessary to carry out the purposes of such amendments.

(2) EFFECTIVE DATE- The amendments made by this section shall take effect on the date of the enactment of this Act.

SEC. 102. AUTHORIZING SPECIAL MEASURES AGAINST FOREIGN JURISDICTIONS, FINANCIAL INSTITUTIONS, AND OTHERS THAT IMPEDE UNITED STATES TAX ENFORCEMENT.

Section 5318A of title 31, United States Code, is amended--

(1) by striking the section heading and inserting the following:

'Sec. 5318A. Special measures for jurisdictions, financial institutions, or international transactions that are of primary money laundering concern or impede United States tax enforcement';

(2) in subsection (a), by striking the subsection heading and inserting the following:

'(a) Special Measures To Counter Money Laundering and Efforts To Impede United States Tax Enforcement-';

(3) in subsection (c), by striking the subsection heading and inserting the following:

'(c) Consultations and Information To Be Considered in Finding Jurisdictions, Institutions, Types of Accounts, or Transactions To Be of Primary Money Laundering Concern or To Be Impeding United States Tax Enforcement-';

(4) in subsection (a)(1), by inserting 'or is impeding United States tax enforcement' after 'primary money laundering concern';

(5) in subsection (a)(4)--

(A) in subparagraph (A)--

(i) by inserting 'in matters involving money laundering,' before 'shall consult'; and

(ii) by striking 'and' at the end;

(B) by redesignating subparagraph (B) as subparagraph (C); and

(C) by inserting after subparagraph (A) the following:

'(B) in matters involving United States tax enforcement, shall consult with the Commissioner of the Internal Revenue Service, the Secretary of State, the Attorney General of the

Legislazione

United States, and in the sole discretion of the Secretary, such other agencies and interested parties as the Secretary may find to be appropriate; and';

(6) in each of paragraphs (1)(A), (2), (3), and (4) of subsection (b), by inserting 'or to be impeding United States tax enforcement' after 'primary money laundering concern' each place that term appears;

(7) in subsection (b), by striking paragraph (5) and inserting the following:

'(5) PROHIBITIONS OR CONDITIONS ON OPENING OR MAINTAINING CERTAIN CORRESPONDENT OR PAYABLE-THROUGH ACCOUNTS OR AUTHORIZING CERTAIN CREDIT CARDS- If the Secretary finds a jurisdiction outside of the United States, 1 or more financial institutions operating outside of the United States, or 1 or more classes of transactions within or involving a jurisdiction outside of the United States to be of primary money laundering concern or to be impeding United States tax enforcement, the Secretary, in consultation with the Secretary of State, the Attorney General of the United States, and the Chairman of the Board of Governors of the Federal Reserve System, may prohibit, or impose conditions upon--

'(A) the opening or maintaining in the United States of a correspondent account or payable-through account; or

'(B) the authorization, approval, or use in the United States of a credit card, charge card, debit card, or similar credit or debit financial instrument by any domestic financial institution, financial agency, or credit card company or association, for or on behalf of a foreign banking institution, if such correspondent account, payable-through account, credit card, charge card, debit card, or similar credit or debit financial instrument, involves any such jurisdiction or institution, or if any such transaction may be conducted through such correspondent account, payable-through account, credit card, charge card, debit card, or similar credit or debit financial instrument.'; and

(8) in subsection (c)(1), by inserting 'or is impeding United States tax enforcement' after 'primary money laundering concern';

(9) in subsection (c)(2)(A)--

(A) in clause (ii), by striking 'bank secrecy or special regulatory advantages' and inserting 'bank, tax, corporate, trust, or financial secrecy or regulatory advantages';

(B) in clause (iii), by striking 'supervisory and counter-money' and inserting 'supervisory, international tax enforcement, and counter-money';

(C) in clause (v), by striking 'banking or secrecy' and inserting 'banking, tax, or secrecy'; and

(D) in clause (vi), by inserting ', tax treaty, or tax information exchange agreement' after 'treaty';

(10) in subsection (c)(2)(B)--

(A) in clause (i), by inserting 'or tax evasion' after 'money laundering'; and

(B) in clause (iii), by inserting ', tax evasion,' after 'money laundering'; and

(11) in subsection (d), by inserting 'involving money laundering, and shall notify, in writing, the Committee on Finance of the Senate and the Committee on Ways and Means of the House of Representatives of any such action involving United States tax enforcement' after 'such action'.

SEC. 103. ALLOWING MORE TIME FOR INVESTIGATIONS INVOLVING OFFSHORE SECRECY JURISDICTIONS.

(a) In General- Section 6501(c) is amended by adding at the end the following new paragraph:

'(11) RETURNS INVOLVING OFFSHORE SECRECY JURISDICTIONS- In the case of a return for a year in which the taxpayer directly or indirectly formed, owned, transferred assets to, was a beneficiary of, or received money or property or the use thereof from a financial account or an entity, including a trust, corporation, limited liability company, partnership, or foundation (other than an entity with shares regularly traded on an established securities market) formed, located, domiciled or operating in an offshore secrecy jurisdiction, the tax may be assessed, or a proceeding in court for the collection of such tax may be begun without assessment, at any time within 6 years after the return was filed.'

(b) Effective Date- The amendment made by this section shall apply to--

(1) returns filed after the date of the enactment of this Act, and

(2) returns filed on or before such date if the period specified in section 6501 of the Internal Revenue Code of 1986 (determined without regard to the amendments made by subsection (a)) for assessment of such taxes has not expired as of such date.

SEC. 104. REPORTING UNITED STATES BENEFICIAL OWNERS OF FOREIGN OWNED FINANCIAL ACCOUNTS.

(a) In General- Subpart B of part III of subchapter A of chapter 61 is amended by inserting after section 6045 the following new sections:

'SEC. 6045A. RETURNS REGARDING UNITED STATES BENEFICIAL OWNERS OF FOREIGN OWNED FINANCIAL ACCOUNTS.

'(a) Requirement of Return- If--

'(1) any withholding agent under sections 1441 and 1442 has the control, receipt, custody, disposal, or payment of any amount constituting gross income from sources within the United States of any foreign entity, including a trust, corporation, limited liability company, partnership, or foundation (other than an entity with shares regularly traded on an established securities market), and

'(2) such withholding agent determines for purposes of titles 14, 18, or 31 of the United States Code that a United States person has any beneficial interest in the foreign entity or in the account in such entity's name (hereafter in this section referred to as 'United States beneficial owner'),

then the withholding agent shall make a return according to the forms or regulations prescribed by the Secretary.

'(b) Required Information- For purposes of subsection (a) the information required to be included on the return shall include--

'(1) the name, address, and, if known, the taxpayer identification number of the United States beneficial owner,

'(2) the known facts pertaining to the relationship of such United States beneficial owner to the foreign entity and the account,

'(3) the gross amount of income from sources within the

United States (including gross proceeds from brokerage transactions), and

'(4) such other information as the Secretary may by forms or regulations provide.

'(c) Statements To Be Furnished to Beneficial Owners With Respect to Whom Information Is Required To Be Reported- A withholding agent required to make a return under subsection (a) shall furnish to each United States beneficial owner whose name is required to be set forth in such return a statement showing--

'(1) the name, address, and telephone number of the information contact of the person required to make such return, and

'(2) the information required to be shown on such return with respect to such United States beneficial owner.

The written statement required under the preceding sentence shall be furnished to the United States beneficial owner on or before January 31 of the year following the calendar year for which the return under subsection (a) was required to be made. In the event the person filing such return does not have a current address for the United States beneficial owner, such written statement may be mailed to the address of the foreign entity.

'(d) Cross Reference-

'For provisions relating to penalties for failure to file returns and reports, see sections 6721, 7203, and 7206(1).

SEC. 6045B. RETURNS BY FINANCIAL INSTITUTIONS REGARDING ESTABLISHMENT OF ACCOUNTS AND CREATION OF ENTITIES IN OFFSHORE SECRECY JURISDICTIONS.

'(a) Requirement of Return- Any financial institution directly or indirectly--

'(1) opening a bank, brokerage, or other financial account, or

'(2) forming or acquiring an entity, including a trust, corporation, limited liability company, partnership, or foundation (other than an entity with shares regularly traded on an established securities market),

in an offshore secrecy jurisdiction at the direction of, on behalf of, or for the benefit of a United States person shall make a return according to the forms or regulations prescribed by the Secretary.

'(b) Required Information- For purposes of subsection (a) the information required to be included on the return shall include--

'(1) the name, address, and taxpayer identification number of such United States person,

'(2) the name and address of the financial institution at which a financial account is opened, the type of account, the account number, the name under which the account was opened, and the amount of the initial deposit,

'(3) the name and address of an entity formed or acquired, the type of entity, and the name and address of any company formation agent or other professional employed to form or acquire the entity, and

'(4) such other information as the Secretary may by forms or regulations provide.

'(c) Statements To Be Furnished to United States Persons With Respect to Whom Information Is Required To Be Reported- A financial institution required to make a return under subsection (a) shall furnish to each United States person whose

name is required to be set forth in such return a statement showing--

'(1) the name, address, and telephone number of the information contact of the person required to make such return, and

'(2) the information required to be shown on such return with respect to such United States person.

The written statement required under the preceding sentence shall be furnished to such United States person on or before January 31 of the year following the calendar year for which the return under subsection (a) was required to be made.

'(d) Exemption- The Secretary may by regulations exempt any class of United States persons or any class of accounts or entities from the requirements of this section if the Secretary determines that applying this section to such persons, accounts, or entities is not necessary to carry out the purposes of this section.

'(e) Cross Reference-

'For provisions relating to penalties for failure to file returns and reports required under this section, see sections 6721, 7203, and 7206(1).'

(b) Clerical Amendment- The table of sections for such subpart is amended by inserting after the item relating to section 6045 the following new items:

'Sec. 6045A. Returns regarding United States beneficial owners of foreign owned financial accounts.

'Sec. 6045B. Returns by financial institutions regarding establishment of accounts and creation of entities in offshore secrecy jurisdictions.'

(c) Additional Penalties-

(1) ADDITIONAL PENALTIES ON BANKS- Section 5239(b)(1) of the Revised Statutes (12 U.S.C. 93(b)(1)) is amended by inserting 'or any of the provisions of section 6045B of the Internal Revenue Code of 1986,' after 'any regulation issued pursuant to,'

(2) ADDITIONAL PENALTIES ON SECURITIES FIRMS- Section 21(d)(3)(A) of the Securities Exchange Act of 1934 (15 U.S.C. 78u(d)(3)(A)) is amended by inserting 'any of the provisions of section 6045B of the Internal Revenue Code of 1986,' after 'the rules or regulations thereunder,'

(d) Regulatory Authority and Effective Date-

(1) REGULATORY AUTHORITY- Not later than 180 days after the date of the enactment of this Act, the Secretary of the Treasury shall adopt regulations, forms, or other guidance necessary to implement this section.

(2) EFFECTIVE DATE- Section 6045A of the Internal Revenue Code of 1986 (as added by this section) and the amendment made by subsection (c)(1) shall take effect with respect to amounts paid into foreign owned accounts after December 31 of the year of the date of the enactment of this Act. Section 6045B of such Code (as so added) and the amendment made by subsection (c)(2) shall take effect with respect to accounts opened or entities formed or acquired after December 31 of the year of the date of the enactment of this Act.

SEC. 105. PREVENTING MISUSE OF FOREIGN TRUSTS FOR TAX EVASION.

(a) Attribution of Trust Protector Powers to Grantors- Section 672 is amended by redesignating subsection (f) as subsection (g) and by inserting after subsection (e) the following new subsection:

Legislazione

'(f) Grantor Treated as Holding Any Power or Interest of Trust Protector or Enforcer- For purposes of this subpart, a grantor shall be treated as holding any power or interest held by any trust protector or trust enforcer or similar person appointed to advise, influence, oversee, or veto the actions of the trustee.'

(b) Treatment of United States Recipients of Foreign Trust Assets as Trust Beneficiaries- Section 679 is amended by redesignating subsections (c) and (d) as subsections (d) and (e), respectively, and by inserting after subsection (b) the following new subsection:

'(c) Certain United States Persons Treated as Beneficiaries- Any United States person receiving from a foreign trust cash or other property, or receiving the use thereof, shall be treated as a beneficiary of such trust regardless of whether such person is a named beneficiary, except to the extent that such person paid fair market value for the benefit received.'

(c) Treatment of Foreign Trust Transfers of Real Estate, Artwork, or Jewelry Consistently With Transfers of Securities- Section 643(i)(1) is amended by striking 'or marketable securities' and inserting 'or other property, including real estate, marketable securities, artwork, jewelry, and other personal property.'

(d) Treatment of Trusts With Future or Contingent United States Beneficiaries- Section 679(a)(1) is amended--

(1) by inserting 'or for any subsequent year' after 'such year', and

(2) by inserting '(including a contingent beneficiary)' after 'beneficiary'.

SEC. 106. LIMITATION ON LEGAL OPINION PROTECTION FROM PENALTIES WITH RESPECT TO TRANSACTIONS INVOLVING OFFSHORE SECRECY JURISDICTIONS.

(a) In General- Section 6664 is amended by adding at the end the following new subsection:

'(e) Certain Opinions May Not Be Relied Upon- For purposes of this part, an opinion of a tax advisor may not be relied upon to establish that there was reasonable cause for any portion of an underpayment, or that the taxpayer acted in good faith with respect to such portion, if such portion is attributable to a transaction any part of which involves an entity or financial account in an offshore secrecy jurisdiction.'

(b) Regulatory Authority- The Secretary of the Treasury may by regulation or guidance provide that subsection (e) of section 6664 of the Internal Revenue Code of 1986, as added by subsection (a), does not apply to legal opinions that express a confidence level that substantially exceeds the 'more likely than not' confidence level; or that such subsection does not apply to classes of transactions, such as corporate reorganizations, where the Secretary determines that applying such subsection to such transactions is not necessary to carry out the purposes of such subsection.

TITLE II--OTHER MEASURES TO COMBAT TAX HAVEN AND TAX SHELTER ABUSES

SEC. 201. PENALTY FOR FAILING TO DISCLOSE OFFSHORE HOLDINGS.

(a) Securities Exchange Act of 1934- Section 21(d)(3)(B) of

the Securities Exchange Act of 1934 (15 U.S.C. 78u(d)(3)(B)) is amended by adding at the end the following:

'(iv) FOURTH TIER- Notwithstanding clauses (i), (ii), and (iii), the amount of the penalty for each such violation shall not exceed \$1,000,000 for any person if the violation described in subparagraph (A) involved a knowing failure to disclose any holding or transaction involving equity or debt instruments of an issuer and known by such person to involve a foreign entity, including any trust, corporation, limited liability company, partnership, or foundation that is directly or indirectly controlled by such person, and which would have been otherwise subject to disclosure by such person under this title.'

(b) Securities Act of 1933- Section 20(d)(2) of the Securities Act of 1933 (15 U.S.C. 77t(d)(2)) is amended by adding at the end the following:

'(D) FOURTH TIER- Notwithstanding subparagraphs (A), (B), and (C), the amount of penalty for each such violation shall not exceed \$1,000,000 for any person, if the violation described in paragraph (1) involved a knowing failure to disclose any holding or transaction involving equity or debt instruments of an issuer and known by such person to involve a foreign entity, including any trust, corporation, limited liability company, partnership, or foundation, directly or indirectly controlled by such person, and which would have been otherwise subject to disclosure by such person under this title.'

(c) Investment Company Act of 1940- Section 9(d)(2) of the Investment Company Act of 1940 (15 U.S.C. 80a-9(d)(2)) is amended by adding at the end the following:

'(D) FOURTH TIER- Notwithstanding subparagraphs (A), (B), and (C), the amount of penalty for each such violation shall not exceed \$1,000,000 for any person, if the violation described in paragraph (1) involved a knowing failure to disclose any holding or transaction involving equity or debt instruments of an issuer and known by such person to involve a foreign entity, including any trust, corporation, limited liability company, partnership, or foundation, directly or indirectly controlled by such person, and which would have been otherwise subject to disclosure by such person under this title.'

(d) Investment Advisers Act of 1940- Section 203(i)(2) of the Investment Advisers Act of 1940 (15 U.S.C. 80b-3(i)(2)) is amended by adding at the end the following:

'(D) FOURTH TIER- Notwithstanding subparagraphs (A), (B), and (C), the amount of penalty for each such violation shall not exceed \$1,000,000 for any person, if the violation described in paragraph (1) involved a knowing failure to disclose any holding or transaction involving equity or debt instruments of an issuer and known by such person to involve a foreign entity, including any trust, corporation, limited liability company, partnership, or foundation, directly or indirectly controlled by such person, and which would have been otherwise subject to disclosure by such person under this title.'

SEC. 202. DEADLINE FOR ANTI-MONEY LAUNDERING RULE FOR HEDGE FUNDS AND PRIVATE EQUITY FUNDS.

(a) In General- Not later than 180 days after the date of the enactment of this Act, the Secretary of the Treasury, in consultation with the Chairman of the Securities and Exchange Commission and the Chairman of the Commodity Futures Trading

Commission, shall publish a final rule in the Federal Register requiring unregistered investment companies, including hedge funds or private equity funds, to establish anti-money laundering programs and submit suspicious activity reports under subsections (g) and (h) of section 5318 of title 31, United States Code.

(b) Contents- The final rule published under this section--

(1) shall require, at a minimum, that to safeguard against terrorist financing and money laundering, all unregistered investment companies shall--

(A) use due diligence to identify and evaluate any foreign person (including the nominal and beneficial owner or beneficiary of a foreign corporation, partnership, trust, or other foreign entity) planning to supply or supplying funds to be invested with the advice or assistance of that unregistered investment company; and

(B) be subject to section 5318(k)(2) of title 31, United States Code; and

(2) may incorporate aspects of the proposed rule for unregistered investment companies published in the Federal Register on September 26, 2002 (67 Fed. Reg. 60617) (relating to anti-money laundering programs).

(c) Definitions- In this section--

(1) the terms 'investment company' and 'issuer' have the same meanings as in section 2 of the Investment Company Act of 1940 (15 U.S.C. 80a-2); and

(2) the term 'unregistered investment company' means an issuer that would be an investment company, but for the exclusion under paragraph (1) or (7) of section 3(c) of the Investment Company Act of 1940 (15 U.S.C. 80a-3(c)).

SEC. 203. ANTI-MONEY LAUNDERING REQUIREMENTS FOR FORMATION AGENTS.

(a) Anti-Money Laundering Obligations for Formation Agents- Section 5312(a)(2) of title 31, United States Code, is amended, by--

(1) in subparagraph (Y), by striking 'or' at the end;

(2) by redesignating subparagraph (Z) as subparagraph (AA); and

(3) by inserting after subparagraph (Y) the following:

'(Z) persons involved in forming new corporations, limited liability companies, partnerships, trusts, or other legal entities; or'

(b) Deadline for Anti-Money Laundering Rule for Formation Agents- Not later than 90 days after the date of the enactment of this Act, after consulting with the Attorney General of the United States, the Commissioner of the Internal Revenue Service, and Chairman of the Securities and Exchange Commission, the Secretary of the Treasury shall publish a proposed rule in the Federal Register requiring persons described in section 5312(a)(2)(Z) of title 31, United States Code, as added by this section, to establish anti-money laundering programs under subsection (h) of section 5318 of that title. The Secretary shall publish such rule in final form in the Federal Register not later than 180 days after the date of the enactment of this Act.

SEC. 204. STRENGTHENING SUMMONS IN CASES INVOLVING OFFSHORE SECRECY JURISDICTIONS.

