

SAGGI

Recent Cases in the Channel Islands di David Brownbill	237
La responsabilità professionale dell'avvocato italiano: spunti di riflessione di Roberta Barbanera	243
Trust e nuova legge antiriciclaggio di Massimo Longhi	249
Brevi note in merito agli obblighi a carico delle società fiduciarie a seguito della (re)istituita imposta sulle successioni e donazioni di Giuseppe Corasaniti	262
La figura del trust nel sistema giuridico belga di Ingrid Meeussen	271
Il trust familiare: l'ontologica differenza con gli altri istituti di Vito Mariani	282

GIURISPRUDENZA ITALIANA

Trasferimento a trustee dei crediti fiscali di un fallimento Italia, Tribunale di Saluzzo, 9 novembre 2006, Fall. Accornero s.p.a.	290
---	-----

GIURISPRUDENZA ESTERA

Il trust nella giurisprudenza belga Belgio, Tribunal de Première Instance di Anversa, 4 marzo 1971 Belgio, Tribunal civil de Bruxelles, 27 novembre 1947	292
La responsabilità professionale dell'avvocato Supreme Court of Georgia, 22 gennaio 2007, In the Matter of Hunter J. Hamilton Supreme Court of New York, Appellate Division, Second Department, 26 dicembre 2006, In the Matter of Jennie M. Dellaria, an attorney and counselor-at-law, resignor Supreme Court of New York, Appellate Division, First Department, 14 dicembre 2006, In the Matter of Michael M. Milchman, an attorney and counselor-at-law: Departmental Disciplinary Committee for the First Judicial Department v Michael M. Milchman Supreme Court of New York, Appellate Division, Second Department, 5 dicembre 2006, In the Matter of Stephen E. Pearlman, an attorney and counselor-at-law, resignor	303

GIURISPRUDENZA STORICA

Trasferimento a scopo di garanzia e trust Stati Uniti, Supreme Court, 18 febbraio 1857, A. Babcock v E. Wyman	308
--	-----

LEGISLAZIONE ITALIANA

Italia. Decreto legislativo di attuazione della direttiva europea in tema di antiriciclaggio	315
--	-----

LEGISLAZIONE ESTERA

Guernsey. The Trusts (Guernsey) Law, 2007

320

PRASSI ITALIANA

Regime fiscale dei redditi prodotti da un c.d. trust misto

338

Applicazione dell'imposta sulle successioni e donazioni ai negozi fiduciari

340

LETTURE

El trust en el derecho civil
di Francesca Brunetta d'Usseaux

343

PER I SOCI DELL'ASSOCIAZIONE "IL TRUST IN ITALIA"
È PREVISTA LA RIDUZIONE DEL 50% SUL PREZZO
DELL'ABBONAMENTO ANNUALE

Te attività fiduciarie Trusts

Bimestrale 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 Frascarelli (Assofiduciaria), Roberta
Grandona (Università degli Studi di Genova)

REDAZIONE
Valentina Ceccoli, Cristina Orsenigo

REALIZZAZIONE GRAFICA
Ipsosa

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

STAMPA
Arti Grafiche Stefano Pinelli srl
Via Farneti, 8 - 20129 Milano
licenziato per la stampa il 30 aprile 2008

REDAZIONE

Per informazione in merito
a contributi, articoli ed argomenti trattati

scrivere o telefonare a:

Trusts

IPSOA Redazione

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

Pubblicità:

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: servizioclienti.ipsoa@wki.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).

Recent Cases in the Channel Islands

di **David Brownbill**

Alcune tematiche fondamentali della vita del trust, quali la correzione dell'errore commesso dal trustee, la sostituzione del trustee e il suo compenso, le controversie afferenti gli aspetti economici da definirsi in sede di separazione personale dei coniugi e, infine, la divulgazione delle informazioni relative al trust, sono variamente oggetto di molteplici pronunce dei giudici di Jersey e di Guernsey e forniscono l'occasione per alcune riflessioni sulla giurisprudenza *off-shore*.

The last few years have seen a number of important decisions relating to trusts emanating from the courts of the Channel Islands.

■ The Hastings-Bass principle in Jersey

The so-called Hastings-Bass principle is taken from the English case of that name (*Re Hastings-Bass dec'd* [1975] Ch 25) in which an appointment under a power of appointment was challenged by the Inland Revenue. Under the appointment new trust interests were purported to have been appointed but which were found to be invalid for breaching the English perpetuity rules. However, not all of the interests appointed fell foul of the rule and the question arose as to whether, because some of the interests appointed were invalid, this called the entire appointment into question because the trustee failed to take into account a crucial factor in the exercise of its discretion, i.e. that part of the appointment was invalid. The court stated "[...] in our judgment, where by the terms of a trust (as under section 32) a trustee is given a discretion as to some matter under which he acts in good faith, the court should not interfere with his action notwithstanding that it does not have the full effect which he intended, unless (1) what he has achieved is unauthorised by the power conferred upon him, or (2) it is clear that he would not have acted as he did (a) had he not taken into account considerations which he should not have taken into account, or (b) had he not failed to take

into account considerations which he ought to have taken into account."

This decision was revived in England several years ago and has been applied successfully in a number of cases where trustees have, in effect, made mistakes which had disastrous tax consequences. The rule has more recently been applied in the Jersey courts, see *Re The Green GLG Trust* 2002 JLR 571 and *Re The Toland Trust, the Pennywise Trust and the Sequential Trust* 9 IETLR 321. In the former, the court found that the rule was in fact an extension of the long standing principle enunciated in *Dundee General Hospitals Board of Management v Walker*, [1952] 1 All E.R. 896, in which it was said that even where trustees are expressed to have an absolute discretion: "If it can be shown that the trustees considered the wrong question, or that, although they purported to consider the right question they did not really apply their minds to it or perversely shut their eyes to the facts or that they did not act honestly or in good faith, then there was no true decision and the court will intervene."

A number of related issues have yet to be resolved both in Jersey and elsewhere. Among these are whether the invalidly exercised power is wholly void or merely voidable. The difference between the two is significant in two respects. The first is concerns standing to bring an application. If a transaction is voidable, then it is valid unless and until set aside and only a party to the transaction (or someone standing in his place) can apply to set it aside. However, if the transaction is void, it is a nullity and anyone with an interest, including a third party can seek a declaration to that effect. So, in *Hastings-Bass* itself, it was the Inland Revenue – not a party to the exercise of the power of appointment – which was arguing that the appointment was void. The second area where void or voidable will make a difference is if someone wishes to oppose the application to set aside. If the transaction is void, then it is a nullity

David Brownbill – Barrister (Lincoln's Inn), Queen's Counsel, Maitland Chambers, Londra.

Il testo riproduce la relazione, con modificazioni, presentata al Congresso "Sviluppi del diritto dei trust nel mondo", organizzato dall'Associazione "Il trust in Italia", svoltosi in Roma il 19-20 ottobre 2007.

and will be treated as if it never happened. If it is simply voidable, then defences such as delay or change of position may be available.

Given the frequent use of the principle to enable trustees (and their beneficiaries) to escape the tax consequences of their actions, the need for some limit on the scope of the concept has been advocated by a number of commentators and judges, in effect saying that if trustees make mistakes they (or their advisers) should suffer the consequences. In this regard it is of particular interest that the Jersey court in *Re The Green GLG Trust* stated that, as a matter of policy in Jersey, it was preferable to correct mistakes using the *Hastings-Bass rule* rather than through professional negligence claims against trust advisers (or, presumably, the trustees). Although stated in terms of following the English decisions, this may well point to a greater willingness in Jersey to adopt the *Hastings-Bass rule* than in England where, as I say, considerable misgivings continue to be expressed.

In a third case, *Re The RAS I Trust*, Jersey Royal Court December, 9 IETLR 798, the principle was again applied, interestingly, on this occasion in relation to a Cook Islands trust being administered in Jersey, the court being satisfied on evidence (but in the absence of direct authority) that the principle applied in the Cook Islands.

■ Removal of trustees

One of the most difficult and contentious aspects of trust administration arises when beneficiaries fall out with their trustees. Where trustees have been asked to retire all too often the trustees will be reluctant to go. If the trustees are professionals this refusal may be for commercial reasons: the trustee simply does not want to lose business. But more often it is because the trustee finds itself in a difficult position. It may be that the request to retire is accompanied by strong criticism of the trustee's conduct, in the face of which most trustees are unwilling to accede to their retirement for fear that it will amount to an acknowledgement of guilt by them. In other cases the request to retire may come from some only of the beneficiaries with the others taking a different view.

In *Re 18th August Trust*, a decision of the Jersey Royal Court 2006 JLR N 23, three out of a total of eight current beneficiaries sought the removal of the trustee on the grounds that they had lost confidence

in the trustee and that the trustee had been incompetent. The court adopted the classic test for the removal of trustees by the court under its inherent jurisdiction, contained in *Letterstedt v Broers* (1884) 9 App. Cas. 371 (PC): "But in cases of positive misconduct, Courts of Equity have no difficulty in interposing to remove trustees who have abused their trust; it is not indeed every mistake or neglect of duty, or inaccuracy of conduct of trustees, which will induce Courts of Equity to adopt such a course. But the acts or omissions must be such as to endanger the trust property or to show a want of honesty, or a want of proper capacity to execute the duties or a want of reasonable fidelity [...] if satisfied that the continuance of the trustee would prevent the trust being properly executed, the trustee might be removed. It must always be borne in mind that the trustees exist for the benefit of those to whom the creator of the trust has given the trust estate."

The guiding principles, therefore, are the best interests of the beneficiaries and ensuring the competent administration of the trust in their favour. In this case, the court found on the facts that the trustee had not acted improperly in the administration of the trust and that, as only a minority of the beneficiaries wished the trustees to retire, it refused to order their removal.

In many modern trusts there are express powers to remove trustees. Whilst this should avoid the kind of problems that arose in *Re 18th August Trust* in practice the exercise of such powers, all too often done in contentious circumstances, has resulted in a shift of the problem from whether the trustee should voluntarily resign to whether it is safe for it to go or, more specifically, to hand over the trust assets to the new trustee.

The problem is that powers to remove and appoint trustees are almost always fiduciary powers and, therefore, as discussed earlier, must be exercised for proper purposes taking into account all relevant factors and ignoring the irrelevant. If, say, a power of removal of trustees has not been exercised properly, the consequences could be disastrous, particularly if the effect of improper exercise is to render a removal void. It can mean that the trustee thought to have been removed has improperly transferred the trust fund to the new trustees (and remains fully responsible for the fund) that all subsequent acts of the new trustees are themselves invalid as the original trustee was not a party to them, which can be highly prob-

lematic if there have been distributions of trust assets or appointments of new trusts.

The exercise of express powers of removal of trustees was considered in the Guernsey courts in *Virani v Guernsey International Trustees* Court of Appeal of Guernsey 2004 WTLR 1007. In this case a protector had been given an express power to remove and appoint trustees. She at first requested the trustees to resign and then, when they refused, exercised her power of removal and appointed new trustees. The Court of Appeal confirmed that, under the terms of the Trusts Guernsey Law, section 16(4), the trustee ceases to be trustee immediately upon the exercise of such a power (and not, as appears to have been suggested at first instance) only upon the transfer by them of the trust assets. The removal from office did not affect the trustees' right to security in respect of liabilities and, of course, until the trust fund was in fact transferred the outgoing trustees continued to owe duties in respect of any dealings by them with the trust assets. There was no evidence that the protector had exercised the power improperly.

Although the court looked to the Guernsey statute on this occasion, it must surely be the case that any express power of removal has effect to remove the trustee from office immediately upon exercise of the power, subject to any special terms within the power or the removal. Although the court concluded that there was no evidence that the protector had exercised the power improperly, it offered no guidance as to how a trustee (both the outgoing and either a continuing or new trustee) should act in these cases. Is it safe to proceed on the basis of its own knowledge and judgment as to whether the power has been properly exercised or not? Unless every case is to be the subject of an application to the court, this is as much as can be expected even though, if wrong, the full consequences of an invalid removal or appointment will follow.

■ Trustees' fees

A constant source of difficulty upon a change of trustees arises in relation to the indemnification of the outgoing trustee. Protracted negotiations over indemnities was the main cause of the difficulties in the *Virani* case. A related factor is the settlement of outstanding fees and liabilities. This is the situation that arose in *Re the Carafe Trust* 2005 JLR 159 where

it was held that, upon a change of trusteeship, whilst the outgoing trustee cannot be expected to release the trust fund without proper security a trustee must act reasonably and sensibly in this regard and where practical interim arrangements are proposed (such as, in this case, placing funds in escrow equal to the amounts in dispute) a trustee will be acting at its own risk if it refuses to accept the arrangements. In particular a trustee will not be allowed, out of the trust fund, the costs of defending its own interests rather than those of beneficiaries or trust.

■ Matrimonial disputes

Financial claims brought in the course of matrimonial and related disputes frequently have a direct effect on offshore trusts. In many common law countries the matrimonial property regime involves the exercise of judicial discretion in dividing up what is considered to be the matrimonial estate. This process often involves three broad areas of contention:

(i) what assets comprise the matrimonial estate - It may come as a surprise to continental minds to hear that the property over which common law courts often have jurisdiction is not limited to that which is directly owned by the parties to the marriage but extends to all property which constitutes a "resource" available to the parties. Thus, it extends to trusts under which either party is a beneficiary.

(ii) the division of those assets (which is purely a matter of matrimonial law);

(iii) the powers of the court to enforce the division which the court orders.

This last element coupled with the wide scope of what is considered to be the matrimonial estate, has resulted in a very serious conflict of laws problem where the assets in question are held under foreign trusts. The problem is that the matrimonial courts, particularly in England, consider that they have the jurisdiction to make orders affecting foreign trusts. It is the case that the court's statutory powers (in England, the Matrimonial Causes Act 1973) does purport to give this power to the court but in relation to trusts with foreign beneficiaries, this is plainly exorbitant jurisdiction. [In countries adopting community property regimes the position is sometimes simpler where the law makes the parties co-owners of the property in question, such rights usually (although not always) being fully respected internationally.]

Two situations in particular have arisen several

times in relation to Jersey trusts the assets of which have become embroiled in English matrimonial proceedings. Both concern the effect of orders made by the English court in relation to the trust assets.

The first concerns discretionary trusts where one of the parties to the marriage is a beneficiary (either the settlor/beneficiary or the principal beneficiary under a trust established by, say, a parent). As with creditor and tax claims, the problem in these cases is that whilst the beneficiary has access to the assets in the sense that the trustee has a discretion to distribute them to the beneficiary and, in the circumstances, is very likely to do so if the beneficiary makes a request, the beneficiary can at the same very properly say that the assets are not his and he cannot cause a distribution to be made, the discretion to do so resting entirely with the trustee. The English matrimonial courts and (in both the creditor and matrimonial contexts) various American courts, have refused to accept this logical impossibility and will freely make orders requiring the beneficiary to pay or provide assets to the other party to the marriage which he does not possess and can obtain them only by requesting a distribution from the trustees of the discretionary trust. This is referred to in some of the English cases, without apparent embarrassment, as giving “judicial encouragement” to the trustee, but which everyone knows is in truth, judicial arm twisting or judicial blackmail. Notwithstanding such pressure, in the end, if the trustee refuses to comply, there is little the court can do about it.

Where the trustee is willing to comply and make the requested distribution, one would have thought that there is a clear risk that the trustee may be committing a fraud on its powers in that the purpose of the distribution is not to benefit the recipient beneficiary but, rather, to benefit that person’s spouse (or former spouse). However in one of the Jersey cases, *Re X Trust* 2002 JLR 377, the Jersey court found, on the facts of that case that the distribution did not constitute a fraud on the power, the analysis being that the order against the beneficiary made him a debtor and it is usually always of benefit to a person to have his debts paid. The fact that the “debt” had been created specifically to generate a distribution was ignored by the court as also was the fact that a genuine refusal to distribute would result in the court’s original order being reviewed and, almost cer-

tainly, discharged as being impossible. The problem in many of the matrimonial cases in Jersey is that very few are properly defended or objected to, so that the arguments are never fully tested.

The second situation concerns the exercise of statutory powers by the matrimonial court in England which permit the court to vary what are called “nuptial settlements”. This is a throwback to 19th century laws, promulgated at a time when the courts had very limited powers to protect wives in the event of divorce. Even though the court’s powers are now almost unlimited, this anachronism has been retained. To anyone unfamiliar with this history, the powers given to the court are astonishingly wide and enable the court to vary any financial arrangement (not just trusts) which is made for the benefit of either party to the marriage. Exactly what constitutes a “nuptial settlement” is highly contentious but, very generally, it will encompass a trust created after the parties’ marriage, made by either party and under which either is a beneficiary. The concept is, it must be said, much more complex than this.

A variation order can be made by the matrimonial court for the purpose of varying the trust for the benefit of the parties to the marriage or their children. Put simply, where the court decides that the trust assets must be made available to one of the parties to the marriage, it can order the variation of the trust so as to provide for this. Thus an order might be made that the trusts be varied so that specified assets be held on trust for the spouse absolutely, or that the spouse be given a life interest in, say, a family home held under the trust. Some cases have gone so far as to change trustees and remove a settlor protector from office.

This may well be acceptable where an English trust is being varied pursuant to the English legislation but a very difficult position arises where such orders are made affecting foreign trusts.

The Jersey court has on several occasions had to grapple with such orders. Whilst objecting to the exercise of what is plainly exorbitant jurisdiction by the English court, the Jersey court is equally concerned not to frustrate what are often very sensible arrangements made after great deliberation by the matrimonial court in England and intended to regulate the extremely difficult situation that inevitably arises on divorce.

In a series of decisions (the most recent of which

include *Re The B Trust*(1) and *Re The A Trust: FM v ASL Trustee Company Limited*(2)) the Jersey court has concluded, with considerable difficulty it must be said, that it ought, as a matter of comity, give effect to these orders (although not necessarily in their entirety) and that it has the jurisdiction to make the necessary orders under article 51 of the Trusts (Jersey) Law, which gives the court a general power to make directions and orders in relation to Jersey trusts.

These decisions have been strongly questioned, in particular the adoption of comity as the basis for recognition. It is well known that “comity” is not the legal basis for the recognition of foreign judgments in the common law courts [...] Jersey is not a common law country and its law may well have developed differently but the problem remains that such issues have yet to be fully argued in a properly contested case. However, it is not at all clear that the Jersey courts are “recognising” the English judgments in the true sense; if they were, there could be no question of the judgments being applied other than to their full extent and reliance on article 51 would not be necessary. It seems that the Jersey court is in fact looking to comity as a basis for an obligation to give some kind of effect to the English judgments and that this obligation provides the basis for invoking article 51.

The reliance of the Jersey court on article 51 is also problematic given that the article was intended for orders of an administrative nature and not for making beneficial variations to trusts (there being a different jurisdiction for this purpose).

A further troubling aspect concerns the very recent changes to Jersey’s trust law under which provisions were adopted for the exclusion of foreign laws and judgments similar (not the same) to those introduced many years ago into the Cayman Islands. The Jersey court’s comity/Article 51 approach has enabled it to sidestep these provisions, and render them almost useless, which was plainly not the intent of the legislature.

The question arises whether other jurisdictions will follow Jersey’s lead. There can be little doubt that the comity argument should not apply in a purely common law jurisdiction and in most, there is in their laws nothing similar to Article 51 of the Jersey statute, so that even if minded to assist, such courts will not have the power to implement orders in the same way.

Either way, it is clear that other courts will find the task no easier than Jersey has.

Additional questions have arisen in several of the cases concerning the involvement of the trustee in the English proceedings. It is clear that, if the trustee has voluntarily taken part in the variation proceedings, the Jersey court feels able to recognise (in the true sense) the English judgment under general conflict of law principles. The trustee who takes such a step without good reason or without the benefit of a direction from the Jersey court takes the risk of committing a breach of trust. Where trustees seek directions, they will generally be ordered not to join in the overseas proceedings for this reason (see *Re H Trust 2006: X Trust Co Ltd v RW*(3)). There may, however, be circumstances when it would be proper to do so, the most likely situation being where the trust assets are situated in England and Wales and therefore directly susceptible to judgment.

■ Disclosure of trust information

Matrimonial disputes have also generated a body of jurisprudence in Jersey concerning beneficiary rights to information. In the course of matrimonial proceedings, the parties are required to make full disclosure of their financial affairs and these will often include trusts under which they are beneficiaries. Trustees are therefore faced with requests from beneficiaries for disclosure in circumstances when it is clear that the information may well be used against the interests of the trust beneficiaries, as such.

The first such case was heard several years ago in *Re Rabaiotti*(4) (which was followed recently in *Re H Trust*(5)) where the court decided that beneficiaries were entitled to trust documents and information unless it was not in the interests of the beneficiaries as a whole to disclose it. Justice Hayton has been discussing beneficiary rights to information this morning and it will be noted that the Jersey position offers a slight difference to the common law/*Schmidt v*

Note:

- (1) In questa Rivista, 2007, 436 [n.d.r.].
- (2) In questa Rivista, 2007, 271 [n.d.r.].
- (3) In questa Rivista, 2007, 274 [n.d.r.].
- (4) In questa Rivista, 2002, 62 [n.d.r.].
- (5) *Supra*, nota 3.

Rosewood(6) position in that in Jersey a beneficiary appears to have a positive right to information which is subject only to there being a case that disclosure is contrary to the interests of all other beneficiaries. In *Rabaiotti*, the court also decided that it was appropriate for the trustee to provide information notwithstanding the purpose of the disclosure was in connection with the divorce proceedings, it being important that the matrimonial court should make its decisions on the basis of accurate and full information. This again discloses a possible difference with the common law position in that the underlying principle of *Schmidt v Rosewood* was that disclosure could be ordered for the purpose of ensuring the proper administration of the trust. It seems difficult to bring within this disclosure for extraneous purposes, such as matrimonial proceedings, especially given that there is a strong likelihood that those proceedings will result in some kind of challenge to the trust.

A further important difference in the Jersey law on disclosure of trust documents is that the law has a statutory basis (article 25 of the Jersey statute) and one which is clearly wider than the common law. The scope of the statute was considered recently in a little discussed decision in *Re C. A. Settlement*. This case involved an application (again under the forerunner of the above mentioned article 51) for disclosure of documents of a trust pursuant to article 25. In this case the applicant was openly seeking to challenge the trust (under the Jersey law of legitime) to which she believed her father's fortune had been transferred. However, she had very little information relating to the trust and thus her application was plainly an attempt to use the legislation to obtain pre-action discovery (i.e. discovery for the purpose of ascertaining whether there is a claim rather than in aid of claim already brought). Such discovery is not permissible in Jersey or most other common law jurisdictions (outside the US) except in limited circumstances. The court rejected the application on this basis but, interestingly confirmed that the effect of article 25 was that it gave the court a discretion to order disclosure of trust information to any person, not just a beneficiary. A further interesting point raised in argument was whether it could be right to allow a person who sought to challenge a trust to rely on that trust for their right to obtain disclosure of information relating to it. This, of course, was the basis of the Cayman Islands' decision in *Lemos v Coutts*(7) where the court refused to allow plaintiffs

to blow hot and cold at the same time. A similar decision was in fact reached in the Jersey courts on this point a few years ago in the *M and L Trusts Nearco Trustee Company v AM* decision (2003 5 ITEL 656).

Note:

(6) La sentenza *Schmidt v Rosewood* può leggersi in questa Rivista, 2003, 586 [n.d.r.]

(7) In questa Rivista, 2007, 590 [n.d.r.].

La responsabilità professionale dell'avvocato italiano: spunti di riflessione

di **Roberta Barbanera**

L'avvocato e la gestione del denaro altrui: una rassegna delle decisioni del Consiglio nazionale forense a confronto con le decisioni delle Corti Americane.

Quando e come il professionista italiano viene sanzionato disciplinarmente (ed eventualmente anche penalmente) a fronte di comportamenti di appropriazione, ritenzione non giustificata di denaro anche a titolo di compensazione e di commistione di interessi.

Alcune sentenze americane pubblicate in questo numero(1) inducono a riflettere su quanto, in casi analoghi di distrazione di somme non proprie o di confusione tra il patrimonio personale e le somme affidate all'avvocato dal cliente, accade in casa nostra.

Il nostro codice deontologico dedica almeno due disposizioni al tema della gestione del denaro altrui. Ai sensi dell'art. 41 del codice deontologico: "L'avvocato deve comportarsi con puntualità e diligenza nella gestione del denaro ricevuto dal proprio assistito o da terzi per determinati affari ovvero ricevuto per conto della parte assistita, ed ha l'obbligo di rendere sollecitamente conto.

Costituisce infrazione disciplinare trattenere oltre il tempo strettamente necessario le somme ricevute per conto della parte assistita. In caso di deposito fiduciario l'avvocato è obbligato a richiedere istruzioni scritte e ad attenervisi".