(a) In General- Subsection (f) of section 7609 is amended to read as follows:

'(f) Additional Requirement in the Case of a John Doe Summons-

'(1) GENERAL RULE- Any summons described in subsection (c)(1) which does not identify the person with respect to whose liability the summons is issued may be served only after a court proceeding in which the Secretary establishes that--

'(A) the summons relates to the investigation of a particular person or ascertainable group or class of persons,

'(B) there is a reasonable basis for believing that such person or group or class of persons may fail or may have failed to comply with any provision of any internal revenue law, and

'(C) the information sought to be obtained from the examination of the records or testimony (and the identity of the person or persons with respect to whose liability the summons is issued) is not readily available from other sources.

'(2) EXCEPTION- Paragraph (1) shall not apply to any summons which specifies that it is limited to information regarding a United States correspondent account (as defined in section 5318A(e)(1)(B) of title 31, United States Code) or a United States payable-through account (as defined in section 5318A(e)(1)(C) of such title) of a financial institution in an offshore secrecy jurisdiction.

'(3) PRESUMPTION IN CASES INVOLVING OFFSHORE SECRECY JURISDICTIONS- For purposes of this section, in any case in which the particular person or ascertainable group or class of persons have financial accounts in or transactions related to offshore secrecy jurisdictions, there shall be a presumption that there is a reasonable basis for believing that such person or group or class of persons may fail or may have failed to comply with provisions of internal revenue law.

'(4) PROJECT JOHN DOE SUMMONSES-

'(A) IN GENERAL- Notwithstanding the requirements of paragraph (1), the Secretary may issue a summons described in paragraph (1) if the summons--

'(i) relates to a project which is approved under subparagraph (B),

'(ii) is issued to a person who is a member of the group or class established under subparagraph (B)(i), and

'(iii) is issued within 3 years of the date on which such project was approved under subparagraph (B).

'(B) APPROVAL OF PROJECTS- A project may only be approved under this subparagraph after a court proceeding in which the Secretary establishes that--

'(i) any summons issues with respect to the project will be issued to a member of an ascertainable group or class of persons, and

'(ii) any summons issued with respect to such project will meet the requirements of subparagraphs (A), (B), and (C) of paragraph (1).

'(C) EXTENSION- Upon application of the Secretary, the court may extend the time for issuing such summonses under subparagraph (A)(i) for additional 3-year periods, but only if the court continues to exercise oversight of such project under subparagraph (D).

'(D) ONGOING COURT OVERSIGHT- During any period in which the Secretary is authorized to issue summonses in relation to a project approved under subparagraph (B) (including during any extension under subparagraph (C)), the Secretary shall report annually to the court on the use of such authority,

Legislazione

provide copies of all summonses with such report, and comply with the court's direction with respect to the issuance of any John Doe summons under such project.'

(b) Jurisdiction of Court-

(1) IN GENERAL- Paragraph (1) of section 7609(h) is amended by inserting after the first sentence the following new sentence: 'Any United States district court in which a member of the group or class to which a summons may be issued resides or is found shall have jurisdiction to hear and determine the approval of a project under subsection (f)(4)(B).'

(2) CONFORMING AMENDMENT- The first sentence of section 7609(h)(1) is amended by striking '(f)' and inserting '(f)(1)'.
 (c) Effective Date- The amendments made by this section shall apply to summonses issued after the date of the enactment of this Act.

(d) GAO Report- Not later than the date which is 5 years after the date of the enactment of this Act, the Comptroller General of the United States shall issue a report on the implementation of section 7609(f)(4) of the Internal Revenue Code of 1986, as added by this section.

SEC. 205. IMPROVING ENFORCEMENT OF FOREIGN FINANCIAL ACCOUNT REPORTING.

(a) Clarifying the Connection of Foreign Financial Account Reporting to Tax Administration- Paragraph (4) of section 6103(b) (relating to tax administration) is amended by adding at the end the following new sentence:

'For purposes of clause (i), section 5314 of title 31, United States Code, and sections 5321 and 5322 of such title (as such sections pertain to such section 5314), shall be considered to be an internal revenue law.'

(b) Simplifying the Calculation of Foreign Financial Account Reporting Penalties- Section 5321(a)(5)(D)(ii) of title 31, United States Code, is amended by striking 'the balance in the account at the time of the violation' and inserting 'the highest balance in the account during the reporting period to which the violation relates'.

(c) Clarifying the Use of Suspicious Activity Reports Under the Bank Secrecy Act for Civil Tax Law Enforcement- Section 5319 of title 31, United States Code, is amended by inserting 'the civil and criminal enforcement divisions of the Internal Revenue Service,' after 'including'.

TITLE III--COMBATING TAX SHELTER PROMOTERS

SEC. 301. PENALTY FOR PROMOTING ABUSIVE TAX SHELTERS.

(a) Penalty for Promoting Abusive Tax Shelters- Section 6700 (relating to promoting abusive tax shelters, etc.) is amended--

(1) by redesignating subsections (b) and (c) as subsections (d) and (e), respectively,

(2) by striking 'a penalty' and all that follows through the period in the first sentence of subsection (a) and inserting 'a penalty determined under subsection (b)', and

(3) by inserting after subsection (a) the following new subsections:

'(b) Amount of Penalty; Calculation of Penalty; Liability for Penalty-

'(1) AMOUNT OF PENALTY- The amount of the penalty imposed by subsection (a) shall not exceed 150 percent of the gross income derived (or to be derived) from such activity by the person or persons subject to such penalty.

'(2) CALCULATION OF PENALTY- The penalty amount determined under paragraph (1) shall be calculated with respect to each instance of an activity described in subsection (a), each instance in which income was derived by the person or persons subject to such penalty, and each person who participated in such an activity.

'(3) LIABILITY FOR PENALTY- If more than 1 person is liable under subsection (a) with respect to such activity, all such persons shall be jointly and severally liable for the penalty under such subsection.

'(c) Penalty Not Deductible- The payment of any penalty imposed under this section or the payment of any amount to settle or avoid the imposition of such penalty shall not be considered an ordinary and necessary expense in carrying on a trade or business for purposes of this title and shall not be deductible by the person who is subject to such penalty or who makes such payment.'

(b) Conforming Amendment- Section 6700(a) is amended by striking the last sentence.

(c) Effective Date- The amendments made by this section shall apply to activities after the date of the enactment of this Act.

SEC. 302. PENALTY FOR AIDING AND ABETTING THE UNDERSTATEMENT OF TAX LIABILITY.

(a) In General- Section 6701(a) (relating to imposition of penalty) is amended--

(1) by inserting 'the tax liability or' after 'respect to,' in paragraph (1),

(2) by inserting 'aid, assistance, procurement, or advice with respect to such' before 'portion' both places it appears in paragraphs (2) and (3), and

(3) by inserting 'instance of aid, assistance, procurement, or advice or each such' before 'document' in the matter following paragraph (3).

(b) Amount of Penalty- Subsection (b) of section 6701 (relating to penalties for aiding and abetting understatement of tax liability) is amended to read as follows:

'(b) Amount of Penalty; Calculation of Penalty; Liability for Penalty-

'(1) AMOUNT OF PENALTY- The amount of the penalty imposed by subsection (a) shall not exceed 150 percent of the gross income derived (or to be derived) from such aid, assistance, procurement, or advice provided by the person or persons subject to such penalty.

'(2) CALCULATION OF PENALTY- The penalty amount determined under paragraph (1) shall be calculated with respect to each instance of aid, assistance, procurement, or advice described in subsection (a), each instance in which income was derived by the person or persons subject to such penalty, and each person who made such an understatement of the liability for tax.

'(3) LIABILITY FOR PENALTY- If more than 1 person is

liable under subsection (a) with respect to providing such aid, assistance, procurement, or advice, all such persons shall be jointly and severally liable for the penalty under such subsection.’

(c) **Penalty Not Deductible-** Section 6701 is amended by adding at the end the following new subsection:

‘(g) **Penalty Not Deductible-** The payment of any penalty imposed under this section or the payment of any amount to settle or avoid the imposition of such penalty shall not be considered an ordinary and necessary expense in carrying on a trade or business for purposes of this title and shall not be deductible by the person who is subject to such penalty or who makes such payment.’

(d) **Effective Date-** The amendments made by this section shall apply to activities after the date of the enactment of this Act.

SEC. 303. PROHIBITION ON TAX SHELTER PATENTS.

(a) **In General-** Section 102 of title 35, United States Code, is amended--

(1) by redesignating subsection (g) as subsection (h); and

(2) by inserting after subsection (f) the following:

‘(g) the invention is designed to minimize, avoid, defer, or otherwise affect the liability for Federal, State, local, or foreign tax, or’.

(b) **Effective Date and Application-** The amendment made by this section shall take effect on the date of the enactment of this Act and apply to any application for a patent that has not been granted by that date.

SEC. 304. PROHIBITED FEE ARRANGEMENT.

(a) **In General-** Section 6701, as amended by this Act, is amended--

(1) by redesignating subsections (f) and (g) as subsections (g) and (h), respectively,

(2) by striking ‘subsection (a).’ in paragraphs (2) and (3) of subsection (g) (as redesignated by paragraph (1)) and inserting ‘subsection (a) or (f).’, and

(3) by inserting after subsection (e) the following new subsection:

‘(f) **Prohibited Fee Arrangement-**

‘(1) **IN GENERAL-** Any person who makes an agreement for, charges, or collects a fee which is for services provided in connection with the internal revenue laws, and the amount of which is calculated according to, or is dependent upon, a projected or actual amount of--

‘(A) tax savings or benefits, or

‘(B) losses which can be used to offset other taxable income, shall pay a penalty with respect to each such fee activity in the amount determined under subsection (b).

‘(2) **RULES-** The Secretary may issue rules to carry out the purposes of this subsection and may provide exceptions for fee arrangements that are in the public interest.’.

(b) **Effective Date-** The amendments made by this section shall apply to fee agreements, charges, and collections made after the date of the enactment of this Act.

SEC. 305. PREVENTING TAX SHELTER ACTIVITIES BY FINANCIAL INSTITUTIONS.

(a) **Examinations-**

(1) **DEVELOPMENT OF EXAMINATION TECHNIQUES-** Each of the Federal banking agencies and the Commission shall, in consultation with the Internal Revenue Service, develop examination techniques to detect potential violations of section 6700 or 6701 of the Internal Revenue Code of 1986, by depository institutions, brokers, dealers, and investment advisers, as appropriate.

(2) **IMPLEMENTATION-** Each of the Federal banking agencies and the Commission shall implement the examination techniques developed under paragraph (1) with respect to each of the depository institutions, brokers, dealers, or investment advisers subject to their enforcement authority. Such examination shall, to the extent possible, be combined with any examination by such agency otherwise required or authorized by Federal law.

(b) **Report to Internal Revenue Service-** In any case in which an examination conducted under this section with respect to a financial institution or other entity reveals a potential violation, such agency shall promptly notify the Internal Revenue Service of such potential violation for investigation and enforcement by the Internal Revenue Service, in accordance with applicable provisions of law.

(c) **Report to Congress-** The Federal banking agencies and the Commission shall submit a joint written report to Congress in 2009 and 2012 on their progress in preventing violations of sections 6700 and 6701 of the Internal Revenue Code of 1986, by depository institutions, brokers, dealers, and investment advisers, as appropriate.

(d) **Definitions-** For purposes of this section--

(1) the terms ‘broker’, ‘dealer’, and ‘investment adviser’ have the same meanings as in section 3 of the Securities Exchange Act of 1934 (15 U.S.C. 78c);

(2) the term ‘Commission’ means the Securities and Exchange Commission;

(3) the term ‘depository institution’ has the same meaning as in section 3(c) of the Federal Deposit Insurance Act (12 U.S.C. 1813(c));

(4) the term ‘Federal banking agencies’ has the same meaning as in section 3(q) of the Federal Deposit Insurance Act (12 U.S.C. 1813(q)); and

(5) the term ‘Secretary’ means the Secretary of the Treasury.

SEC. 306. INFORMATION SHARING FOR ENFORCEMENT PURPOSES.

(a) **Promotion of Prohibited Tax Shelters or Tax Avoidance Schemes-** Section 6103(h) (relating to disclosure to certain Federal officers and employees for purposes of tax administration, etc.) is amended by adding at the end the following new paragraph:

‘(7) **DISCLOSURE OF RETURNS AND RETURN INFORMATION RELATED TO PROMOTION OF PROHIBITED TAX SHELTERS OR TAX AVOIDANCE SCHEMES-**

‘(A) **WRITTEN REQUEST-** Upon receipt by the Secretary of a written request which meets the requirements of subparagraph (B) from the head of the United States Securities and Exchange Commission, an appropriate Federal banking agency as defined under section 1813(q) of title 12, United States Code, or the Public Company Accounting Oversight Board, a return or return information shall be disclosed to such

Legislazione

requestor's officers and employees who are personally and directly engaged in an investigation, examination, or proceeding by such requestor to evaluate, determine, penalize, or deter conduct by a financial institution, issuer, or public accounting firm, or associated person, in connection with a potential or actual violation of section 6700 (promotion of abusive tax shelters), 6701 (aiding and abetting understatement of tax liability), or activities related to promoting or facilitating inappropriate tax avoidance or tax evasion. Such disclosure shall be solely for use by such officers and employees in such investigation, examination, or proceeding. In the discretion of the Secretary, such disclosure may take the form of the participation of Internal Revenue Service employees in a joint investigation, examination, or proceeding with the Securities Exchange Commission, Federal banking agency, or Public Company Accounting Oversight Board.

'(B) REQUIREMENTS- A request meets the requirements of this subparagraph if it sets forth--

'(i) the nature of the investigation, examination, or proceeding,

'(ii) the statutory authority under which such investigation, examination, or proceeding is being conducted,

'(iii) the name or names of the financial institution, issuer, or public accounting firm to which such return information relates,

'(iv) the taxable period or periods to which such return information relates, and

'(v) the specific reason or reasons why such disclosure is, or may be, relevant to such investigation, examination or proceeding.

'(C) FINANCIAL INSTITUTION- For the purposes of this paragraph, the term 'financial institution' means a depository institution, foreign bank, insured institution, industrial loan company, broker, dealer, investment company, investment advisor, or other entity subject to regulation or oversight by the United States Securities and Exchange Commission or an appropriate Federal banking agency.'

(b) Financial and Accounting Fraud Investigations- Section 6103(i) (relating to disclosure to Federal officers or employees for administration of Federal laws not relating to tax administration) is amended by adding at the end the following new paragraph:

'(9) DISCLOSURE OF RETURNS AND RETURN INFORMATION FOR USE IN FINANCIAL AND ACCOUNTING FRAUD INVESTIGATIONS-

'(A) WRITTEN REQUEST- Upon receipt by the Secretary of a written request which meets the requirements of subparagraph (B) from the head of the United States Securities and Exchange Commission or the Public Company Accounting Oversight Board, a return or return information shall be disclosed to such requestor's officers and employees who are personally and directly engaged in an investigation, examination, or proceeding by such requestor to evaluate the accuracy of a financial statement or report, or to determine whether to require a restatement, penalize, or deter conduct by an issuer, investment company, or public accounting firm, or associated person, in connection with a potential or actual violation of auditing standards or prohibitions against false or misleading statements or omissions in financial statements or reports. Such disclosure shall be solely for use by such officers and employees in such investigation, examination, or proceeding.

'(B) REQUIREMENTS- A request meets the requirements of this subparagraph if it sets forth--

'(i) the nature of the investigation, examination, or proceeding,

'(ii) the statutory authority under which such investigation, examination, or proceeding is being conducted,

'(iii) the name or names of the issuer, investment company, or public accounting firm to which such return information relates,

'(iv) the taxable period or periods to which such return information relates, and

'(v) the specific reason or reasons why such disclosure is, or may be, relevant to such investigation, examination or proceeding.'

(c) Effective Date- The amendments made by this section shall apply to disclosures and to information and document requests made after the date of the enactment of this Act.

SEC. 307. DISCLOSURE OF INFORMATION TO CONGRESS.

(a) Disclosure by Tax Return Preparer-

(1) IN GENERAL- Subparagraph (B) of section 7216(b)(1) (relating to disclosures) is amended to read as follows:

'(B) pursuant to any 1 of the following documents, if clearly identified:

'(i) The order of any Federal, State, or local court of record.

'(ii) A subpoena issued by a Federal or State grand jury.

'(iii) An administrative order, summons, or subpoena which is issued in the performance of its duties by--

'(I) any Federal agency, including Congress or any committee or subcommittee thereof, or

'(II) any State agency, body, or commission charged under the laws of the State or a political subdivision of the State with the licensing, registration, or regulation of tax return preparers.'

(2) EFFECTIVE DATE- The amendment made by this subsection shall apply to disclosures made after the date of the enactment of this Act pursuant to any document in effect on or after such date.

(b) Disclosure by Secretary- Paragraph (2) of section 6104(a) (relating to inspection of applications for tax exemption or notice of status) is amended to read as follows:

'(2) INSPECTION BY CONGRESS-

'(A) IN GENERAL- Upon receipt of a written request from a committee or subcommittee of Congress, copies of documents related to a determination by the Secretary to grant, deny, revoke, or restore an organization's exemption from taxation under section 501 shall be provided to such committee or subcommittee, including any application, notice of status, or supporting information provided by such organization to the Internal Revenue Service; any letter, analysis, or other document produced by or for the Internal Revenue Service evaluating, determining, explaining, or relating to the tax exempt status of such organization (other than returns, unless such returns are available to the public under this section or section 6103 or 6110); and any communication between the Internal Revenue Service and any other party relating to the tax exempt status of such organization.

'(B) ADDITIONAL INFORMATION- Section 6103(f) shall apply with respect to--

'(i) the application for exemption of any organization

described in subsection (c) or (d) of section 501 which is exempt from taxation under section 501(a) for any taxable year and any application referred to in subparagraph (B) of subsection (a)(1) of this section, and

‘(ii) any other papers which are in the possession of the Secretary and which relate to such application, as if such papers constituted returns.’

(c) **Effective Date-** The amendments made by this section shall apply to disclosures and to information and document requests made after the date of the enactment of this Act.

SEC. 308. TAX OPINION STANDARDS FOR TAX PRACTITIONERS.

Section 330(d) of title 31, United States Code, is amended to read as follows:

‘(d) The Secretary of the Treasury shall impose standards applicable to the rendering of written advice with respect to any listed transaction or any entity, plan, arrangement, or other transaction which has a potential for tax avoidance or evasion. Such standards shall address, but not be limited to, the following issues:

‘(1) Independence of the practitioner issuing such written advice from persons promoting, marketing, or recommending the subject of the advice.

‘(2) Collaboration among practitioners, or between a practitioner and other party, which could result in such collaborating parties having a joint financial interest in the subject of the advice.

‘(3) Avoidance of conflicts of interest which would impair auditor independence.

‘(4) For written advice issued by a firm, standards for reviewing the advice and ensuring the consensus support of the firm for positions taken.

‘(5) Reliance on reasonable factual representations by the taxpayer and other parties.

‘(6) Appropriateness of the fees charged by the practitioner for the written advice.

‘(7) Preventing practitioners and firms from aiding or abetting the understatement of tax liability by clients.

‘(8) Banning the promotion of potentially abusive or illegal tax shelters.’

SEC. 309. DENIAL OF DEDUCTION FOR CERTAIN FINES, PENALTIES, AND OTHER AMOUNTS.

(a) In General- Subsection (f) of section 162 (relating to trade or business expenses) is amended to read as follows:

‘(f) Fines, Penalties, and Other Amounts-

‘(1) IN GENERAL- Except as provided in paragraph (2), no deduction otherwise allowable shall be allowed under this chapter for any amount paid or incurred (whether by suit, agreement, or otherwise) to, or at the direction of, a government or entity described in paragraph (4) in relation to the violation of any law or the investigation or inquiry by such government or entity into the potential violation of any law.