Ciò significa che quel dovere di diligenza che deve connotare in generale l'attività forense si specifica nell'ipotesi di gestione di denaro altrui. L'avvocato, allora, deve *in primis* rendere sollecitamente conto di quanto ricevuto per lo svolgimento dell'attività o nell'espletamento degli incarichi affidatigli. Ogni ritardo ingiustificato o, peggio ancora, ogni rifiuto è sanzionabile. Secondo il codice deontologico è scorretto trattenere somme oltre il tempo strettamente necessario. *A fortiori*, distrarre o appropriarsi di denaro del cliente è vietato e sanzionato non solo disciplinarmente, ma anche e soprattutto penalmente.

Ciò è talmente intuitivo che è parso superfluo prevedere espressamente, all'interno della norma deontologica, un divieto specifico a non incassare illecitamente somme.

A riguardo va, peraltro, aperta una parentesi(2) specificando che nel nostro ordinamento procedimento disciplinare e procedimento penale non si sovrappongono necessariamente. Come è stato più volte sottolineato dal Consiglio nazionale forense, il procedimento disciplinare è autonomo rispetto a quello penale "sicché la sussistenza di un procedimento penale non obbliga alla sospensione del procedimento disciplinare instauratosi per lo stesso fatto"(3). Sul punto è intervenuta anche la Cassazione, la quale ha spiegato che la sospensione è necessaria solamente quando la previa definizione di un'altra controversia, penale o amministrativa, pendente davanti allo stesso o ad altro giudice, sia imposta da un'espressa disposizione di legge, ovvero quando la decisione dell'altra controversia, per il suo carattere pregiudiziale, costituisca l'indispensabile presupposto logico – giuridico dal quale dipende la decisione della causa pregiudicata ed il cui accertamento sia richiesto con efficacia di giudicato. Nel caso specifico dell'esistenza di un procedimento disciplinare e contemporaneamente penale, la sospensione è meramente facoltativa "sia perché la sospensione non è imposta da una specifica disposizione di legge, sia perché la definizione del procedimento penale non costituisce l'indispensabile antecedente logico – giuridico della decisione che deve essere resa in sede di-

Roberta Barbanera – Avvocato in Genova; Dottore di ricerca in diritto privato.

Note:

(1) *Infra*, 303.

(2) Sulla quale si permetta il richiamo a R. Danovi, Il procedimento disciplinare nella professione di avvocato, Milano, 2005.

(3) Cons. naz. forense, 8 gennaio 2001, n. 110, Rass. forense, 2002, 108; Cons. naz. forense, 22 maggio 2001, n. 94, Rass. forense, 2001, 976; Cons. naz. forense, 11 aprile 2001, n. 65, *ivi*, 972; Cons. naz. forense, 13 febbraio 2001, *ivi*, 708.

disciplinare, la quale si fonda sul diverso presupposto della violazione di regole giuridiche e non di norme penali”(4).

Per lo stesso principio, gli organi di giustizia interna non sono vincolati agli organi giurisdizionali perché “il procedimento disciplinare che si svolge davanti ai Consigli dell’ordine territoriali ha natura amministrativa e non giurisdizionale in quanto, rappresentando lo stesso Consiglio i gruppi professionali offesi dal comportamento di un loro membro, non si pone come estraneo o con criteri di terzietà, nei confronti dei soggetti della controversia”(5).

Il procedimento disciplinare è dipendente dal procedimento penale solo nel senso che l’avvocato che sia stato sottoposto a procedimento penale è sottoposto anche a procedimento disciplinare per il fatto che ha formato oggetto dell’imputazione, ai sensi dell’art. 44 R. D. L. 27 novembre 1933, n. 1578 (legge sulla professione forense); è, però, autonomo nelle conclusioni.

Infatti, “diversi sono i presupposti e le finalità che sottendono all’illecito disciplinare e che con il procedimento amministrativo si perseguono; diversa è l’esigenza di moralità che è tutelata nell’ambito professionale”(6).

Si noti però che la “sentenza penale di patteggiamento ha efficacia di giudicato nel giudizio per la responsabilità disciplinare quanto all’accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e all’affermazione che l’imputato lo ha commesso”(7). Ciò vale, *a fortiori*, per le sentenze penali di condanna passate in giudicato. Infatti, anche per i procedimenti disciplinari riguardanti gli avvocati è applicabile l’art. 653, I comma *bis* cod. proc. pen., secondo il quale “la sentenza penale irrevocabile di condanna ha efficacia di giudicato nel giudizio di responsabilità disciplinare davanti alle pubbliche autorità quanto all’accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e dell’affermazione che l’imputato lo ha commesso”(8).

Infine, occorre ricordare, come sopra già scritto, che l’art. 44, I comma R. D. L. 27 novembre 1933, n. 1578 dispone che il professionista, salvo il caso di già intervenuta sentenza di proscioglimento perché il fatto non sussiste o perché l’imputato non lo ha commesso, deve essere sempre sottoposto a procedimento disciplinare per lo stesso fatto che ha formato oggetto dell’imputazione elevata in sede penale; ciò non significa, però, che l’accertamento dei fatti compiuto dal giudice penale debba essere utilizzato in se-

de disciplinare senza che possa essere più posto in discussione. Infatti, come sottolineato dal Consiglio nazionale forense, “l’illecito disciplinare si pone su di un piano completamente diverso dal reato penale, anche se talvolta il primo è insito nel secondo; diversi sono, infatti, i presupposti e le finalità che sottendono all’illecito disciplinare e che con il procedimento amministrativo si perseguono; diversa è l’esigenza di moralità che è tutelata nell’ambito professionale. Pertanto la sanzione disciplinare comporta valutazioni e ha presupposti diversi rispetto a quella penale”(9).

Tornando alle condotte illecite relative alla gestione di denaro altrui, scorrendo i repertori si annota una discreta varietà di ipotesi sanzionate(10).

Così sono stati sanzionati gli avvocati che avevano trattenuto somme di spettanza del cliente(11).

Anche l’obbligo di rendiconto può essere fonte autonoma di responsabilità disciplinare ed è inter-

Note:

(4) Così Cass., Sez. Un., 1° ottobre 2003, n. 14629, Rass. forense, 2004, 156.

(5) Cons. naz. forense, 17 luglio 2002, n. 100, Riv. cons. avvocati e procuratori, 2002, 26.

(6) Cons. naz. forense, 9 febbraio 1998, n. 3, Rass. forense, 1998, 594; Cons. naz. forense, 30 maggio 2003, n. 125, Rass. forense, 2003, 866; Cons. naz. forense, 16 giugno 2003, n. 152, Rass. forense, 2004, 108, che concludono “pertanto la sanzione disciplinare comporta valutazioni e ha presupposti diversi rispetto alla sanzione penale ed è da escludere una possibile commistione tra pena e sanzione”. Sul punto, anche la Cassazione: “D’altra parte l’illiceità dei comportamenti deve essere valutata solo in relazione alla loro idoneità a ledere la dignità e il decoro professionale, a nulla rilevando che i suddetti comportamenti non siano configurabili anche come illeciti civili e o penali”. Così Cass., Sez. Un., 4 ottobre 2000, n. 1053, Rass. forense, 2001, 429 e Cass., Sez. Un., 23 luglio 2001, n. 10014, Rass. forense, 2002, 378.

(7) Cons. naz. forense, 13 luglio 2001, n. 163, Rass. forense, 2002, 122.

(8) Cass., Sez. Un., 10 settembre 2004, n. 18260, Rass. forense, 2005, 1401.

(9) Cons. naz. forense, 16 giugno 2003, n. 153, Rass. forense, 2004, 177; nello stesso senso, si legga Cons. naz. forense, 14 aprile 2004, n. 66, Rass. forense, 2005, 460.

(10) Per un commento alle norme del codice deontologico ed un’ampia rassegna delle decisioni assunte dagli organi di giustizia interna, si legga R. Danovi, Commentario del Codice deontologico forense, Milano, 2004, *sub* artt. 41 e 44.

(11) Cons. naz. forense, 14 ottobre 2005, n. 224, Rass. forense, 2006, 418; “a nulla rilevando l’eventualità che lo stesso professionista si sia reso colpevole dell’illecito perché a sua volta vittima di truffa”, Cons. naz. forense, 24 ottobre 2003, n. 311, Toga picena, 2005, 92; Cons. naz. forense, 13 ottobre 2001, n. 203, Rass. forense, 2002, 136; Cons. naz. forense, 2 aprile 2001, n. 51, Rass. forense, 2001, 979; Cons. naz. forense, 23 ottobre 2000, n. 121, *ivi*, 148; Cons. naz. forense, 20 settembre 2000, n. 93, *ivi*, 141.

pretato in senso particolarmente rigido nei confronti del professionista, tanto che il Consiglio nazionale forense è arrivato a dire che “quando il professionista risulti aver ricevuto importi dei quali non sappia rendere conto, deve ritenersi che questi abbia trattenuto indebitamente le somme corrisposte”(12). Il che, francamente, pare eccessivo, facendo incombere sul professionista un onere probatorio particolarmente gravoso.

Da condividere, invece, la decisione di sanzionare l'avvocato di una società al quale sia stato conferito un mandato per il recupero di una enorme quantità di crediti che non sia puntuale e preciso nella tenuta dei documenti contabili(13); in quanto il cliente deve essere messo in condizione di conoscere esattamente quanto ricevuto dal legale per i vari titoli e di sapere quanto complessivamente è stato richiesto e percepito, tanto per competenze, quanto per spese anticipate e di conoscere il titolo delle spese stesse(14).

Altre volte anche il ritardo non giustificato può essere fonte di responsabilità, soprattutto se accompagnato da condotte illecite preparatorie: “il professionista che apponga una firma falsa del cliente sull'assegno e sulla quietanza di pagamento, che incassi somme di spettanza del cliente e le restituisca solo dopo alcuni mesi, pone in essere un comportamento deontologicamente rilevante perché lesivo del dovere di lealtà e probità propri della classe forense”(15).

Qualora il ritardo sia invece giustificato, nulla è imputabile al legale: “pone in essere un comportamento deontologicamente corretto l'avvocato che ritardi nella consegna di una somma ricevuta in ragione del mandato ove tale comportamento sia stato determinato dall'esigenza di concludere nel migliore dei modi, nell'interesse del cliente, il mandato ricevuto”(16).

Altrettanto corretto è stato valutato il “comportamento del professionista che pure restituisca in ritardo somme di spettanza del cliente, se le somme in questione gli erano state accreditate su un suo conto estero ed egli non era venuto tempestivamente a conoscenza dell'accredito”(17).

Le sanzioni si inaspriscono quando la condotta di ritenzione del denaro si accompagna ad atti preparatori o successivi illeciti, come nel caso in cui l'avvocato provveda ad una restituzione emettendo un assegno privo di copertura(18) ovvero emetta in restituzione effetti cambiari privi di copertura e, quindi, protestati(19). Ancora, è stata confermata la sanzio-

ne della sospensione per mesi quattro al legale che aveva trattenuto la somma richiesta per la liquidazione delle spettanze di controparte dichiarando poi falsamente di aver corrisposto l'importo all'avversario, causando al cliente un secondo esborso e le spese per la procedura ingiustamente subita(20); la cancellazione dall'albo del professionista che incassi e trattenga somme del cliente apponendo la firma dello stesso sulla girata all'incasso di un assegno(21).

È stato sanzionato con la radiazione l'avvocato che si faceva consegnare dal cliente somme di cui poi si appropriava dichiarando falsamente che sarebbero servite per il pagamento della sanzione pecuniaria che sarebbe stata inflitta a seguito del patteggiamento concluso(22).

La radiazione è parsa sanzione adeguata anche per il professionista che si sia appropriato di denaro ricevuto in ragione di incarichi professionali e che con tale condotta abbia causato il fallimento di un cliente.

Note:

(12) Cons. naz. forense, 30 settembre 1993, n. 122, Rass. forense, 1994, 158.

(13) Cons. naz. forense, 13 ottobre 1994, n. 95, Rass. forense, 1994, 329.

(14) Cons. naz. forense, 3 maggio 1995, n. 64, Rass. forense, 1995, 476.

(15) Cons. naz. forense, 20 settembre 2000, n. 86, Rass. forense, 2001, 139. Nello stesso senso, Cons. naz. forense, 18 maggio 2004, n. 127, Rass. forense, 2005, 1302 e Cons. naz. forense, 21 novembre 2003, n. 359, Rass. forense, 2004, 1011. Ancora si leggano: Cons. naz. forense, 22 luglio 1983, Rass. forense, 1984, 297; Cons. naz. forense, 27 novembre 1990, n. 115, Rass. forense, 1991, 137; Cons. naz. forense, 30 giugno 1993, n. 94, Rass. forense, 1994, 157.

(16) Nella specie è stato assolto l'avvocato che aveva differito l'incontro per il pagamento del debito del cliente alla data in cui era garantito l'intervento di un funzionario di banca per evitare il pignoramento: Cons. naz. forense, 4 luglio 2002, n. 95, Riv. cons. avvocati e procuratori, 2002, 24.

(17) Cons. naz. forense, 28 novembre 2000, Rass. forense, 2001, 713.

(18) Cons. naz. forense, 18 dicembre 2001, n. 294, Rass. forense, 2002, 303.

(19) Cons. naz. forense, 18 dicembre 2001, n. 288, Rass. forense, 2002, 301.

(20) Cons. naz. forense, 29 novembre 2001, n. 258, Rass. forense, 2002, 310.

(21) Cons. naz. forense, 3 ottobre 2001, n. 189 e, nello stesso senso, Cons. naz. forense, 11 aprile 2001, n. 64, ivi, 980, Cons. naz. forense, 20 settembre 2000, n. 91, ivi, 154; Cons. naz. forense, 13 dicembre 2000, ivi, 719, in cui la sanzione della sospensione era di mesi sei in quanto l'avvocato aveva falsificato più volte la firma del cliente al fine di incassare somme dello stesso. Si legga ancora Cons. naz. forense, 23 aprile 1991, n. 55, Rass. forense, 1992, 54.

(22) Cons. naz. forense, 28 aprile 2004, n. 114, Rass. forense, 2005, 1286.

te e la promozione d'azione esecutiva contro un altro(23).

È stato altresì sanzionato l'avvocato che aveva dato false informazioni al cliente sull'ammontare del risarcimento ottenuto e trattenuto per sé la somma non dichiarata(24); il professionista che dopo aver ricevuto il compenso e consegnato al cliente una dichiarazione liberatoria sui compensi professionali dovuti, redigeva un documento falso in cui si dichiarava che gli onorari dovevano essere pagati in percentuale sul valore della causa, non informava il cliente sull'esito sfavorevole del mandato, restituiva solo dopo lungo tempo le somme avute in ragione dello stesso, trattenendone, non autorizzato, alcune a compensazione degli onorari(25).

Analogamente alle decisioni delle corti americane, ove si colpiscono con particolare rigore le ipotesi di confusione delle somme depositate nei *trusts account* con il patrimonio personale dell'avvocato, così anche in Italia il Consiglio nazionale forense è intervenuto più volte per sanzionare ogni illecita commistione di interessi.

Così è stato ritenuto scorretto il comportamento dell'avvocato che si è reso cessionario, per interposta persona, del credito vantato dal suo assistito "operando una commistione del proprio interesse con quello del cliente"(26); ovvero del professionista che, quale curatore fallimentare, per provvedere ad un pagamento, preleva una somma del fallimento e la faccia transitare per circa sei mesi sul proprio conto corrente(27); ancora, dell'avvocato che, rappresentando il creditore, sua moglie, in una procedura di sfratto per morosità e conseguente espropriazione mobiliare, accetta la nomina a custode dei beni del debitore(28); infine, è stata confermata la sanzione della sospensione per mesi sei all'avvocato che tratteneva somme di spettanza del cliente versandole sul proprio conto corrente e confondendole con il proprio patrimonio(29).

Un'ipotesi del tutto particolare è quella della compensazione.

Ai sensi dell'art. 44 del codice deontologico, infatti, "L'avvocato ha diritto di trattenere le somme che gli siano pervenute dalla parte assistita o da terzi a rimborso delle spese sostenute, dandone avviso al cliente; può anche trattenere le somme ricevute, a titolo di pagamento dei propri onorari quando vi sia il consenso della parte assistita ovvero quando si tratti di somme liquidate in sentenza a carico della controparte a titolo di diritti ed onorari ed egli non le abbia

ancora ricevute dalla parte assistita, ovvero quando abbia già formulato una richiesta di pagamento espressamente accettata dalla parte assistita.

In ogni altro caso, l'avvocato è tenuto a mettere immediatamente a disposizione della parte assistita le somme riscosse per conto di questa".

Il legale ha, dunque, diritto di trattenere le somme che gli siano pervenute dal cliente o da terzi solo in quattro ipotesi tassative, elencate nel primo comma della norma.

Nessuna compensazione può essere ammessa se la somma è stata ricevuta con una specifica destinazione: il Consiglio nazionale forense ha sanzionato l'avvocato che aveva ricevuto fiduciarmente una somma di denaro per pagare alcuni creditori e aveva invece trattenuto tali somme per il pagamento delle proprie competenze(30); ovvero più genericamente l'avvocato che aveva disposto di parte delle somme avute in deposito fiduciario dandole in prestito e trattenendone senza autorizzazione altra parte a compensazione degli onorari(31). Per lo stesso principio è stato sanzionato l'avvocato che non destinava le somme ricevute dal cliente allo scopo pattuito, ma le tratteneva in compensazione: nella specie il professionista si era fatto consegnare e aveva poi trattenuto somme del cliente prospettandogli falsamente la conclusione di un accordo transattivo(32).

È, invece, ammissibile, fermo l'obbligo del rendi-

Note:

(23) Cons. naz. forense, 16 dicembre 1983, Rass. forense, 1985, 93.

(24) Cons. naz. forense, 28 ottobre 2002, n. 185, Rass. forense, 2003, 366. Analogamente veniva sanzionato l'avvocato che dichiarava falsamente l'entità delle somme richieste dalla controparte per la definizione transattiva della controversia e tratteneva per sé la differenza: Cons. naz. forense, 14 ottobre 2004, n. 221, Rass. forense, 2006, 401.

(25) Cons. naz. forense, 6 dicembre 2002, n. 188, Rass. forense, 2003, 366.

(26) Cons. naz. forense, 13 maggio 2002, n. 48, Rass. forense, 2002, 617.

(27) Cons. naz. forense, 18 dicembre 2001, n. 303, Rass. forense, 2002, 313; in senso analogo, Cons. naz. forense, 22 marzo 2005, n. 61, Rass. forense, 2006, 1665.

(28) Cons. naz. forense, 18 dicembre 2001, n. 295, Rass. forense, 2002, 303.

(29) Cons. naz. forense, 1° ottobre 2003, n. 271, Rass. forense, 2004, 465.

(30) Cons. naz. forense, 30 maggio 1994, n. 54, Rass. forense, 1994, 319.

(31) Cons. naz. forense, 21 ottobre 2000, n. 174, Rass. forense, 2001, 400.

(32) Cons. naz. forense, 15 luglio 2005, n. 178, Rass. forense, 2006, 412.

conto, la compensazione avente ad oggetto le spese sostenute nell'interesse del cliente, così come nel caso in cui, a giudizio concluso favorevolmente, la controparte sia stata condannata a pagare il capitale, gli interessi e le spese. Ipotesi, entrambe, accomunate dal fatto che si tratta di somme esattamente identificate e che richiedono soltanto la comunicazione alla parte assistita. Le altre due ipotesi, invece – a titolo di pagamento dei propri onorari quando vi sia il consenso della parte assistita e quando l'avvocato abbia già formulato una richiesta di pagamento espressamente accettata dalla parte assistita – richiedono il consenso o l'autorizzazione del cliente, secondo alcuni anche impliciti, purché, però, vi sia stata la comunicazione effettiva all'assistito.

In realtà l'art. 44 del codice deontologico non dice in che modo il consenso debba manifestarsi e le pronunce del Consiglio nazionale forense che sanzionano l'avvocato per mancanza del consenso nulla specificano sulla forma in cui esso avrebbe dovuto essere espresso(33).

Così il Consiglio nazionale forense ha sanzionato con la cancellazione dall'albo il professionista che ha trattenuto somme di spettanza dei clienti a compensazione delle proprie competenze senza informare i propri assistiti(34).

Altre volte ciò che viene sanzionata è la mancanza di adeguato rendiconto dell'attività svolta(35).

La condotta è ancor più grave ove, come nel caso dell'appropriazione o distrazione di somme, la compensazione si accompagni ad attività illecite preparatorie o successive: "pone in essere un comportamento deontologicamente rilevante l'avvocato che tratti somme a compensazione di onorari e si offra di avallare un'obbligazione cambiaria assunta dal proprio cliente, che poi non onori esponendosi ad un'esecuzione forzata"(36).

Infine, in tema di divieto di compensazione va segnalato un decreto del Tribunale di Bari(37), che ha disposto che "va concesso *inaudita altera parte* il sequestro conservativo in mani proprie delle somme di denaro riscosse dal difensore per il proprio cliente, qualora il difensore assuma e dimostri di essere a sua volta creditore del cliente per il rimborso delle spese e degli onorari"(38).

La rassegna delle decisioni del Consiglio nazionale forense induce ad una riflessione conclusiva, in punto sanzioni.

Nel nostro ordinamento, le sanzioni previste dal codice deontologico sono quattro, ai sensi dell'art. 40

R. D. L. 27 novembre 1933, n. 1578, ovvero: l'avvertimento, che è un richiamo sulla mancanza commessa ed una esortazione a non ricadervi; la censura, che è una dichiarazione formale della mancanza e del biasimo incorso; la sospensione dall'esercizio dell'attività professionale per un periodo che va da un minimo di due mesi ad un massimo di un anno; la cancellazione e la radiazione dall'albo che, al di là delle differenze meramente formali, comportano la privazione della possibilità di esercitare la professione per un tempo illimitato(39).

Se si scorrono le decisioni sopra citate si nota che le sanzioni più gravi, come la cancellazione e la radiazione, sono comminate solo in presenza di situazioni estreme in cui vi sia la commissione di un reato penale e numericamente sono assai rare. Molto più frequente è la sanzione della sospensione che, però, viene, in genere, contenuta entro gli stretti minimi e comunque tendenzialmente ridotta dal Consiglio nazionale forense, quale organo di secondo grado. Infatti si fa larghissimo uso delle circostanze attenuanti improprie: "pur non essendovi alcuna disposizione di legge che estenda al procedimento disciplinare la possibilità di considerare le circostanze attenuanti o aggravanti (istituti propri del processo penale), tuttavia è consentito, comunque, in ogni pro-

Note:

(33) Unica decisione rinvenuta che si discosta è Cons. naz. forense, 26 febbraio 1998, Rass. forense, 1998, 601, che ha ritenuto "non disciplinatamente rilevante il comportamento del difensore che abbia trattenuto le somme destinate al cliente purché vi fosse il consenso anche implicito di quest'ultimo".

(34) Cons. naz. forense, 19 gennaio 2001, n. 222, Rass. forense, 2002, 140; nello stesso senso si leggano: Cons. naz. forense, 8 giugno 2001, n. 110, *ivi*, 2002, 108, ove, oltretutto, gli onorari "compensati" erano manifestamente sproporzionati all'attività defensionale svolta; Cons. naz. forense, 8 novembre 2000, n. 26, Rass. forense, 2000, 858; Cons. naz. forense, 13 ottobre 2004, n. 217, Rass. forense, 2006, 417.

(35) Cons. naz. forense, 16 maggio 2001, n. 82, Rass. forense, 2001, 981.

(36) Cons. naz. forense, 26 febbraio 2001, Rass. forense, 2001, 731.

(37) Trib. Bari, 14 novembre 2005, *Le corti pugliesi*, 2006, 202.

(38) Per un commento alla decisione si legga S. Cartuso, *Il diritto del difensore agli onorari tra il divieto di compensazione e il sequestro conservativo in mani proprie*, Rass. forense, 2006, 1948.

(39) Ai sensi dell'art. 41 R. D. L. 27 novembre 1933, n. 1578, "La radiazione è pronunciata contro l'avvocato: a) che abbia comunque con la sua condotta compromesso la propria reputazione e la dignità della classe forense; b) che abbia svolto una pubblica attività contraria agli interessi della nazione". La radiazione è pronunciata d'ufficio in caso di condanna a delitti particolarmente gravi ovvero in caso di interdizione dai pubblici uffici e ricovero in un manicomio giudiziario (art. 42 R. D. L. 27 novembre 1933, n. 1578).

cedimento disciplinare considerare, al fine specifico dell'attuazione o meno delle sanzioni, le varie situazioni che possono apparire idonee al fine di identificare la giusta sanzione”(40).

Non a caso il codice deontologico prevede che “le sanzioni devono essere adeguate alla gravità dei fatti e devono tener conto della reiterazione dei comportamenti nonché delle specifiche circostanze, soggettive e oggettive, che hanno concorso a determinare l'infrazione”(41).

Premesso che la responsabilità disciplinare prescinde dall'elemento intenzionale del dolo o della colpa, essendo sufficiente la semplice volontarietà dell'azione(42), è pur vero però che le decisioni degli organi disciplinari sono influenzate da circostanze soggettive – quali, ad esempio, l'intenzionalità di arrecare offesa, l'età, lo stato d'animo, la volontà di riconoscere il proprio torto, i chiarimenti intervenuti – e oggettive – quali la gravità dell'offesa, le ripercussioni del danno nei confronti del cliente e dei terzi, l'entità del pregiudizio sofferto dalla controparte, l'avvenuto risarcimento del danno.

Così, da un lato, le sanzioni più gravi sono giustificate dalla reiterazione delle condotte, dalla scarsa collaborazione dimostrata dal professionista(43); molte vengono ridotte in ragione, invece, della giovane età dell'avvocato, dei buoni precedenti, della situazione familiare, dell'avvenuta restituzione delle somme prima dell'avvio del procedimento disciplinare, del ravvedimento.

In un caso particolare, la sospensione per mesi quattro veniva sostituita dalla più lieve sanzione della censura in considerazione del fatto che il professionista, che aveva trattenuto somme a compensazione di onorari omettendo il relativo rendiconto, vantava un credito verso il cliente più alto della somma trattenuta e che probabilmente vi era stato un equivoco in relazione alla possibilità di trattenerle(44); in un'altra ipotesi – che qui viene richiamata a titolo di paradigma – al professionista, responsabile di appropriazione di ingenti somme del cliente aggravata dall'aver cagionato un danno di rilevante gravità, veniva applicata la sanzione della sospensione dall'esercizio della professione per la durata di soli sei mesi, in considerazione della sua giovane età, inesperienza e della morte della madre all'epoca dei fatti(45).

Ciò che in generale si nota è che il nostro sistema non si avvicina, in punto sanzioni, a quello americano: là, come visto, l'avvocato che confonda il proprio

patrimonio con il fondo del *trust account* viene sospeso per un anno, cancellato dall'albo ove abbia emesso un assegno dal proprio *trust account* per finalità personali; da noi l'avvocato è raramente esposto, se non per fatti di particolare gravità, a conseguenze così drastiche.

Note:

(40) Cons. naz. forense, 30 settembre 1995, n. 91, Rass. forense, 1995, 480.

(41) Art. 2, Il comma codice deontologico. L'art. 3 aggiunge che “Oggetto di valutazione è il comportamento complessivo dell'incolpato”.

(42) Cass., sez. un., 7 gennaio 1969, n. 23, Mass. Giur. it., 1969, 112; Cass., sez. un., 19 gennaio 1970, n. 109, Giust. civ., 1970, I, 359.

(43) A titolo di esempio, si legga Cons. naz. forense, 30 settembre 1995, n. 92, Rass. forense, 1995, 480: “Merita la radiazione l'avvocato che abbia dilapidato ogni immagine dignitosa della categoria forense compromettendo anche la propria, avendo violato ogni dovere di lealtà nei confronti di colleghi e clienti, avendo ritenuto ed essendosi illecitamente procurato somme relevantissime con comportamento nocivo per il cliente, violando, quindi, in palese e grossolana maniera, ogni rapporto fiduciario con iniziative non autorizzate e tutto a proprio esclusivo vantaggio personale”.

(44) Cons. naz. forense, 16 maggio 2001, n. 82 [*supra*, nota 35].

(45) Cons. naz. forense, 5 novembre 1990, n. 91, Rass. forense, 1991, 91.

Trust e nuova legge antiriciclaggio

di Massimo Longhi

La nuova legge antiriciclaggio, emanata in attuazione della direttiva 2005/60/CE, incide significativamente nel nostro Paese sull'attività dei trustee, siano essi intermediari finanziari, professionisti o *trust company* che prestano esclusivamente servizi di trust. Intermediari e professionisti sono anche interessati dalle novità introdotte nell'approccio al trust come cliente. L'articolo fornisce una prima descrizione delle innovazioni, evidenziando alcune criticità che potranno essere affrontate in occasione del testo unico antiriciclaggio di prossima emanazione.

■ Introduzione

Dopo aver affrontato la fiscalità, il legislatore arricchisce il corpo delle regole relative al trust con la nuova legge antiriciclaggio di recentissima emanazione (D. Lgs. 21 novembre 2007, n. 231 ("legge antiriciclaggio"))(1). Essa, per quanto destinata ad una finalità specifica, produce indirettamente effetti di rilievo sulle vicende dei trust (e dei trustee) per effetto del perdurare della mancanza di un'apposita disciplina in materia.

Nel recente passato, la normativa antiriciclaggio italiana si è sviluppata per la necessità di recepire le innovazioni della legislazione dell'Unione Europea. Il trust, in particolare, era già stato oggetto di attenzione nell'ambito degli obblighi introdotti dalla II Direttiva antiriciclaggio(2) in capo ai professionisti.

Il percorso iniziato dal legislatore, utilizzando la delega contenuta nella Legge Comunitaria 2005(3), prosegue ora affrontando l'istituto nei termini della III Direttiva antiriciclaggio(4). La nuova legge(5) costituirà per un certo periodo il presidio del sistema nel contrasto del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo.

La III Direttiva costituisce la sintesi di un percorso elaborativo iniziato negli anni '80 e al quale hanno contribuito enti, organismi e istituzioni come l'OCSE(6), il FMI, il Comitato di Basilea, il Gruppo di Egmont(7), solo per citarne alcuni, e culminato nei lavori del GAFI(8), ai quali il Parlamento Euro-

peo e il Consiglio si sono dichiaratamente ispirati sino a trascrivere integralmente nel corpo della Direttiva diverse parti delle 40 Raccomandazioni. Una delle primarie finalità delle 40 Raccomandazioni e, conseguentemente, della III Direttiva è l'individuazione di strumenti idonei a impedire l'opacità dell'effettiva titolarità e controllo dei veicoli, compreso il trust, utilizzati nelle transazioni finanziarie.

Dal punto di vista dell'operatore, una prima criticità è costituita dal fatto che la normativa, già di per sé estremamente complessa, è un cantiere in continua evoluzione(9) nel quale dovrà mettere ordine un

.....
Massimo Longhi - Amministratore delegato di Cofircont Compagnia Fiduciaria SpA.

Note:

(1) *Infra*, 315.

(2) Direttiva 2001/97/CE, la quale è stata recepita con il D. Lgs. 20 febbraio 2004, n. 56, ma per avere concreta attuazione ha dovuto attendere l'emanazione del relativo regolamento con il D.M.E.F. 3 febbraio 2006, n. 141.

(3) Artt. 22 e 23 della legge 25 gennaio 2006, n. 29.

(4) Direttiva 2005/60/CE.

(5) Il decreto legislativo, infatti, sostituisce pressoché integralmente la vecchia legge antiriciclaggio, cioè il D. L. 3 maggio 1991, n. 143, convertito, con modificazioni, dalla L. 5 luglio 1991, n. 197 e successive modificazioni; abroga integralmente il D. Lgs. 20 febbraio 2004, n. 56; abroga integralmente i regolamenti di attuazione emanati con i decreti del Ministero dell'Economia e delle Finanze nn. 141, 142 e 143 del 3 febbraio 2006.

(6) V. "Behind the corporate veil – Using corporate entities for illicit purposes", OECD, 2001 e "The misuse of corporate vehicles, including trust and company service providers", FATF/OECD, 2006.

(7) Nato nel 1995 per stimolare la cooperazione fra le varie unità nazionali d'informazione finanziaria, raggruppa attualmente un centinaio di UIF e organizza regolari incontri finalizzati a condividere esperienze in tema di scambio d'informazioni, addestramento e casi concreti.

(8) Il Gruppo di Azione Finanziaria Internazionale con sede a Parigi presso l'OCSE è un organismo sopranazionale istituito nel 1989 per iniziativa del G-7 e della Commissione Europea per adottare e implementare misure atte a contrastare l'utilizzo del sistema finanziario ad opera dei criminali. I suoi lavori sono culminati nella redazione delle 40 Raccomandazioni – indicazioni agli Stati per l'adozione delle opportune misure – il cui aggiornamento costituisce attualmente la principale finalità dell'organismo. Il mandato del GAFI è stato prorogato sino al 2012.

(9) Senza pretesa di completezza, basta ricordare i più recenti aggiornamenti: - il D. Lgs. 20 febbraio 2004, n. 56, che ha ampliato la platea dei desti-
(segue)

nuovo testo unico sul quale è al lavoro un'apposita commissione, insediata presso il Ministero dell'Economia nell'aprile del 2007.

■ Le nozioni fondamentali: riciclaggio e finanziamento del terrorismo

Il legislatore europeo promuove l'armonizzazione delle legislazioni degli stati membri con particolare riferimento, per quanto qui d'interesse, alle loro legislazioni penali.

Poiché gli strumenti utilizzati nella lotta al riciclaggio sono impiegati anche nell'azione di contrasto al finanziamento del terrorismo, oggi si dovrebbe parlare, in realtà, di legge antiriciclaggio e antiterrorismo.

Nel nostro paese, però, le nozioni di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo, che costituiscono il fondamento stesso della legislazione in materia, sono ancora in piena fase di elaborazione. Accade quindi che la III Direttiva fornisca una precisa e articolata nozione di riciclaggio e una nozione di finanziamento del terrorismo derivata da una decisione del Consiglio (2002/475/GAI) relativa ai reati terroristici e connessi ad attività terroristiche, mentre la legge antiriciclaggio mutua testualmente la prima, ignora la seconda, e rinuncia a utilizzare i concetti già presenti nell'ordinamento interno.

Per quanto riguarda il riciclaggio, la nuova legge abbandona i riferimenti al codice penale contenuti nella vecchia legge – artt. 648-bis e 648-ter cod. pen. – e si limita a trascrivere pedissequamente la definizione fornita dalla terza direttiva(10) che contiene elementi dei due reati citati in uno con la ricettazione di cui all'art. 648 cod. pen. e con il c. d. autoriciclaggio(11) salito alla ribalta della cronaca anche per esser stato inserito nel "pacchetto sicurezza" dello scorso ottobre. Sarà compito del penalista precisare differenze e affinità fra la condotta descritta dal decreto e quella descritta dalla legge penale, che comunque rimane in vigore(12). All'operatore è assegnato al momento il compito di destreggiarsi fra due distinte nozioni di riciclaggio che necessiterebbero adeguato coordinamento e approfondita attività interpretativa.

In tema di finanziamento del terrorismo il decreto abbandona correttamente il riferimento all'art. 270-ter cod. pen. (13) in quanto esso non prevede una condotta che abbia le caratteristiche descritte dalla terza direttiva, e non menziona l'art. 270-bis

cod. pen. e seguenti, finora rievocati quali possibili reati presupposti del riciclaggio. In effetti, nel nostro ordinamento il reato di finanziamento del terrorismo non è specificamente previsto e la nozione

Note:

(continua nota 9)

nari della norma, con l'inclusione di alcune attività non finanziarie e dei professionisti;

- i relativi regolamenti portati dai D.M.E.F. 3 febbraio 2006, nn. 141, 142 e 143;

- le disposizioni applicative emanate dall'Ufficio Italiano dei Cambi con provvedimenti del 24 febbraio 2006;

- il D. L. 27 luglio 2005, n. 144 convertito con L. 31 luglio 2005, n. 155 che, in tema di terrorismo, ha aggiunto gli artt. 270-*quater*, 270-*quinquies*, e 270-*sexies* al codice penale;

- il regolamento (CE) 1889/2005, entrato in vigore il 15 giugno 2007, che ha introdotto l'obbligo di dichiarare il contante – oltre la soglia di 10.000,00 euro – in entrata o in uscita dalla frontiera esterna dell'Unione europea;

- il D.M. 25 maggio 2007, n. 60 che ha esteso gli adempimenti ai professionisti non iscritti agli albi;

- il D.Lgs. 22 giugno 2007, n. 109 che ha introdotto misure per il congelamento dei fondi.

(10) Art. 2 della legge antiriciclaggio: "1. Ai soli fini del presente decreto le seguenti azioni, se commesse intenzionalmente, costituiscono riciclaggio:

a. la conversione o il trasferimento di beni, effettuati essendo a conoscenza che essi provengono da un'attività criminosa o da una partecipazione a tale attività, allo scopo di occultare o dissimulare l'origine illecita dei beni medesimi o di aiutare chiunque sia coinvolto in tale attività a sottrarsi alle conseguenze giuridiche delle proprie azioni;

b. l'occultamento o la dissimulazione della reale natura, provenienza, ubicazione, disposizione, movimento, proprietà dei beni o dei diritti sugli stessi, effettuati essendo a conoscenza che tali beni provengono da un'attività criminosa o da una partecipazione a tale attività;

c. l'acquisto, la detenzione o l'utilizzazione di beni essendo a conoscenza, al momento della loro ricezione, che tali beni provengono da un'attività criminosa o da una partecipazione a tale attività;

d. la partecipazione ad uno degli atti di cui alle lettere precedenti, l'associazione per commettere tale atto, il tentativo di perpetrarlo, il fatto di aiutare, istigare o consigliare qualcuno a commetterlo o il fatto di agevolare l'esecuzione.

2. Il riciclaggio è considerato tale anche se le attività che hanno generato i beni da riciclare si sono svolte nel territorio di un altro Stato comunitario o di un paese terzo.

3. La conoscenza, l'intenzione o la finalità, che debbono costituire un elemento degli atti di cui al comma 1, possono essere dedotte da circostanze di fatto obiettive".

(11) Si tratta del riciclaggio dei proventi posto in essere da chi ha commesso il reato principale o vi ha concorso. La sua introduzione implica il superamento del principio che vieta di mettere sotto accusa due volte una persona per gli stessi fatti. È chiaro indice delle incertezze del legislatore sul piano sistematico il fatto che la legge comunitaria 2005 non abbia delegato il Governo all'introduzione del nuovo reato, come sottolineato nella relazione del Ministro dell'economia e delle finanze sull'antiriciclaggio per l'anno 2006 alle competenti Commissioni parlamentari. Un'improvvisa accelerazione è stata impressa da fatti di cronaca alla fine del 2007 suggerendo al Governo di inserire l'innovazione in un apposito disegno di legge (n. 3241 d'iniziativa governativa) attualmente all'esame della Camera dei deputati.

(12) Per i primi commenti si veda I. Caraccioli, Il solo impiego di denaro non fa riciclaggio, Il Sole 24 ore, 8 ottobre 2007, a p. 33.

(13) Utilizzato nel Provvedimento UIC del 9 novembre 2001.

di riferimento, introdotta nella legge sul filo di lana(14), è quella contenuta nel decreto dello scorso giugno relativo alle misure di congelamento di fondi(15). Essa non corrisponde esattamente né alle previsioni della legge penale, né a quelle della III Direttiva.

L'esigenza di individuare e punire il finanziamento del terrorismo come reato a sé stante è contemplata dalla Raccomandazione speciale II del GAFI(16) ed è stata ribadita anche dal Fondo Monetario Internazionale nel rapporto sulla valutazione del nostro Paese in tema di prevenzione del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo redatto, peraltro con risultati soddisfacenti, nel 2005.

La criticità di coordinamento emerge con prepotenza: gli operatori corrono il rischio di sopportare i notevoli costi e appesantimenti burocratici conseguenti alla legge(17), per non dire dei possibili rischi personali, per far emergere comportamenti che al vaglio dei tribunali potrebbero benissimo rivelarsi non penalmente rilevanti. Un vero *nonsense* che, oltre a inficiare l'efficienza del sistema, rischia di minarne la credibilità.

Si tenga conto che l'intero sistema subirà un ulteriore aggiornamento a seguito dei lavori dell'apposita commissione alla quale è affidato il compito di proporre il nuovo testo unico antiriciclaggio. La commissione dovrebbe tener conto dell'esigenza di adeguare soprattutto la legislazione penale in materia secondo i dettami dell'Unione Europea e le raccomandazioni del GAFI.

Se alle considerazioni sopra esposte si aggiunge che il quadro della normativa in commento è già oggi composto da decine di leggi e regolamenti, oltre a numerosissime circolari, pareri e chiarimenti vari, ci si rende conto che per adempiere ai propri obblighi di collaborazione attiva gli operatori del settore sono costretti a un vero e proprio slalom fra norme in continuo mutamento. Il compito appare decisamente al di là delle capacità della maggior parte dei destinatari degli obblighi di legge, e soprattutto al di là delle loro competenze.

Sarebbe stato razionale procedere con maggiore gradualità. Il decreto avrebbe potuto rimanere – inizialmente, e come del resto prevedeva la prima bozza – nel solco del richiamo ai reati previsti dal vigente codice penale, cui gli operatori sono adusi, rimandando al nuovo testo unico l'introduzione delle nuove definizioni e il conseguente coordinamento complessivo dell'intera legislazione.

■ La segnalazione delle operazioni sospette

Tutti gli enti e le persone soggette alla legge sono tenuti a inviare all'UIF senza ritardo, ove possibile prima di eseguire l'operazione, una segnalazione quando "sanno sospettano o hanno ragionevoli motivi per sospettare che siano in corso o che siano state compiute o tentate operazioni di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo"(18).

Sorvolando su un testo formulato in maniera a dir poco infelice, che distinguendo le due ipotesi di sospetto e sospetto sostenuto da ragionevoli motivi sembra quasi predisporre il destinatario della norma a farsi ragione della categoria del sospetto irragionevole, il sistema appare appesantito in partenza da adempimenti forse superflui. Appare, infatti, inefficiente attivare tutte le procedure connesse e conseguenti alla segnalazione allorché gli operatori "sanno" di trovarsi in presenza di fatti illeciti la cui notizia potrebbe essere fornita direttamente all'Autorità giudiziaria ai sensi dell'art. 333 cod. proc. pen. Assai più razionale sarebbe stato percorrere quest'ultima strada, oppure introdurre un'equiparazione fra gli enti e le persone soggette alla legge e gli incaricati di pubblico servizio acciocché anche per i primi trovasse

Note:

(14) Le prime due bozze del decreto, rese pubbliche nel febbraio e nel luglio 2007, nonostante menzionassero il finanziamento del terrorismo per ben 51 volte, sembravano darne per acquisita la definizione senza fornire ai destinatari degli obblighi alcuna indicazione utile a individuarne i contenuti.

(15) D. Lgs. 22 giugno 2007, n. 109, art. 1, I comma: "Ai fini del presente decreto valgono le seguenti definizioni: a) per "finanziamento del terrorismo" si intende: qualsiasi attività diretta, con qualsiasi mezzo, alla raccolta, alla provvista, all'intermediazione, al deposito, alla custodia o all'erogazione di fondi o di risorse economiche, in qualunque modo realizzati, destinati ad essere, in tutto o in parte, utilizzati al fine di compiere uno o più delitti con finalità di terrorismo o in ogni caso diretti a favorire il compimento di uno o più delitti con finalità di terrorismo previsti dal codice penale, e ciò indipendentemente dall'effettivo utilizzo dei fondi e delle risorse economiche per la commissione dei delitti anzidetti".

(16) La Raccomandazione Speciale II, introdotta a seguito della Convenzione internazionale delle Nazioni Unite per la soppressione del finanziamento del terrorismo del 1999, prevede, fra l'altro, che il finanziamento del terrorismo sia definito secondo certi criteri e che sia penalmente perseguito come specifico reato. Tale carenza dell'ordinamento italiano è stata rilevata dal Fondo Monetario Internazionale in sede di verifica del livello di conformità alle raccomandazioni del GAFI raggiunto in Italia.

(17) Non possono che risultare largamente condivisibili le considerazioni di A. R. Castaldo, *Il Sole* 24 ore, 21 ottobre 2007, a p. 21.

(18) Art. 41, legge antiriciclaggio, trasposto dall'art. 22.1.a) della Direttiva.

applicazione l'obbligo di denuncia di cui all'art. 331 cod. proc. pen., prevedendo in ogni caso opportuni presidi a tutela della riservatezza del denunciante.

Gli operatori che si apprestano per la prima volta – è il caso delle ormai numerose *trust company* – ad affrontare queste delicate incombenze debbono peraltro essere tranquillizzati dal fatto che i funzionari dell'ex Ufficio Italiano dei Cambi preposti alla ricezione delle segnalazioni hanno sempre fornito un tempestivo, prezioso e valido supporto ed è possibile confidare che anche dopo la riorganizzazione gli uffici proseguano la loro opera con la stessa disponibilità.

Per l'inoltro delle segnalazioni gli intermediari creditizi e finanziari potranno continuare ad avvalersi del *software* S.O.S., mentre professionisti e operatori non finanziari continueranno a utilizzare l'apposita modulistica approntata dall'Ufficio Italiano dei Cambi e attualmente disponibile sull'apposita sezione del sito internet della Banca d'Italia.

■ Il trust come cliente. Adeguata verifica della clientela

Al fine di avere un quadro d'insieme del cliente e assegnare a ogni cliente un profilo di rischio di riciclaggio, gli enti e le persone soggette alla legge anticiclaggio devono provvedere all'esecuzione di una serie di adempimenti che vanno sotto il nome di adeguata verifica della clientela. Ciò ogni qualvolta si instauri un rapporto continuativo, una prestazione professionale anche occasionale, sia richiesta l'esecuzione di operazioni occasionali di trasmissione o movimentazione di mezzi di pagamento, sussistano dubbi sui dati già ottenuti, oppure vi sia sospetto di riciclaggio o finanziamento del terrorismo.

L'adeguata verifica della clientela integra gli obblighi di identificazione già esistenti per intermediari e professionisti. Essa si sostanzia in quattro fasi(19) di seguito brevemente commentate con specifico riferimento all'ipotesi in cui il cliente sia un trust o un istituto analogo.

Il cliente e l'esecutore dell'operazione

La prima fase consiste nell'identificare il cliente e verificarne l'identità sulla base di documenti, dati o informazioni ottenuti da una fonte affidabile e indipendente.

Pare ormai divenuta prevalente sia in sede comunitaria, sia interna, la regola di trattare agli effetti

pratici il trust in maniera unitaria, assimilandolo a un ente del quale il trustee è un rappresentante, anziché – secondo la teoria classica – come insieme di rapporti giuridici dei quali il trustee è titolare, ma privi, in sé, di soggettività.

Infatti, la legge anticiclaggio italiana si riferisce generalmente al trust accomunandolo ad altri "soggetti" giuridici(20).

Si deve provvedere, quindi, all'identificazione del trust quale cliente acquisendo copia dell'atto istitutivo, oppure di estratti di pubblici registri ove esistenti(21), e ogni documento relativo al potere di rappresentanza attribuito al trustee e a ogni altra persona autorizzata a compiere operazioni per conto del trust. L'identità di questi ultimi è accertata mediante un documento d'identità non scaduto(22). Nel caso il trustee non sia una persona fisica, si deve provvedere all'identificazione dei suoi rappresentanti(23). Risulta dunque superata la decennale diatriba sull'instestazione dei rapporti intrattenuti dai trust(24).

Note:

(19) Art. 18, legge anticiclaggio.

(20) Così si esprime la legge anticiclaggio negli artt. 1, 12, 16, 19. Nell'allegato tecnico, all'art. 2, viene, invece, utilizzata la locuzione "istituto" giuridico generalmente impiegata nella III Direttiva.

(21) Ad esempio, l'apposito registro istituito dall'art. 9 della Legge della Repubblica di San Marino 17 marzo 2005, n. 37, in questa Rivista, 2005, 436. Si noti che l'iscrizione dei trust in registri appositamente istituiti è una delle raccomandazioni del GAFI rivolte agli stati che regolano l'istituto. Nessuna delle proposte di legge sinora presentate in Italia ne ha tenuto conto.

(22) Ai sensi dell'art. 35 D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, sono documenti d'identità:

- la carta di identità;
- il passaporto;
- la patente di guida;
- la patente nautica;
- il libretto di pensione;
- il patentino di abilitazione alla conduzione di impianti termici;
- il porto d'armi;
- le tessere di riconoscimento, purché munite di fotografia e di timbro o di altra segnatura equivalente, rilasciate da un'amministrazione dello Stato.

(23) Come nel caso di enti rappresentati da altri enti (ad esempio, società amministrata da altre società), gli *standard* informatici costringono gli operatori ad alimentare i campi del gruppo E dell'archivio unico informatico con i dati identificativi delle persone fisiche poste al vertice della catena, essendo fra l'altro obbligatoria la valorizzazione dei campi E18 e E19 (data e luogo di nascita) e dei campi da E41 a E44 (estremi del documento di identificazione), nei quali debbono essere necessariamente inseriti i dati identificativi tipici di una persona fisica. Peraltro, in questo modo va persa la possibilità di identificare la società intermedia della catena e non viene fornita una reale rappresentazione dei rapporti fra i vari soggetti.

(24) Aveva dato conto dell'alternativa fra considerare cliente il trust, ovvero il trustee F. Di Maio, *Trust e rapporti bancari*, in AA.VV., *Il trust nella operatività delle banche italiane*, Roma, 1998, 103.