‘(2) EXCEPTION FOR AMOUNTS CONSTITUTING RESTITUTION- Paragraph (1) shall not apply to any amount which--

‘(A) the taxpayer establishes constitutes restitution (including remediation of property) for damage or harm caused by or

which may be caused by the violation of any law or the potential violation of any law, and

‘(B) is identified as restitution in the court order or settlement agreement.

Identification pursuant to subparagraph (B) alone shall not satisfy the requirement under subparagraph (A). This paragraph shall not apply to any amount paid or incurred as reimbursement to the government or entity for the costs of any investigation or litigation.

‘(3) EXCEPTION FOR AMOUNTS PAID OR INCURRED AS THE RESULT OF CERTAIN COURT ORDERS- Paragraph (1) shall not apply to any amount paid or incurred by order of a court in a suit in which no government or entity described in paragraph (4) is a party.

‘(4) CERTAIN NONGOVERNMENTAL REGULATORY ENTITIES- An entity is described in this paragraph if it is--

‘(A) a nongovernmental entity which exercises self-regulatory powers (including imposing sanctions) in connection with a qualified board or exchange (as defined in section 1256(g)(7)), or

‘(B) to the extent provided in regulations, a nongovernmental entity which exercises self-regulatory powers (including imposing sanctions) as part of performing an essential governmental function.

‘(5) EXCEPTION FOR TAXES DUE- Paragraph (1) shall not apply to any amount paid or incurred as taxes due.’

(b) **Effective Date-** The amendment made by this section shall apply to amounts paid or incurred on or after the date of the enactment of this Act, except that such amendment shall not apply to amounts paid or incurred under any binding order or agreement entered into before such date. Such exception shall not apply to an order or agreement requiring court approval unless the approval was obtained before such date.

TITLE IV--REQUIRING ECONOMIC SUBSTANCE

SEC. 401. CLARIFICATION OF ECONOMIC SUBSTANCE DOCTRINE.

(a) In General- Section 7701 is amended by redesignating subsection (p) as subsection (q) and by inserting after subsection (o) the following new subsection:

‘(p) Clarification of Economic Substance Doctrine; etc-

‘(1) GENERAL RULES-

‘(A) IN GENERAL- In any case in which a court determines that the economic substance doctrine is relevant for purposes of this title to a transaction (or series of transactions), such transaction (or series of transactions) shall have economic substance only if the requirements of this paragraph are met.

‘(B) DEFINITION OF ECONOMIC SUBSTANCE- For purposes of subparagraph (A)--

‘(i) IN GENERAL- A transaction has economic substance only if--

‘(I) the transaction changes in a meaningful way (apart from Federal tax effects) the taxpayer’s economic position, and

‘(II) the taxpayer has a substantial nontax purpose for entering into such transaction and the transaction is a reasonable means of accomplishing such purpose.

In applying subclause (II), a purpose of achieving a financial

Legislazione

accounting benefit shall not be taken into account in determining whether a transaction has a substantial nontax purpose if the origin of such financial accounting benefit is a reduction of income tax.

'(ii) SPECIAL RULE WHERE TAXPAYER RELIES ON PROFIT POTENTIAL- A transaction shall not be treated as having economic substance by reason of having a potential for profit unless--

'(I) the present value of the reasonably expected pre-tax profit from the transaction is substantial in relation to the present value of the expected net tax benefits that would be allowed if the transaction were respected, and

'(II) the reasonably expected pre-tax profit from the transaction exceeds a risk-free rate of return.

'(C) TREATMENT OF FEES AND FOREIGN TAXES- Fees and other transaction expenses and foreign taxes shall be taken into account as expenses in determining pre-tax profit under subparagraph (B)(ii).

'(2) SPECIAL RULES FOR TRANSACTIONS WITH TAX-INDIFFERENT PARTIES-

'(A) SPECIAL RULES FOR FINANCING TRANSACTIONS- The form of a transaction which is in substance the borrowing of money or the acquisition of financial capital directly or indirectly from a tax-indifferent party shall not be respected if the present value of the deductions to be claimed with respect to the transaction is substantially in excess of the present value of the anticipated economic returns of the person lending the money or providing the financial capital. A public offering shall be treated as a borrowing, or an acquisition of financial capital, from a tax-indifferent party if it is reasonably expected that at least 50 percent of the offering will be placed with tax-indifferent parties.

'(B) ARTIFICIAL INCOME SHIFTING AND BASIS ADJUSTMENTS- The form of a transaction with a tax-indifferent party shall not be respected if--

'(i) it results in an allocation of income or gain to the tax-indifferent party in excess of such party's economic income or gain, or

'(ii) it results in a basis adjustment or shifting of basis on account of overstating the income or gain of the tax-indifferent party.

'(3) DEFINITIONS AND SPECIAL RULES- For purposes of this subsection--

'(A) ECONOMIC SUBSTANCE DOCTRINE- The term 'economic substance doctrine' means the common law doctrine under which tax benefits under subtitle A with respect to a transaction are not allowable if the transaction does not have economic substance or lacks a business purpose.

'(B) TAX-INDIFFERENT PARTY- The term 'tax-indifferent party' means any person or entity not subject to tax imposed by subtitle A. A person shall be treated as a tax-indifferent party with respect to a transaction if the items taken into account with respect to the transaction have no substantial impact on such person's liability under subtitle A.

'(C) EXCEPTION FOR PERSONAL TRANSACTIONS OF INDIVIDUALS- In the case of an individual, this subsection shall apply only to transactions entered into in connection with a trade or business or an activity engaged in for the production of income.

'(D) TREATMENT OF LESSORS- In applying paragraph

(1)(B)(ii) to the lessor of tangible property subject to a lease--
 '(i) the expected net tax benefits with respect to the leased property shall not include the benefits of--

'(I) depreciation,

'(II) any tax credit, or

'(III) any other deduction as provided in guidance by the Secretary, and

'(ii) subclause (II) of paragraph (1)(B)(ii) shall be disregarded in determining whether any of such benefits are allowable.

'(4) OTHER COMMON LAW DOCTRINES NOT AFFECTED- Except as specifically provided in this subsection, the provisions of this subsection shall not be construed as altering or supplanting any other rule of law, and the requirements of this subsection shall be construed as being in addition to any such other rule of law.

'(5) REGULATIONS- The Secretary shall prescribe such regulations as may be necessary or appropriate to carry out the purposes of this subsection. Such regulations may include exemptions from the application of this subsection.'

(b) Effective Date- The amendments made by this section shall apply to transactions entered into after the date of the enactment of this Act.

SEC. 402. PENALTY FOR UNDERSTATEMENTS ATTRIBUTABLE TO TRANSACTIONS LACKING ECONOMIC SUBSTANCE, ETC.

(a) In General- Subchapter A of chapter 68 is amended by inserting after section 6662A the following new section:

'SEC. 6662B. PENALTY FOR UNDERSTATEMENTS ATTRIBUTABLE TO TRANSACTIONS LACKING ECONOMIC SUBSTANCE, ETC.

'(a) Imposition of Penalty- If a taxpayer has a noneconomic substance transaction understatement for any taxable year, there shall be added to the tax an amount equal to 40 percent of the amount of such understatement.

'(b) Reduction of Penalty for Disclosed Transactions- Subsection (a) shall be applied by substituting '20 percent' for '40 percent' with respect to the portion of any noneconomic substance transaction understatement with respect to which the relevant facts affecting the tax treatment of the item are adequately disclosed in the return or a statement attached to the return.

'(c) Noneconomic Substance Transaction Understatement- For purposes of this section--

'(1) IN GENERAL- The term 'noneconomic substance transaction understatement' means any amount which would be an understatement under section 6662A(b)(1) if section 6662A were applied by taking into account items attributable to noneconomic substance transactions rather than items to which section 6662A would apply without regard to this paragraph.

'(2) NONECONOMIC SUBSTANCE TRANSACTION- The term 'noneconomic substance transaction' means any transaction if--

'(A) there is a lack of economic substance (within the meaning of section 7701(p)(1)) for the transaction giving rise to the claimed benefit or the transaction was not respected under section 7701(p)(2), or

'(B) the transaction fails to meet the requirements of any similar rule of law.

'(d) Rules Applicable to Compromise of Penalty-

'(1) IN GENERAL- If the first letter of proposed deficiency which allows the taxpayer an opportunity for administrative review in the Internal Revenue Service Office of Appeals has been sent with respect to a penalty to which this section applies, only the Commissioner of Internal Revenue may compromise all or any portion of such penalty.

'(2) APPLICABLE RULES- The rules of paragraphs (2) and (3) of section 6707A(d) shall apply for purposes of paragraph (1).

'(e) Coordination With Other Penalties- Except as otherwise provided in this part, the penalty imposed by this section shall be in addition to any other penalty imposed by this title.

'(f) Cross References-

'(1) For coordination of penalty with understatements under section 6662 and other special rules, see section 6662A(e).

'(2) For reporting of penalty imposed under this section to the Securities and Exchange Commission, see section 6707A(e).'

(b) Coordination With Other Understatements and Penalties-

(1) The second sentence of section 6662(d)(2)(A) is amended by inserting 'and without regard to items with respect to which a penalty is imposed by section 6662B' before the period at the end.

(2) Subsection (e) of section 6662A is amended--

(A) in paragraph (1), by inserting 'and noneconomic substance transaction understatements' after 'reportable transaction understatements' both places it appears,

(B) in paragraph (2)(A), by inserting 'and a noneconomic substance transaction understatement' after 'reportable transaction understatement',

(C) in paragraph (2)(B), by inserting '6662B or' before '6663',

(D) in paragraph (2)(C)(i), by inserting 'or section 6662B' before the period at the end,

(E) in paragraph (2)(C)(ii), by inserting 'and section 6662B' after 'This section',

(F) in paragraph (3), by inserting 'or noneconomic substance transaction understatement' after 'reportable transaction understatement', and

(G) by adding at the end the following new paragraph:

'(4) NONECONOMIC SUBSTANCE TRANSACTION UNDERSTATEMENT- For purposes of this subsection, the term 'noneconomic substance transaction understatement' has the meaning given such term by section 6662B(c).'

(3) Subsection (e) of section 6707A is amended--

(A) by striking 'or' at the end of subparagraph (B), and

(B) by striking subparagraph (C) and inserting the following new subparagraphs:

'(C) is required to pay a penalty under section 6662B with respect to any noneconomic substance transaction, or

'(D) is required to pay a penalty under section 6662(h) with respect to any transaction and would (but for section 6662A(e)(2)(C)) have been subject to penalty under section 6662A at a rate prescribed under section 6662A(c) or under section 6662B.'

(c) Clerical Amendment- The table of sections for part II of subchapter A of chapter 68 is amended by inserting after the item relating to section 6662A the following new item:

'Sec. 6662B. Penalty for understatements attributable to transactions lacking economic substance, etc.'

(d) Effective Date- The amendments made by this section shall apply to transactions entered into after the date of the enactment of this Act.

SEC. 403. DENIAL OF DEDUCTION FOR INTEREST ON UNDERPAYMENTS ATTRIBUTABLE TO NONECONOMIC SUBSTANCE TRANSACTIONS.

(a) In General- Section 163(m) (relating to interest on unpaid taxes attributable to nondisclosed reportable transactions) is amended--

(1) by striking 'attributable' and all that follows and inserting the following: 'attributable to--

'(1) the portion of any reportable transaction understatement (as defined in section 6662A(b)) with respect to which the requirement of section 6664(d)(2)(A) is not met, or

'(2) any noneconomic substance transaction understatement (as defined in section 6662B(c)).', and

(2) by inserting 'and Noneconomic Substance Transactions' after 'Transactions'.

(b) Effective Date- The amendments made by this section shall apply to transactions after the date of the enactment of this Act in taxable years ending after such date.

Trust: disciplina fiscale rilevante ai fini delle imposte sui redditi e delle imposte indirette

Agenzia delle Entrate, Direzione Centrale Normativa e Contenzioso, Circolare 6 agosto 2007, n. 48/E

INDICE

Premessa

- 1 Brevi cenni sulla natura dei trust
- 2 Precedenti indicazioni dell'amministrazione finanziaria in materia di trust
- 3 Disciplina del trust ai fini delle imposte dirette
 - 3.1 La residenza del trust
 - 3.2 Adempimenti del trust
 - 3.3 Il trasferimento dei beni nel trust
 - 3.4 Cessione dei beni in trust
- 4 Disciplina dei redditi del beneficiario del trust
 - 4.1 Natura dei redditi attribuiti ai beneficiari
- 5 Disciplina del trust ai fini delle imposte indirette
 - 5.1 Atto istitutivo del trust (imposta di registro)
 - 5.2 Atto dispositivo (imposta sulle successioni e donazioni sulla costituzione di vincoli di destinazione)
 - 5.3 Atto dispositivo (imposte ipotecarie e catastali)
 - 5.4 Operazioni effettuate durante il trust
 - 5.5 Trasferimento dei beni ai beneficiari
- 6 Decorrenza

PREMESSA

L'articolo 1, commi da 74 a 76 della legge 27 dicembre 2006, n. 296 (legge finanziaria 2007, di seguito "*finanziaria 2007*"), pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 299 del 27 dicembre 2006, ha introdotto per la prima volta nell'ordinamento tributario nazionale disposizioni in materia di trust.

Il comma 74 dell'articolo 1 della *finanziaria 2007*, modificando l'articolo 73 del testo unico delle imposte sui redditi, approvato dal decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917 (di seguito, "TUIR"), include i trust tra i soggetti passivi dell'imposta sul reddito delle società (IRES).

In tal modo è stata riconosciuta al trust un'autonomia soggettività tributaria rilevante ai fini dell'imposta tipica delle società, degli enti commerciali e non commerciali.

Avendo presente la flessibilità dell'istituto, il legislatore ha individuato, ai fini della imposizione dei redditi, due principali tipologie di trust:

- trust con beneficiari individuati, i cui redditi vengono imputati per trasparenza ai beneficiari stessi
- trust senza beneficiari individuati, i cui redditi vengono tassati direttamente in capo al trust.

I redditi imputati al beneficiario sono stati qualificati come redditi di capitale, con l'inserimento della lettera g-sexies) al comma 1 dell'articolo 44 del TUIR.

Specifiche disposizioni antielusive sono state, inoltre, introdotte al fine di determinare la residenza fiscale di trust istituiti in paesi che non consentono lo scambio di informazioni.

Con opportune modificazioni apportate all'articolo 13 del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600, i trust che esercitano attività commerciali sono stati inclusi tra i soggetti obbligati alla tenuta di scritture contabili.

Infine, in materia di imposizione indiretta, puntuali disposizioni sono state introdotte

- dapprima con l'art. 6 del decreto-legge 3 ottobre 2006, n. 262 che ha previsto l'applicazione dell'imposta di registro sulla costituzione dei vincoli di destinazione sui beni e diritti
- poi con la con legge di conversione 24 novembre 2006 n. 286 che, senza convertire la disposizione dell'art. 6 del decreto, ha invece assoggettato la costituzione dei vincoli di destinazione sui beni e diritti all'imposta sulle successioni e donazioni
- e in ultimo con la *finanziaria 2007* che ha introdotto alcune franchigie ed esenzioni.

1 BREVI CENNI SULLA NATURA DEI TRUST

Il trust è istituto tipico della *common law* che, per versatilità e flessibilità, si presta alle finalità più

Nota:

La Circolare è commentata da M. Lupoi, *Supra*, 497

ampie. È opportuno considerare che non esiste una specifica tipologia di trust e che, ai fini dell'analisi dei profili civilistici e fiscali, dopo aver individuato i tratti comuni ed essenziali della relativa disciplina occorre cogliere volta per volta, nei casi concreti, le peculiarità dei singoli trust.

Il trust si sostanzia in un rapporto giuridico fondato sul rapporto di fiducia tra disponente (*settlor* o *grantor*) e *trustee*. Il disponente, di norma, trasferisce, per atto *inter vivos* o *mortis causa*, taluni beni o diritti a favore del *trustee* il quale li amministra, con i diritti e i poteri di un vero e proprio proprietario, nell'interesse del beneficiario o per uno scopo prestabilito.

Spesso i *trustee* sono *trust company*, vale a dire società che hanno quale oggetto sociale l'assistenza ai clienti nella istituzione dei trust e nella successiva gestione dei patrimoni.

L'effetto principale dell'istituzione di un trust è la segregazione patrimoniale in virtù della quale i beni conferiti in trust costituiscono un patrimonio separato rispetto al patrimonio del *trustee*, con l'effetto che non possono essere escussi dai creditori del *trustee*, del disponente o del beneficiario.

Caratterizzato da una *dual ownership*, vale a dire da una doppia proprietà, l'una ai fini dell'amministrazione - in capo al *trustee* - e l'altra, ai fini del godimento - in capo al beneficiario -, il trust esprime un concetto di proprietà non proprio allineato a quello conosciuto nei paesi di *civil law*. È evidente come, in base ai canoni tradizionali del nostro ordinamento, non sia agevole comprendere un simile sdoppiamento di proprietà, né la compressione del diritto di godimento dei beni affidati al *trustee* che ne è il proprietario. In sostanza, mentre la titolarità del diritto di proprietà è piena, l'esercizio di tale diritto è invece limitato al perseguimento degli scopi indicati nell'atto istitutivo.

Il trust viene istituito con un negozio unilaterale, cui si affiancano uno o più atti dispositivi.

Se è lo stesso disponente ad essere designato quale *trustee*, si dà luogo a un **trust autodichiarato**; in tal caso il vincolo di destinazione sui beni si forma all'interno dello stesso patrimonio del disponente.

Qualora il *trustee* sia soggetto diverso dal disponente, il trasferimento al trust dei beni, così come la "perdita di controllo" da parte del disponente sui medesimi beni, sono requisiti qualificanti del trust. Il disponente può conservare alcuni poteri (come quello di sostituire il *trustee* o nominare altri beneficiari)

salvaguardando in ogni caso l'effettività dell'attribuzione e l'esercizio dei poteri di amministrazione da parte del *trustee*.

Il trust può presentarsi come:

- **trust liberale**, con il quale si dispone di assetti familiari e non;

- **trust commerciale**, utilizzabile, ad esempio, per disporre la segregazione di attività dell'impresa, spesso a titolo di garanzia;

- **trust revocabile (grantor trust)**, quando il disponente si riserva la facoltà di revocare l'attribuzione dei diritti ceduti al *trustee* o vincolati nel trust (nel caso in cui il disponente sia anche *trustee*), diritti che, con l'esercizio della revoca, rientrano nella sua sfera patrimoniale. È evidente come in tal caso non si abbia un trasferimento irreversibile dei diritti e, soprattutto, come il disponente non subisca una permanente diminuzione patrimoniale. Questo tipo di trust, pure ammesso in alcuni ordinamenti, ai fini delle imposte sui redditi non dà luogo ad un autonomo soggetto passivo d'imposta cosicché i suoi redditi sono tassati in capo al disponente; ai fini delle imposte indirette, come si dirà, non si differenzia dagli altri trust.

Avendo riguardo alla sua struttura, il trust può considerarsi come:

- **trust "di scopo"**, se funzionale al perseguimento di un determinato fine (es. il trust di garanzia)

- **trust "con beneficiario"**, quando i beni in trust vengono gestiti nell'interesse di un determinato soggetto.

Il beneficiario può essere "beneficiario di reddito" e godere delle utilità dei beni in trust (ad esempio, percepire periodicamente delle somme) oppure "beneficiario finale" dei beni che gli verranno devoluti al termine del trust.