Le generalità del cliente (il trust) e di chi agisce per suo conto (trustee e/o altri rappresentanti) sono riportate nell'archivio unico informatico o nel registro della clientela.

In questa prospettiva, il trustee, nel lessico della legge, è l'esecutore dell'operazione, così come l'amministratore di una società, e così come qualsiasi soggetto che agisce per conto di altri. Ne consegue che egli è obbligato a qualificarsi come trustee dichiarando le generalità del trust per conto del quale agisce, pena la sanzione di cui al II comma dell'art. 55. Si badi che fra l'esecutore (soggetto che compie l'operazione) e il cliente (soggetto per conto del quale l'operazione viene eseguita) intercorre un rapporto diretto che nell'impianto della legge non ha nulla a che vedere con gli eventuali collegamenti fra il cliente e il titolare effettivo.

Il titolare effettivo. Possesso e controllo

La seconda fase dell'adeguata verifica della clientela consiste nell'identificare l'eventuale titolare effettivo e verificarne l'identità.

Questo adempimento rappresenta la principale innovazione della nuova legge. Da accogliere con favore perché permette di distribuire fra tutti gli operatori del mercato finanziario e delle professioni la responsabilità dell'adeguata verifica della clientela. Cosa che, del resto, comunemente avviene in tutte le legislazioni più evolute; sia all'interno, sia all'esterno dell'Unione Europea(25).

Sul piano sistematico, devono essere considerati titolari effettivi la persona fisica o le persone fisiche che, in ultima istanza, possiedono o controllano un'entità o un istituto giuridico. La legge descrive le caratteristiche(26) che una persona fisica deve possedere per essere considerata titolare effettivo. In caso di strutture complesse, formate da catene di società o enti e da altre entità o istituti giuridici è necessario individuare il titolare effettivo, laddove esistente, al termine della catena (in ultima istanza). Non è però richiesto di ricostruire la catena stessa. In altre parole l'operatore deve identificare solamente il primo anello (il cliente) e l'ultimo (il titolare effettivo).

Ovviamente, la figura del titolare effettivo è del tutto eventuale(27), potendosi benissimo verificare casi nei quali nessuna persona fisica possiede le caratteristiche individuate dalla legge, ed è distinta dal-

le figure del cliente e dell'esecutore dell'operazione, cioè il soggetto che agisce per conto del cliente.

L'operatore deve basarsi sulle informazioni fornite dal cliente e sulle risultanze di pubblici registri o altre informazioni pubbliche, laddove disponibili. La legge menziona anche l'impiego di informazioni ottenute "in altro modo", ma l'estrema genericità della previsione non può che ricondurla a fatto residuale; non è ipotizzabile un obbligo dell'operatore di ricercare ulteriori elementi, ma solo di valutarli nel caso ne entri in possesso, per esempio derivandoli da altri rapporti intrattenuti col cliente.

In particolare, nel caso di un trust o di istituti analoghi, si tratta di:

1. Identificare la persona fisica o le persone fisiche beneficiarie del 25 per cento o più del patrimonio del trust, se i futuri beneficiari sono già stati determinati.

Va, quindi, eseguita una duplice analisi: in primo luogo per verificare l'esistenza di beneficiari determinati; in secondo luogo per determinare la misura del loro eventuale beneficio.

Sotto il primo profilo, sarebbe opportuno un chiarimento ufficiale in senso conforme alle indicazioni già fornite dalle autorità fiscali(28), intendendo l'aggettivo determinati secondo l'accezione anglosassone *vested*(29), a indicare la titolarità di posizioni giuridi-

Note:

(25) In ambito europeo, molti paesi si sono attrezzati da tempo all'individuazione del titolare effettivo con criteri di regola anticipatori della III Direttiva. È il caso del Lussemburgo, di Cipro e Gibilterra. Al di fuori dell'Unione si possono citare alcuni esempi di normative simili a quella europea: Bermuda, § 85, Guidance Notes on the Prevention of Money Laundering; Guernsey, § 44, Guidance Notes on the Prevention of Money Laundering and Countering the Financing of Terrorism; Isola di Man, Sezione 3.3 delle Anti-Money Laundering Guidance Notes; § 4 del Fiduciary Services Regulatory Code 2005; Jersey, art. 5 del Money Laundering (Jersey) Order 1999 e Financial Services Order (Jersey) 2000 For the Financial Sector; Singapore, § 5.6, The Monetary Authority of Singapore (MAS) Notice to Banks, No. 626; Svizzera, art. 4, II comma della legge federale svizzera sul riciclaggio di denaro del 10 ottobre 1997 (LRD).

(26) Si veda l'art. 1, II comma, lett. s) della legge antiriciclaggio e l'art. 2 dell'Allegato tecnico alla stessa.

(27) Come precisato dall'art. 18, I comma, lett. a) della legge antiriciclaggio.

(28) Circolare n. 48/E del 6 agosto 2007 dell'Agenzia delle Entrate, in questa Rivista, 2007, 630.

(29) Sul tema delle posizioni beneficiarie: M. Lupoi, Trusts, II ed., Milano, 2001, pp. 291-303 e E. Barla De Guglielmi, I beneficiari: le posizioni beneficiarie, in M. Monegat - G. Lepore - I. Valas (curr.), Trust - Aspetti sostanziali e applicazioni nel diritto di famiglia e delle persone, vol. I, Torino, 2007, 211.

che stabili, certe e non modificabili. Un criterio simile è sempre stato adottato anche per i beneficiari di polizze di assicurazione sulla vita.

Sotto il secondo profilo va sottolineato che la legge si riferisce ai beneficiari del patrimonio. La legge non definisce "patrimonio"; il testo italiano della III Direttiva dà una definizione di "beni"⁽³⁰⁾, ma usa anch'essa la parola patrimonio in questa fattispecie; al contrario, le versioni inglese e francese della Direttiva definiscono *property* e *biens*, rispettivamente, e utilizzano coerentemente queste stesse parole nel testo. La *ratio* della norma, che tende a evitare l'opacità del possesso e del controllo del patrimonio (ma sarebbe meglio dire dei beni e diritti che lo compongono), porterebbe a escludere i beneficiari del solo reddito, i quali saranno comunque identificati e tracciati in occasione delle movimentazioni delle somme loro spettanti. Il concetto di patrimonio, sia che lo s'intenda in senso economico, sia giuridico, esprime in effetti una situazione statica, cristallizzata in un dato momento, in contrapposizione alla dinamicità del reddito. Sarebbe opportuno un chiarimento ufficiale su questo punto.

Infine, dovrebbero essere approfonditi i criteri per la determinazione della misura del diritto spettante ai beneficiari. Infatti, mentre il dato testuale della legge sembra imporre di analizzare separatamente le posizioni dei singoli beneficiari, parrebbe sensato considerare unitariamente le posizioni attribuite a persone strettamente legate da vincoli familiari o di altra natura, ancorché formalmente distinte. Ad esempio secondo criteri simili a quelli adottati nei confronti delle persone politicamente esposte. È una lacuna che potrebbe essere colmata per via interpretativa nell'ambito dei regolamenti attuativi con la previsione di criteri più stringenti.

2. Identificare la categoria di persone nel cui interesse principale è istituito o agisce il trust, se le persone che beneficiano del trust non sono ancora state determinate.

Nella legge antiriciclaggio "identificazione" è una parola con un ben preciso significato che va oltre il senso comunemente attribuito al termine⁽³¹⁾. In questo ambito, l'identificazione di persone individuate per categoria diventa una contraddizione in termini. La III Direttiva tenta di chiarire il senso della disposizione affermando che "nei casi in cui i singoli beneficiari debbano ancora essere determinati e sia pertanto impossibile identificare un singolo quale titolare effettivo, sarebbe sufficiente identificare la ca-

tegoria di persone intese quali beneficiarie della fondazione o del trust. Questa prescrizione non comporterebbe l'identificazione dei singoli all'interno di tale categoria di persone"⁽³²⁾. Il legislatore interno non ha ritenuto di fornire un analogo chiarimento, che va, però, acquisito, come ovvio.

3. Identificare la persona fisica o le persone fisiche che esercitano un controllo sul 25 per cento o più del patrimonio del trust.

A questa categoria appartengono i soggetti ai quali l'atto istitutivo attribuisce il potere di determinare o vietare le scelte del trustee in ordine alla gestione dei beni in trust almeno nella misura specificata dalla legge. Si tratta essenzialmente di guardiani⁽³³⁾ e *enforcer*, ma vi dovrebbe essere attratto anche qualunque soggetto che abbia inoltre il potere di revocare o nominare il trustee, oppure di por fine al trust com'è il caso del disponente di un trust revocabile.

Si tratta di una disposizione facilmente aggirabile prevedendo, con opportune tecniche, una pluralità di persone formalmente investite di poteri. Anche in questo caso, non avendo il legislatore immaginato delle ipotesi di rapporti di collegamento sussistenti fra diverse persone fisiche affinché le stesse possano essere unitariamente qualificate come titolari effettivi, è opportuno che intervengano i regolamenti a colmare la lacuna.

Va notato che il trustee e il disponente non sono mai attratti alla categoria dei titolari effettivi. Il primo in quanto esecutore di operazioni per conto del cliente (il trust). Il secondo in quanto, dopo esser stato oggetto - come cliente - delle attenzioni dell'in-

Note:

(30) Art. 3, I comma, punto 3): "beni": i beni di qualsiasi tipo, materiali o immateriali, mobili o immobili, tangibili o intangibili, e i documenti o gli strumenti legali, in qualsiasi forma compresa quella elettronica o digitale, che attestano il diritto di proprietà o altri diritti sui beni medesimi".

(31) Nella legge antiriciclaggio, l'identificazione consiste nella raccolta dei dati identificativi: il nome e il cognome, il luogo e la data di nascita, l'indirizzo, il codice fiscale e gli estremi di un documento di identificazione non scaduto oppure, nel caso di soggetti diversi da persona fisica, la denominazione, la sede legale e il codice fiscale o, per le persone giuridiche, la partita IVA. Anche per il titolare effettivo la verifica dell'identità avviene mediante un documento d'identità non scaduto in base alla lett. a) del comma I dell'art. 19.

(32) Considerando (9) della III Direttiva.

(33) Da questo punto di vista la normativa europea è meno severa di altre. Ad esempio, nella legge federale svizzera sul riciclaggio di denaro del 10 ottobre 1997 (LRD) il guardiano è attratto addirittura alla categoria degli intermediari finanziari ed è soggetto a sua volta alla legge antiriciclaggio qualora prenda decisioni in ambito finanziario al posto del trustee o unitamente a quest'ultimo.

termediario o professionista che lo ha assistito, è uscito di scena (v. *infra*).

La legge antiriciclaggio si limita a prescrivere⁽³⁴⁾ che i documenti relativi all'identificazione del titolare effettivo siano conservati, come ogni altro documento attinente l'adeguata verifica della clientela, per un periodo di almeno dieci anni dalla fine del rapporto continuativo o della prestazione professionale. Non prevede, però, l'alimentazione dell'archivio unico informatico o del registro della clientela⁽³⁵⁾ con i dati identificativi medesimi. Questa mancanza è difficile da comprendere. L'aspetto più innovativo e di maggiore efficienza della legge italiana è sempre stato l'informatizzazione, introdotta con alcuni lustri di anticipo rispetto alle legislazioni degli altri paesi. È un primato che dovrebbe essere conservato. Sarebbe stato opportuno imporre l'aggiornamento degli *standard* dell'archivio unico informatico con l'aggiunta di un apposito gruppo di campi per i titolari effettivi, senza che ciò potesse comportare particolari oneri sul piano tecnico.

I soggetti destinatari degli obblighi dovranno in ogni caso abituarsi a trattare queste informazioni estremamente delicate con il massimo scrupolo in ossequio ai principi generali⁽³⁶⁾ e in quanto le stesse, per quanto "utilizzabili anche per fini fiscali"⁽³⁷⁾, sono utilizzabili solo se raccolte per finalità compatibili con quelle della legge antiriciclaggio. I trattamenti di dati personali cui si riferisce la normativa antiriciclaggio riguardano infatti "patrimoni, comportamenti e disponibilità economiche di numerose persone e, per tale loro intrinseca delicatezza, nonché per gli effetti che essi possono comunque determinare, vanno ascritti fra quelli che presentano rischi specifici per i diritti e le libertà fondamentali degli interessati"⁽³⁸⁾. L'ente o persona soggetta alla legge che tratta i dati del titolare effettivo è tenuta a fornire al medesimo l'informativa di cui all'art. 13 del D. Lgs. 30 giugno 2003, n. 196.

Del tutto incomprensibile risulta la mancata previsione di una specifica sanzione per il cliente che omette di indicare le generalità di chi esercita il possesso o il controllo (titolare effettivo) o le indica false⁽³⁹⁾.

Infine, va notato che, mentre il legislatore europeo ha inteso indicare esemplificativamente i casi di effettiva titolarità ("Il titolare effettivo comprende almeno..."⁽⁴⁰⁾), quello italiano non ha inteso fornire criteri minimi, bensì tassativi. Tant'è che, in coerenza con questa scelta, il legislatore italiano ha assi-

stito con sanzioni penali l'obbligo di individuare il titolare effettivo posto a carico dell'operatore.

Il rapporto con il cliente

La fase successiva consiste nell'ottenere informazioni sullo scopo e sulla natura prevista del rapporto continuativo o della prestazione professionale e nello svolgere un controllo costante nel corso del rapporto continuativo o della prestazione professionale.

Questi elementi dell'attività di verifica della clientela non presentano aspetti particolari nel caso il cliente sia un trust piuttosto che un altro ente o persona non fisica. Si tratta di un'attività di raccolta e aggiornamento di informazioni che ha la finalità di consentire la valutazione dell'insieme del rapporto con il cliente e la congruità delle operazioni eseguite anche per provvedere consapevolmente alla segnalazione delle operazioni sospette, e alla quale le persone e gli enti soggetti alla legge antiriciclaggio sono già abituati sin dall'emanazione del c.d. Decalogo della Banca d'Italia⁽⁴¹⁾, ripreso nei contenuti anche dai provvedimenti U.I.C. del 2006, ora superati.

Con la nuova legge antiriciclaggio, questo insieme di attività deve essere posto in essere in ogni ca-

Note:

(34) Art. 36, I comma della legge antiriciclaggio.

(35) Art. 36, II comma della legge antiriciclaggio.

(36) Art. 3, II comma della legge antiriciclaggio.

(37) Art. 36, VI comma della legge antiriciclaggio.

(38) Parere del Garante per la protezione dei dati personali del 25 luglio 2007.

(39) In materia di verifica della clientela l'impianto sanzionatorio della legge è fondato sull'art. 55, I comma che punisce la contravvenzione agli obblighi di identificazione. Esso pare rivolto solamente agli enti e persone in capo ai quali incombe tale obbligo, non anche al cliente che non adempie agli obblighi specificati nell'art. 21. Non si comprenderebbe altrimenti la presenza dei successivi commi 2 e 3 che invece sanzionano la condotta dell'esecutore dell'operazione (non del cliente). In particolare, il II comma non fa che ribadire senza apportare alcuna innovazione il disposto dell'art. 13, VIII comma della legge 6 febbraio 1980, n. 15 sanzionando con la reclusione da sei mesi a un anno e una multa da 500 a 5.000 euro l'esecutore che omette di indicare le generalità del soggetto per conto del quale eventualmente esegue l'operazione; il III comma prevede l'arresto da sei mesi a tre anni e l'ammenda da 5.000 a 50.000 euro per l'esecutore dell'operazione che non fornisce informazioni sullo scopo e sulla natura prevista dal rapporto continuativo o dalla prestazione professionale o le fornisce false.

(40) Comma IV dell'art. 3 della III Direttiva.

(41) Provvedimento del Governatore della Banca d'Italia del 12 gennaio 2001.

so prima dell'instaurazione del rapporto e successivamente aggiornato in occasione delle operazioni eseguite dal cliente e gli operatori debbono mettersi in grado di dimostrare di averlo eseguito.

Le indicazioni in ordine alle modalità di adempimento degli obblighi di verifica della clientela saranno fornite ai soggetti vigilati dalle autorità di vigilanza sui vari settori, d'intesa fra loro(42). Per i professionisti, la promozione dell'osservanza della legge antiriciclaggio è affidata ai collegi e agli ordini professionali sotto la vigilanza del Ministero della Giustizia.

Per quanto riguarda l'implementazione delle procedure operative, oltre alle indicazioni delle autorità preposte, gli operatori possono far riferimento a numerose pubblicazioni che hanno affrontato il tema, fornendo anche utili avvertenze di ordine pratico disponibili sulla rete Internet(43).

Obbligo di astensione

Nel caso non risulti possibile eseguire l'adeguata verifica della clientela, agli enti e persone soggette alla legge – con esclusione di alcuni professionisti nell'esecuzione di particolari compiti professionali(44) – è vietato instaurare il rapporto continuativo o la prestazione professionale, ovvero è richiesto di interromperlo se già esistente, valutando, inoltre, l'invio di una segnalazione di operazione sospetta.

Analogo obbligo di astensione vale, per i rapporti in corso, nel caso il cliente richieda l'esecuzione di operazioni con caratteristiche tali da comportare l'invio dell'apposita segnalazione(45). All'operazione va data esecuzione solo laddove la ricezione dell'atto sia obbligatoria (46), oppure laddove l'operazione non possa essere rinviata, anche per il rischio di pregiudicare le indagini, salvo informare immediatamente l'Unità d'informazione finanziaria(47).

Tenendo conto dell'obbligo di astensione così descritto, la sanzione penale posta a carico dell'esecutore dell'operazione che non fornisce informazioni sullo scopo e la natura prevista del rapporto continuativo o della prestazione professionale(48) pare avere un ambito applicativo molto limitato. In generale, infatti, la fattispecie non può verificarsi.

■ Il problema della riservatezza delle operazioni sospette

La nuova legge risolve finalmente in modo decisivo

vo un gravissimo problema a lungo sottaciuto. La III Direttiva, preso atto che “numerosi dipendenti che hanno segnalato i loro sospetti di riciclaggio sono stati vittime di minacce o di atti ostili” e riconosciuto che “si tratta di una questione cruciale per l'efficacia del regime antiriciclaggio e di repressione del finanziamento del terrorismo”(49), dispone che gli Stati membri adottino “misure appropriate per proteggere da qualsiasi minaccia o atto ostile i dipendenti degli enti o delle persone soggetti alla presente direttiva che segnalano, all'interno dell'impresa o all'UIF, un caso sospetto di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo”(50).

In realtà, il legislatore europeo ha sottovalutato

Note:

(42) Vigilanza e controlli sugli intermediari finanziari sono regolati dagli artt. 7 e 53 della legge antiriciclaggio; sui professionisti dagli artt. 8 e 53.

(43) Sulla apertura di nuove relazioni: Comitato di Basilea per la vigilanza bancaria, *Dovere di diligenza delle banche nell'identificazione della clientela*, Banca dei Regolamenti internazionali, 2001, e il relativo allegato *General Guide to Account Opening and Customer Identification*, 2003, entrambi consultabili sul sito Internet della Bank for International Settlements, all'indirizzo <http://www.bis.org>. Inoltre, *The Wolfsberg Group, Wolfsberg AML Principles on Private Banking*, 2007 e *Wolfsberg FAQ's on Beneficial Ownership*, 2007, entrambi consultabili sul sito Internet di Wolfsberg Group all'indirizzo <http://www.wolfsberg-principles.com>. Un breve elenco di suggerimenti è anche nella Circolare Assofiduciaria COM_2006_059 del 28 dicembre 2006.

(44) Art. 23, IV comma della legge antiriciclaggio: “nel corso dell'esame della posizione giuridica del loro cliente o dell'espletamento dei compiti di difesa o di rappresentanza di questo cliente in un procedimento giudiziario o in relazione a tale procedimento, compresa la consulenza sull'eventualità di intentare o evitare un procedimento”.

(45) Il sistema della normativa europea, contrariamente, ad esempio, a quello svizzero che prevede un obbligo speciale di chiarimento all'art. 6 LRD, non richiede ai destinatari della legge il compito di eseguire approfondimenti in caso di sospetto di riciclaggio o finanziamento al terrorismo; invece, affida immediatamente all'UIF il compito di intervenire ad indagare.

(46) È il caso dell'attività del notaio ai sensi degli artt. 27 e 28 legge della 13 febbraio 1913, n. 89 (legge notarile).

(47) L'Unità d'informazione finanziaria (UIF) è una unità nazionale centrale istituita da Ciascuno Stato membro per combattere efficacemente il riciclaggio e il finanziamento del terrorismo secondo la previsione dell'art. 21 della III Direttiva. Essa “è incaricata di ricevere (e nella misura consentita di richiederle), di analizzare e di comunicare alle autorità competenti le informazioni che riguardano un possibile riciclaggio, un possibile finanziamento del terrorismo o che sono richieste dalle disposizioni legislative o regolamentari nazionali. Ad essa vengono fornite le risorse adeguate per espletare i propri compiti”. In Italia l'UIF è una struttura della Banca d'Italia risultante dall'accorpamento del Ufficio Italiano dei Cambi.

(48) Art. 55, III comma della legge antiriciclaggio.

(49) Considerando (32) della III Direttiva.

(50) Art. 27 della III Direttiva.

la questione, evidentemente a causa di una errata percezione della realtà strutturale e dimensionale degli intermediari cui compete l'obbligo della segnalazione. Il legislatore interno, invece, ha deciso di dare ascolto ai ripetuti appelli degli operatori. La nuova legge migliora la situazione precedente facendo carico al titolare dell'attività o al legale rappresentante o al loro delegato della responsabilità della riservatezza e prescrivendo all'UIF, alla Guardia di finanza e alla DIA la massima riservatezza in ordine all'identità dei soggetti che effettuano le segnalazioni(51). Le cautele di legge non solo appaiono idonee a tutelare le persone che effettuano direttamente le segnalazioni all'UIF, vale a dire i professionisti, i quali sono protetti dal filtro dei loro ordini professionali, e i dipendenti delle società più strutturate, ma finalmente impediscono l'esposizione delle numerose società di piccole e piccolissime dimensioni nelle quali i soggetti a rischio sono proprio il titolare dell'attività o il legale rappresentante, la cui incolumità è messa a repentaglio dal semplice emergere del collegamento fra la segnalazione e l'intermediario che l'ha prodotta; emersione verificatasi in numerosi casi in passato.

Non può esservi dubbio alcuno che questo è stato uno dei motivi, forse il principale, del numero esiguo di segnalazioni eseguite dagli intermediari di piccole dimensioni (anche se va detto ch'esse sono in numero di poco inferiore a quelle eseguite da realtà di maggior peso, come i fondi d'investimento o le società di gestione del risparmio) e del loro modesto contributo al sistema. Poiché sarebbe stato lecito attendersi il contrario, è del tutto logico creare le giuste condizioni. È, infatti, proprio nelle piccole strutture che può avvenire più facilmente il monitoraggio attento e continuo delle operazioni poste in essere dalla clientela. È ben noto a questo proposito che la stragrande maggioranza delle segnalazioni proviene dal sistema bancario, il quale, com'è normale avvenga nelle realtà più organizzate, tende inevitabilmente a fare eccessivo affidamento su procedure automatizzate(52).

■ Il trustee soggetto alla legge antiriciclaggio

Nella stesura della nuova legge antiriciclaggio il legislatore interno sembra avere tenuto in grande considerazione la preoccupazione di rimodulare, evitando possibili conflitti, le competenze fra i vari uffici delle autorità(53), quasi prima ancor dell'esigenza

di aggiornare la legislazione italiana armonizzandola a quella dell'Unione Europea. È significativa, in tal senso, la scelta di suddividere gli enti e le persone soggette agli obblighi di legge in Italia non in base all'attività dagli stessi esercitata, secondo la logica della III Direttiva(54), bensì in funzione dell'autorità incaricata di vigilare sull'attività stessa; il tutto in un guazzabuglio di categorie, sottocategorie, commi, rinvii e richiami. Tale scelta, stante l'incompletezza della normativa italiana nella materia di cui qui si discorre, ha prodotto un'assurda situazione nella quale l'ufficio di trustee può essere affidato indifferente-mente, a scelta del disponente, a intermediari ipervigilati come le società fiduciarie(55), oppure a soggetti che non hanno nemmeno i requisiti minimi prescritti dall'art. 36(56) della III Direttiva.

Note:

(51) Art. 45 della legge antiriciclaggio. Dell'esigenza qui esposta si è fatta portatrice Assofiduciaria proponendo di non limitare la tutela alle sole persone fisiche in occasione dell'audizione informale presso le commissioni riunite II e VI della Camera dei Deputati del 25 settembre 2007 nell'ambito dell'esame dello schema di decreto legislativo recante attuazione della direttiva 2005/60/CE. Le commissioni hanno recepito l'istanza riportandola nel proprio parere.