I beneficiari possono essere individuati nell'atto istitutivo o in un secondo momento, direttamente dal disponente o da un terzo designato (*protector*); inoltre, possono essere designati nominativamente o quali appartenenti ad una determinata categoria. Essi hanno azione verso il *trustee* per rivendicare i loro diritti.

Nel **fixed trust** il disponente individua i beneficiari con l'atto istitutivo e predetermina la ripartizione tra gli stessi del patrimonio e del reddito del trust.

Nel **trust discrezionale**, invece, il disponente si riserva la facoltà di nominare in un momento successivo i beneficiari ovvero rimette al *trustee* o ad un *protector* (guardiano) l'individuazione degli stessi,

Prassi negoziale

delle loro rispettive posizioni, delle modalità e dei tempi di attribuzione dei benefici.

L'atto istitutivo del trust può indicare un *protector* con il compito di vigilare sull'operato del *trustee*.

Il trust non ha una disciplina civilistica interna ma trova tuttavia legittimazione a seguito dell'adesione dell'Italia alla Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985, resa esecutiva con legge 16 ottobre 1989, n. 364 e in vigore dal 1° gennaio 1992.

La Convenzione si pone l'obiettivo di armonizzare le regole del diritto internazionale privato in materia di trust e, di fatto, ne attua il riconoscimento negli ordinamenti di *civil law* privi di una disciplina interna.

Essa individua gli elementi essenziali del trust rilevanti ai fini del riconoscimento da parte degli Stati firmatari.

L'art. 2 prevede i seguenti elementi essenziali del trust:

- i beni vincolati nel trust sono una massa distinta e non sono parte del patrimonio del *trustee*
- i beni vincolati nel trust sono intestati al *trustee* o ad altro soggetto per conto del *trustee*
- il *trustee* è tenuto ad amministrare, gestire e disporre dei beni in trust secondo le indicazioni dettate nell'atto istitutivo del trust e nel rispetto della legge. Il *trustee* deve rendere conto della gestione.

L'Italia riconosce i trust che abbiano gli elementi essenziali indicati dall'art. 2. Per effetto del riconoscimento, i beni in trust restano distinti dal patrimonio personale del *trustee* che, a sua volta, acquista la capacità di agire ed essere convenuto in giudizio, di comparire in qualità di *trustee* davanti a notai o altri rappresentanti di pubbliche istituzioni.

Ai sensi dell'articolo 3, la convenzione si applica solo ai trust la cui istituzione sia provata per iscritto.

Si ricorda, infine, che la convenzione non dispone sul trattamento fiscale dei trust, il quale rientra nelle competenze dei singoli Stati (art. 19).

2 PRECEDENTI INDICAZIONI DELL'AMMINISTRAZIONE FINANZIARIA IN MATERIA DI TRUST

Prima dell'intervento attuato con la finanziaria 2007 l'Amministrazione finanziaria aveva fornito alcune sommarie indicazioni in merito al trattamento fiscale dei trust. Si cita al riguardo la relazio-

ne degli ispettori tributari del Secit in materia di "Circolazione dei trust esteri in Italia", approvata con delibera n. 37/98 dell'11 maggio 1998, che – nel convalidare la tesi largamente maggioritaria in dottrina – aveva precisato che "il trust rientra fra gli enti considerati dall'articolo 87 (attuale 73 ndr) del TUIR, quali soggetti autonomi d'imposta IRPEG. In particolare, qualora il trust abbia la sede legale o amministrativa o l'oggetto principale dell'attività in Italia e svolga, in via esclusiva o principale, un'attività commerciale, si renderebbero applicabili le disposizioni recate dall'art. 95 (attuale 81 ndr) del TUIR, mentre nel caso di ente non residente o non esercente attività commerciale, si renderebbero applicabili le disposizioni previste dagli artt. 108 (attuale 143 ndr) e seguenti del medesimo testo unico".

Anche la prassi amministrativa successiva a tale delibera del Secit (circ del 30/12/2005 n. 55, ris. 17 gennaio 2003 n. 8) si era orientata a qualificare il trust come ente non commerciale ovvero quale ente commerciale nel caso di esercizio di attività d'impresa.

In particolare, era stato affermato che il trust fosse configurabile come un autonomo soggetto d'imposta IRES, esercente o meno attività commerciale, ai sensi dell'articolo 73, comma 2, del TUIR, ossia come una delle organizzazioni non appartenenti ad altri soggetti passivi nei confronti dei quali il presupposto dell'imposta si verifica in modo unitario ed autonomo.

In ogni caso, l'autonoma soggettività tributaria era stata riconosciuta esclusivamente a quei trust che possedessero le caratteristiche di cui all'articolo 2 della Convenzione dell'Aja, tra cui, come abbiamo visto, l'effettivo potere di gestione ed amministrazione dei beni in capo al *trustee* (cfr. risoluzione n. 8/E del 17 gennaio 2003).

In linea con tale indirizzo interpretativo è anche il provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle entrate dell'8 luglio 2005 riguardante l'applicazione della Direttiva 2003/48/CE del Consiglio del 3 giugno 2003, in materia di tassazione dei redditi da risparmio sotto forma di pagamenti di interessi. Tale provvedimento, infatti, ha indicato fra i soggetti che rientrano nell'ambito applicativo della Direttiva stessa i trust (denominati "entità residuali") in qualità di enti, diversi dalle persone fisiche e dalle società, non esercenti attività commerciali. Diversamente, non sono riconducibili nell'ambito applicativo della Direttiva i trust che esercitano attività com-

merciali e i cui redditi sono determinati secondo le regole generali del reddito d'impresa.

3 DISCIPLINA DEL TRUST AI FINI DELLE IMPOSTE DIRETTE

Il comma 74 dell'articolo unico della *finanziaria* 2007, modificando a tal fine l'articolo 73 del TUIR, ha definitivamente sancito l'appartenenza del trust ai soggetti passivi dell'imposta sul reddito delle società.

In particolare, sono soggetti all'imposta sul reddito delle società:

- i trust residenti nel territorio dello Stato che hanno per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciali (*enti commerciali*);
- i trust residenti nel territorio dello Stato che non hanno per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciali (*enti non commerciali*);
- i trust non residenti, per i redditi prodotti nel territorio dello Stato (*enti non residenti*).

Come già accennato, l'art. 73 individua, ai fini della tassazione, due principali tipologie di trust:

- trust con beneficiari di reddito individuati, i cui redditi vengono imputati per trasparenza ai beneficiari (*trust trasparenti*);
- trust senza beneficiari di reddito individuati, i cui redditi vengono direttamente attribuiti al trust medesimo (*trust opachi*).

È tuttavia possibile che un trust sia al contempo opaco e trasparente. Ciò avviene, ad esempio, quando l'atto istitutivo preveda che parte del reddito di un trust sia accantonata a capitale e parte sia invece attribuita ai beneficiari. In questo caso, il reddito accantonato sarà tassato in capo al trust mentre il reddito attribuito ai beneficiari, qualora ne ricorrano i presupposti, vale a dire quando i beneficiari abbiano diritto di percepire il reddito, sarà imputato a questi ultimi.

Dopo aver determinato il reddito del trust, il *trustee* indicherà la parte di esso attribuito al trust - sulla quale il trust stesso assolverà l'IRES - nonché la parte imputata per trasparenza ai beneficiari - su cui questi ultimi assolveranno le imposte sul reddito -.

In alternativa all'imposizione in capo al trust o ai beneficiari, taluni redditi di natura finanziaria sono soggetti a ritenuta a titolo d'imposta o ad imposta sostitutiva. Un trust che non esercita attività commerciale, compreso, quindi, tra i soggetti di cui all'articolo 73, comma 1, lettera c), e che possiede, ad esempio, titoli soggetti alle disposizioni del decreto

legislativo 1° aprile 1996, n. 239 vede gli interessi, premi ed altri frutti relativi a detti titoli sottoposti ad imposizione sostitutiva, ai sensi dell'articolo 2 del decreto sopra richiamato.

Sono altresì assoggettati a ritenuta d'imposta i redditi delle obbligazioni e titoli similari indicati nell'articolo 26, comma 1, del DPR n. 600 del 1973 percepiti da trust non esercenti attività d'impresa commerciale. Inoltre, taluni redditi diversi di natura finanziaria indicati nell'articolo 67, comma 1, lettere da *c-bis*) a *c-quinquies*) del TUIR, se percepiti da trust non commerciali residenti, sono assoggettati ad imposizione sostitutiva delle imposte sui redditi nella misura del 12,50 per cento.

3.1 La residenza del trust

La residenza del trust è individuata, con taluni adattamenti che tengono conto della natura dell'istituto, secondo i criteri generali utilizzati per fissare la residenza dei soggetti di cui all'articolo 73 del TUIR.

Ai sensi del comma 3 di tale articolo, un soggetto IRES si considera residente nel territorio dello Stato al verificarsi di almeno una delle condizioni sotto indicate per la maggior parte del periodo di imposta:

- sede legale nel territorio dello Stato;
- sede dell'amministrazione nel territorio dello Stato;
- oggetto principale dell'attività svolta nel territorio dello Stato.

Considerando le caratteristiche del trust, di norma i criteri di collegamento al territorio dello Stato sono la sede dell'amministrazione e l'oggetto principale.

Il primo di essi (la sede dell'amministrazione) risulterà utile per i trust che si avvalgono, nel perseguire il loro scopo, di un'apposita struttura organizzativa (dipendenti, locali, ecc.). In mancanza, la sede dell'amministrazione tenderà a coincidere con il domicilio fiscale del *trustee*.

Il secondo criterio (l'oggetto principale) è strettamente legato alla tipologia di trust. Se l'oggetto del trust (beni vincolati nel trust) è dato da un patrimonio immobiliare situato interamente in Italia, l'individuazione della residenza è agevole; se invece i beni immobili sono situati in Stati diversi occorre fare riferimento al criterio della prevalenza. Nel caso di patrimoni mobiliari o misti l'oggetto dovrà essere identificato con l'effettiva e concreta attività esercitata.

Prassi negoziale

Per individuare la residenza di un trust si potrà fare utile riferimento alle convenzioni per evitare le doppie imposizioni.

Come è noto, le convenzioni bilaterali per evitare le doppie imposizioni si applicano alle persone residenti di uno o di entrambi gli Stati contraenti che, in qualità di soggetti passivi d'imposta, subiscono una doppia imposizione internazionale.

È possibile che i trust diano luogo a problematiche di tassazione transfrontaliera con eventuali fenomeni di doppia imposizione o, all'opposto, di elusione fiscale.

Un trust, infatti, può realizzare il presupposto impositivo in più Stati, quando, ad esempio, il *trust fund* sia situato in uno Stato diverso da quello di residenza del *trustee* e da quello di residenza del disponente e dei beneficiari.

Annoverato, a seguito della modifica dell'art. 73 del TUIR, tra i soggetti passivi d'imposta, ai fini convenzionali il trust deve essere considerato come "*persona*" ("*una persona diversa da una persona fisica*") di cui all'articolo 4, comma 3, modello OCSE di convenzione per evitare le doppie imposizioni) anche se non espressamente menzionato nelle singole convenzioni. L'unica convenzione che espressamente comprende i trust tra le persone cui si applica la convenzione è quella sottoscritta dall'Italia con gli Stati Uniti d'America.

La nuova disciplina fiscale contiene, altresì, disposizioni che mirano a contrastare possibili fenomeni di fittizia localizzazione dei trust all'estero, con finalità elusive.

Al riguardo, il comma 3 dell'articolo 73 del TUIR, introduce due casi di attrazione della residenza del trust in Italia:

1. Si considerano residenti nel territorio dello Stato, salvo prova contraria, i trust e gli istituti aventi analogo contenuto istituiti in Paesi che non consentono lo scambio di informazioni (paesi non inclusi nella cosiddetta "*white list*" approvata con decreto del Ministro delle Finanze 4 settembre 1996 e successive modificazioni) quando almeno uno dei disponenti ed almeno uno dei beneficiari siano fiscalmente residenti nel territorio dello Stato.

La norma menziona gli "istituti aventi analogo contenuto" a quello di un trust. Si è voluto in questo modo tenere conto della possibilità che ordinamenti stranieri disciplinino istituti analoghi al trust ma assegnino loro un "*nomen iuris*" diverso. Per individuare quali siano gli istituti aventi contenuto analo-

go si deve fare riferimento agli elementi essenziali e caratterizzanti dell'istituto del trust.

È rilevante, inoltre, stabilire in quale momento la residenza fiscale di un disponente e di un beneficiario attrae in Italia la residenza fiscale del trust. In primo luogo, non sembra necessario che la residenza italiana del disponente e del beneficiario sia verificata nello stesso periodo d'imposta. Infatti la residenza del disponente, in considerazione della natura istantanea dell'atto di disposizione, rileva nel periodo d'imposta in cui questi ha effettuato l'atto di disposizione a favore del trust. Eventuali cambiamenti di residenza del disponente in periodi d'imposta diversi sono irrilevanti.

Per la parte riguardante il beneficiario, la norma è applicabile ai trust con beneficiari individuati. La residenza fiscale del beneficiario attrae in Italia la residenza fiscale del trust anche se questa si verifica in un periodo d'imposta successivo a quello in cui il disponente ha posto in essere il suo atto di disposizione a favore del trust. Ai fini dell'attrazione della residenza in Italia è, infine, irrilevante l'avvenuta erogazione del reddito a favore del beneficiario nel periodo d'imposta.

2. Si considerano, inoltre, residenti nel territorio dello Stato i trust istituiti in uno Stato che non consente lo scambio di informazioni quando, successivamente alla costituzione, un soggetto residente trasferisca a favore del trust la proprietà di un bene immobile o di diritti reali immobiliari ovvero costituisca a favore del trust dei vincoli di destinazione sugli stessi beni e diritti.

In tal caso, è proprio l'ubicazione degli immobili che crea il collegamento territoriale e giustifica la residenza in Italia.

Nelle due ipotesi considerate dalla norma, la residenza è attratta in Italia nel presupposto che il trust sia "*istituito*" in un Paese con il quale non è attuabile lo scambio di informazioni.

La norma vuole evidentemente colpire disegni elusivi perseguiti attraverso la collocazione fittizia di trust "interni" (trust con disponente, beneficiario e beni in trust nel territorio dello Stato) in paesi che non consentano lo scambio di informazioni.

In buona sostanza, ai fini dell'attrazione della residenza, rileva il fatto che un trust, caratterizzato da elementi collegati con il territorio italiano (un disponente e un beneficiario residente o immobili siti in Italia e conferiti da un soggetto italiano) sia "*istituito*" ossia abbia formalmente fissato la residenza in un paese non incluso nella *white list*.

Come conseguenza della presunzione di residenza fiscale nel territorio dello Stato, tutti i redditi del trust, ovunque prodotti, sono imponibili in Italia secondo il principio del *world wide income*.

Al contrario, per i trust non residenti, l'imponibilità in Italia riguarda solo i redditi prodotti nel territorio dello Stato ai sensi dell'art. 23 del TUIR.

Si ricorda che sono compresi nella vigente *white list* i seguenti Paesi: Albania; Algeria; Argentina; Australia; Austria; Azerbaijan; Bangladesh; Belgio; Bielorussia; Brasile; Bulgaria; Canada; Cina; Corea del Sud; Costa d'Avorio; Croazia; Danimarca; Ecuador; Egitto; Emirati Arabi Uniti; Estonia; Federazione Russa; Filippine; Finlandia; Francia; Germania; Giappone; Grecia; India; Indonesia; Irlanda; Israele; Jugoslavia; Kazakistan; Kuwait; Lituania; Lussemburgo; Macedonia; Malta; Marocco; Mauritius; Messico; Norvegia; Nuova Zelanda; Paesi Bassi; Pakistan; Polonia; Portogallo; Regno Unito; Repubblica Ceca; Repubblica Slovacca; Romania; Singapore; Slovenia; Spagna; Sri Lanka; Stati Uniti; Sud Africa; Svezia; Tanzania; Thailandia; Trinidad e Tobago; Tunisia; Turchia; Ucraina; Ungheria; Venezuela; Vietnam; Zambia.

In entrambi i casi di attrazione in Italia di trust non residenti, la norma opera una presunzione relativa di residenza; rimane quindi la possibilità per il contribuente di dimostrare l'effettiva residenza fiscale del trust all'estero.

Ove compatibili, anche le disposizioni in materia di estero-vestizione delle società previste dall'articolo 73 del TUIR, commi 5-bis e 5-ter, sono applicabili ai trust ed in particolare a quelli istituiti o comunque residenti in Paesi compresi nella *white list*, per i quali non trova applicazione la specifica presunzione di residenza di cui all'articolo 73, comma 3 del TUIR nella versione emendata dalla *finanziaria 2007*.

3.2 Adempimenti del trust

Quale soggetto passivo d'imposta, sia esso "trasparente" o "opaco", il trust è tenuto ad adempiere gli specifici obblighi previsti per i soggetti IRES, ad iniziare dall'obbligo di presentare annualmente la dichiarazione dei redditi.

Inoltre il trust residente dovrà necessariamente dotarsi di un proprio codice fiscale e, qualora eserciti attività commerciale, di una propria partita IVA.

Tutti gli adempimenti tributari del trust sono assolti dal *trustee*.

Il comma 76 dell'articolo unico della *finanziaria 2007*, nel modificare l'articolo 13 del d.P.R. n. 600 del 1973, ha incluso fra i soggetti obbligati a tenere le scritture contabili:

- i trust che hanno per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciale (primo comma, lettera b)
- i trust che non hanno per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciale (secondo comma, lettera g).

I trust che hanno per oggetto esclusivo l'esercizio di attività commerciali sono pertanto obbligati alla tenuta delle scritture contabili previste dall'articolo 14 del decreto citato.

Analogamente, i trust che esercitano attività commerciale in forma non esclusiva sono obbligati alla tenuta delle scritture contabili secondo le disposizioni di cui all'articolo 20 del decreto.

Come già accennato, il trust è tenuto a presentare le dichiarazioni dei redditi nei modi e nei tempi stabiliti per i soggetti IRES.

Nei casi in cui il periodo di imposta di un trust trasparente non coincida con l'anno solare, il reddito da questo conseguito è imputato ai beneficiari individuati alla data di chiusura del periodo di gestione del trust stesso. Si ipotizzi, ad esempio, un trust con beneficiari individuati il cui periodo di gestione, in base a quanto stabilito dall'atto istitutivo, sia compreso tra il 1° aprile e il 31 marzo. In tale caso, il trust presenta la propria dichiarazione entro il 31 ottobre (ultimo giorno del settimo mese successivo a quello di chiusura del periodo d'imposta, art. 2, comma 2, del d.P.R. 22 luglio 1998, n. 322) e i beneficiari a loro volta dovranno inserire tale reddito nella dichiarazione relativa al periodo di imposta in cui è terminato il periodo di gestione del trust. Naturalmente se *trustee* è una trust company che amministra più trust, dovrà presentare una dichiarazione per ciascun trust.

Il trust è tenuto altresì ad adempiere gli obblighi formali e sostanziali relativi all'IRAP previsti dal d.lgs. 15 dicembre 1997 n. 446, in quanto soggetto passivo rientrante, a seconda dell'attività svolta, nelle fattispecie di cui all'articolo 3, comma 1, lettere a) ed e) del medesimo decreto.

3.3 Il trasferimento dei beni nel trust

Il trasferimento di beni in un trust ai fini delle imposte sui redditi sconta un trattamento differenziato che varia in funzione del soggetto che l'effettua

Prassi negoziale

(imprenditore o non imprenditore) e della tipologia di bene trasferito.