(52) Questa è una delle osservazioni formulate dal Fondo Monetario Internazionale: la maggior parte delle segnalazioni all'UIC trae origine proprio dalla procedura automatizzata GIANOS in uso presso le banche.

(53) Nelle parole del Governatore della Banca d'Italia durante l'audizione del 14 giugno 2007 alla commissione parlamentare Antimafia "È un testo in cui l'apparato di controllo per l'antiriciclaggio presenta un'articolazione chiara, rispettosa dell'autonomia degli organi coinvolti" (il testo integrale dell'audizione è consultabile sul sito Internet della Banca d'Italia all'indirizzo <http://www.bancaditalia.it>).

(54) Logica chiaramente espressa dal considerando (21) della III Direttiva: "I servizi direttamente comparabili dovrebbero essere trattati allo stesso modo quando vengono forniti da un professionista soggetto alla presente direttiva".

(55) Nella nuova legge antiriciclaggio le società fiduciarie risultano infatti soggette:

- alla supervisione del Ministero per le Attività Produttive, in forza dell'articolo 7, I comma;
- al rispetto delle disposizioni emanate dalla Banca d'Italia per quanto riguarda verifica della clientela, organizzazione, procedure e controlli interni, in forza dell'articolo 7, II comma;
- al controllo del Nucleo speciale di polizia valutaria della Guardia di Finanza per quanto riguarda il rispetto degli obblighi, in forza dell'articolo 53, II comma. Il trasferimento di questa competenza dal Ministero dello Sviluppo Economico alla Guardia di Finanza è indicativo dell'inadeguatezza che il legislatore attribuisce ai controlli sinora eseguiti dal primo. Non può che meravigliare l'acquiescenza del Ministero rispetto a questa valutazione.

(56) "1. Gli Stati membri prevedono che [...] i prestatori di servizi relativi a società e trust debbano ottenere un'autorizzazione o essere registrati [...].

2. "Gli Stati membri impongono alle autorità competenti di rifiutare l'autorizzazione o la registrazione dei soggetti di cui al paragrafo 1 se non so-

(segue)

Va ricordato, solo per fare alcuni esempi, che tutti i principali intermediari finanziari partecipano: al sistema delle indagini finanziarie(57); al monitoraggio fiscale(58); al monitoraggio interno tramite i modelli di dichiarazione(59); al sistema della c.d. euro-ritenuta(60); alle segnalazioni statistiche di bilancia dei pagamenti e di posizione patrimoniale verso l'estero(61), ecc. Nei confronti dei tradizionali intermediari finanziari insiste, inoltre, un'articolata e completa normativa composta da leggi speciali atte ad assicurare la massima trasparenza nei confronti dei soggetti muniti di poteri d'indagine.

Niente di tutto ciò riguarda la nuova figura dei prestatori di servizi a società e trust di cui si dirà nel paragrafo successivo: ad essi è richiesta solamente l'istituzione del registro della clientela, da tenere peraltro con modalità semplificate.

In pratica, il legislatore interno, non avendo riservato l'attività di trustee a soggetti già presenti e regolati nell'ordinamento, né introdotto una specifica regolamentazione per i prestatori di servizi a società e trust, è riuscito ad ottenere il paradossale risultato di fornire riconoscimento proprio a quelle situazioni che la III Direttiva avrebbe voluto impedire abdicando a uno dei suoi doveri: contrastare l'accesso di operatori potenzialmente inaffidabili al sistema finanziario.

■ Archivio Unico Informatico e Registro della clientela. Le registrazioni

Al momento della stesura di queste note non sono ancora stati emanati i regolamenti attuativi. Non è, quindi, possibile commentare le modalità di esecuzione degli adempimenti da parte di chi fornisce servizi di trust, salvo formulare alcune osservazioni.

I servizi di trust non sono un'attività riservata a un particolare soggetto, ma possono essere prestati da persone e enti appartenenti a più d'una fra le diverse categorie sottoposte alla legge antiriciclaggio. Il che complica un po' le cose.

Ne consegue che le persone e enti soggetti alla legge che assumono l'ufficio di trustee – ovviamente, ove tale attività sia loro consentita dalla normativa di settore e, per gli enti, ove sia prevista dall'atto costitutivo – sono tenuti all'esecuzione dell'adeguata verifica della clientela in capo ai medesimi soggetti, ma in base a presupposti diversi.

Individuare chi sono i clienti del trustee, per po-

terli adeguatamente verificare, costituisce un esercizio solo apparentemente semplice:

- se il trustee è un intermediario finanziario i suoi clienti, per il combinato disposto delle lett. e), l) e s) del II comma dell'art. 1, sono coloro i quali compiono (meglio sarebbe stato: dispongono) operazioni di trasmissione o movimentazione di mezzi di pagamento o intrattengono rapporti continuativi;

- se il trustee è un professionista, compresi i prestatori di servizi a società e trust, i suoi clienti, per il combinato disposto delle lett. e), l) e q) del II comma dell'art. 1, sono coloro i quali compiono operazioni e attività determinate o determinabili, finalizzate a obiettivi di natura finanziaria o patrimoniale, modificative della situazione giuridica esistente, da realizzare tramite una prestazione professionale, oppure coloro ai quali viene resa una prestazione professionale in seguito al conferimento di un incarico.

I soggetti che si relazionano con un trustee e con esso instaurano un rapporto continuativo, ricevono una prestazione professionale, oppure compiono operazioni, anche solo occasionalmente, sono solo il disponente e coloro i quali provvedono a sottoporre beni in trust. Al di là di questi, non pare possano individuarsi nella nuova legge altre categorie di soggetti che possano intrattenere con il trustee un rapporto continuativo o ricevere una prestazione professionale, né, tantomeno, che possano disporre l'esecuzione di operazioni presso il trustee.

Guardiani, *enforcer* e beneficiari dovranno essere comunque identificati, ma non in quanto clienti del trustee – ché essi nella nuova legge non lo sono – bensì in quanto titolari effettivi del trust qualora pos-

Note:

(continua nota 56)

no convinte della competenza e dell'onorabilità delle persone che dirigeranno o dirigeranno effettivamente l'attività di tali soggetti o dei loro titolari economici".

Sulla necessità di assoggettare i prestatori di servizi a società e trust ad autorizzazione preventiva e vigilanza prudenziale e sulle modalità per attuare la vigilanza si è dettagliatamente espresso l'Offshore Group of Banking Supervisors con lo Statement of Best Practice del 6 settembre 2002: cfr. la relazione consultabile sul sito Internet dell'Offshore Group of Banking Supervisors all'indirizzo <http://www.ogbs.net>.

(57) Artt. 32 e 52 D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600.

(58) D.L. 28 giugno 1990, n. 167.

(59) In particolare tramite il modello 770.

(60) D. Lgs. 18 aprile 2005, n. 84.

(61) D.P.R. 31 marzo 1988, n. 148.

seggano le caratteristiche per essere considerati tali secondo i criteri esposti in precedenza.

La verifica della clientela va eseguita all'atto dell'instaurazione del rapporto o della prestazione professionale e in caso di sospetto di riciclaggio o finanziamento del terrorismo o di dubbi su verifiche svolte in precedenza⁽⁶²⁾.

In base alla categoria di appartenenza del trustee risultano differenti le modalità di registrazione (archivio unico informatico per gli intermediari finanziari, registro della clientela e conservazione semplificata delle informazioni per i professionisti).

Inoltre risultano differenti le stesse operazioni oggetto di registrazione, giacché il termine "operazione" ha un significato diverso per le diverse categorie di trustee (trasmissione e movimentazione di mezzi di pagamento per gli intermediari finanziari; attività da realizzare tramite una prestazione professionale per i professionisti).

Nel definire le modalità di esecuzione delle registrazioni è sperabile che le autorità preposte tengano conto in ogni caso di due fattori: a) che sarebbe irrazionale prevedere differenti modalità di registrazione in dipendenza delle caratteristiche del trustee, e b) che, una volta istituito il trust, le operazioni sono eseguite in proprio e non per conto di altri soggetti com'è invece nell'usuale operatività degli intermediari.

Bisogna comunque tentare di mettere un po' d'ordine. Almeno fino all'emanazione dei provvedimenti di attuazione.

Per definire i contorni degli obblighi di registrazione del trustee vanno distinti i momenti antecedenti e quelli successivi all'ingresso degli attori e dei beni nella sfera del trust.

Il disponente diviene cliente dell'intermediario o del professionista nel momento in cui affida l'incarico di provvedere all'istituzione del trust e cessa di essere tale nel momento in cui l'incarico viene adempiuto con l'istituzione del trust.

Chiunque altro provveda a segregare beni in trust diviene cliente dell'intermediario o del professionista nel momento in cui conferisce l'incarico (o meglio, più pragmaticamente, nel momento in cui mette i beni a disposizione per il trasferimento) e cessa di esserlo nel momento in cui l'incarico è stato eseguito.

Si tratta quindi di relazioni che, ancorché definite "continuative", si esauriscono normalmente in un brevissimo lasso di tempo. Il trustee provvederà quindi all'esecuzione delle registrazioni relative a apertu-

ra e estinzione di rapporto continuativo o prestazione professionale.

A dissipare alcune perplessità in ordine alla breve durata del ruolo del disponente va osservato che una volta istituito il trust egli esce di scena. Tant'è vero ch'egli non ha azione nei confronti del trustee. Va inoltre considerato che i trust sono normalmente di lunga durata. Dopo un certo periodo, il disponente potrebbe non essere più in vita. La normativa antiriciclaggio in ogni caso perde interesse per lui avendo egli perduto sia il possesso sia il controllo dei beni sottoposti al trust, salvo che non ne divenga titolare effettivo assumendo il ruolo di guardiano, *enforcer*, o beneficiario, oppure non gli sia riservato il potere di revocare il trustee o cessare il trust. Il disponente potrebbe in effetti conservare il possesso o controllo dei beni in trust qualora divenisse trustee - nei trust auto-dichiarati - ma in questo caso si rimarrebbe al di fuori dell'ambito della legge antiriciclaggio non essendo l'ufficio assunto in via professionale.

Successivamente all'istituzione del trust, salvo quanto detto sopra, non sembra sussistere a carico del trustee alcun ulteriore obbligo di registrazione. Infatti non esiste più alcun soggetto, oltre al trust stesso, che possa effettuare operazioni o richiedere attività da realizzare tramite una prestazione professionale. Va ribadito che il trust opera in proprio, non per conto di terzi. Viene quindi a mancare l'"operazione da registrare" come definita dalla lett. b) del II comma dell'art. 36 della legge. Del resto, e non a caso, la nuova legge ha esentato da ogni obbligo gli unici altri soggetti precedentemente tenuti a registrare operazioni eseguite in proprio: le società finanziarie di cui all'art. 113 T.U.B. Le movimentazioni di mezzi di pagamento eseguite dal trustee per conto del trust, quindi, dovrebbero ora essere registrate esclusivamente dall'intermediario abilitato (Banca, Poste Italiane o IMEL) presso il quale sono movimentati i mezzi di pagamento a nome del trust. Anche qualora il trustee sia una società fiduciaria è ora intervenuto a dissipare ogni dubbio l'obbligo di registrazione da parte degli altri intermediari come chiarito dal Ministero dell'Economia il 19 dicembre 2007.

Resta fermo a carico del trustee l'obbligo di mantenere aggiornati gli elementi dell'adeguata verifica

.....
Nota:

(62) Artt. 15 e 16, legge antiriciclaggio, rispettivamente per intermediari e professionisti.

della clientela, soprattutto tenendo evidenza dell'emergere o del cessare di titolari effettivi.

Infine, resta tutt'oggi esclusa da qualsiasi obbligo e adempimento l'attività di trust prestata da enti e persone non soggetti alla legge antiriciclaggio e a titolo non professionale.

Sembra decisamente giunto il momento per un intervento di riorganizzazione e regolamentazione compiuta e rigorosa dell'intero settore dei servizi fiduciari, con l'assoggettamento di tutti gli operatori ad autorizzazione preventiva e vigilanza prudenziale e a stringenti requisiti di onorabilità e competenza.

■ I prestatori di servizi a società e trust

Come accennato, la legge antiriciclaggio ha introdotto la figura dei prestatori di servizi a società e trust(63) fra i destinatari degli obblighi di legge. L'estensione riguarda le numerose società utilizzate dagli studi professionali per prestare servizi contabili e di domiciliazione e, per quanto qui d'interesse, le *trust company*.

In tal modo è ora destinatario degli obblighi chiunque fornisca servizi di trust nell'ambito della propria attività d'istituto, come prestazione professionale, o, comunque, a titolo professionale(64).

Il legislatore ha, però, lasciato in sospenso il compito assegnato dall'art. 36 della III Direttiva di assoggettare l'attività di queste figure ad autorizzazione preventiva e vigilanza prudenziale, previa verifica della sussistenza di requisiti di competenza e onorabilità in capo alle persone che li dirigono. Talché tale attività continua a poter essere esercitata da qualunque ente o persona, fisica o giuridica, compresi soggetti *non fit and proper*. Alcuni recenti progetti di legge si sono fatti carico di riempire la lacuna, ma sono rimasti finora senza seguito(65).

I prestatori di servizi a società e trust, cioè le *trust company* "pure" – che non esercitano alcun'altra attività – sono figure che nel nostro paese hanno al momento un'incidenza marginale, seppure in rapida crescita. Ciò contrariamente a quanto avviene in altri Stati membri. In effetti, i servizi che li caratterizzano sono prestati in Italia dagli studi professionali, oppure dalle società fiduciarie.

In dettaglio, il prestatore di servizi a trust è caratterizzato dall'"occupare la funzione di fiduciario in un trust espresso o in un soggetto giuridico analogo o provvedere affinché un'altra persona occupi tale fun-

zione"(66) e dal fornire tale servizio a titolo professionale. In altre parole, deve trattarsi di un soggetto che, nell'ambito di un'attività organizzata in forma d'impresa e in via ordinaria e regolare, ancorché non esclusiva, né principale(67), assume, o provvede affinché altri assumano, l'ufficio di trustee in trust istituiti volontariamente (restando, quindi, esclusi i *constructive trust*), oppure simili funzioni in soggetti analoghi, com'è il caso ad esempio dell'*escrow agent* nell'ambito di un *escrow account*.

I prestatori di servizi a società e trust sono attratti, nella legge antiriciclaggio, dalla categoria dei professionisti di cui all'art. 12 della quale costituiscono una sottocategoria, distinta dalle altre nel senso che, qualora l'ufficio di trustee sia assunto, ad esempio, da un commercialista o da un avvocato, sia pure a titolo professionale, costui continuerà ad essere soggetto agli obblighi di legge non in funzione del servizio prestato, bensì in funzione della propria professione principale. Allo stesso modo, non fanno parte della categoria dei prestatori di società e trust tutti gli altri enti già soggetti alla legge ed elencati agli artt. 10, 11, 13 e 14.

Note:

(63) Art. 1, Il comma, lett. p) della legge antiriciclaggio: "prestatori di servizi relativi a società e trust: ogni persona fisica o giuridica che fornisca, a titolo professionale, uno dei servizi seguenti a terzi:

1. costituire società o altre persone giuridiche;
2. occupare la funzione di dirigente o di amministratore di una società, di socio di un'associazione o una funzione analoga nei confronti di altre persone giuridiche o provvedere affinché un'altra persona occupi tale funzione;
3. fornire una sede legale, un indirizzo commerciale, amministrativo o postale e altri servizi connessi a una società, un'associazione o qualsiasi altra entità giuridica;
4. occupare la funzione di fiduciario in un trust espresso o in un soggetto giuridico analogo o provvedere affinché un'altra persona occupi tale funzione;
5. esercitare il ruolo d'azionista per conto di un'altra persona o provvedere affinché un'altra persona occupi tale funzione purché non si tratti di una società ammessa alla quotazione su un mercato regolamentato e sottoposta a obblighi di comunicazione conformemente alla normativa comunitaria o a norme internazionali equivalenti".

(64) V. *infra*, nota 69.

(65) Le più recenti sono la proposta di legge sull'affidamento fiduciario n. 6320 del 1° febbraio 2006 ad opera dell'on. Tabacci e il disegno di legge sulla istituzione del trust di diritto italiano n. 1234 del 28 dicembre 2006 ad opera del sen. Benvenuto, in questa Rivista, 2007, rispettivamente a p. 281 e a p. 285.

(66) Art. 1, Il comma, lett. p), punto 4 della legge antiriciclaggio.

(67) L'approfondimento della locuzione "a titolo professionale" meriterebbe uno spazio assai ampio, riservare il quale esula dallo scopo di queste note. Basti riportare che essa è stata più volte letta dalla Corte di Giustizia europea nel modo qui riportato; ad esempio nella sentenza del 23 novembre 2006 nel procedimento C-5/05.

Fra essi, al momento, gli unici che paiono poter esercitare servizi di affidamento fiduciario “a titolo professionale” senza incontrare ostacoli nella rispettiva normativa di settore e senza necessità di particolari adeguamenti statutari e organizzativi sono le società fiduciarie di cui alla legge 23 novembre 1939, n. 1966.

Visto che l'attività dei prestatori di servizi a società e trust non è soggetta ad alcuna vigilanza di settore, e che essi non sono iscritti ad alcun collegio o ordine professionale, non è previsto che alcuno fornisca loro disposizioni circa le modalità di adempimento degli obblighi di adeguata verifica del cliente,

l'organizzazione, la registrazione, le procedure e i controlli interni, e a nessuno è affidato il compito di vigilare sull'adeguatezza dei loro assetti organizzativi e procedurali.

La vigilanza sul rispetto degli obblighi di legge è per essi integralmente devoluta all'organo di controllo, se nominato; i controlli sull'adempimento dei loro obblighi sono effettuati dal Nucleo speciale di polizia valutaria della Guardia di Finanza. In che modo, se non imbattendocisi per coincidenza, possano le autorità controllare l'attività di soggetti dei quali neppure conoscono l'esistenza, al momento non è dato sapere.

La collana “Quaderni” di Trusts

- **1 - Leggi tradotte**

traduzioni di R. Dabormida, P. Dibari, A. Fusi, E. Incisa di Camerana, G. La Torre, D. Mazzone, F. Steidl

- **2 - Introduzione ai trust e profili applicativi**

tra dottrina, prassi e giurisprudenza

a cura di Stefano Buttà

- **3 - Il trust di protezione patrimoniale**

di Andrea Vicari

- **4 - La giurisprudenza italiana sui trust - II Edizione**

Dal 1899 al 2006

- **5 - Leggi tradotte - II**

traduzioni di E. Berti-Riboli, G. Lepore, G. La Torre, G. Miccichè, L. Minicucci, M. Molinari, M. Monegat,

M. Montefameglio, M. Moscardi, A. Pietromarchi, L.F. Rizzo, R. Sarro, M. Scaffa, M. Tita, I. Valas

- **6 - Trust: opinioni a confronto**

Atti dei Congressi dell'Associazione “Il trust in Italia”

- Terzo Congresso Nazionale – Roma 2005

- I trust per la famiglia – Firenze 2005

a cura di E. Barla De Guglielmi

- **7 - La Legge di Malta sui trust**

L'introduzione del trust nel diritto civile maltese

di E. Berti-Riboli e M. Ganado

- **8 - La legge di Jersey sul trust**

di E. Barla De Guglielmi, P. Panico, F. Pighi

di prossima pubblicazione

- **9 - Struttura, atti e vicende dei trust: profili fiscali (titolo provvisorio)**

- Relazioni del Convegno dell'Associazione “Il trust in Italia” - Milano 16 gennaio 2008

- Contributi professionali sulla fiscalità dei trust

Brevi note in merito agli obblighi a carico delle società fiduciarie a seguito della (re)istituita imposta sulle successioni e donazioni

di **Giuseppe Corasaniti**

In seguito alla (re)istituzione dell'imposta sulle successioni e donazioni, allo stato è da ritenersi nuovamente in vigore l'onere posto a carico degli eredi di adempiere all'obbligo di presentazione della dichiarazione di successione, al fine di ottenere da terzi lo svincolo dei crediti o dei beni loro spettanti. Pertanto, nel presente contributo si cerca di delineare quali siano gli specifici obblighi posti a carico delle società fiduciarie, in relazione allo svincolo dei cespiti ereditari dalle stesse amministrati, allo scopo di evitare comportamenti evasivi da parte degli eredi e/o legatari e loro aventi causa.

Con riferimento all'imposizione reddituale, è esaminata l'ulteriore problematica, sempre connessa alla premorienza del fiduciante, relativa alle possibili conseguenze che potrebbero derivare in capo alle società fiduciarie in relazione ai regimi del risparmio amministrato e gestito.

■ Premessa

In forza della legge n. 286, del 24 novembre 2006, di conversione del D. L. n. 262 del 3 ottobre 2006, è stata, tra l'altro, (re)introdotta l'imposta sulle successioni e donazioni, con il conseguente ripristino della vecchia disciplina dettata dal D. Lgs. n. 346 del 31 ottobre 1990 (di seguito, anche "D. Lgs. n. 346 del 1990"), e, dunque, anche della peculiare previsione contenuta nel III comma dell'art. 48 di tale decreto, la quale (re)introduce specifici divieti ed obblighi a carico di terzi "detentori di beni" appartenenti al *de cuius*.

Più precisamente, la norma dispone espressamente che i detentori di beni che appartenevano al defunto "[...] non possono consegnare i beni detenuti agli eredi, ai legatari e ai loro aventi causa, se non è stata fornita la prova della presentazione [...] della

dichiarazione della successione o integrativa con l'indicazione dei [...] beni suddetti".

Appare dunque opportuno esaminare quali siano gli specifici obblighi all'uopo derivanti (anche) a carico delle società fiduciarie, in relazione allo svincolo dei cespiti ereditari dalle stesse gestiti, al fine di evitare comportamenti evasivi da parte degli eredi e/o legatari e loro aventi causa, quali soggetti obbligati alla presentazione della dichiarazione di successione.

In altri termini, si cercherà, in breve, di individuare gli adempimenti che il ripristinato articolo 48 ("divieti ed obblighi a carico di terzi"), del D. Lgs. n. 346 del 1990, pone a carico (di terzi, debitori del defunto e/o detentori di beni che gli appartenevano, e, quindi, anche) delle società fiduciarie.

■ Considerazioni generali sulla (re)istituita imposta di successione

Innanzitutto appaiono necessari dei brevi cenni in merito alla "nuova" imposta sulle successioni e donazioni.

Difatti, come già detto, in sede di conversione del D. L. 3 ottobre 2006, n. 262 (con legge 24 novembre 2006, n. 286) è stata "(re)istituita" l'imposta di successione e donazione(1) "sui trasferimenti di beni e

Giuseppe Corasaniti - Ricercatore di diritto tributario nell'Università degli Studi di Brescia.

Nota:

(1) Con riferimento all'imposta di successione e donazione, anche sotto il profilo dell'evoluzione storica della relativa disciplina, si veda, per tutti, F. Gaffuri, *L'imposta sulle successioni e donazioni*, II ed., Padova, 1993; D. Stevanato, *Donazioni e liberalità indirette nel tributo successorio*, Padova, 2000; S. Cardarelli, voce "Tributi successori", *Enc. dir.*, vol. XLV, Milano, 1992; più recentemente, cfr. A. Fedele, *Il regime fiscale di successioni e liberalità*, *Riv. dir. trib.*, 2003, I, 799; C. Sacchetto, *Le donazioni nel diritto tributario*, *Riv. dir. trib.*, 1999, I, 989.

diritti per causa di morte, per donazione o a titolo gratuito e sulla costituzione di vincoli di destinazione”, rinviando per la disciplina del “nuovo” tributo, salvo le modifiche introdotte, al testo unico delle disposizioni sull'imposta di successione e donazione di cui al D. Lgs. n. 346 del 31 ottobre 1990, nella versione vigente alla data del 24 ottobre 2001, dunque, con le modificazioni risultanti dall'art. 69, legge 21 novembre 2000, n. 342 (2).

Ulteriori integrazioni sono poi state introdotte dai commi LXXVII e LXXVIII dell'articolo unico della legge 27 dicembre 2006, n. 296 (Legge Finanziaria per il 2007): in specie, è stata prevista una nuova franchigia (di Euro 100.000,00) anche nel caso di trasferimenti a favore di fratelli e sorelle; nonché è stato inserito nell'art. 3 del T. U. sull'imposta di successione e donazione il nuovo comma 4-ter, il quale estende il beneficio del non assoggettamento all'imposta, ivi previsto, anche ai trasferimenti *mortis causa* effettuati a favore di discendenti ed aventi ad oggetto aziende o rami di esse, quote sociali e azioni. Per queste ultime, inoltre, se relative a soggetti di cui all'art. 73, I comma, lett. a) del D. Lgs. 22 dicembre 1986, n. 917, il beneficio spetta limitatamente alle partecipazioni mediante le quali è acquisito o integrato il controllo *ex art.* 2359, I comma, n. 1, cod. civ. È, in ogni caso, necessario che gli aventi causa proseguano l'esercizio dell'attività di impresa o detengano il controllo della società per un periodo non inferiore a cinque anni dalla data di trasferimento, rendendo, contestualmente alla dichiarazione di successione, una apposita dichiarazione in tal senso.

Quanto poi all'entrata in vigore delle disposizioni in questione, in forza del disposto dell'art. 2, LIII comma, legge n. 24 novembre 2006, n. 286, queste hanno effetto “[...] per le successioni apertesi dal 3 ottobre 2006”.

Dunque, ed in estrema sintesi, la “nuova” imposta sulle successioni è destinata ad applicarsi sul valore complessivo netto dei beni, con le seguenti aliquote: i) se coniuge e parenti in linea retta, con l'aliquota del 4% sul valore complessivo netto eccedente, per ciascun beneficiario, la franchigia di Euro 1.000.000,00; ii) se fratelli e sorelle, con l'aliquota del 6% sul valore complessivo netto eccedente, per ciascun beneficiario, Euro 100.000,00; iii) se altri parenti fino al quarto grado e affini in linea retta e affini in linea collaterale fino al terzo grado, con l'aliquota del 6%; iv) se altri soggetti, con l'aliquota dell'8% (3).

■ Divieti e obblighi a carico di terzi, ex art. 48 D. Lgs. n. 346 del 1990

Pertanto, in seguito alla (re)istituzione dell'imposta *de qua* e alla conseguente reviviscenza della disciplina contenuta nel D. Lgs. n. 346 del 1990, allo stato è da ritenersi nuovamente in vigore(4) l'onere posto a carico degli eredi di adempiere all'obbligo di presentazione della dichiarazione di successione al fine di ottenere da terzi lo svincolo dei crediti o dei beni loro spettanti, così come previsto dall'art. 48 del citato decreto(5).

Scopo di tale disposizione è, evidentemente, quello di evitare, attraverso la previsione di specifici obblighi in capo a soggetti terzi, debitori e/o detentori di beni del *de cuius*, che gli aventi causa di quest'ultimo possano porre in essere comportamenti evasivi.

Difatti, in forza del III comma di tale articolo “i debitori del defunto ed i detentori di beni che gli appartenevano non possono pagare le somme dovute o consegnare i beni detenuti agli eredi, ai legatari e ai loro aventi causa, se non è stata fornita la prova della presentazione, anche dopo il termine di cinque anni di cui all'art. 27, comma 4, della dichiarazione della successione o integrativa con l'indicazione dei crediti e dei beni suddetti, o dell'intervenuto accertamento in rettifica o d'ufficio, e non è stato dichiara-

Note:

(2) In merito alla “nuova” disciplina del tributo successorio si veda, per tutti, F. Gaffuri, Note riguardanti la novellata imposta sulle successioni e donazioni, *Rass. trib.*, 2007, 441; D. Stevanato, Alla ricerca della capacità economica nella “nuova” imposta sulle successioni e donazioni, in D. Stevanato – R. Lupi (curr.), *Imposta sulle successioni e donazioni: dove eravamo rimasti?*, *Dialoghi dir. trib.*, 2006, 1657, a p. 1659; Id., La reintroduzione dell'imposta sulle successioni e donazioni: prime riflessioni critiche, *Corriere trib.*, 2007, 247; A. Fantozzi, La nuova imposta sulle successioni e la compatibilità con le disposizioni del D. Lgs. 346/1990, relazione presentata al Convegno “La nuova imposta sulle successioni e sulle donazioni. La tassazione del trust e dei vincoli di destinazione”, organizzato da “Paradigma”, svoltosi nel Principato di Monaco il 23 febbraio 2007.

(3) Con specifico riferimento alle modalità di determinazione della “nuova” imposta sulle successioni e donazioni, nonché alle nuove franchigie ed aliquote, si veda F. Formica, Determinazione della base imponibile e franchigia nell'imposta sulle successioni e donazioni, *Corriere trib.*, 2007, 1435.

(4) In tal senso, si veda la Circolare ABI, serie tributaria, n. 1 del 3 gennaio 2007. In senso conforme, S. Dus, La reintroduzione dell'imposta sulle successioni e donazioni: vecchi e nuovi problemi, *Fisco*, 2007, 1088.

(5) Nel regime previgente, in merito all'applicabilità della norma relativa ai divieti ed obblighi posti a carico dei terzi a seguito delle modifiche introdotte dalla legge 18 ottobre 2001, n. 383, si veda la Circolare ABI, serie tributaria, n. 28 del 6 dicembre 2001.

to per iscritto dall'interessato che non vi era obbligo di presentare la dichiarazione"(6).

Allo stato non appare agevole individuare quale debba essere il corretto comportamento (*i. e.*, i corretti adempimenti) che i soggetti terzi e, in specie, le società fiduciarie, sono tenute ad osservare per non incorrere in una possibile violazione della norma, con conseguente irrogazione delle relative sanzioni previste dal successivo art. 53, Il comma e s. (ossia la sanzione amministrativa dal cento al duecento per cento dell'imposta o della maggiore imposta dovuta in relazione ai beni e ai diritti ai quali si riferisce la violazione).

Questa oggettiva difficoltà è determinata, anzitutto, dall'improvvisa reviviscenza di una disposizione oramai non più in vigore da diverso tempo, a cui si aggiunge anche la mancata previsione di specifica disciplina di coordinamento tra le vecchie disposizioni del D. Lgs. n. 346 del 1990, ora ripristinate, e la nuova disciplina dell'imposta, profondamente diversa dalla precedente quanto a presupposti e, soprattutto, aliquote e franchigie(7).

Va, inoltre, tenuto presente che, allo stato, non risulta ancora essere stato approvato il nuovo modello di dichiarazione di successione, in sostituzione del vecchio Modulo 04, tutt'ora ancora in uso, che tenga conto delle modifiche normative al regime fiscale delle successioni *mortis causa*.

Individuazione di un possibile comportamento legittimo, ex art. 48, D.Lgs. n. 346 del 1990, da parte delle società fiduciarie

Pertanto, anche in considerazione di quanto sopra, allo stato attuale ed in attesa di chiarimenti a tal riguardo da parte dell'Amministrazione finanziaria, una corretta interpretazione della disciplina di cui all'art. 48 D. Lgs. n. 346 del 1990 dovrebbe comportare, anche in capo alle società fiduciarie, l'obbligo di osservare il comportamento qui di seguito descritto.

Anzitutto, stando al dato letterale della norma, è necessario distinguere la tipologia di adempimenti richiesti per lo svincolo dei cespiti ereditari, a seconda che vi sia o meno l'obbligo di presentare la dichiarazione di successione.

Difatti, ogniqualvolta l'imposta è dovuta e, quindi, sussiste l'obbligo di presentare la dichiarazione di successione, in questi casi, ai fini dello svincolo, è necessario che alla società fiduciaria detentrici di be-

ni del *de cuius* compresi nell'asse ereditario, venga fornita dal soggetto obbligato alla dichiarazione di successione appunto la prova della sua avvenuta presentazione all'Ufficio (ovvero di quella integrativa).

Peraltro, non è sufficiente la sola prova dell'avvenuta presentazione della dichiarazione, essendo pure necessaria la prova che nella dichiarazione (o nell'eventuale accertamento in rettifica o d'ufficio) siano specificatamente indicati anche i beni di cui si tratta, ossia quelli oggetto di intestazione fiduciaria, ricompresi nell'asse ereditario.

Tale prova potrà essere fornita mediante l'esibizione di un apposito certificato dell'Ufficio competente a ricevere la dichiarazione di successione ovvero mediante l'esibizione di una copia autentica della stessa, che l'Ufficio è tenuto a rilasciare ove l'istanza venga effettuata dagli eredi o dai dichiaranti o da chi, comunque, risulti legittimato per legge(8).

Diversamente da quanto previsto nella vigenza del D. P. R. n. 637 del 26 ottobre 1972 (di seguito, "D. P. R. n. 637 del 1972"), l'art. 48 del D. Lgs. n. 346 del 1990 non richiedeva e, dopo il suo ripristino, continua a non richiedere, che venga anche fornita la prova dell'avvenuto pagamento dell'imposta di successione(9).

Inoltre, è opportuno ricordare che, nell'ipotesi di omessa presentazione della dichiarazione di successione e di intervenuta decadenza dell'azione accertatrice da parte dell'Ufficio impositore, sebbene venga meno per il contribuente l'obbligo di presentare la dichiarazione di successione, continuano, invece, a sussistere gli obblighi posti a carico di terzi, di cui al citato art. 48 e, quindi, l'onere per il contribuente di adempiere a tale formalità (presentazione della di-

Note:

(6) In commento alla disciplina di cui all'art. 48 D. Lgs. n. 346 del 1990, sebbene sotto la vigenza della vecchia disciplina del tributo successorio, si veda G. Giuliani, Manuale delle successioni e delle donazioni, Milano, 1980, p. 362 s.; E. Altana - L. Silvestri, L'imposta sulle successioni e donazioni nel Testo Unico, Milano, 1991, p. 609.

(7) Con riferimento al problema di coordinamento tra la disciplina di cui al D. Lgs. n. 346 del 1990 e la "nuova" imposta sulle successioni e donazioni, si veda, per tutti, A. Fantozzi, La nuova imposta sulle successioni e la compatibilità con le disposizioni del D. Lgs. 346/1990, relazione presentata al Convegno "La nuova imposta sulle successioni e sulle donazioni" [*supra*, nota 2].

(8) Sul punto si veda, seppur con riferimento alla previgente disciplina, F. Napolitano, Manuale dell'imposta sulle successioni e donazioni, Milano, 1998, p. 522.

(9) In tal senso, cfr. sempre F. Napolitano, Manuale [*supra*, nota 8], p. 523.

chiarazione di successione) per poter ottenere la restituzione dai terzi dei beni appartenenti all'asse ereditario(10).

Adempimenti delle società fiduciarie nei casi di esonero dall'obbligo di presentazione della dichiarazione di successione

Alcune perplessità si pongono nei casi in cui non vi sia l'obbligo di presentare la dichiarazione di successione.

Difatti, in tale evenienza, affinché i terzi possano svincolare i beni, il III comma dell'art. 48 richiede che ai terzi sia dichiarato per iscritto che non vi era obbligo di presentare la dichiarazione di successione.

Inoltre, il successivo V comma del medesimo articolo dispone che, in ogni caso, le dichiarazioni di inesistenza dell'obbligo di presentare la dichiarazione di successione, ricevute dai soggetti terzi, devono essere trasmesse, entro i successivi 15 giorni dal ricevimento, all'Ufficio del registro competente.

È opportuno precisare che la dichiarazione scritta di esonero dalla presentazione della dichiarazione di successione deve essere rilasciata, ovviamente, tenendo conto dei beni o diritti che il terzo, la società fiduciaria, deve trasferire o rilasciare; si rammenta, inoltre, che in passato, sotto la vigenza della disciplina di cui al D. P. R. n. 637 del 1972, l'Amministrazione finanziaria aveva avuto modo di chiarire che la dichiarazione di inesistenza dell'obbligo di presentazione della dichiarazione di successione può originare solo da beni, diversi dagli immobili e diritti reali immobiliari (in presenza dei quali sussiste in ogni caso l'obbligo di presentare la dichiarazione di successione) che siano considerati esclusi dall'attivo ereditario a norma di legge e che non siano, di per sé, suscettibili di accertamento, ai sensi dell'art. 34 D. Lgs. n. 346 del 1990, da parte dell'Ufficio impositore, "in quanto il valore venale di detti cespiti non è costituito dalla dichiarazione degli eredi, ma da quello che risulterà dal definitivo accertamento"(11).

Ciò detto, allo stato attuale, è evidente come la maggiore difficoltà interpretativa riguardi, in specie, l'esatta individuazione dei casi in cui non vi sia obbligo di presentare la dichiarazione di successione, in quanto la vecchia disposizione di cui all'art. 28, VII comma D. Lgs. n. 346 del 1990, che appunto disciplinava i casi in cui non vi era obbligo di dichiarazione, a seguito della (re)istituzione dell'imposta, è

stata ripristinata, senza, tuttavia, aver subito alcuna modifica e/o coordinamento con le novità normative, in specie, in tema di franchigie.

Difatti, in forza del citato art. 28, VII comma, "non vi è obbligo di dichiarazione se l'eredità è devoluta al coniuge e ai parenti in linea retta del defunto e l'attivo ereditario ha un valore non superiore a lire cinquanta milioni e non comprende beni immobili o diritti reali immobiliari, salvo che per effetto di sopravvenienze ereditarie queste condizioni vengano a mancare".

Appare ragionevole ritenere che la soglia di valore indicata nel citato articolo, in quanto non compatibile con la nuova disciplina della (re)istituita imposta, ben possa considerarsi (*rectius*, vada considerata) riferita all'importo delle attuali franchigie d'imposta.

Pertanto, attualmente, può ben ritenersi che in presenza i) di un attivo ereditario che non comprenda beni immobili o diritti reali immobiliari, ii) e di un valore della quota di eredità ricevuta da ciascun erede contenuta nei limiti delle nuove franchigie di legge, l'imposta di successione non sia dovuta e che, conseguentemente, l'erede o il legatario non debba presentare la dichiarazione di successione(12).

Diversamente, e salvo un diverso orientamento dell'Amministrazione finanziaria, appare prudenzialmente corretto ritenere che l'obbligo di presentazione della dichiarazione di successione non venga meno nell'ipotesi di trasferimenti *mortis causa* aventi ad oggetto aziende o rami di esse ovvero quote sociali o azioni, non soggetti all'imposta ex art. 3, IV-ter comma, del D. Lgs. n. 346 del 1990.

Difatti, sebbene con riferimento a questi trasferimenti l'imposta non sia dovuta, tuttavia, il dato testuale richiede, per poter usufruire del beneficio del-

Note:

(10) In precedenza, si veda la Circolare n. 58 del 2 novembre 1988; tuttavia il problema è stato risolto nel senso sopra indicato dallo stesso legislatore, in quanto l'attuale art. 48 stabilisce espressamente che i divieti ed obblighi a carico di terzi sussistono anche dopo il termine decadenziale.

(11) In tal senso, cfr. Risoluzione ministeriale n. 270366 del 7 luglio 1981; nonché Circolare ministeriale n. 64/311412 del 5 novembre 1973.

(12) In tal senso, si veda la già citata Circolare ABI, serie Tributaria n. 1 del 3 gennaio 2007 [*supra*, nota 4], nota n. 10. Sembra orientato in senso contrario S. Dus, La reintroduzione dell'imposta sulle successioni e donazioni [*supra*, nota 4], a p. 1088, secondo il quale "[...] occorre dire che il divieto di pagare somme dovute al defunto senza la prova della presentazione della dichiarazione di successione incombe anche nel caso in cui - per effetto della franchigia - non sia in concreto dovuta alcuna imposta dal o dagli eredi".

la non imposizione, tra l'altro, che gli aventi causa rendano, contestualmente alla presentazione della dichiarazione di successione, una apposita dichiarazione da cui risulti il loro impegno a proseguire l'attività di impresa o a detenere il controllo della società per un periodo non inferiore a cinque anni.

Pertanto, in tale ipotesi, una rigorosa e prudente interpretazione letterale porterebbe a ritenere comunque necessaria la presentazione della dichiarazione di successione, in quanto questa dovrà contenere o alla quale dovrà accompagnarsi (nel dubbio, in attesa dell'approvazione del nuovo modello di dichiarazione di successione) anche la predetta dichiarazione di impegno.

Infine, per quanto concerne la forma ed il contenuto della dichiarazione di inesistenza dell'obbligo di presentazione della dichiarazione di successione, in breve, si osserva quanto segue.

Con riferimento alla forma, può ritenersi adeguata una autocertificazione resa e sottoscritta dal diretto interessato secondo le modalità di cui al D. P. R. 28 dicembre 2000, n. 445.

Quanto poi al contenuto di tale dichiarazione, affinché possa ritenersi neutralizzato il divieto di svincolo dei beni, posto a carico anche delle società fiduciarie, deve ritenersi necessario il rilascio di una dichiarazione in grado di documentare nel dettaglio la sussistenza di tutte le condizioni previste per l'esonero dalla presentazione della dichiarazione di successione, in modo tale che il ricevente sia messo nelle condizioni di poter assumere come dato oggettivo e reale la circostanza che il valore dell'attivo ereditario non superi la soglia di valore della franchigia.

In altri termini, non è sufficiente che nella dichiarazione scritta il contribuente affermi, in modo generico, di trovarsi nella condizione di esonero, né può ritenersi sufficiente una valutazione in astratto dell'asse ereditario, occorrendo, invece, una concreta e reale valutazione dei cespiti ereditari, la quale si traduca in una esplicita dichiarazione di valore, fermo restando che in tal modo non viene comunque sottratta all'Ufficio la sua competenza ad accertare la sussistenza delle condizioni dell'esonero dall'obbligo di presentazione della dichiarazione di successione(13).

Beni non compresi nell'attivo ereditario

Appare opportuno ricordare che non concorrono

a formare l'attivo ereditario, ai sensi del ripristinato art. 12, I comma, lett. h) ed i) D. P. R. 31 ottobre 1990, n. 346, anche i titoli del debito pubblico, compresi i buoni ordinari del tesoro ed i certificati di credito del tesoro e tutti gli altri titoli di stato, garantiti dallo Stato o equiparati, "nonché ogni altro bene o diritto, dichiarati esenti dall'imposta da norme di legge".

Si ricorda che quanto alla nozione di "titolo di stato", questa deve intendersi riferita ai soli titoli emessi dallo Stato italiano e non anche da Stati esteri; quanto poi alla nozione di "titoli equiparati a quelli garantiti dallo Stato", ex art. 12, XIII-bis comma, D. Lgs. 21 novembre 1997, n. 461, sono equiparati ai titoli dello Stato italiano anche i titoli emessi da enti e organismi internazionali costituiti in base ad accordi internazionali resi esecutivi in Italia(14).

Rientrano, inoltre, tra i titoli di stato e, pertanto, sono esclusi dall'attivo ereditario, anche i buoni postali fruttiferi ed i libretti postali.

Conseguentemente, soltanto i beni poco sopra indicati, in quanto esclusi dall'attivo ereditario, saranno anche esclusi dalla dichiarazione di successione e potranno, quindi, essere liberamente trasferiti o rilasciati dalle società fiduciarie agli eredi, legatari e loro aventi causa.

Allo stesso modo, nel caso di intestazione fiduciaria di quote di fondi comuni di investimento e di azioni di SICAV, qualora tali organismi di investimento (italiani ed esteri) detengano nel loro patrimonio i titoli prima indicati, di cui all'art. 12, I comma, lett. h) ed i) D. Lgs. n. 346 del 1990, la parte di valore delle quote proporzionalmente riferibile al valore di tali titoli non concorrerà a formare l'asse ereditario, con esclusione dalla dichiarazione di successione.

■ In merito ai possibili riflessi dell'"evento morte" del soggetto fiduciante sul regime del risparmio amministrato e gestito

Passando poi ad esaminare l'ambito dell'imposi-

Note:

(13) In tal senso, cfr. F. Napolitano, Manuale dell'imposta sulle successioni e donazioni [supra, nota 8], p. 526.

(14) Si veda, sull'argomento, F. Formica, Determinazione della base imponibile e franchigia nell'imposta sulle successioni e donazioni [supra, nota 3], a p. 1439 s.

zione reddituale, un'ulteriore problematica, sempre connessa all'"evento morte" del soggetto fiduciante, è quella relativa alle possibili conseguenze che potrebbero derivare in capo alle società fiduciarie con riferimento ai regimi del risparmio amministrato e gestito(15).

(In)utilizzabilità da parte degli eredi delle minusvalenze realizzate nel regime del risparmio amministrato ovvero del risultato negativo maturato nel regime di risparmio gestito

Innanzitutto, in merito alla questione relativa alla possibilità per l'erede di utilizzare le eventuali minusvalenze realizzate dal *de cuius* nell'ambito di un rapporto di amministrazione o custodia in cui sia stata esercitata l'opzione per il regime del risparmio amministrato, ovvero l'eventuale risultato negativo della gestione patrimoniale maturato sempre in capo al *de cuius*, prima del decesso, nell'ambito di un rapporto di gestione individuale di portafoglio in cui sia stata esercitata l'opzione per il regime del risparmio gestito, si ricorda che, se generati da operazioni di realizzazione eseguite o eventi verificatisi quando il titolare delle attività finanziarie è ancora in vita, i predetti componenti reddituali negativi sono destinati ad assumere rilevanza esclusivamente in capo a quest'ultimo, così come ed allo stesso modo, gli eventuali componenti positivi realizzati nel periodo di tempo antecedente al decesso sono soggetti a tassazione solo in capo *de cuius*.

Pertanto, le eventuali minusvalenze (e le eccedenze di minusvalenze che derivano da precedenti periodi di imposta) potranno essere computate in diminuzione soltanto delle eventuali plusvalenze realizzate dal titolare delle attività finanziarie fino alla data del suo decesso e non già dagli eredi dello stesso.

Difatti, i predetti componenti reddituali (positivi e negativi) sono destinati ad assumere rilevanza esclusivamente in capo al soggetto che li ha realizzati, in quanto, non rappresentando diritti patrimoniali, ossia crediti, debiti o cespiti, non possono essere oggetto di successione ereditaria, avendo, peraltro, già concorso alla determinazione del valore degli stessi beni ereditati, i quali all'apertura della successione già risentono delle conseguenti variazioni in aumento o in diminuzione, *ex art. 16, D. Lgs. n. 346 del 1990*(16).

Decesso dell'intestatario di un rapporto di amministrazione o deposito per il quale sia stata esercitata l'opzione per il regime del risparmio amministrato

Qualora dovesse verificarsi il decesso dell'intestatario di un rapporto di amministrazione o custodia, per il quale sia stata esercitata l'opzione per il regime del risparmio amministrato, anzitutto appare opportuno ricordare che tale evento (*i.e.* l'apertura della successione) non rientra tra le fattispecie assimilate alle "cessioni a titolo oneroso", *ex art. 6, VI comma D. Lgs. 21 novembre 1997, n. 461* (di seguito, "D. Lgs. n. 461 del 1997") e, in quanto tali, suscettibili di generare redditi diversi di natura finanziaria, *ex art. 67, T. U. delle imposte dirette, approvato con D. P. R. 22 dicembre 1986, n. 917* (di seguito, "Tuir"). Difatti, il citato VI comma dell'art. 6 D. Lgs. n. 461 del 1997, nel considerare cessioni a titolo oneroso anche il trasferimento di titoli e altri strumenti finanziari oggetto del predetto rapporto ad altri rapporti intestati a soggetti diversi dagli intestatari del rapporto di provenienza, esclude espressamente da tale assimilazione l'ipotesi in cui il trasferimento sia avvenuto per successione o donazione.

Ciò comporta che gli eventuali redditi diversi di natura finanziaria realizzati nel periodo di tempo intercorrente tra la data di apertura della successione e l'eventuale successiva data in cui l'intermediario sia venuto a conoscenza di tale evento dovranno essere assoggettati a tassazione, "a titolo provvisorio", sulla base del medesimo regime impositivo applicabile al-

Note:

(15) In generale, sul riordino della disciplina fiscale dei redditi di natura finanziaria, introdotto dal D. Lgs. 21 novembre 1997, n. 461, si vedano, in dottrina: F. Gallo, La nozione di reddito di capitale alla luce del d. lgs. 21 novembre 1997, n. 461, *Dir. e pratica trib.*, 1998, I, 1219; G. Ferranti - N. Arquilla, La tassazione dei redditi di capitale e dei redditi diversi di natura finanziaria, *Commento al d. lgs. 21 novembre 1997, n. 461*, Milano, 1998; I. Scafati, La riforma della tassazione delle rendite finanziarie, Milano, 1998; G. Bolelli - A. Calori - M. Piazza, La tassazione delle rendite finanziarie, Milano, 1998; F. Marchetti, Il risparmio nel sistema delle imposte dirette, Milano, 1997; Id., *Evoluzione e prospettive della tassazione dei redditi finanziari in Italia*, Roma, 1996; G. Escalar, Il riordino della tassazione dei redditi diversi di natura finanziaria, in M. Miccinesi (cur.), *Commento agli interventi di riforma tributaria*, Padova, 1999, p. 547 s.; R. Esposito, *I redditi di capitali*, ivi, p. 473 s.; V. Amendola Provenzano - S. Dedola - P. di Felice, *Gli strumenti di investimento finanziario*, Milano, 2000; G. Corasaniti, *Gli strumenti finanziari nel sistema delle imposte sul reddito*, in F. Galgano - G. Visintini (curr.), *Mercato finanziario e tutela del risparmio*, Padova, 2006, p. 349.