Qualora il trasferimento riguardi beni relativi all'impresa (beni merce, beni strumentali, beni patrimoniali), questi fuoriescono dalla disponibilità dell'imprenditore in quanto destinati a finalità estranee all'impresa.

Ciò comporta per il disponente imprenditore il conseguimento di componenti positivi di reddito da assoggettare a tassazione secondo le disposizioni del TUIR, nonché l'assoggettamento ad IVA ai sensi dell'art. 2, comma 2 n. 5 del d.P.R. n. 633/1972. In particolare, il trasferimento di beni merce comporterà il conseguimento di un ricavo d'esercizio ai sensi dell'art. 85, comma 2 del TUIR da quantificare sulla base del valore normale ai sensi dell'articolo 9, comma 3, del TUIR.

Il trasferimento di beni diversi da quelli che generano ricavi (beni strumentali, beni patrimoniali dell'impresa), invece, genererà plusvalenze o minusvalenze rilevanti ai fini della determinazione del reddito d'impresa ai sensi degli articoli 58, 86 e 87 del TUIR. Anche in tali fattispecie il valore da prendere a riferimento per il calcolo della plusvalenza è il valore normale di cui al citato articolo 9, comma 3.

Ove il trasferimento in trust abbia ad oggetto un'azienda, il relativo profilo fiscale deve essere esaminato alla luce del disposto dell'articolo 58, comma 1, del TUIR che esclude il realizzo di plusvalenze in caso di trasferimento d'azienda per causa di morte o per atto gratuito; in tal caso l'azienda è assunta ai medesimi valori fiscalmente riconosciuti nei confronti del dante causa. La ratio della norma consente di ritenere che, nel caso di trasferimento dell'azienda in trust, si conservi la neutralità fiscale a condizione che il *trustee* assuma l'azienda agli stessi valori fiscalmente riconosciuti in capo al disponente.

Nel caso di beni diversi da quelli relativi all'impresa, il trasferimento al trust, in assenza di corrispettivo, non genera materia imponibile ai fini della imposizione sui redditi, né in capo al disponente non imprenditore né in capo al trust o al *trustee*.

Per quest'ultimo, infatti, anche se imprenditore, non si avranno sopravvenienze attive ex art. 88, comma 3, lett. b), del TUIR, in quanto i beni trasferiti in trust non si confondono con il patrimonio dell'imprenditore (*trustee*) ma, come visto in precedenza, costituiscono un patrimonio separato.

Qualora il trasferimento dei beni in trust abbia ad

oggetto titoli partecipativi il *trustee* acquisisce l'ultimo costo fiscalmente riconosciuto della partecipazione. Tale regime di neutralità non può, tuttavia, essere garantito nel caso in cui i titoli oggetto del trasferimento siano detenuti nell'ambito di un rapporto amministrato di cui all'articolo 6 del decreto legislativo 21 novembre 1997, n. 461; nella specie, infatti, il trasferimento dei titoli dal conto del *settlor* a quello del trust, poiché indirizzato verso un conto intestato a un soggetto diverso da quello di provenienza, ricade nell'ipotesi dell'articolo 6, comma 6, del citato d. lgs. n. 461 del 1997 che assimila tali trasferimenti a cessioni a titolo oneroso. In tal caso, l'intermediario abilitato applica le relative imposte.

3.4 Cessione dei beni in trust

Il trattamento fiscale della cessione dei beni durante la vita del trust non presenta particolari problemi operativi, in quanto desumibile dalle ordinarie disposizioni che ai fini delle imposte sui redditi disciplinano detta operazione.

In particolare, quando le cessioni siano poste in essere nell'esercizio dell'impresa, la relativa disciplina fiscale varia in funzione della categoria di appartenenza del bene ceduto.

Nel caso di cessioni non effettuate nell'esercizio dell'impresa potranno realizzarsi, ricorrendone i presupposti, le fattispecie reddituali previste dall'articolo 67 del TUIR.

Per la determinazione delle plusvalenze dovrà farsi riferimento ai valori fiscalmente riconosciuti in capo al disponente, fermo restando che il trasferimento dei beni dal disponente al *trustee* non interrompe il decorso del quinquennio di cui all'articolo 67, mentre nel caso di cessioni di beni acquistati dal trust si farà riferimento al prezzo pagato.

4 DISCIPLINA DEI REDDITI DEL BENEFICIARIO DEL TRUST

Il comma 74, lettera b), dell'articolo unico della *finanziaria 2007* aggiunge al comma 2 dell'articolo 73 del TUIR il seguente periodo: "Nei casi in cui i beneficiari del trust siano individuati, i redditi conseguiti dal trust sono imputati in ogni caso ai beneficiari in proporzione alla quota di partecipazioni individuata nell'atto di costituzione del trust o in altri documenti successivi ovvero in mancanza in parti uguali".

Premesso che il presupposto di applicazione del-

l'imposta è il possesso di redditi, per "beneficiario individuato" è da intendersi il beneficiario di "reddito individuato", vale a dire il soggetto che esprime, rispetto a quel reddito, una capacità contributiva attuale.

È necessario, quindi, che il beneficiario non solo sia puntualmente individuato, ma che risulti titolare del diritto di pretendere dal *trustee* l'assegnazione di quella parte di reddito che gli viene imputata per trasparenza.

Infatti, a differenza dei soci delle società trasparenti, che possono autonomamente stabilire i criteri di distribuzione degli utili societari, i beneficiari di un trust non hanno alcun potere in ordine all'imputazione del reddito del trust, cui provvede unicamente il *trustee* sulla base dei criteri stabiliti dal disponente.

L'art. 73 dispone che i redditi siano imputati "in ogni caso" ai beneficiari, cioè indipendentemente dall'effettiva percezione, secondo un criterio di competenza. Tale precisazione si è resa necessaria per coordinare la tassazione per trasparenza del trust con la natura del reddito attribuito al beneficiario, che è considerato reddito di capitale.

Contrariamente, infatti, al principio di cassa che in via ordinaria informa la determinazione del reddito di capitale, nella tassazione per trasparenza il medesimo reddito viene imputato al beneficiario indipendentemente dall'effettiva percezione, secondo il principio della competenza economica.

Il reddito imputato per trasparenza verrà tassato secondo le aliquote personali del beneficiario. Naturalmente, l'effettiva percezione dei redditi da parte dei beneficiari rimane una mera movimentazione finanziaria, ininfluenza ai fini della determinazione del reddito.

Ove abbia scontato una tassazione a titolo d'imposta o di imposta sostitutiva in capo al trust che lo ha realizzato, il reddito non concorre alla formazione della base imponibile, né in capo al trust opaco né, in caso di imputazione per trasparenza, in capo ai beneficiari.

Ad una doppia imposizione ostano i principi generali dell'ordinamento interno che impediscono l'imposizione in capo a più soggetti passivi di redditi prodotti o realizzati in dipendenza di uno stesso presupposto (articolo 163 del TUIR).

Sulla base dei medesimi principi, i redditi conseguiti e correttamente tassati in capo al trust prima della individuazione dei beneficiari (quando il trust era "opaco"), non possono scontare una nuova im-

posizione in capo a questi ultimi a seguito della loro distribuzione.

Il credito d'imposta per le imposte pagate all'estero in via definitiva, disciplinato dall'articolo 165 del TUIR, spetta al trust nel caso di trust "opaco". Quale, invece, il trust sia "trasparente" ed il reddito sia imputato ai beneficiari, il credito d'imposta spetta ai singoli beneficiari in proporzione al reddito imputato, analogamente a quando disposto dall'articolo 165, comma 9, per le società che hanno optato per il regime della trasparenza. Infine, nel caso in cui il trust attribuisca solo parte del reddito ai beneficiari e sia, quindi, in parte opaco e in parte trasparente, la detrazione spetta al trust e ai beneficiari in proporzione al reddito imputato.

4.1 Natura dei redditi attribuiti ai beneficiari

Il comma 75 dell'articolo unico della finanziaria 2007 inserisce all'articolo 44 del TUIR, dopo la lettera *g-quinquies*), la lettera *g-sexies*), secondo cui sono redditi di capitale "i redditi imputati al beneficiario di trust ai sensi dell'articolo 73, comma 2, anche se non residenti;"

Il trust residente imputa per trasparenza i propri redditi:

- ai beneficiari residenti;
- ai beneficiari non residenti.

In tale ultimo caso, il reddito attribuito al beneficiario non residente, viene tassato in Italia: trattandosi di reddito di capitale corrisposto da soggetto residente, infatti, lo stesso si considera prodotto in Italia ai sensi dell'art. 23, comma 1, lett. b) del TUIR.

Il trust non residente, che è soggetto passivo IRES per i soli redditi prodotti in Italia, imputa per trasparenza tali redditi ai:

- soli beneficiari residenti, quali titolari di redditi di capitale.

5 DISCIPLINA DEL TRUST AI FINI DELLE IMPOSTE INDIRETTE

La struttura giuridica del trust pone in evidenza i seguenti elementi o presupposti impositivi rilevanti agli effetti delle imposte indirette:

1. l'atto istitutivo;
2. l'atto dispositivo;
3. eventuali operazioni compiute durante il trust;
4. il trasferimento dei beni ai beneficiari.

Prassi negoziale

5.1 Atto istitutivo del trust (imposta di registro)

L'atto istitutivo con il quale il disponente esprime la volontà di costituire il trust, che non contempli anche il trasferimento di beni nel trust (disposto in un momento successivo), se redatto con atto pubblico o con scrittura privata autenticata, sarà assoggettato all'imposta di registro in misura fissa ai sensi dell'articolo 11 della Tariffa, parte prima, del d.P.R. 26 aprile 1986, n. 131, quale atto privo di contenuto patrimoniale.

5.2 Atto dispositivo (imposta sulle successioni e donazioni sulla costituzione di vincoli di destinazione)

L'atto dispositivo con il quale il *settlor* vincola i beni in trust è un negozio a titolo gratuito.

L'articolo 6 del decreto legge 3 ottobre 2006, n. 262, rubricato "Disposizioni urgenti in materia tributaria e finanziaria" ha dettato una specifica disciplina per la "...costituzione di vincoli di destinazione...", prevedendone l'assoggettamento all'imposta di registro. È questo il primo approccio della normativa nazionale al trattamento del trust ai fini delle imposte indirette, posto che il trust, per le caratteristiche essenziali che lo contraddistinguono, è riconducibile nella categoria dei vincoli di destinazione.

Il regime fiscale introdotto dal decreto legge n. 262 del 2006 è stato successivamente modificato dalla legge di conversione 24 novembre 2006, n. 286. Quest'ultima legge, che non ha convertito il predetto articolo 6 del decreto, ha invece ripristinato l'imposta sulle successioni e donazioni, siccome disciplinata dal Testo Unico 31 ottobre 1990, n. 346, nel testo vigente al 25 ottobre 2001. Contestualmente, ha disposto l'applicazione di tale imposta "...alla costituzione dei vincoli di destinazione..." (decreto legge n. 262 del 3 ottobre 2006, convertito con modificazioni dalla legge n. 286 del 24/11/2007, articolo 2, commi dal 47 al 49).

Da ultimo, la *finanziaria* 2007 ha integrato la disciplina dell'imposta in esame, introducendo, tra l'altro, determinate franchigie in favore dei parenti in linea collaterale e dei portatori di handicap, nonché esenzioni per il trasferimento a favore dei discendenti, di aziende o rami di esse, di quote sociali o di azioni (articolo 1, commi da 77 a 79).

Attualmente, pertanto, la costituzione dei vinco-

li di destinazione è soggetta all'imposta sulle successioni e donazioni secondo le disposizioni stabilite all'art. 2, commi da 47 a 49, del decreto legge n. 262 del 2006.

Come accennato, il trust comporta la segregazione dei beni del *settlor* in un patrimonio separato gestito dal *trustee* (che nel trust autodichiarato - anch'esso rilevante ai fini dell'imposta in esame - coincide con il *settlor*).

Il conferimento di beni nel trust (o il costituito vincolo di destinazione che ne è l'effetto) va assoggettato, pertanto, all'imposta sulle successioni e donazioni in misura proporzionale, sia esso disposto mediante testamento o per atto *inter vivos*.

Il trust si sostanzia in un rapporto giuridico complesso che ha un'unica causa fiduciaria. Tutte le vicende del trust (istituzione, dotazione patrimoniale, gestione, realizzazione dell'interesse del beneficiario, il raggiungimento dello scopo) sono collegate dalla medesima causa.

Ciò induce a ritenere che la costituzione del vincolo di destinazione avvenga sin dall'origine a favore del beneficiario (naturalmente nei trust con beneficiario) e sia espressione dell'unico disegno volto a consentire la realizzazione dell'attribuzione liberale.

Conseguentemente, ai fini della determinazione delle aliquote, che si differenziano in dipendenza del rapporto di parentela e affinità (all'art. 2, commi da 47 a 49, del decreto legge n. 262 del 2006), occorre guardare al rapporto intercorrente tra il disponente e il beneficiario (e non a quello tra disponente e *trustee*).

Ai fini dell'applicazione sia delle aliquote ridotte sia delle franchigie, il beneficiario deve poter essere identificato, in relazione al grado di parentela con il disponente, al momento della costituzione del vincolo. Ad esempio, per poter applicare l'aliquota del 4% prevista tra parenti in linea retta, è sufficiente sapere che il beneficiario di un trust familiare sarà il primo nipote al conseguimento della maggiore età.

Nel trust di scopo, gestito per realizzare un determinato fine, senza indicazione di beneficiario finale, l'imposta sarà dovuta con l'aliquota dell'8% prevista per i vincoli di destinazione a favore di "altri soggetti" (d.l. n. 262/2006 art. 2, comma 48, lett. c).

In applicazione del comma 4-ter dell'art. 3 del d. lgs. 31 ottobre 1990, n. 346 introdotto dal comma 78 dell'art. 1 della *finanziaria* 2007, la costituzione del

vincolo di destinazione in un trust disposto a favore dei discendenti del *settlor* non è soggetto all'imposta qualora abbia ad oggetto aziende o rami di esse, quote sociali e azioni.

5.3 Atto dispositivo (imposte ipotecarie e catastali)

Le modalità di applicazione delle imposte ipotecaria e catastale alla costituzione di vincoli di destinazione, in mancanza di specifiche disposizioni, sono stabilite dal Testo Unico delle imposte ipotecaria e catastale, approvato con d.lgs. 31 ottobre 1990, n. 347.

Tali imposte sono dovute, rispettivamente, per la formalità della trascrizione di atti aventi ad oggetto beni immobili o diritti reali immobiliari e per la voltura catastale dei medesimi atti. Le stesse imposte sono dovute in misura proporzionale relativamente alla trascrizione di atti che conferiscono nel trust, con effetti traslativi, i menzionati beni e diritti.

Pertanto, sia l'attribuzione con effetti traslativi di beni immobili o diritti reali immobiliari al momento della costituzione del vincolo, sia il successivo trasferimento dei beni medesimi allo scioglimento del vincolo, nonché i trasferimenti eventualmente effettuati durante il vincolo, sono soggetti alle imposte ipotecaria e catastale in misura proporzionale.

5.4 Operazioni effettuate durante il trust

Durante la vita del trust, il *trustee* può compiere operazioni di gestione del patrimonio. Eventuali atti di acquisto o di vendita di beni sono soggetti ad autonoma imposizione, secondo la natura e gli effetti giuridici che li caratterizzano, da esaminare volta per volta con riferimento al caso concreto.

5.5 Trasferimento dei beni ai beneficiari

La devoluzione ai beneficiari dei beni vincolati in trust non realizza, ai fini dell'imposta sulle donazioni, un presupposto impositivo ulteriore; i beni, infatti, hanno già scontato l'imposta sulla costituzione del vincolo di destinazione al momento della segregazione in trust. Inoltre, poiché la tassazione, che ha come presupposto il trasferimento di ricchezza ai beneficiari finali, avviene al momento della costituzione del vincolo, l'eventuale incremento del patrimonio del

trust non sosterà l'imposta sulle successioni e donazioni al momento della devoluzione.

6. DECORRENZA

Le disposizioni sui trust introdotte dalla *finanziaria 2007* si applicano a partire dal 1° gennaio 2007, data di entrata in vigore della legge.

Con riguardo all'imposizione diretta, hanno carattere innovativo le norme in materia di tassazione per trasparenza dei trust, posto che già prima delle disposizioni in esame i trust erano considerati soggetti IRPEG (e poi IRES) quali enti, commerciali o non commerciali, ai sensi dell'art. 73, comma 2, del TUIR.

L'imposta sulle successioni e donazioni sulla costituzione dei vincoli di destinazione si applica a partire dall'entrata in vigore della legge n. 286 del 2006, che ha introdotto l'imposta, cioè a decorrere dal 29 novembre 2006, salvo le modificazioni introdotte dai commi 77 e 78 della *finanziaria 2007* che si applicano dal 1° gennaio 2007.

Le disposizioni sulla costituzione dei vincoli di destinazione introdotte dal decreto legge n. 262 del 2006, hanno trovato applicazione nel periodo in cui era in vigore il decreto legge prima della conversione in legge, vale a dire dal 30 ottobre al 28 novembre 2006.

Prassi negoziale

Un caso di trust “semi-discrezionale”

di Marco G. Bonalanza

Un trust istituito quale mezzo di programmazione patrimoniale che tenga conto delle particolarità legate alla situazione familiare e successoria del disponente e caratterizzato da una più efficace gestione dei beni vincolati mediante il ricorso a strumenti di investimento non autorizzati in Italia, ma pienamente legittimi.

Verso la fine dello scorso anno mi sono occupato di risolvere con un trust alcune rilevanti questioni legate ad un importante patrimonio di una famiglia di cittadini e residenti italiani.

§ 1. La situazione.

I beni erano fondi liquidi in gestione di portafoglio presso un istituto bancario italiano per l'usuale tramite dell'intestazione fiduciaria nella figura di società controllata dall'istituto stesso.

Il fiduciante e beneficiario economico dei beni risultava essere il membro più anziano della famiglia, la quale, per quanto interessa il progetto di trust, contava, tra gli altri, i figli dell'anziano ed i nipoti, figli dei figli.

Prima di allora uno dei figli dell'anziano era venuto a mancare, lasciando la moglie ed un figlio minore. Quest'ultimo, sempre ai fini del trust, va considerato nella sua qualità di erede legittimo del nonno in linea diretta insieme ai figli ancora viventi dello stesso (suoi zii). Naturalmente, alla morte del padre del minore, a quest'ultimo era stata assegnata la tutela del giudice con l'assistenza del quale da allora sono gestiti i beni ricevuti dal minore in esito alla successione legittima da suo padre.

Il nonno, preso atto della situazione e dei diritti del nipote sul suo patrimonio, ma anche dei diversi bisogni di quello rispetto ai suoi zii (i figli adulti del nonno stesso), aveva prima di allora provveduto ad erogare, a favore del bambino ed a titolo di anticipazione successoria, un importo in danaro idoneo a soddisfare la futura quota legittima del nipote stesso.

Pertanto, quanto risultava essere nella posizione fiduciaria doveva intendersi nella disponibilità successoria dei soli altri legittimari dell'anziano (d'ora in poi “disponente”).

§ 2. Le problematiche da affrontare.

Innanzitutto era necessario pensare ad un trust che avesse la capacità di inserirsi nel peculiare stato di fatto delle relazioni – familiare ed economica – in essere tra nonno e nipote.

Si doveva, dunque, articolare un *trust deed* che fosse in condizione di tener in debito conto le logiche che presiedono al diritto alla “legittima” in Italia, l'erogazione in acconto effettuata dal nonno ed anche la presenza di quella tutela istituzionale in capo al nipote che, per sua natura, comporta talune rigidità decisionali ed operative, oltre ad imporre il rigoroso rispetto della forma degli atti.