(16) In questi termini, cfr. la risoluzione dell'Amministrazione finanziaria n. 120 del 24 luglio 2001.

l'intestatario poi deceduto, anche in considerazione del fatto che lo stesso intermediario non potrebbe comunque comportarsi diversamente fino a quando non viene a conoscenza degli effettivi beneficiari del patrimonio del *de cuius* (17).

Si tratta, con evidenza, di una tassazione "a titolo provvisorio" in quanto il componente reddituale positivo o negativo realizzato in tale lasso di tempo e (provvisoriamente) determinato in capo al defunto in base alle regole ordinarie, potrebbe non coincidere con quello "effettivamente" realizzato da ciascun erede, dovendo, invece, essere correttamente determinato in capo a questi, *ex art. 68, VI comma Tuir*, tenendo conto non già del costo, bensì del valore definito o, in mancanza, di quello dichiarato ai fini dell'imposta sulle successioni (anche nel caso in cui l'imposta non sia dovuta perché la quota spettante a ciascun beneficiario non supera la soglia della franchigia di imposta) ovvero, nel caso di titoli esenti dall'imposta di successione, del valore normale alla data di apertura della successione, determinato *ex art. 9 Tuir*.

Pertanto, nell'eventualità in cui l'imposta sostitutiva applicata dall'intermediario risulti essere maggiore di quella correttamente determinata in capo agli eredi, a questi l'intermediario dovrà restituire – dandone evidenza nella propria dichiarazione di sostituto di imposta (mod. 770) – la differenza tra la maggiore imposta prelevata e quella effettivamente dovuta, scomputando l'importo restituito dai successivi versamenti che l'intermediario, nella sua veste di sostituto d'imposta, sarà tenuto ad effettuare, in base alle modalità di cui al D. P. R. 10 novembre 1997, n. 445(18).

Nella diversa ipotesi in cui l'imposta sostitutiva dovuta dagli eredi, correttamente determinata, sia superiore a quella applicata dall'intermediario, quest'ultimo sarà tenuto a versare il maggior importo dovuto, con successiva rivalsa, per il relativo importo, nei confronti degli eredi.

Da ultimo, si fa presente che, una volta conclusasi la vicenda successoria, l'intermediario, su richiesta degli stessi eredi, provvederà al trasferimento delle attività finanziarie dal rapporto di custodia e amministrazione intestato al *de cuius* ai singoli rapporti intestati agli eredi, ovvero ne consentirà il loro prelievo materiale.

Si ricorda che in tal caso le predette attività acquireranno, quale nuovo costo fiscalmente riconosciuto, il valore definito o, in mancanza, quello di-

chiarato agli effetti dell'imposta di successione, incrementato della relativa imposta di successione, nonché il loro valore normale nel caso di titoli esenti da tale imposta, *ex art. 68, VI comma Tuir*.

Peraltro, sebbene – si è già detto – il trasferimento delle predette attività finanziarie da un rapporto con opzione per il regime del risparmio amministrato ad altri rapporti di custodia o amministrazione intestati a soggetti diversi dall'intestatario del rapporto di provenienza, se avvenuto per successione, non è considerato realizzativo di redditi diversi di natura finanziaria; tuttavia, con riferimento ai titoli obbligazionari emessi dai c. d. "grandi emittenti" di cui al D. Lgs. 1° aprile 1996, n. 239, il trasferimento degli stessi da un deposito ad un altro, presso lo stesso o altro intermediario, venendo equiparato ad una operazione di compravendita, *ex art. 3, V comma D. Lgs. 1° aprile 1996, n. 239*, comporta l'accredito e l'addebito dell'imposta sostitutiva nel "conto unico" costituito presso gli intermediari abilitati, ai sensi del medesimo articolo.

Chiaramente, l'imposta sostitutiva di cui al D. Lgs. 1° aprile 1997, n. 239 dovrà applicarsi soltanto sugli interessi maturati fino alla data di apertura della successione, in quanto gli interessi maturati dopo tale data sono imputabili agli eredi.

Decesso dell'intestatario di un rapporto di gestione patrimoniale per il quale sia stata esercitata l'opzione per il regime del risparmio gestito

Nell'ipotesi in cui dovesse verificarsi il decesso dell'intestatario di un rapporto di gestione patrimoniale con opzione per il regime del risparmio gestito, si renderebbe applicabile la disposizione di cui al VI comma dell'art. 7 D. Lgs. n. 461 del 1997, secondo cui "nel caso di contratti di gestione [...] conclusi in corso d'anno, [...] in luogo del patrimonio al termine dell'anno si assume il patrimonio alla chiusura del contratto".

Pertanto, per determinare il risultato (positivo o negativo) della gestione, nel caso di decesso del titolare del rapporto di gestione, dovrà assumersi, quale

Note:

(17) In questi termini, cfr. sempre Risoluzione n. 120 del 24 luglio 2001 [*supra*, nota 16].

(18) Cfr. sempre Risoluzione n. 120 del 24 luglio 2001 [*supra*, nota 16].

valore del patrimonio alla fine dell'anno, il valore del patrimonio gestito alla data di apertura della successione.

Inoltre, si ricorda che ai sensi del VIII comma del citato art. 7, il prelievo di titoli, quote, valute, certificati e rapporti oggetto della gestione patrimoniale e/o il loro trasferimento ad altro deposito o rapporto di custodia, amministrazione o gestione con opzione per il regime del risparmio amministrato o gestito, costituisce presupposto impositivo ai fini dell'applicazione dell'imposta sostitutiva sui redditi diversi di natura finanziaria; tuttavia, la medesima disposizione fa espressamente salvo (non realizzandosi, dunque, alcun presupposto realizzativo) il caso in cui il trasferimento sia avvenuto per successione o per donazione ovvero per revoca dell'opzione per il predetto regime.

Da ultimo, si rammenta che, in forza di quanto disposto dall'VIII comma dell'art. 7 D. Lgs. n. 461 del 1997, nell'ipotesi di trasferimento di titoli, quote, valute, certificati e rapporti, ad altro deposito o rapporto di custodia, amministrazione o gestione intestato agli eredi, non realizzandosi, come detto, il presupposto impositivo ai fini dell'applicazione dell'imposta sostitutiva sui redditi diversi di natura finanziaria, le attività finanziarie dovranno essere valorizzate in capo al patrimonio gestito tenendo conto dell'ultimo costo di acquisto sostenuto dal gestore, ovvero, se successivo, dell'ultimo valore fiscalmente rilevante ai fini dell'applicazione dell'imposta(19).

In merito alla configurabilità di un mandato di gestione che preveda, a seguito dell'evento morte dell'intestatario, la prosecuzione a favore degli eredi del regime fiscale del risparmio amministrato o gestito

È già stato detto come, nel caso di un rapporto patrimoniale di custodia o amministrazione con opzione per il regime del risparmio amministrato ovvero nel caso di un rapporto in cui sia stato conferito all'intermediario l'incarico di gestione di masse patrimoniali con opzione per il regime del risparmio gestito, il decesso dell'intestatario faccia venir meno l'opzione per i predetti regimi fiscali esercitata in vita dal *de cuius*.

Difatti, a seguito di tale evento, con l'apertura della successione, gli eredi subentrano nell'universalità dei beni del defunto, compresi i beni ammini-

strati o gestiti dall'intermediario; pertanto, sarà nella esclusiva facoltà dei nuovi titolari di tali beni decidere se esercitare nuovamente l'opzione per il regime del risparmio amministrato o gestito, di cui rispettivamente agli artt. 6 e 7 D. Lgs. n. 461 del 1997, così proseguendo il rapporto di custodia o amministrazione o di gestione del portafoglio, ovvero di interrompere tali rapporti, prelevando i beni.

In ogni caso, assunta la natura opzionale e, quindi, di scelta volontaria, dei predetti regimi fiscali, dal momento in cui si apre la successione (*rectius*, dal momento in cui l'intermediario viene a conoscenza degli effettivi beneficiari del patrimonio del *de cuius*) e fino a quando ciascun erede, nuovo titolare delle attività finanziarie, non decida di esercitare l'opzione per uno dei predetti regimi opzionali, il regime fiscale applicabile in capo agli stessi dovrebbe essere quello della dichiarazione.

Né potrebbe ritenersi consigliabile una soluzione contrattuale che preveda – al fine di evitare gli effetti poco sopra descritti che l'evento successione produce sui rapporti patrimoniali di custodia, amministrazione e gestione – il conferimento, da parte del titolare delle attività finanziarie (mandante), a favore dell'intermediario (mandatario), di un mandato nel quale sia espressamente prevista la continuazione, anche in capo agli eredi del medesimo regime fiscale già applicato in capo al mandante prima del suo decesso.

Difatti, tale soluzione dovrebbe ritenersi, sotto un profilo strettamente giuridico, non praticabile, in quanto, in base alla disciplina civilistica del contratto di mandato e, in specie, della disposizione di cui all'art. 1722, I comma, n. 4) cod. civ., il mandato è destinato ad estinguersi con la morte del mandante; l'unica eccezione a questa regola è prevista dal II comma dell'art. 1723 cod. civ., ai sensi del quale non si estingue per la morte o sopravvenuta incapacità del mandante soltanto il mandato conferito anche nell'interesse del mandatario o di terzi. Pertanto, in forza di quest'ultima disposizione, il mandato che risulti conferito anche nell'interesse di un terzo (o del mandatario), nel senso cioè che la sua esecuzione sia destinata ad arrecare a tale terzo (o al mandatario) un vantaggio patrimoniale, non si estingue con la morte del mandante, così vincolando anche gli eredi

Nota:

(19) Cfr. sempre Risoluzione n. 120 del 24 luglio 2001 [*supra*, nota 16].

del mandante, senza che si renda necessaria una nuova investitura. Peraltro, è pacifico come, affinché possa configurarsi “un mandato conferito anche nell’interesse del mandatario o di terzi”, sia necessaria la concomitanza di un diverso rapporto intercorrente tra il mandante ed il terzo (o il mandatario) che imprima al conferimento del mandato il carattere di atto obbligatorio, essenziale per la realizzazione di un diverso interesse del terzo (o del mandatario), diverso da quello strettamente limitato all’esecuzione del mandato. In altri termini, per la configurabilità di un mandato conferito anche nell’interesse del terzo (o del mandatario) non basta una semplice coincidenza di interessi generici o economici, ma è necessario un vero e proprio interesse giuridico, ossia un rapporto di tipo obbligatorio tra mandante e terzo (mandatario), preesistente o costituito con lo stesso mandato⁽²⁰⁾.

Orbene, è evidente come nel caso di specie tali requisiti manchino e non sia, quindi, in alcun modo possibile, anzitutto, configurare un mandato conferito anche nell’interesse di terzi (*i.e.* i futuri eredi), al fine di impedirne l’estinzione a seguito della morte del mandante. Mancherebbe, infatti, un rapporto obbligatorio tra mandante (intestatario delle attività finanziarie) e terzo (gli eredi) preesistente o costituito con il mandato stesso.

Peraltro, sussisterebbero anche delle difficoltà a considerare gli stessi eredi soggetti “terzi” rispetto al mandante, in quanto questi, con l’apertura della successione, sono destinati a subentrare nell’universalità dei beni dello stesso mandante e, dunque, ad “identificarsi” con lo stesso mandante.

Allo stesso modo, sempre al fine di evitare l’effetto dell’estinzione del mandato di gestione in conseguenza del decesso del mandante, non può neppure ritenersi possibile configurare un mandato di gestione conferito anche nell’interesse del mandatario (*i.e.* della società fiduciaria), in cui sia anche espressamente prevista la continuazione in capo agli eredi del medesimo regime fiscale già applicato in capo al mandante prima del suo decesso. Difatti, anche in questo caso mancherebbe l’elemento essenziale affinché possa configurarsi un “mandato conferito anche nell’interesse del mandatario”, ossia l’esistenza di un interesse giuridico del mandatario (*c. d.* mandato in *rem propriam*).

A tal riguardo, difatti, è già stato ricordato come non sia sufficiente una semplice coincidenza di interessi generici o economici tra mandante e mandata-

rio, ma sia, invece, necessaria la sussistenza di un vero e proprio interesse giuridico del mandatario, nel senso dell’esistenza di un rapporto di tipo obbligatorio tra gli stessi, preesistente o costituito con lo stesso mandato (come, ad esempio, nell’ipotesi di un mandato ad incassare una somma di denaro, conferito dal mandante – debitore al mandatario – creditore al fine di permettere a costui di far propria la somma così operando la compensazione).

Orbene, nella fattispecie in esame tutto ciò mancherebbe, potendosi tutt’al più configurare in capo alla società fiduciaria (mandataria) un mero interesse di fatto (non rilevante giuridicamente e ovviamente non derivante da un preesistente o contestuale rapporto obbligatorio esistente con il mandante) a che con il decesso del titolare delle attività finanziarie non si abbia una estinzione del mandato di gestione, bensì una sua continuazione anche in capo agli eredi, questo al fine di evitare gli inconvenienti che per l’intermediario possono derivare dall’estinzione del mandato ed al fine, dunque, di semplificarne l’attività di gestione.

Nota:

(20) In tal senso, per tutti, cfr. F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, 2000, p. 1147 s.

La figura del trust nel sistema giuridico belga

di Ingrid Meeussen

A far data dal nuovo codice di diritto internazionale privato belga entrato in vigore l'1 ottobre 2004, il trust non è più un istituto completamente ignorato dal sistema normativo belga. Il Belgio, infatti, non ha ratificato la Convenzione de L'Aja del 1985, ma ha dedicato un apposito capitolo del nuovo codice alla figura del trust. In base a tali disposizioni il Belgio ha "ammesso" che il trust validamente istituito sulla base di un diritto straniero possa produrre effetti nel sistema giuridico belga nei limiti del rispetto delle norme imperative interne, ma non è in alcun modo giunto ad introdurre nel proprio sistema l'istituto del trust.

■ Introduzione

Il trust appartiene alle istituzioni giuridiche proprie dei Paesi di *common law*, ma da sempre suscita l'interesse e la curiosità dei giuristi di tradizione romano-germanica.

Infatti, benché il diritto positivo abbia tardato nel disciplinare tale istituto, sia la giurisprudenza sia la dottrina dei Paesi di *civil law* non lo hanno ignorato ed anzi vi hanno dedicato molto spazio.

In particolare la giurisprudenza belga(1) in più occasioni, pur in assenza di un sistema normativo di riferimento(2), ha assunto decisioni volte a riconoscere il trust validamente istituito all'estero e a considerarlo di per sé non contrario ai principî dell'ordine pubblico belga. È pur vero, però, che, allo stesso tempo, il giudice belga ha sovente ceduto alla tentazione di assimilare il trust ad un qualche concetto conosciuto di diritto belga, provocando in tal modo non infrequenti errori giurisprudenziali.

In dottrina i differenti autori che si sono occupati della materia hanno assunto sovente posizioni divergenti e non di rado sono giunti a conclusioni diametralmente opposte. Parte della dottrina, infatti, non nasconde la propria apertura e propensione per

l'istituto anglosassone, mentre altri autori tendono a sottolinearne in particolare le divergenze con il sistema di *civil law*, mostrando un certo scetticismo(3). Una delle ragioni in grado di giustificare tale molteplicità di vedute è da ricercare nella varietà delle circostanze nelle quali un trust può venire a contatto con l'ordine giuridico di un Paese di tradizione romana. Esistono infatti molteplici utilizzi ed applicazioni del trust che si possono inserire nell'ambito del diritto relativo alle successioni, ai diritti reali, alla disciplina societaria, al diritto fiscale.

Molte incertezze si sono poste, inoltre, anche nel fornire una definizione univoca del trust(4); il giurista belga, come la maggior parte dei giuristi continentali, tende, infatti, a tal proposito verso una concezione triangolare basata sulle figure del "disponente", quale soggetto che istituisce il trust stabilendo che determinati beni siano amministrati da un "trustee", nell'interesse di una o più persone dette "beneficiari"; al contrario gli autori anglosassoni concentrano la loro attenzione sul rapporto bilate-

Ingrid Meeussen - *Avvocato in Bruxelles.*

Note:

(1) Ci si riferisce alle sentenze: Tribunale di Bruxelles, 27 novembre 1947, *infra*, 294; Tribunale di Anversa, 4 marzo 1971, *infra*, 292 e Tribunale di Bruxelles, 31 maggio 1994, *Rechtskundig Weekblad*, 292, 1994-1995, 677. In particolare nella prima sentenza si dichiara espressamente che "une succession testamentaire comprenant l'institution d'un trustee n'est pas, en principe, contraire à l'ordre public belge".

(2) Alcuni marginali riferimenti alla figura del trust si possono trovare in particolare nelle Conventions préventives de double imposition stipulate tra il Belgio ed il Canada (art. 3), gli U.S.A. (art. 3) ed il Regno Unito (art. 22).

(3) R. Prioux, L'admissibilité en Belgique de l'administratiekantoor, de la fiducie et du trust portant sur des actions d'une société de droit belge, *Journal des Tribunaux*, 1996, 449 sottolinea che alcuni autori "ont été séduits par le trust, et dans la frustration qu'ils éprouvaient de le voir inconnu en droit civil, n'ont pas échappé à un certain enthousiasme", mentre autori più tradizionalisti "se sont dressés contre une intruse qui ne correspond à aucune des fiches signalétiques des catégories classiques reprises au catalogue du Code civil".

(4) M. F. De Pover, Trust, fiducie, administratiekantoor, fondation du Lichtenstein, Bruxelles, 2001, riporta alcune delle controverse definizioni attribuite al trust dai giuristi di *civil law*.

rale di fiducia che si instaura tra il trustee ed i beneficiari.

A fronte della crescente internazionalizzazione delle situazioni e delle relazioni giuridiche e dei sempre più frequenti contatti tra i Paesi di *common law* e quelli di *civil law*, però, è apparsa evidente l'esigenza nei Paesi di tradizione romano-germanica di superare le suddette incertezze e di regolamentare in modo chiaro la figura del trust. Infatti, anche in considerazione del successo dell'utilizzo di tale istituto nei Paesi anglosassoni, al fine di definire, almeno in parte, la portata ed i limiti del suo accoglimento, molti Paesi di *civil law* si sono decisi a dare spazio alla figura del trust non solo a livello giurisprudenziale e dottrinale, ma anche sul piano del diritto positivo. A questo proposito è fondamentale premettere, però, che, se da un lato, come vedremo, le posizioni assunte dai diversi Paesi non sono state uniformi, dall'altro è innegabile che tutti i sistemi di *civil law* hanno opportunamente distinto la questione del riconoscimento o dell'ammissibilità nel loro sistema interno del trust istituito all'estero dalla ben più complessa ed articolata questione della istituzione diretta al loro interno di istituti identici o comparabili.

In particolare, buona parte dei Paesi di *civil law*(5) ha firmato e ratificato la Convenzione de L'Aja del 1985 relativa alla legge applicabile ed al riconoscimento del trust istituito all'estero; il Belgio, invece, ha preferito inserire all'interno del suo nuovo codice di diritto internazionale privato del 2004 un apposito capitolo XII dedicato al trust. Entrambe le soluzioni adottate si sono limitate a disciplinare il ruolo ed il rapporto del trust straniero nel loro sistema interno e non hanno, al contrario, fatto alcun riferimento ad una possibile creazione interna di figure identiche o analoghe(6).

■ Il trust nella Convenzione de L'Aja del 1985

Prima di analizzare dettagliatamente le disposizioni del codice di diritto internazionale privato belga in merito all'istituzione del trust, è opportuno fare un breve cenno su quanto dispone la Convenzione de L'Aja del 1985, sia poiché la stessa è stata presa da modello, sia al fine di comprendere le ragioni della scelta del Belgio di non ratificarla.

Come evidenziato, lo scopo della Convenzione è quello di favorire il riconoscimento del trust valida-

mente istituito sulla base di una legge che conosce tale istituzione, determinando la legge allo stesso applicabile, e non si pone dunque l'obiettivo di introdurre la nozione di trust nei Paesi che la ignorano(7).

La Convenzione, però, non è esaustiva sul tema, in quanto non si preoccupa di analizzare la questione relativa alla competenza in materia di trust(8) e presenta dei limiti di applicazione, regolando, come previsto all'art. 3, soltanto il trust creato volontariamente(9) e di cui venga fornita una prova scritta della sua esistenza. Inoltre nel determinare la legge applicabile al trust la Convenzione, all'art. 7, facendo riferimento alla "legge con la quale il trust presenta i legami più stretti", ricorre ad un criterio piuttosto flessibile e discrezionale(10). Per di più il III capitolo, dedicato al riconoscimento del trust, stabilisce determinati effetti che scaturiscono dal suddetto riconoscimento, lasciando, però, nel capitolo successivo ampio spazio a deroghe giustificate dal rispetto di

Note:

(5) In particolare la Francia ha firmato la Convenzione nel 1991, in Italia la stessa è stata ratificata nel 1989 ed è entrata in vigore nel 1992, in Lussemburgo è entrata in vigore nel 2004, in Olanda nel 1996, mentre la Svizzera l'ha ratificata recentemente nel 2007.

(6) A questo proposito C. Reymond, *Réflexions de droit comparé sur la Convention de la Haye sur le trust*, *Revue de droit international et de droit comparé*, 1991, 7, a p. 24 sintetizza particolarmente bene il concetto espresso affermando: "le trustee obtient le statut d'un visiteur privilégié, mais pas celui d'un résident".

(7) Precisano con particolare enfasi tale distinzione e sottolineano lo scopo della Convenzione de L'Aja E. Gaillard - D. T. Trautman, *Trusts in Non-Trust Countries: Conflict of Law and the Hague Convention on Trusts*, *The American Journal of Comparative Law*, 1987, 307.

(8) È opportuno precisare che la problematica della competenza in materia di trust è stata affrontata dalla Conferenza de L'Aja di diritto internazionale privato, Doc. n. 8 del novembre 1997, Rapporto di sintesi dei lavori della Commissione speciale del giugno del 1997 sulla competenza giurisdizionale internazionale e sugli effetti delle sentenze straniere in materia civile e commerciale; nel corso della stessa si è manifestato un consenso unanime circa la necessità di inserire espressamente una disposizione in materia di competenza nella Convenzione de L'Aja del 1985 sul trust, mentre sono sorte diverse discussioni in merito al criterio da adottare; in particolare si è considerata priva di senso la nozione di domicilio del trust e si sono prospettate tre possibili soluzioni: il riferimento al domicilio del trustee, al centro focale del trust o al domicilio del disponente il trust.

(9) L'art. 20 della Convenzione prevede però la possibilità per gli Stati contraenti di dichiarare in qualsiasi momento l'estensione delle disposizioni della Convenzione al trust creato per decisione giudiziaria.

(10) È pur vero che l'art. 7 in questione precisa gli elementi di cui si deve tener conto al fine di determinare la legge con la quale il trust presenta i legami più stretti, ovvero il luogo di amministrazione del trust, la sua collocazione, la residenza del trustee, i luoghi in cui si realizzeranno gli obiettivi del trust; rimane ad ogni modo evidente la mancanza di fissazione di un criterio obiettivo ed univoco idoneo ad evitare molteplici interpretazioni.

norme imperative dei singoli Paesi. Gli Stati contraenti della Convenzione si vedono pertanto sotto molti aspetti costretti ad effettuare all'interno del loro sistema una scelta specifica tra le opzioni in molti punti lasciate aperte dalla Convenzione e a completare la regolamentazione ove la stessa presenta significative lacune.

Proprio in considerazione del fatto che, pur firmando la Convenzione, il legislatore belga avrebbe ad ogni modo dovuto ancora intervenire su molti aspetti, il Belgio ha optato per l'inserimento di specifiche disposizioni sul trust all'interno del nuovo codice(11). Queste ultime sono dunque ispirate alla ricerca di stabilire un quadro completo e preciso della materia, rispondente ai requisiti di sicurezza giuridica e di prevedibilità e legato a criteri obiettivi.

Quanto detto non può e non vuole, comunque, nascondere il fatto che senza dubbio la normativa belga in materia di trust prende spunto dalla Convenzione(12), come si vedrà nel prosieguo della trattazione e come dimostra la somiglianza della terminologia utilizzata e l'uguaglianza di alcune disposizioni stabilite.

■ Il trust nel Regolamento Europeo 44/2001 e nella Convenzione di Roma del 1980

Lo stesso carattere aperto della Convenzione de L'Aja è proprio anche delle disposizioni sul trust stabilite dal Regolamento Europeo 44/2001. Quest'ultimo, infatti, all'art. 5.6 si preoccupa di determinare la competenza in materia di trust attribuendola "ai giudici dello Stato membro nel cui territorio il trust ha domicilio" e per definire il concetto di "domicilio del trust" rimanda all'applicazione delle norme dei singoli Paesi di diritto internazionale privato(13). Nuovamente è, pertanto, giustificata la scelta del Belgio di intervenire in modo chiaro e specifico anche in tema di competenza in materia di trust.