Parimenti primaria era, poi, la necessità che il trust svolgesse comunque quella sua funzione, ordinaria tutto sommato, ma certamente apprezzata e ricercata, di strumento di programmazione patrimoniale, protezione ed accumulo, a favore di quei beneficiari che il disponente aveva individuato secondo i canoni dell'equa ripartizione dei beni tra tutti gli aventi diritto e sempre nel rispetto della normativa in materia successoria.

In tal senso, nella prospettiva della gestione patrimoniale ed al fine di rendere l'azione del trust più efficace, il disponente aveva espresso il desiderio che i beni, una volta assegnati, fossero gestiti con l'utilizzo di strumenti di investimento non autorizzati in Italia (ma perfettamente legittimi, quali ad esempio, gli *Offshore Edge Funds*).

Si doveva perciò ipotizzare di muovere i beni su una piazza straniera che offrisse la possibilità di tali investimenti.

Dalla prospettiva delle questioni di forma la situa-

Nota:

Marco G. Bonalanza è avvocato e trustee professionista in Milano e Zurigo.

zione non si presentava di più immediata soluzione di quella sin qui considerata.

Difatti, mentre prima dell'approvazione della cosiddetta "Finanziaria 2007" (legge 27 dicembre 2006, n. 296) la Pubblica Amministrazione aveva elaborato (negli anni e grazie all'ottimo lavoro di taluni soci dell'Associazione "Il Trust in Italia") schemi di prassi fiscale, civile ed amministrativa sensati, coerenti e, ritengo, condivisibili, l'allora approvanda "Finanziaria" sembrava destinata ad alterare tutti i principî su cui si era lavorato sino a quel momento.

Si trattava, dunque, di valutare il cosiddetto "costo fiscale" dell'operazione in base alla novella di legge, ma anche di considerare l'impatto che quest'ultima avrebbe potuto avere sul profilo fiscale del trust qualora si fosse posto in essere il trasferimento dei beni in trust all'estero secondo le indicazioni del disponente.

In entrambi i casi la nuova normativa andava imponendo conseguenze di notevole impegno economico ed in una certa qual misura anche irragionevolmente riduttive. L'assegnazione in trust avrebbe presto scontato una tanto gravosa quanto insensata imposta di donazione, mentre le previsioni antielusive avrebbero reso l'operazione di trasferimento dei capitali all'estero farraginosa ed ingiustificatamente sospetta, oltre che fiscalmente illogica.

§ 3. Le soluzioni adottate.

In merito al nipote minorenni, la prima scelta è stata quella della giurisdizione. In tal senso quella di Jersey (Channel Islands) appariva la più coerente con la problematica successoria in essere nel caso di specie. La Trust (Jersey) Law appare, oggi, essere una delle più evolute al mondo e, pur se al tempo della stesura del *trust deed* non erano ancora in vigore le novelle di legge già in allora approvate dal legislatore isolano, il loro contenuto era già noto ed aveva raccolto il diffuso consenso degli operatori professionali. Nel caso specifico, poi, quella giurisdizione appariva idonea allo scopo in quanto, similmente all'Italia, il suo sistema di leggi prevede la "legittima", così favorendosi, in caso di controversie legate alla circostanza successoria del disponente, decisioni prevedibilmente coerenti e sistematiche, sia se assunte in Italia (sede dei beneficiari, dei beni e del trustee, dunque foro competente), sia a Jersey (foro competente automatico in base alla legge di regolamentazione del trust stesso).

Sempre in merito al nipote, vi era da considerare e risolvere lo specifico problema della liquidazione anticipata della "legittima" ed i conseguenti equilibri in materia di beneficiari. Infatti, se da un lato era desiderio del disponente includere tra i beneficiari in trust tutti i suoi eredi legittimi diretti, dall'altro il legittimario minorenni non poteva venire in conto poiché già soddisfatto in precedenza.

Del resto, pur avendo ricevuto un pagamento, che nell'intento del nonno doveva avere carattere liquidatorio a saldo, il nipote, una volta maggiorenne – od anche prima il suo tutore – ritengo abbiano comunque azione di riduzione laddove dimostrino che la quota ricevuta ieri, una volta attualizzata al momento del decesso del *de cuius* domani e confrontata con il cespite ereditario, sia, in ipotesi, inferiore a quanto spettante in forza della "legittima".

Si era in presenza di istanze tra loro opposte ed a carattere eventuale, cosicché una soluzione predefinitiva mi era apparsa inadeguata rispetto alla risposta invece offerta dall'elaborazione dell'idea di un trust avente caratteristiche di parziale discrezionalità dove, a fronte dell'individuazione generica dei beneficiari quali soggetti appartenenti alla classe dei familiari del disponente ("Settlor's family"), manca poi la definizione di quest'ultimo termine, così non permettendosi alcuna certa individuazione della classe degli aventi diritto, se non per opera delle discrezionali determinazioni del trustee al quale, invece, è rilasciato un ampio potere di nomina e variazione dei beneficiari.

In tal modo il trustee potrà impostare la classe dei beneficiari come risultanti al momento dell'erogazione, secondo le prospettive possibili e le condizioni esistenti a quel tempo ed evitando, se del caso, possibili lesioni di legittima attraverso l'inclusione del nipote tra i beneficiari, ma anche, all'opposto, non permettendo che quello, se già adeguatamente soddisfatto, approfitti in futuro di più di quanto di sua spettanza, attraverso l'estromissione della sua persona dalla classe degli aventi diritto.

La presenza di una figura pubblica di garanzia (il giudice assegnato al minore) nel gioco delle relazioni familiari e, per conseguenza, nel trust, ha suggerito, infine, l'adozione di alcuni accorgimenti quali:

- la stesura di un testo che riproducesse con coerenza ed attenzione i dettami di legge, solo adeguandoli al caso concreto, dove e per quanto necessario;
- l'utilizzo della lingua madre della legge di regolamentazione del trust (l'inglese) al fine di evitare, in caso

Prassi negoziale

di controversie presso la Jersey Royal Court, le imprecisioni che sono inevitabili nella stesura in italiano di uno strumento tanto peculiarmente anglosassone da essere ben descrivibile solo con l'utilizzo della terminologia originaria, ma anche con lo scopo di eliminare alla radice quelle infedeltà che tipicamente si evidenziano nella traduzione da una lingua all'altra. In tal modo, ritengo, inoltre, si favorisca il radicamento preferenziale delle vertenze presso il tribunale isolano che, a mio avviso, ha il merito di avere prodotto nei secoli una casistica di grande valore e coerenza, offrendo, così, stabili basi alla prevedibilità delle decisioni giudiziarie;

– l'assistenza nella revisione del testo da parte di un primario studio legale di Jersey con cui collaboro ed a cui ho chiesto di valutare il possibile impatto di talune previsioni regolamentari (tra cui quella in tema di beneficiari) sull'applicazione del diritto come espresso dalla Jersey Royal Court nel tempo.

Il patrimonio in trust avrebbe dovuto idealmente venire spostato in una giurisdizione straniera per permetterne una più flessibile gestione a reddito. Tale trasferimento oggi sconta i limiti impostigli dalla nuova legislazione antielusiva e richiede pertanto un'analisi specifica che trae spunto dal metodo scelto dall'istituto bancario per registrare il trust all'apertura del conto e della posizione di deposito amministrato.

È diffusa prassi bancaria quella di intestare le posizioni in trust al trustee nella sua qualità. A questa soluzione consegue che ogni cambiamento relativo al trustee debba essere comunicato all'istituto che ne prende atto ed applica le necessarie azioni conseguenti al caso tra cui, ad esempio, quella della chiusura delle posizioni al cambiare del trustee, per poi aprirne di nuove nel nome del subentrante.

In questo specifico caso viceversa, l'istituto bancario ha correttamente ritenuto di intestare le posizioni al trust in quanto tale, predisponendone la conseguente anagrafica.

Tale soluzione permette oggi al trust, i cui valori mobiliari sono gestiti in regime di sostituzione d'imposta presso l'istituto di credito, di vedersi trasferito ad altro trustee, anche straniero, senza che talune delle sue qualificazioni giuridiche subiscano alterazioni, così potendosi infine soddisfare il desiderio del disponente di vedere i fondi trasferiti all'estero senza che il trust subisca alcuna variazione del suo vantaggioso (per ora) profilo fiscale.

Al trustee italiano (la mia *trust company*) subentra

il trustee svizzero (sempre parte del mio gruppo), mentre i valori mobiliari in portafoglio vengono "vestiti" da uno strumento assicurativo di diritto europeo, per essere infine trasferiti all'estero presso il depositario dello strumento stesso.

Così operando si modifica la residenza del trust ai soli fini civili, ma non necessariamente anche quella fiscale.

In merito, infine, alle questioni relative agli aspetti formali e fiscali della fase particolare di creazione del trust ed assegnazione di beni, vale qui ricordarne unicamente i tratti essenziali.

L'atto di creazione del trust, officiato da notaio, è andato in registrazione nella sua versione originale inglese, ma con la traduzione del testo in italiano ai soli fini dell'applicazione dell'imposta di registro.

L'atto di assegnazione iniziale ha visto il versamento di un importo nominale a cui poi è seguita una seconda assegnazione, effettuata in valori mobiliari non soggetti ad imposizione fiscale, a completamento del processo istitutivo.

Si è trattato di un incarico significativamente complesso, al cui risultato sono giunto anche grazie alla qualità degli apporti di tutti i professionisti ed operatori coinvolti e con la soddisfazione di aver raccolto sul mio lavoro il consenso dei colleghi di Jersey e di quelli dell'istituto bancario, a tutto vantaggio, mi auguro, di coloro a favore dei quali è andata ed andrà la mia opera.

Trust in luogo di amministrazione di sostegno e con finalità successorie

di Anna Paola Tonelli

Un trust per far fronte alle esigenze del disponente di controllare il futuro delle figlie, l'una imprenditrice di successo, l'altra in precarie condizioni di salute, avuto riguardo alla sua successione ereditaria, alle esigenze di cura e assistenza della figlia malata e al delicato equilibrio dei rapporti familiari.

§ 1. Premessa.

Il Prof. Maurizio Lupoi spesso insegna ai suoi allievi come il trust serva quale strumento per gestire il tempo, atteso che i fatti accadono, o le persone muoiono, sempre nei momenti sbagliati e purtroppo di ciò mai può esserci data notizia preventiva(1).

Il caso che si prospetta dimostra, quindi, come a volte, situazioni famigliari che implicano la valutazione di cosa accadrà dopo l'apertura della successione comportino l'esame di problematiche completamente diverse, quali il passaggio generazionale nella conduzione dell'impresa e la necessità di fornire adeguata tutela a soggetti deboli, o comunque vessati da inopportune scelte di vita, la cui perduranza, negli anni a venire, non è tuttavia possibile prevedere.

Di fronte all'ineludibilità della successione necessaria, rispetto a casi quali quello prospettato, oggi vi sono strumenti nuovi, nemmeno ipotizzabili fino a pochi anni fa, e ci stiamo riferendo non solo al trust, ma anche al grande ruolo della legge sull'amministrazione di sostegno, artt. 404 e s. cod. civ.(2), la cui condivisa strategia, se opportunamente pianificata con finalità preventive, può condurre a risultati significativi.

§ 2. La situazione di fatto.

Caio, rimasto vedovo, ha avuto dalla defunta moglie due figlie, Mevia e Sempronia, rispettivamente di 31 e 25 anni, entrambe nubili.

Caio, grazie anche al lavoro costante ed encomiabile della moglie, ha creato nel corso della sua vita

una vasta attività di impresa, un'industria metalmeccanica, che fittiziamente chiamerò Società S.p.a., che occupa circa 300 dipendenti in Italia ed ha filiali negli Stati Uniti ed in paesi comunitari e extracomunitari.

Sempronia, dopo aver terminato la sua formazione universitaria, è l'amministratore delegato della Società S.p.a., e dimostra capacità manageriali non comuni.

Ciò ha indotto Caio a ritirarsi dalla conduzione strettamente operativa del Gruppo, lasciando al contrario le redini in mano alla figlia, mantenendo però la carica di membro del Consiglio di amministrazione.

Mevia, attualmente iscritta all'Università, è stata membro del Consiglio di amministrazione.

Alla morte della madre, cade in successione un vasto patrimonio che il vedovo e le figlie, eredi universali, si dividono in parti eguali, stante l'assenza di testamento.

Purtroppo, contestualmente, Caio scopre che Mevia è divenuta alcolista in misura tale da comprometterne la lucidità e le capacità lavorative e di concentrazione.

La quota ereditaria di Mevia, che comprende essenzialmente partecipazioni societarie nella Società S.p.a., viene liquidata in danaro e Mevia viene estromessa dal Consiglio di amministrazione.

Com'è comprensibile, trattasi di quota di estremo valore e Caio, temendo uno sciagurato sperpero di così tanto danaro da parte della figlia, ottiene di corrisponderle il saldo in via rateizzata, sicché le parti addivengono ad accordi tali per cui Mevia percepisce mensilmente una cifra estremamente ingente per i prossimi anni.

Note:

Anna Paola Tonelli è avvocato in Bologna.

(1) M. Lupoi, relazione presentata al Master breve "Il diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari", IV Corso "Il diritto degli affidamenti fiduciari", organizzato dall'Università degli Studi di Genova, svoltosi in Sestri Levante, il 12-15 aprile 2007.

(2) Inseriti dall'art. 3 della L. 9 gennaio 2004, n. 6.

Prassi negoziale

I problemi prospettati da Caio sono essenzialmente due:

1) un problema strettamente morale e affettivo circa la possibilità di ricorrere o meno alla figura dell'amministrazione di sostegno (artt. 404 e s. cod. civ.) per aiutare la figlia;

2) un problema successorio circa il che cosa ne sarà, alla sua morte, dell'impero costruito da lui e dalla moglie quando Mevia erediterà la sua quota.

Il primo problema val la pena di essere esaminato, posto che consente di meglio comprendere le ragioni specifiche che hanno indotto Caio all'istituzione del trust; il fatto, e quindi anche le ragioni morali ed etiche che accompagnano una persona nel percorso necessario per addivenire alla decisione di istituire un trust, è sempre almeno tanto importante quanto le considerazioni giuridiche che ne discendono⁽³⁾.

Caio, quindi, pensa all'amministrazione di sostegno quale unica forma giuridica possibile per evitare che Mevia, in ragione dell'enorme disponibilità economica di cui oggi beneficia, possa di fatto peggiorare la sua, già gravissima, situazione.

Attraverso l'amministrazione di sostegno, infatti, si produrrebbe l'effetto di impedire la diretta corresponsione a mani di Mevia del suo assegno mensile, che verrebbe posto sotto il controllo del soggetto nominato amministratore di sostegno di Mevia.

In tale modo, infatti, Caio auspica che Mevia, perdendo le disponibilità economiche immediate, potrebbe essere più facilmente indotta a curarsi e, comunque, tale patrimonio non sarebbe più soggetto allo spreco scellerato della figlia, per essere invece preservato ed amministrato a suo esclusivo beneficio.

Tuttavia, comprensibili ragioni di natura squisitamente affettiva rendono titubante Caio circa l'immediata adozione di questo strumento (che minerebbe definitivamente i rapporti fra lui e la figlia, sui quali tutt'oggi confida, sperando di riuscire ad aiutarla a guarire, senza dover ricorrere ad una decisione così invasiva), preferendo riservarsi la decisione nel tempo a venire in ragione dell'evoluzione dello stato di salute della figlia.

Il secondo problema invece, non ha soluzione e anche in relazione ad esso rileva il fatto.

Atteso il pacifico diritto di Mevia di ereditare alla morte del padre, in tale contesto anche un'eventuale amministrazione di sostegno che venisse chiesta da Sempronia, per la sorella Mevia, vedrebbe il patrimonio della seconda amministrato dalla prima, o da un altro soggetto nominato dal tribunale, ren-

dendo costui vittima dell'ira e della rabbia di Mevia.

I rapporti fra Sempronia e Mevia sono, infatti, già compromessi; Mevia imputa al padre una sua smaccata preferenza per Sempronia, che ignora completamente e verso la quale ha manifestazioni di vero e proprio disprezzo.

Caio non vuole pertanto in alcun modo creare ulteriori motivi di attrito fra le due sorelle e di conseguenza desidera fermamente evitare che, ancorché in buona fede, Sempronia possa in futuro amministrare o controllare la quota ereditaria, e, più in generale, il patrimonio di Mevia, come avverrebbe verosimilmente quando, morto il padre, la sorella chiedesse l'amministrazione di sostegno per Mevia.

Parimenti Caio non ricava conforto nel pensare a futuri compagni di Mevia che, allo stato, non gli danno alcuna garanzia circa la loro possibilità di intervenire positivamente nella vita di Mevia e nell'amministrazione del suo patrimonio laddove ne entrassero in possesso grazie alla loro nomina ad amministratori di sostegno di Mevia.

Riassumendo, quindi, la questione è la seguente:

- il patrimonio di Caio è prevalentemente rappresentato dalle partecipazioni societarie e da pochi immobili;
- la partecipazione societaria di Caio è pari all'80% del valore del capitale sociale;
- Caio è membro del Consiglio di amministrazione e percepisce un lauto compenso che non sarà ricompreso fra i beni in trust;
- Sempronia è amministratore delegato di Società S.p.a.;
- il Gruppo distribuisce dividendi saltuariamente, essendo la politica aziendale più propensa all'investimento per la ricerca e per favorire l'ulteriore crescita dell'impresa.

§ 3. Perché il trust.

Il trust consente a Caio di raggiungere questi obiettivi:

1) attraverso la nomina di un trustee professionista, una *trust company*, la quota societaria di Caio viene intestata ad un terzo soggetto, ma la conduzione del Gruppo rimane in capo alla famiglia,

.....
Nota:

(3) M. Lupoi, relazione presentata al III Congresso Nazionale, organizzato dall'Associazione "Il Trust in Italia", svoltosi in Roma, il 21-23 ottobre 2005.

2) gli eventuali dividendi distribuiti sono accantonati dal trustee, ma rimangono a disposizione di Caio secondo i termini del trust,

3) Caio è il solo beneficiario del trust finché in vita, ma si riserva il diritto di nominare, nel corso della durata del trust, per atto autentico o per testamento, ulteriori beneficiari o di revocarli. In tale modo Caio, che intende nominare le sue figlie quali beneficiarie, può monitorare cosa accade nel tempo a venire in relazione non solo a Mevia, ma anche a Sempronia,

4) Caio si riserva l'ulteriore diritto di indicare le quote di spettanza dei beneficiari al termine del trust, sicché potrà assegnare loro quote superiori alla legittima, come intende di fatto fare,

5) essendo Caio il solo beneficiario attuale del trust (posto che Caio intende nominare i beneficiari con testamento) si producono una serie di significative conseguenze:

a. le figlie saranno a conoscenza del trust solo dopo la sua morte;

b. la cessazione anticipata del trust potrà essere richiesta dalle predette solo dopo la morte del padre e solo se entrambe d'accordo,

6) laddove Caio chiedesse l'amministrazione di sostegno per la figlia Mevia, alla sua morte ci sarà comunque il trust e quindi il soggetto che sarà nominato amministratore di sostegno per la figlia, chiunque esso sia, non acquisirà un controllo diretto sui beni di Mevia, delegando invece tale amministrazione al trustee, sotto il controllo del giudice tutelare,

7) laddove Sempronia chiedesse l'amministrazione di sostegno per la sorella Mevia, alla morte del padre Sempronia stessa, o l'eventuale marito o compagno di Mevia, non acquisiranno alcun controllo sul patrimonio della predetta, che rimane soggetto ai limiti suddetti,

8) laddove, infine, Mevia dovesse guarire, i suoi diritti di successione sarebbero garantiti ed a tale fine è previsto un potere di anticipazione della quota, o di parte di essa, discrezionalmente rimesso in capo al trustee, sentito il parere del guardiano.

Questo passaggio è di estremo rilievo, nel fatto.

Si pensi, infatti, all'ipotesi che Mevia guarisca dopo la morte del padre, ma che in ragione del disaccordo con la sorella questa non accondiscenda alla cessazione anticipata del trust: in tale ipotesi, il trustee può superare l'*impasse* e preservare comunque i diritti di Mevia,

9) da ultimo l'atto prevede che, se una qualsiasi

delle figlie dovesse impugnare il trust dopo la morte del padre, costei perderebbe la posizione beneficiaria e quindi i suoi diritti saranno esclusivamente circoscritti alla quota di legittima a lei spettante e, se impugna Mevia, ancora in stato di dipendenza da alcool, potrà intervenire anche l'amministrazione di sostegno (teoricamente richiedibile anche dal P. M. su istanza del trustee) per evitare la percezione diretta, a mani di Mevia, della fortuna lasciata dalla madre.

§ 4. Struttura del trust.

Il trust è retto dalla legge di Jersey, Isole del Canale.

La durata del trust va oltre il prevedibile ciclo di vita biologica di Caio, ma è prevista una cessazione anticipata in caso di morte dell'ultimo fra i beneficiari rimasti in vita.

Il guardiano è un professionista di fiducia di Caio che, fin dall'inizio dell'attività imprenditoriale, segue il Gruppo.

Alla morte di questo professionista, vi sarà un passaggio delle consegne ad altro soggetto, già individuato da Caio, nel quale questo ripone fiducia.

È prevista una procedura di conciliazione che reca già il nome del conciliatore, nel quale parimenti Caio ripone estrema fiducia.

Il trustee ha il potere di anticipazione dei beni in trust solo dopo la morte di Caio, sentito il parere del guardiano.

Le rendite sono tenute a disposizione di Caio e sono previsti meccanismi specifici in caso di vendita delle partecipazioni o di parte di esse.

Il trustee è inoltre gravato dell'onere di verificare i bisogni dei beneficiari e di provvedere in tale senso (clausola pensata prevalentemente per Caio), se del caso anche vendendo i beni in trust per acquisire le liquidità necessarie.

L'atto ha la forma della scrittura privata autenticata.

§ 5. Conclusioni.

Prima dell'avvento nello scenario giuridico italiano del trust, da un lato, e della legge sull'amministrazione di sostegno dall'altro, simile situazione non avrebbe trovato soluzione.

Oggi le due strutture giuridiche citate consentono al cliente di monitorare il futuro dei figli, pur sapen-

do che, in caso di sua morte, ha già provveduto al meglio.

In alcun modo può poi sostenersi che il padre abbia voluto violare le norme in tema di successione necessaria.

Al contrario il disponente ha voluto destinare tutto il suo patrimonio, e quindi la legittima e parte della disponibile, alla figlia "debole e malata" affinché questo sia impiegato solo nel suo esclusivo interesse.

Va da sé che, se nel frattempo il soggetto dovesse guarire, il trust potrà venire pacificamente a termine.

L'alcolismo, come la tossicodipendenza, come altre patologie inficianti la lucidità e l'autocoscienza di una persona, spesso, seppur gravi, non avrebbero consentito l'ammissione di questi alla procedura di inabilitazione o ancor più di interdizione.

Oggi la legge sull'amministrazione di sostegno consente queste encomiabili forme di tutela che, se accompagnate con un trust, consentono al soggetto di godere dei propri beni, e di impiegarli anche per il suo cammino di guarigione, senza venire scelleratamente depauperati.

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, Ugo Carnevali, Giorgio De Nova,
Augusto Fantozzi, Andrea Fedele, Franco Gallo, Antonio
Gambaro, David Hayton, Nicolò Lipari, Fabio Marchetti,
Antonio Palazzo, Victor Uckmar, Gustavo Visentini

Coordinamento redazionale
Elisa Barla De Guglielmi (Università degli Studi di
Genova), Lucia Frascairelli (Assofiduciaria), Roberta
Grondona (Università degli Studi di Genova)

REDAZIONE
Valentina Cecconi, Cristina Orsenigo

REALIZZAZIONE GRAFICA
Ipsosa

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 14 settembre 2007

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

Publicità:

db Consulting srl
EVENTS & ADVERTISING

db Consulting srl Events & Advertising
via Leopoldo Gasparotto 168
21100 Varese
tel. 0332/282160 - fax 0332/282483
e-mail: info@db-consult.it
www.db-consult.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: € 250,00
ESTERO
Abbonamento annuale: € 500,00

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:

Ipsosa 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: € 57,50

Arretrati: prezzo dell'anno in corso all'atto della richiesta

DISTRIBUZIONE

Vendita esclusiva per abbonamento

Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico è
comprensivo dell'IVA assolta dall'editore ai sensi e per
gli effetti del combinato disposto dall'art. 74 del D.P.R.
26/10/1972, n. 633 e del D.M. 29/12/1989 e successive
modificazioni e integrazioni

Egregio abbonato,

Ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 30.6.2003 n. 196, La informiamo che i Suoi dati sono conservati nel data base informatico del titolare del trattamento, Wolters Kluwer Italia S.r.l. Responsabile del trattamento: Ufficio MID. L'elenco aggiornato di tutti i responsabili del trattamento potrà essere richiesto per iscritto all'Ufficio MID presso la sede della società. I Suoi dati saranno utilizzati dalla nostra società, da enti e società esterne ad essa collegati, nonché da soggetti terzi, titolari autonomi del trattamento, solo per l'invio di materiale amministrativo-contabile, commerciale e promozionale. Ai sensi dell'art. 7 del citato D.Lgs., Lei ha diritto di conoscere, aggiornare, rettificare, cancellare i Suoi dati, nonché di esercitare tutti i restanti diritti ivi previsti, mediante comunicazione scritta a Wolters Kluwer Italia S.r.l., Ufficio MID, Milanofiori, Strada 1-Palazzo F6, 20090 Assago (MI).

Trust auto-dichiarato di quote di società in accomandita semplice

CAMERA DI COMMERCIO INDUSTRIA ARTIGIANATO AGRICOLTURA DI PISTOIA

- UFFICIO REGISTRO DELLE IMPRESE -

VISURA SENZA VALORE DI CERTIFICAZIONE STORICA

DATI IDENTIFICATIVI DELL'IMPRESA

Codice fiscale e numero d'iscrizione: xxx

del Registro delle Imprese di PISTOIA

data di iscrizione: xxx

Iscritta nella sezione ORDINARIA il xxx

Iscritta con la qualifica di IMPRESA AGRICOLA (sezione speciale) il xxx

Iscritta con il numero Repertorio Economico Amministrativo xxx il xxx

Denominazione: I.

Forma giuridica: SOCIETA' IN ACCOMANDITA SEMPLICE

Sede: M. VIA xxx

Data di trasferimento: xxx

Provincia di provenienza: xxx Numero REA xxx

Costituita con atto del xxx Data termine: xxx

con proroga tacita di anno in anno

Scadenza primo eserc. xxx scadenza eserc. successivi: xxx

Già iscritta al Registro Società in data: xxx

Oggetto Sociale:

LA SOCIETA' HA PER OGGETTO LA PROPRIETA', CONDUZIONE E GESTIONE DI BENI IMMOBILI IN GENERE E DI AZIENDE AGRICOLE IN PARTICOLARE.

LA SOCIETA', INOLTRE, POTRA' SVOLGERE OGNI ATTIVITA' CONNESSA ALL'ATTUAZIONE ED AL CONSEGUIMENTO DELL'OGGETTO SOCIALE E POTRA' ASSUMERE INTERESSENZE, QUOTE E PARTECIPAZIONI, ANCHE AZIONARIE, IN ALTRE SOCIETA' O DITTE AVENTI SCOPI ANALOGHI, AFFINI O CONNESSI AL PROPRIO, GIA' COSTITUITE O DA COSTITUIRE; ED A TAL FINE POTRA' ACQUISTARE, PERMUTARE, LOCARE, VENDERE AUTOMEZZI, BENI MOBILI ED IMMOBILI, AZIENDE, EFFETTUARE QUALUNQUE OPERAZIONE COMMERCIALE, INDUSTRIALE, FINANZIARIA E DI CREDITO E COMPIERE QUALSIASI ALTRO ATTO IN RELAZIONE ALL'OGGETTO SOCIALE.

E' ESCLUSA LA RACCOLTA DEL RISPARMIO FRA IL PUBBLICO SOTTO QUALSIASI FORMA.

Numero soci: 2

INFORMAZIONI SULLO STATUTO/ATTO COSTITUTIVO

RIPARTIZIONE DEGLI UTILI E DELLE PERDITE TRA I SOCI GLI UTILI RISULTANTI DAL BILANCIO SARANNO RIPARTITI FRA I SOCI IN PROPORZIONE ALLE QUOTE DI CAPITALE SOCIALE DA CIASCUNO DI ESSI POSSEDUTE.

LE EVENTUALI PERDITE SARANNO RIPARTITE TRA I SOCI IN PROPORZIONE ALLE QUOTE DI CAPITALE SOCIALE DA CIASCUNO DI ESSI POSSEDUTE E PER L'ECCEDEZZA SARANNO SOPPORTATE DAL SOLO SOCIO ACCOMANDATARIO.

I SOCI, D'ACCORDO FRA LORO, POSSONO DESTINARE PARTE DEGLI UTILI ALLA COSTITUZIONE DI UN FONDO DI RISERVA.

POTERI DI AMMINISTRAZIONE E RAPPRESENTANZA DEI SOCI

L'AMMINISTRAZIONE E LA GESTIONE DELLA SOCIETA', NONCHE' L'ORGANIZZAZIONE E LA DIREZIONE DELL'ATTIVITA' SOCIALE SPETTANO AL SOCIO ACCOMANDATARIO xxx IL QUALE AVRA', PER-

Prassi negoziale

TANTO, LA FIRMA SOCIALE E LA RAPPRESENTANZA LEGALE DELLA SOCIETA' DI FRONTE AI TERZI ED IN GIUDIZIO.

IL SOCIO AMMINISTRATORE PUO' COMPIERE TUTTI GLI ATTI DI ORDINARIA E STRAORDINARIA AMMINISTRAZIONE CHE COMUNQUE RIENTRINO NELL'OGGETTO SOCIALE.

PER IL COMPIMENTO DEI SEGUENTI ATTI OCCORRERA' TUTTAVIA IL CONSENSO DEL SOCIO ACCOMANDANTE E PRECISAMENTE:

- ACQUISTO, VENDITA E PERMUTA DI BENI IMMOBILI E DI AZIENDE O RAMI DI AZIENDE;
- STIPULAZIONE DI CONTRATTI DI FINANZIAMENTO IN GENERE;
- PRESTAZIONI DI GARANZIE ANCHE A FAVORE DI TERZI;
- COSTITUZIONE, MODIFICAZIONE ED ESTINZIONE DI DIRITTI REALI ANCHE DI GARANZIA.

IL SOCIO AMMINISTRATORE PUO' DELEGARE AI SOCI ACCOMANDANTI PARTE DEI SUOI POTERI, MEDIANTE IL RILASCIO DI PROCURA SPECIALE, NELLA QUALE SARANNO DETERMINATI I POTERI STESSI ED I LIMITI DELLA DELEGA.

I SOCI ACCOMANDANTI NON POSSONO COMPIERE ATTI DI AMMINISTRAZIONE NE' TRATTARE E CONCLUDERE AFFARI IN NOME DELLA SOCIETA' SE NON IN FORZA DI PROCURA SPECIALE PER SINGOLI AFFARI.

ESSI POTRANNO TUTTAVIA PRESTARE LA PROPRIA OPERA SOTTO LA DIREZIONE DELL'AMMINISTRATORE E COMPIERE, ANCHE A MEZZO DI PERSONA A TAL FINE DESIGNATA, ATTI DI ISPEZIONE E DI SORVEGLIANZA CONSULTANDO IN QUALSIASI MOMENTO I LIBRI E I DOCUMENTI DELLA SOCIETA'.

AL SOCIO AMMINISTRATORE SPETTA IL RIMBORSO DELLE SPESE SOSTENUTE PER RAGIONI DEL SUO UFFICIO. I SOCI POSSONO INOLTRE ASSEGNARGLI UN COMPENSO PER L'OPERA SVOLTA NELLA SOCIETA' SUB SPECIE DI ATTRIBUZIONE DI QUOTA DELL'UTILE DI ESERCIZIO.

Modifiche statutarie - atti e fatti soggetti a deposito:

IL SIGNOR xxx, TITOLARE, IN QUALITA' DI SOCIO ACCOMANDANTE, DI UNA PARTECIPAZIONE DI NOMINALI EURO 3098,74, PARI AL 30% DEL CAPITALE SOCIALE DELLA SOCIETA' "I.C.", HA ISTITUITO UN TRUST AUTO-DICHIARATO AVENTE AD OGGETTO, FRA L'ALTRO, LA SUDDETTA QUOTA, E SI DICHIARA CHE: PER L'APPLICAZIONE ED IL RICONOSCIMENTO NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO ITALIANO DEL TRUST E' STATA RICHIAMATA IN SEDE DI ISTITUZIONE LA LEGGE 16 OTTOBRE 1989, N. 364, CHE IL TRUST E' REGOLATO DALLA LEGGE DI JERSEY (ISOLE DEL CANALE); - CHE, SALVI I LIMITI DELLE NORME IMPERATIVE E DEI PRINCIPI INDEROGABILI DI ORDINE PUBBLICO DELL'ORDINAMENTO GIURIDICO ITALIANO, I BENI IN TRUST SONO A TUTTI GLI EFFETTI SEPARATI DAL PATRIMONIO PERSONALE DEL TRUSTEE, NON FORMERANNO OGGETTO DELLA SUA SUCCESSIONE EREDITARIA, NON FANNO PARTE DI ALCUN REGIME PATRIMONIALE NASCENTE DAL SUO MATRIMONIO O DA CONVENZIONI MATRIMONIALI E NON SONO IN ALCUN CASO AGGREDIBILI NE' DAI SUOI CREDITORI NE' DAI CREDITORI DEL DISPONENTE; - CHE IL TRUSTEE E' OBBLIGATO A TENERE I BENI IN TRUST SEPARATI DAI PROPRI, SIA DA QUALSIASI ALTRO BENE O DIRITTO GLI SIA INTESATATO; - CHE LA VALIDITA', L'EFFICACIA E L'OPPONIBILITA' DEGLI ATTI DEL TRUSTEE E POSTI IN ESSERE IN ITALIA E RIGUARDANTI BENI IMMOBILI SITI IN ITALIA, BENI MOBILI REGISTRATI, QUOTE ED AZIONI SONO REGOLATE DALLA LEGGE ITALIANA; - CHE TUTTE LE VOLTE CHE SI TRATTI DI BENI O DIRITTI ISCRITTI O ISCRIVIBILI IN REGISTRI, PUBBLICI O PRIVATI, IL TRUSTEE E' TENUTO A RICHIEDERNE L'ISCRIZIONE O NELLA SUA QUALITA' DI TRUSTEE DEL TRUST O AL NOME DEL TRUST O IN QUALSIASI ALTRO MODO CHE RILEVI L'ESISTENZA DEL TRUST; - CHE IL TRUSTEE DISPONE DEI BENI IN TRUST SENZA ALCUNA LIMITAZIONE, SALVE QUELLE RISULTANTI DALL'ATTO ISTITUTIVO DEL TRUST, E SENZA MAI DOVER GIUSTIFICARE I PROPRI POTERI, CHE COINCIDONO CON QUELLI CHE LA LEGGE RICONOSCE AL PROPRIETARIO O TITOLARE DEI BENI IN TRUST; - CHE OGNI RESPONSABILITA', POTERE E DIRITTO DI PROPRIETARIO, DAL MOMENTO DELL'ATTO SONO STATI ASSUNTI ED ESERCITATI DAL DISPONENTE xxx IN QUALITA' DI TRUSTEE, NON NELL'INTERESSE PROPRIO MA NELL'ESCLUSIVO INTERESSE DEI FINI E DEI BENEFICIARI DEL TRUST; - CHE IL TRUSTEE HA CAPACITA' PROCESUALE ATTIVA E PASSIVA IN RELAZIONE AI BENI IN TRUST. EGLI PUO' COMPARE NELLA SUA QUALITA' DI TRUSTEE DINANZI A NOTAI E A QUALUNQUE PUBBLICA AUTORITA' SENZA CHE MAI GLI SI POSSA ECCEPIRE CARENZA O INDETERMINATEZZA DI POTERI; - CHE IL TRUST ESAURISCE I PROPRI EFFETTI, PREVIO ESPERIMENTO DELLA FASE DI ASSEGNAZIONE DI CUI ALLA PARTE V DEL TRASCRIP-

VENDO ATTO, AL VERIFICARSI DEL PRIMO DEI SEGUENTI EVENTI: A) IL DECORSO DI 60 (SESSANTA) ANNI DALLA SOTTOSCRIZIONE DEL TRASCRIVENDO ATTO, B) LA MORTE DEL DISPONENTE DURANTE IL DECORSO DEL PERIODO SUB A); C) LA MANCANZA DI BENI DEL TRUST.

INFORMAZIONI PATRIMONIALI E FINANZIARIE

Valore nominale dei conferimenti in EURO 10.329,13

ATTIVITÀ

Data inizio attività: xxx

Attività Agricola:

COLTIVAZIONE DI CEREALI, DAL xxx;

CLASSIFICAZIONE ATECORI 2002 (informazione di sola natura statistica)

Codice attività

Codice importanza

Data inizio

01.11.1

P

xxx

ADDETTI

Numero addetti dell'impresa rilevati nell'anno 2001

Dipendenti: 4 (informazione di sola natura statistica)

TITOLARI DI CARICHE O QUALIFICHE

2) xxx (rappresentante dell'impresa)

nato a xxx il xxx

codice fiscale: xxx

residente a: xxx VIA xxx

quota: 7.230,39 valuta: EURO

Proprietà della quota

IN PIENA PROPRIETA'

- SOCIO ACCOMANDATARIO nominato con atto del xxx

3) xxx

nato a xxx il xxx

codice fiscale: xxx

residente a: xxx VIA xxx

quota: 3.098,74 valuta: EURO

Proprietà della quota

IN PIENA PROPRIETA'

- SOCIO ACCOMANDANTE nominato con atto del xxx

ESTREMI DI ISCRIZIONE PRECEDENTI

Iscritta al Registro Ditte con il numero xxx

Iscritta al Registro Imprese con il numero xxx

ATTI ISCRITTI NEL REGISTRO DELLE IMPRESE

** Protocollo d'ufficio nr. xxx del xxx

- ISCRIZIONE DI DIRITTO NELLA SEZIONE ORDINARIA DEL REGISTRO DELLE IMPRESE

** Protocollo nr. xxx del xxx

A5 INIZIO MODIFICA CESSAZIONE DI ATTIVITA' AGRICOLA

- ISCRIZIONE CON LA QUALIFICA DI IMPRESA AGRICOLA (SEZ. SPECIALE)

trascrizione iscritta il xxx

** Protocollo nr. xxx del xxx

S2 MODIFICA SOCIETA' , CONSORZIO G.E.I.E, ENTE PUBBLICO ECON.

P ISCRIZIONE NEL RI E REA DI ATTI E FATTI RELATIVI A PERSONE nr. 1

Prassi negoziale

- TRASFERIMENTO DELLA SEDE LEGALE. INDIRIZZO PRECEDENTE:

xxx VIA xxx

trascrizione iscritta il xxx

- MODIFICA DATI PERSONA/SOCIETA'

xxx codice fiscale: xxx

MODIFICA RESIDENZA ANAGRAFICA E/O DOMICILIO FISCALE

DI: xxx:

RESIDENZA: VIA xxx, xxx

trascrizione iscritta il xxx

** Protocollo nr. xxx del xxx

S2 MODIFICA SOCIETA' , CONSORZIO G.E.I.E, ENTE PUBBLICO ECON.

** Protocollo nr. xxx del xxx

ALTRI ATTI

del xxx

ALTRA FORMA

atto iscritto il xxx

- MODIFICA DATI PERSONA/SOCIETA'

xxx codice fiscale: xxx

POTERI ATTRIBUITI:

POTERI PRECEDENTI: (ASSENTI)

DECESSO DEL SOCIO ACCOMANDATARIO xxx IN DATA xxx.

trascrizione iscritta il xxx rettificata il xxx

** Protocollo nr. xxx del xxx

S2 MODIFICA SOCIETA' , CONSORZIO G.E.I.E, ENTE PUBBLICO ECON.

** Protocollo nr. xxx del xxx

MODIFICHE ATTO COSTIT/PATTI SOC.(SOC DI PERSONE, CONSORZI, GEIE) del xxx

ATTO PUBBLICO redatto da DANIELE MURITANO

repertorio n. xxx in EMPOLI (FI)

registrato in data xxx n. xxx - SERIE 1T in EMPOLI (FI)

atto iscritto il xxx

- ALTRE MODIFICHE STATUTARIE - ATTI E FATTI SOGGETTI A DEPOSITO.

PRECEDENTE: (ASSENTE)

trascrizione iscritta il xxx

** Protocollo nr. xxx del xxx

S2 MODIFICA SOCIETA' , CONSORZIO G.E.I.E, ENTE PUBBLICO ECON.

P ISCRIZIONE NEL RI E REA DI ATTI E FATTI RELATIVI A PERSONE nr. 3

** Protocollo nr. xxx del xxx

MODIFICHE ATTO COSTIT/PATTI SOC.(SOC DI PERSONE, CONSORZI, GEIE) del xxx

ATTO PUBBLICO redatto da MURITANO DANIELE

repertorio n. xxx in EMPOLI (FI)

registrato in data xxx n. xxx - SERIE 1T in EMPOLI (FI)

atto iscritto il xxx

- VARIAZIONE DELLA DENOMINAZIONE. DENOMINAZIONE PRECEDENTE:

I.C. S.A.S.

trascrizione iscritta il xxx

- TRASFERIMENTO DELLA SEDE LEGALE. INDIRIZZO PRECEDENTE:

xxx VIA xxx

trascrizione iscritta il xxx

- VARIAZIONE DELL'AMMONTARE DELLE QUOTE. TOTALE QUOTE PRECEDENTE:

LIRA ITALIANA 20.000.000

trascrizione iscritta il xxx

- MODIFICA DEI POTERI DEGLI ORGANI AMMINISTRATIVI

L'AMMINISTRAZIONE, LA FIRMA SOCIALE E LA RAPPRESENTANZA LEGALE, ANCHE IN GIUDIZIO DELLA SOCIETA' SONO ATTRIBUITE AL SOCIO ACCOMANDATARIO xxx, LA QUALE POTRA' VALIDAMENTE OBBLIGATA SIA PER GLI ATTI DI ORDINARIA AMMINISTRAZIONE, CHE PER QUELLI RIENTRANTI NELLA STRAORDINARIA AMMINISTRAZIONE, CHE PER QUELLI RIENTRANTI NELLA STRAORDINARIA AMMINISTRAZIONE, CON RESPONSABILITA' ILLIMITATA AI SENSI DI LEGGE. DOVRA' DEDICARE TUTTA LA PROPRIA OPERA AL BUON ANDAMENTO DELLA AZIENDA SOCIALE.

trascrizione iscritta il xxx

- VARIAZIONE OGGETTO SOCIALE. OGGETTO SOCIALE PRECEDENTE:

OGGETTO SOCIALE:

PROPRIETA', CONDUZIONE E GESTIONE DI BENI IMMOBILI IN GENERE E DI AZIENDE AGRICOLE IN PARTICOLARE.

PER IL RAGGIUNGIMENTO DELL'OGGETTO SOCIALE LA SOCIETA' POTRA' COMPIERE TUTTE LE OPERAZIONI MOBILIARI, IMMOBILIARI E FINANZIARIE RITENUTE NECESSARIE O UTILI A GIUDIZIO DELL'ACCOMANDATARIO.

LA SOCIETA' PUO' ASSUMERE INTERESSENZE E PARTECIPAZIONI IN ALTRE SOCIETA' COSTITUITE O COSTITUENDE AVENTI OGGETTO ANALOGO O AFFINE O CONNESSO AL PROPRIO, SIA DIRETTAMENTE CHE INDIRETTAMENTE.

ESSA PUO' PURE PRESTARE AVALLI, FIDEJUSSIONI E OGNI ALTRA GARANZIA ANCHE REALE SIA IN FAVORE DI TERZI CHE DEI SOCI.

IL SOCIO ACCOMANDATARIO, COL CONSENSO DEL SOCIO ACCOMANDANTE, POTRA' ASSUMERE INTERESSENZE E PARTECIPAZIONI IN ALTRE SOCIETA' ED IMPRESE AVENTI OGGETTO ANALOGO ED AFFINE AL PROPRIO.

trascrizione iscritta il xxx

- MODIFICA NORME DI RIPARTIZIONE UTILE TRA I SOCI. NORME PRECEDENTI:

(ASSENTE)

trascrizione iscritta il xxx

- MODIFICA DATI PERSONA/SOCIETA'

xxx codice fiscale: xxx

CESSAZIONE DALLA CARICA O QUALIFICA DI:

SOCIO ACCOMANDATARIO

CON I SEGUENTI POTERI:

DECESSO DEL SOCIO ACCOMANDATARIO xxx IN DATA xxx

trascrizione iscritta il xxx

- MODIFICA DATI PERSONA/SOCIETA'

xxx codice fiscale: xxx

VARIAZIONE DELLA QUALIFICA IN:

SOCIO ACCOMANDATARIO DA: SOCIO ACCOMANDANTE

trascrizione iscritta il xxx

- QUOTA DI PARTECIPAZIONE POSSEDUTA:

QUOTA: VALORE PRECEDENTE LIRE 8.000.000

trascrizione iscritta il xxx

- INSERIMENTO NUOVA PERSONA

xxx codice fiscale: xxx

NOMINA CARICA E/O QUALIFICA/E DI:

ASSUNZIONE DELLA QUALIFICA DI SOCIO ACCOMANDANTE CON ATTO DEL xxx

QUOTA DI PARTECIPAZIONE POSSEDUTA: 3.098,74 EURO

trascrizione iscritta il xxx

INFORMAZIONI STORICHE SUCCESSIVE ALL'ISCRIZIONE NEL REGISTRO IMPRESE

Data denuncia (M) xxx

xxx - ATTIVITA' AGRICOLE DELL'IMPRESA COLTIVAZIONE DI CEREALI

Letture

La ratifica della Convenzione de L'Aja nell'ordinamento svizzero

di Francesca Brunetta d'Usseaux

Con questo libro l'autore, avvocato civilista, commenta sia la Convenzione de L'Aja, sia la legge di ratifica della Convenzione nell'ordinamento svizzero. Il testo si propone di fornire al giurista che si voglia occupare di trust una agevole guida per affrontare un istituto nuovo, ma di indubbia utilità.

L'autore, avvocato in Zurigo, con il libro che si recensisce(1), si propone di analizzare il rapporto consistente tra la Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985 sulla legge applicabile ai trust e il loro riconoscimento rispetto alla legislazione di ratifica svizzera del 2006.

Prima di entrare direttamente in argomento, l'autore reputa opportuno precisare al lettore quello che il libro non è: non è l'ennesimo studio sul diritto dei trust, non si configura quale analisi del rapporto intercorrente tra *common law* e *civil law*, non si prefigge di approfondire la lunga e complicata genesi della Convenzione, né, tanto meno, l'*iter* svizzero di ratifica della Convenzione de L'Aja. Lo scritto, sviluppato dal punto di osservazione di un civilista, vuole essere uno strumento per il giurista pratico: il suo scopo è quello di fornire un'agevole guida al giurista svizzero che si accosti alla materia.

Pur non sottovalutando le difficoltà di applicazione di un istituto, quale è il trust, sconosciuto al diritto svizzero prima della ratifica, l'autore ne mette in debito risalto i pregi e non fa mistero del suo apprezzamento: il trust sarebbe un "esempio unico di fantasia giuridica", uno strumento flessibile e duttile, utilizzato nelle più diverse modalità, note solo in parte, nonostante gli approfonditi studi che hanno accompagnato la ratifica della Convenzione in Svizzera.

Il libro si compone di quattro parti: la prima è dedicata ad un'introduzione generale sul trust; la seconda prende in esame la Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985; la terza parte commenta la legge di ratifica svizzera del 20 dicembre 2006; la quarta e ultima parte costituisce una raccolta di utili allegati.

Un interrogativo si pone all'inizio del testo: "cosa sia il trust", domanda ambiziosa, alla quale, tuttavia, l'autore non ha pretesa di dare una risposta definiti-

va ed esaustiva. Taluni autori riconducono il trust ai diritti reali, altri lo considerano un contratto. Nel diritto internazionale privato svizzero il trust si configura da sempre quale *organisierte Vermögenseinheit*, una "unità patrimoniale organizzata", comportando di conseguenza l'applicazione ad esso delle disposizioni in materia societaria. In tal senso, già nel 1874, aveva deciso il Tribunal de Commerce ginevrino, emettendo quella che può essere definita la prima sentenza svizzera in materia di trust. Il caso Pught et Weatchers c. Syndic Schlesinger concerneva due coniugi inglesi, i quali, prima di trasferirsi in Svizzera avevano stipulato un accordo matrimoniale, un *marital property settlement*, secondo il diritto inglese. Una volta in Svizzera il marito era fallito: definendo il trust come persona giuridica e i trustee come "quasi proprietari", il tribunale stabilì che i creditori del marito avrebbero potuto rivalersi solo sulla rendita e non sui valori patrimoniali inizialmente inseriti nel trust. È opportuno sottolineare che questa impostazione non è mai stata maggioritaria in dottrina. Secondo l'autore siamo di fronte ad un istituto *sui generis*, che richiede di essere interpretato e gestito in maniera autonoma: non sarebbe né opportuno, né utile cercare di forzarlo in un "letto civilistico di procuste". Questa la risposta dell'autore a coloro i quali, di fronte ad un fenomeno difficilmente comprensibile, hanno cercato di descriverlo ricorrendo ad istituti civilistici già noti. Un esempio per tutti: la decisione del 1970 del Consiglio Federale, Harrison c. Crédit Suisse(2) e la sentenza del 19 novembre 2001, H. c. Stati Uniti d'America con il commento di Z. Crespi Reghizzi, *Constructive trust*, responsabilità patrimoniale e diritto internazionale privato nella

Note:

Francesca Brunetta d'Usseaux è professore associato dell'Università di Genova.

(1) Peter Max Gutzwiller, *Schweizerisches Internationales Trustrecht Kommentar zum Haager Übereinkommen über das auf Trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung (HTÜ) vom 1. Juli 1985 und zur schweizerischen Umsetzungs-Gesetzgebung vom 20. Dezember 2006*, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2007, ISBN 987-3-7190-2595 (357 pagine).

(2) In questa Rivista, 2004, 442.

giurisprudenza svizzera, entrambi pubblicati nelle pagine di questa Rivista(3).

La nozione di trust sottesa al libro in esame si potrebbe così riassumere nei tratti salienti: il trust è un rapporto giuridico che obbliga il trustee ad amministrare e utilizzare dei valori patrimoniali, di cui egli sia o sia diventato proprietario (a seconda che si tratti di in un caso di c.d. trust auto-dichiarato o di trust istituito dal disponente) e che tuttavia costituiscono un patrimonio separato e non appartengono quindi al suo patrimonio privato, a favore del beneficiario, che può coincidere con il disponente e/o con il trustee stesso. Il trust non è una persona giuridica: in riferimento al patrimonio del trust solo il trustee è proprietario legittimato attivamente e passivamente, non il trust.

Dopo aver brevemente delineato i diversi tipi di trust esistenti, suscitano curiosità le indicazioni di natura "organizzativa". Al futuro disponente è consigliato, fino a quando i tribunali di *civil law* non avranno acquisito una sufficiente conoscenza della materia, di indicare come competente a dirimere le questioni inerenti il trust un giudice di *common law* onde evitare il rischio che sia appunto un collega di *civil law* a decidere della controversia. I cantoni, per contro, dovrebbero provvedere ad adeguare la propria organizzazione giuridica a questo nuovo istituto, designando inizialmente come competente in materia di trust un unico giudice al fine di concentrare conoscenze, esperienze e competenze linguistiche e permettere, altresì, la realizzazione di un sufficiente apparato di informazioni, conoscenze e precedenti. Infine, università, enti e professioni dovrebbero adoperarsi per diffondere ed approfondire la conoscenza del diritto dei trust, attraverso corsi di formazione e perfezionamento.

Muovendo poi dalla finalità principale della Convenzione, che è quella di creare regole uniformi sui conflitti di legge in materia di trust, l'autore indica alcune regole "guida" di interpretazione che sarebbe opportuno seguire per non vanificare gli sforzi del legislatore. Sicuramente non si può prescindere dalla lettera della legge, ma all'interpretazione letterale non va attribuito un peso eccessivo. All'autore non pare percorribile neanche la via dell'interpretazione sistematica, perché proprio la sistematica sarebbe uno dei punti deboli della Convenzione. Tuttavia non si deve neanche incorrere nell'errore di interpretare la Convenzione solo alla luce della *common law*. Meglio elaborare un approccio interpretativo

autonomo e questo per due ragioni: in primo luogo perché nella Convenzione vengono utilizzati termini sia inglesi sia francesi, non sempre in maniera univoca, secondariamente perché essa non fa riferimento unicamente alla tradizionale figura di trust anglosassone, ma comprende anche altre figure affini. La nozione di trust utilizzata dalla Convenzione non corrisponde necessariamente a quella che ci perviene dalla *common law*, ma, invece, ad un concetto autonomo. Ovviamente poi, secondo la *ratio conventionis*, si dovrà cercare di dare alle disposizioni il significato più consono alla volontà del disponente.

Premessi questi cenni introduttivi, l'autore dedica la seconda parte, quella più corposa, alla Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985 sulla legge regolatrice e il riconoscimento dei trust. Gli articoli sono riportati nelle due lingue ufficiali, inglese e francese, ma anche in tedesco ed in italiano. Il testo tedesco corrisponde a quello utilizzato dal governo federale svizzero per la proposta di ratifica della Convenzione inviata ai cantoni nel 2005; la versione italiana coincide, invece, con quella elaborata dall'Associazione "Il trust in Italia".

L'approfondito commento, in lingua tedesca, segue l'ordine degli articoli della Convenzione: dopo averne delineato l'ambito di applicazione, viene puntualmente esaminata la legge applicabile, dal riconoscimento alle disposizioni generali. Le varie ipotesi interpretative sono vagliate accuratamente: non mancano i riferimenti di dottrina e la discussione critica delle posizioni assunte da altri autori.

L'autore prende poi in esame la Confederazione Elvetica prima della ratifica della Convenzione, quando né il diritto civile cantonale, né il diritto internazionale privato federale conoscevano il trust. Il rapporto tra diritto svizzero e trust fece un notevole passo avanti con l'ampia discussione che si instaurò durante il Convegno generale dei giuristi del 1954 e riprese poi vigore con la richiesta che la Confederazione Elvetica rivolse al prof. Thévenoz dell'Università di Ginevra, affinché esprimesse il suo autorevole parere in merito all'opportunità di ratificare la Convenzione de L'Aja(4). Sono questi gli studi che stanno alla base della proposta di ratifica del 18 ottobre 2003 elaborata

Note:

(3) Rispettivamente, in questa Rivista, 2004, 76 e 394.

(4) Cfr. M. Lupoi, La Svizzera e la Convenzione dell'Aja del 1985, in questa Rivista, 2002, 151.

Letture

ta dal Ministero Federale di Giustizia, inviata poi dal governo svizzero ai cantoni il 2 dicembre 2005, diventata, infine, legge di ratifica il 20 dicembre 2006. Alla disamina di tale legge è dedicata la terza parte del libro, strutturata in un dettagliato commento dei singoli articoli (limitato, peraltro, solo alle nuove disposizioni inserite nel diritto interno).

L'autore valuta positivamente il fatto che la legge di ratifica della Convenzione nel diritto svizzero si connota come una "legge breve": essa, infatti, incide solo sul diritto internazionale privato, modificando un articolo della legge federale (IPRG, Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18 Dezember 1987) ed introducendone cinque nuovi, nonché sulla legge federale che disciplina il fallimento (SchKG Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11 April 1889/ 16 Dezember 1994). A tale proposito va annotato come il diritto internazionale privato e il diritto fallimentare siano di competenza federale, così che non residua alcuno spazio per disposizioni cantonali, a parte alcuni "aggiustamenti" procedurali. Non si sono, invece, rese necessarie modifiche al codice civile svizzero (ZGB) e all'Obligationenrecht (OR).

La legge di ratifica non si è avvalsa della possibilità di riserva prevista dalla Convenzione agli artt. 16, 21 e 22; il suo scopo è di completare e modificare il diritto interno in modo che le nuove regole vigenti in Svizzera a seguito della ratifica della Convenzione possano veramente trovare utilizzo ed applicazione. In particolare le nuove disposizioni di diritto internazionale privato, procedendo alla regolamentazione di quei settori che non sono disciplinati dalla Convenzione, mirano ad armonizzare la stessa con le restanti disposizioni di diritto internazionale privato. I due nuovi articoli in materia fallimentare devono permettere il riconoscimento da parte del diritto concorsuale svizzero della esistente separazione tra patrimonio personale del trustee e patrimonio del trust e stabilire il procedimento per un'esecuzione sul patrimonio in trust. Le disposizioni così elaborate sono norme di diritto interno e come tali vanno considerate, non dimenticando mai che il fine ultimo è quello della realizzazione degli scopi della Convenzione. Ne consegue che si dovrà necessariamente tenere conto della prassi, della dottrina e delle esperienze degli altri Stati contraenti al fine di ottenere il più alto livello possibile, sia di uniformità giuridica sia di sicurezza giuridica internazionale.

Gli articoli della legge di ratifica sono riportati

nelle tre lingue ufficiali: tedesco, francese ed italiano. Il commento dei singoli articoli è ampio, suffragato da indicazioni di dottrina e corredato di proposte che l'autore suggerisce allorché ravvisa una lacuna nella disposizione.

La quarta e conclusiva parte del libro contiene, infine, una serie di utili allegati, anch'essi spesso in diverse lingue. La Convenzione de L'Aja del 1985; il decreto federale che approva e traspone nel diritto svizzero la Convenzione de L'Aja; il messaggio rivolto dal Governo al Parlamento il 2 dicembre 2005 relativo all'approvazione e ratifica della Convenzione; la trascrizione ufficiale delle consultazioni delle due camere del Parlamento nonché l'Explanatory Report on the Draft Convention adopted by the Fifteenth Session, di Overbeck.

L'impostazione dell'analisi, il dettaglio dell'informazione e l'utilità degli allegati sono i pregi del libro che riesce a realizzare quello che si era prefisso: essere una guida pratica per il giurista elvetico.