Diversa è, invece, la posizione assunta dalla Convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali; infatti la stessa ha espressamente escluso la disciplina del trust dal suo campo di applicazione in virtù della disposizione dell'art. 1, Il paragrafo, lett. g)(14). Tale esclusione si spiega per il fatto che all'epoca della Convenzione di Roma era già in preparazione la Convenzione de L'Aja, appositamente dedicata al trust.

■ La disciplina del trust nel codice di diritto internazionale privato belga

Finalità codicistiche

L'introduzione di un apposito capitolo all'interno del nuovo codice di diritto internazionale privato dedicato specificatamente al trust consente di affermare con certezza che tale istituto non è più completamente ignorato dal sistema giuridico belga. Al contrario le disposizioni in merito sono coerentemente integrate in un sistema codicistico ben definito.

Gli obiettivi principali perseguiti dai promotori del nuovo codice sono, in primo luogo, la trasparenza e la chiarezza; si vuole, infatti, consentire ai giuristi di usufruire di un sistema completo e di facile utilizzo, sempre meno dipendente dalle incertezze giurisprudenziali.

Allo stesso tempo la codificazione si ispira agli obiettivi di modernità e di internazionalità; le disposizioni ivi stabilite sono, infatti, il frutto di un proficuo confronto con normative straniere e tendono a rispondere alle nuove esigenze nascenti dalla crescente circolazione internazionale dei beni e delle persone e dall'evoluzione dei valori fondamentali su cui si basa la società. Inoltre, malgrado il carattere nazionale della codificazione, il codice è animato da una prospettiva di apertura in quanto favorisce l'applicazione eventuale di un diritto straniero e si ispira alle tendenze espresse nei trattati internazionali e

Note:

(11) Le ragioni suddette della scelta del Belgio di non aderire alla Convenzione de L'Aja sono espressamente indicate in Doc. Parl., Senato, 2003, n. 3-27/1 ovvero nei lavori preparatori alla stesura del codice di diritto internazionale privato belga in relazione al capitolo XII in materia di trust.

(12) In merito al ruolo svolto dalla Convenzione de L'Aja, J. L. Jeghers, *La difficile intégration du trust anglo-saxon en droit civil belge - Examen de quelques pistes de réflexion*, Revue du notariat belge, 1991, 311, sottolinea che il grande merito della stessa è quello "d'exister et de jeter, en un texte remarquable, des ponts entre deux civilisations juridiques diamétralement opposées précisément en ce qui concerne cet instrument particulier qu'est le trust plus indispensable que le thé à la vie anglaise et le base-ball à la vie américaine".

(13) Il terzo comma dell'art. 60 del Regolamento 44/2001 dispone infatti: "Per definire se un trust ha domicilio nel territorio di uno Stato membro i cui giudici siano stati aditi, il giudice applica le norme del proprio diritto internazionale privato".

(14) Il II paragrafo dell'art. 1 della Convenzione di Roma dispone: "Le disposizioni della presente Convenzione non si applicano [...] g) alla costituzione di trust né ai rapporti che ne derivano tra i costituenti, i trustee e i beneficiari".

nelle regole europee(15). A proposito del rapporto tra il codice e gli strumenti internazionali e comunitari esistenti, è stato, infatti, ben chiaramente precisato che la nuova normativa interna non fa venir meno l'applicazione né dei trattati internazionali che vincolano il Belgio in settori riguardanti il diritto internazionale privato né del diritto dell'Unione Europea(16).

Tutti questi caratteri si riscontrano perfettamente nella disciplina che regola il trust, la quale non ha voluto ignorare la crescente importanza che tale istituto riveste e si è, come detto, ispirata alla Convenzione de L'Aja del 1985(17), cercando di integrarla nei punti lasciati aperti.

Il capitolo XII dedicato al trust è composto da quattro articoli, dal 122 al 125, ed è così strutturato: in primo luogo si preoccupa di fornire una definizione del trust e di individuarne i caratteri salienti, poi affronta la problematica della competenza in materia di trust e della legge ad esso applicabile, per concludere con un'analisi dell'ambito di applicazione della legge individuata.

Ugualmente alla Convenzione de L'Aja del 1985 anche il codice belga non si pone l'obiettivo di introdurre nel sistema giuridico interno l'istituto del trust; contrariamente alla Convenzione, però, il codice non utilizza il termine "riconoscimento" del trust istituito validamente sulla base di un diritto straniero e non enumera le conseguenze derivanti dal suddetto riconoscimento. Il legislatore belga ha, infatti, preferito riservare il termine "riconoscimento" alle decisioni giudiziarie straniere e pertanto nel caso di specie solo al trust istituito tramite una sentenza straniera(18). Per gli altri tipi di trust è dunque più corretto parlare di ammissibilità, senza che ad ogni modo tale termine miri a sminuire la portata dell'accoglimento in Belgio del trust straniero. Dai lavori preparatori al codice emerge che lo scopo pratico perseguito dalle disposizioni sul trust è quello di regolare i casi in cui un trust validamente creato all'estero riguardi dei beni situati in Belgio e di offrire la possibilità agli operatori belgi di essere nominati gestori di un trust relativo a beni situati all'estero.

Definizione e caratteristiche del trust regolamentato

L'art. 122 del codice, prendendo spunto dalla Convenzione de L'Aja(19), definisce e determina i

tipi di trust dallo stesso regolati. Dispone, infatti, l'articolo in questione: "Ai sensi della presente legge, con il termine "trust" si intende una relazione giuridica istituita tramite un atto del costituente o tramite una decisione giudiziaria, in base alla quale dei beni sono posti sotto il controllo di un trustee al fine di amministrarli nell'interesse di un beneficiario o per un fine specifico".

Il codice dunque regolamenta, a differenza della Convenzione, sia il trust volontario sia quello giudiziario(20). Nel definire la figura giuridica del trust, inoltre, il codice enumera alcune caratteristiche tipiche che lo stesso deve avere: "Tale relazione giuridica presenta le seguenti caratteristiche: 1) i beni in trust costituiscono una massa distinta e non fanno parte del patrimonio del trustee; 2) i beni in trust sono intestati a nome del trustee o di un'altra persona per conto del trustee; 3) il trustee è investito del potere e onerato dell'obbligo, di cui deve

Note:

(15) A questo proposito, L. Barnich, *Présentation du nouveau code belge de droit international privé*, *Revue du notariat belge*, 2004, 6, sottolinea la critica sollevata al momento dell'elaborazione del codice dal Consiglio di Stato belga in merito all'opportunità di regolare le questioni di diritto internazionale privato in accordo con le altre Nazioni, anziché in un codice interno tramite la stipulazione di Convenzioni internazionali o all'interno dell'Unione Europea. L'autore evidenzia, però, opportunamente i modesti risultati raggiunti nel settore del diritto internazionale privato dalla cooperazione internazionale e dall'Unione Europea e la lentezza ed i limiti di tale forma di regolamentazione. Inoltre non è da escludere che il codice elaborato possa svolgere una funzione di modello da seguire anche a livello internazionale.

(16) Tale principio è espressamente indicato nell'art. 2 del codice che dispone: "Sous réserve de l'application des traités internationaux, du droit de l'Union européenne ou de dispositions contenues dans des lois particulières, la présente loi régit, dans une situation internationale, la compétence des juridictions belges, la détermination du droit applicable et les conditions de l'efficacité en Belgique des décisions judiciaires et actes authentiques étrangers en matière civile et commerciale".

(17) Non si deve dimenticare che il Belgio, pur non avendo ratificato la Convenzione, ha partecipato attivamente ai lavori preparatori della stessa, il che ha poi inciso inevitabilmente nell'elaborazione del codice.

(18) Il trust giudiziario è dunque riconosciuto in Belgio e ivi può essere reso esecutivo in base alle disposizioni generali previste in merito dal codice (art. 22).

(19) L'art. 2 della Convenzione definisce così il trust: "Aux fins de la présente Convention, le terme "trust" vise les relations juridiques créées par une personne, le constituant – par acte entre vifs ou à cause de mort – lorsque des biens ont été placés sous le contrôle d'un trustee dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé".

(20) Il codice regola chiaramente sia il trust istituito con atti *inter vivos* sia quello istituito *mortis causa*.

rendere conto, di amministrare, gestire o disporre dei beni in conformità alle disposizioni del trust e secondo le norme particolari impostegli dalla legge”(21).

Tale definizione limita pertanto il campo di applicazione delle norme codicistiche al solo trust di tipo anglosassone che è caratterizzato da una distinzione fondamentale tra i beni del trust ed il patrimonio del trustee(22). Ciò non significa ad ogni modo che solo il trust istituito secondo il diritto inglese o americano può essere ammesso come tale; la distinzione deve essere fatta, infatti, tra il trust cosiddetto “classico” ed altre forme di relazioni fiduciarie che creano un patrimonio di gestione senza tuttavia prevedere una netta separazione tra il patrimonio fiduciario ed il patrimonio personale(23). È pacificamente non assimilabile ad un trust regolato dal codice belga, ad esempio, la designazione, tra più banche accordanti un prestito ad un debitore, di una banca incaricata di rappresentare le altre al momento della conclusione e dell’esecuzione dell’operazione. La banca designata *lead bank* ha, infatti, un ruolo di rappresentanza ed è impropriamente definita trustee, in quanto i compiti che le sono assegnati richiamano più quelli propri della rappresentanza contrattuale piuttosto che quelli di cui è gravato il trustee classico.

Produce, invece, effetti nell’ordinamento giuridico belga, in virtù della disposizione prevista dall’art. 127, VIII comma del codice(24), il trust già esistente al momento dell’entrata in vigore del codice.

Competenza internazionale in materia di trust

Come si è visto in precedenza, la Convenzione de L’Aja non si occupa della problematica della competenza in materia di trust; da questo punto di vista, pertanto, il codice si presenta innovativo in quanto affronta la questione.

Si deve premettere che le disposizioni di cui *supra*, previste sul tema dal Regolamento Europeo 44/2001, prevalgono sulle disposizioni codicistiche e anzi ne hanno costituito l’ispirazione. È opportuno però al tempo stesso ricordare che il Regolamento rimanda espressamente per l’individuazione del domicilio del trust, in base al quale determinare la competenza, alle norme di diritto internazionale privato proprie dei singoli Paesi(25).

Il legislatore belga, considerata la mancanza in ca-

po alla figura del trust di una propria personalità giuridica, ha evitato di riferirsi per tale istituzione ai criteri utilizzati per determinare il domicilio delle persone fisiche o giuridiche ed ha pertanto previsto una specifica disposizione in materia(26).

L’art. 123 dispone infatti: “Il giudice belga è competente a statuire in merito a tutte le domande relative alle relazioni tra il costituente, il trustee o il beneficiario di un trust, oltre che nei casi previsti dalle disposizioni generali della presente legge, se:

- 1) il trust è amministrato in Belgio; o
- 2) la domanda concerne dei beni situati in Belgio al momento della sua introduzione”.

Il riferimento alle disposizioni generali della presente legge rimanda alla previsione dell’art. 5 del codice in base al quale: “Il giudice belga è competente se il convenuto è domiciliato o ha la sua residenza abituale in Belgio al momento dell’introduzione della domanda”.

Il collegamento, invece, al luogo di amministrazione del trust rinvia a livello pratico al centro di attività principale del trustee, il quale è l’effettivo amministratore del trust; nel caso poi di beni situati in Belgio trova applicazione il criterio della *lex rei sitae*.

Infine, in analogia a quanto previsto dall’art. 23

Note:

(21) Tali caratteristiche sono identiche a quelle enumerate dall’art. 2 della Convenzione de L’Aja.

(22) Tale precisazione è fornita nei Doc. Parl., Senato, 2003, n. 3-27/1 ovvero nei lavori preparatori alla stesura del codice; il commento relativo all’art. 122 precisa inoltre che “Ceci n’empêche pas que d’autres formes de gestion fiduciaire du patrimoine puissent sortir leurs effets en Belgique. Lorsque la relation fiduciaire prend la forme d’un contrat inconnu, ou constitue une personnalité juridique distincte, leur validité ou reconnaissance devra être examinée sur la base du droit applicable à ces matières”.

(23) A questo proposito, P. Wautelet, *Le nouveau droit international privé belge, Droit bancaire et financier*, 2005, 3 ritiene che trovi accoglimento nel codice belga anche il contratto fiduciario disciplinato dalla legge del Lussemburgo, in quanto rispondente alle caratteristiche richieste dall’art. 122.

(24) Cosí dispone l’VIII comma dell’art. 127 del codice: “Les articles 124 et 125 s’appliquent aux actes établis avant l’entrée en vigueur de la présente loi”.

(25) Ci si riferisce agli articoli 5.6 e 60 del Regolamento Europeo di cui *supra*, e nota 13.

(26) La scelta del legislatore belga si pone in accordo con quanto evidenziato dalla Commissione speciale del 1997 [*supra*, nota 8] nella quale si è ritenuto espressamente che “en effet, force est de reconnaître que le trust n’est pas une entité juridique et n’a pas, en conséquence, la personnalité juridique [...] donc la notion de domicile n’a aucun sens pour un trust”.

del Regolamento 44/2001(27), il II comma dell'art. 123 del Codice lascia spazio all'autonomia delle parti disponendo: "Allorquando l'atto costitutivo di un trust attribuisce la competenza al giudice belga o al giudice di uno Stato straniero, o a uno di loro, gli articoli 6 e 7 sono applicabili per analogia". Il codice consente pertanto l'inserimento, nell'atto istitutivo di un trust, di una clausola attributiva di competenza, valida anche nel caso in cui si tratti di una dichiarazione unilaterale, purché la stessa sia conforme alle prescrizioni generali applicabili alle proroghe volontarie di giurisdizione(28).

A livello pratico, però, si deve tener presente che le suddette regole di competenza della giurisdizione belga non troveranno probabilmente una così ampia applicazione, in quanto difficilmente, almeno per il momento, un trust sarà gestito in Belgio e negli atti istitutivi dello stesso si eviterà di comprendere dei beni situati in tale Paese in considerazione della lontananza del sistema belga dalla struttura del trust(29).

Determinazione della legge applicabile al trust

Affinché un trust validamente istituito all'estero possa produrre effetti nel sistema interno belga occorre in primo luogo preoccuparsi di determinare la legge allo stesso applicabile.

L'art. 124 del codice attribuisce primariamente valore alla scelta effettuata dal disponente del trust, la quale può avvenire unilateralmente o in accordo con le altre parti coinvolte, può essere esplicitamente indicata o può dedursi dal contenuto dell'atto istitutivo o risultare dalle circostanze della causa, può concernere tutti i beni del trust o solo una parte di essi(30).

La portata dell'autonomia della volontà incontra, però, diversi limiti. Infatti la scelta della legge è priva di effetto, secondo il II comma dell'articolo in questione, "allorquando tutti gli elementi significativi del trust, ad eccezione della scelta della legge applicabile, sono localizzati in uno Stato il cui diritto non conosce l'istituto del trust"(31). È pertanto proibita l'effettuazione di una scelta artificiale, in quanto in tal caso si viene a configurare un'ipotesi di frode alla legge. Non è valida, dunque, ad esempio, la scelta di creare un trust e di sottoporlo espressamente ad una legge straniera, quale quella inglese, che lo renda valido, allorquando l'insieme degli "elementi significativi" del trust è localizzato in Belgio. Ci si è in-

terrogati su cosa si debba intendere con quest'ultima espressione "elementi significativi" ed è emerso dai lavori preparatori al codice che la riserva opera nel caso in cui "l'intero patrimonio è situato in Belgio e le persone coinvolte hanno legami soltanto con questo Paese". A questo proposito la dottrina precisa però che, al di là di questo caso estremo, si deve considerare perfettamente normale e logico che, allorché una persona istituisce un trust, decida di regolarlo tramite una legge appropriata che lo renda valido. Pertanto, a meno che la scelta della legge straniera sia effettivamente l'unico fattore di collegamento al-

Note:

(27) L'art. 23 del Regolamento prevede la possibilità di una proroga di competenza e statuisce in materia di trust al IV e V comma: "Il giudice o i giudici di uno Stato membro ai quali l'atto costitutivo di un trust ha attribuito competenza a giudicare, hanno competenza esclusiva per le azioni contro un fondatore, un trustee o un beneficiario di un trust, ove si tratti di relazioni tra tali persone o di loro diritti od obblighi nell'ambito del trust.

Le clausole attributive di competenza e le clausole simili di atti costitutivi di trust non sono valide se in contrasto con le disposizioni degli articoli 13, 17 o 21 o se derogano alle norme sulla competenza esclusiva attribuita ai giudici ai sensi dell'articolo 22".

(28) Gli articoli 6 e 7 del codice dispongono in materia di proroga volontaria e di deroga volontaria della competenza internazionale; in particolare stabiliscono i seguenti limiti all'autonomia delle parti: in caso di proroga volontaria a favore del giudice belga quest'ultimo "[...] peut toutefois décliner sa compétence lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le litige ne présente aucun lien significatif avec la Belgique" ed in caso di deroga volontaria a favore di un giudice straniero, se il giudice belga è adito, lo stesso deve dichiararsi incompetente "sauf s'il est prévisible que la décision étrangère ne pourra pas être reconnue ou exécutée en Belgique ou si les juridictions belges sont compétentes en vertu de l'article 11. Il se dessaisit lorsque la décision étrangère est susceptible d'être reconnue en vertu de la présente loi".

(29) Sottolinea questo aspetto P. Wautelet, *Le nouveau droit international privé belge* [supra, nota 23], a p. 133.

(30) Così dispone il I comma dell'art. 124 del codice: "Le trust est régi par le droit choisi par le fondateur. Le choix doit être exprès ou résulter des dispositions de l'acte constitutif du trust ou de l'acte en apportant la preuve, ou des circonstances de la cause. Par ce choix, le fondateur peut désigner le droit applicable à la totalité ou à une partie seulement du trust". La forma della scelta in questione pertanto non rileva e può essere anche implicita; inoltre l'insieme del trust non deve essere necessariamente sottoposto ad un'unica legge, al contrario è consentita una scissione delle leggi applicabili.

(31) Una disposizione simile è prevista anche nella Convenzione de L'Aja del 1985 all'art. 13: "Aucun Etat n'est tenu de reconnaître un trust dont les éléments significatifs, à l'exception du choix de la loi applicable, du lieu d'administration et de la résidence habituelle du trustee, sont rattachés plus étroitement à des Etats qui ne connaissent pas l'institution du trust ou la catégorie de trust en cause". In merito alla libertà di scelta delle parti della legge applicabile ad un contratto, invece, la Convenzione di Roma del 1980 pone dei limiti meno rigorosi stabilendo all'art. 3.3: "La scelta di una legge straniera ad opera delle parti, accompagnata o non dalla scelta di un tribunale straniero, qualora nel momento della scelta tutti gli altri dati di fatto si riferiscano a un unico paese, non può recare pregiudizio alle norme alle quali la legge di tale paese non consente di derogare per contratto, qui di seguito denominate «disposizioni imperative»".

la stessa(32), si deve ritenere generalmente che la scelta di applicare la legge di un Paese anglosassone derivi non da un'intenzione di frode, bensì dalla naturale necessità di collegare il trust ad un sistema giuridico che conosce e regola l'istituto(33).

Proprio per le ragioni da ultimo esposte, l'art. 124 prevede un ulteriore limite all'autonomia delle parti, per cui la legge da quest'ultima scelta non si applica quando la stessa "non rende valido il trust"(34). Il codice mira dunque all'utilità della legge scelta e detta una norma ispirata al buon senso. Infatti indipendentemente dal fatto che l'atto istitutivo di un trust sia stabilito in Belgio o all'estero, i suoi autori dovranno necessariamente appoggiarsi ad una legge straniera che conosce e regola questo tipo di atto giuridico, in quanto risulterebbe chiaramente priva di senso la scelta della legge belga(35). Benché, dunque, sul piano teorico non si possa escludere categoricamente che la scelta cada sul diritto belga, è decisamente improbabile che ciò avvenga(36).

Nell'eventualità in cui la scelta effettuata non sia avvenuta conformemente alle prescrizioni della legge o risulti priva di effetto, il codice, a differenza della Convenzione de L'Aja del 1985, ha preferito stabilire un criterio oggettivo al quale riferirsi, volto a garantire l'obiettivo di sicurezza giuridica. Pertanto il II paragrafo dell'art. 124 sancisce: "Allorquando il diritto applicabile al trust non è stato scelto conformemente al I paragrafo o il diritto scelto non rende valido il trust, il trust è retto dal diritto dello Stato sul territorio del quale il trustee ha la sua residenza abituale al momento della sua costituzione". Il codice non ha, dunque, ritenuto opportuno ispirarsi su questo punto alle disposizioni della Convenzione che collegano la legge applicabile a quella con la quale il trust presenta i legami più stretti ed enumerano i fattori da tener presenti per effettuare tale individuazione. Al contrario l'articolo in questione ha fissato il criterio univoco e non opinabile del collegamento alla legge dello Stato sul cui territorio il trustee ha la residenza abituale al momento della sua istituzione. Tale criterio predeterminato, però, trova un limite nella clausola generale di eccezione prevista dall'art. 19 del codice in base al quale: "Il diritto designato dalla presente legge è eccezionalmente non applicabile quando risulta chiaro che in base all'insieme delle circostanze, la situazione non ha che un tenue legame con lo Stato il cui diritto è stato designato, mentre presenta dei legami ben più stretti con un altro Stato. In questo caso trova applicazione il diritto di quest'altro Stato. Al momento

dell'applicazione della disposizione di cui sopra, si deve tener conto in particolare:

- della necessità di prevedibilità del diritto applicabile, e

- della circostanza che la relazione in oggetto sia stata stabilita regolarmente secondo le norme di diritto internazionale privato degli Stati con i quali tale relazione presenta dei legami al momento della sua istituzione.

Il I paragrafo non è applicabile in caso di scelta delle parti del diritto applicabile conformemente alle disposizioni della presente legge o quando la designazione del diritto applicabile si basa sul contenuto dello stesso".

Portata e limiti dell'ambito di applicazione della legge che regola il trust

Una volta determinata la legge applicabile al tru-

Note:

(32) A questo proposito, L. Barnich, *Présentation du nouveau code belge de droit international privé* [supra, nota 15], a p. 64 ritiene che "pour que cet acte juridique – le trust – ait un sens, il faut nécessairement que, par l'un de ses éléments au moins, il se rattache à l'ordre juridique où il puise sa force obligatoire".

(33) La dottrina, in particolare M. F. De Pover, *Trust, fiducie, administratiekantoor, fondation du Lichtenstein* [supra, nota 4] e R. Prioux *L'admissibilité en Belgique de l'administratiekantoor, de la fiducie et du trust* [supra, nota 3], definiscono la frode alla legge, in diritto internazionale privato, come "l'utilisation délibérée (élément intentionnel) d'une règle de conflit de lois par la modification artificielle (élément objectif) du facteur de rattachement dans le but d'échapper à une disposition impérative de la loi du for ou éventuellement d'une loi étrangère normalement applicable". Entrambi gli autori ritengono che nel caso di specie non sia configurabile un'ipotesi di frode alla legge in quanto difettano sia l'elemento intenzionale sia quello oggettivo. In particolare B. Oppetit, *Le "trust" dans le droit du commerce international*, *Revue critique de droit international privé*, 1973, 1 evidenzia che la scelta di un diritto che regola il trust coincide con la preoccupazione generalmente diffusa di inquadrare un atto nell'ambito giuridico che maggiormente lo conosce e con il quale ha più legami, al fine di rinforzare l'efficacia del trust stesso. L'autore non dimentica però di sottolineare altresì le difficoltà che derivano per un giudice dal dover applicare una legge straniera, soprattutto in materia di trust.

(34) La Convenzione de L'Aja ritiene, invece, all'art. 6 priva di effetto la scelta effettuata se la legge selezionata "ne connaît pas l'institution du trust"; se ne deduce quindi che la Convenzione, a differenza del codice belga, si accontenta di esigere che il diritto scelto conosca l'istituzione del trust, pur senza considerarlo valido.

(35) A proposito della scelta della legge belga P. Wautelet, *Le nouveau droit international privé belge* [supra, nota 23], a p. 132 considera che "Ainsi, si le fondateur devait retenir l'application de la loi belge, il est à craindre que celle-ci ne permette pas de valider le trust. Le trust pourra toutefois être reconnu en tant que tel s'il apparaît que le trustee résidait, lors de la constitution du trust, dans un pays dont le droit valide l'institution".

(36) Ribadisce B. Oppetit, *Le "trust" dans le droit du commerce international* [supra, nota 33], a p. 16 "le trust ne pourrait s'intégrer dans un tel système juridique qui ne le connaît pas sans perdre ses caractéristiques essentielles".

st risulta indispensabile definire anche l'estensione dell'ambito di applicazione della stessa. È proprio questo lo scopo che si prefigge l'art. 125 del codice che enumera succintamente le questioni che possono essere risolte con l'utilizzo della legge stabilita. Il I paragrafo dell'articolo in questione dispone, infatti: "Il diritto applicabile al trust determina, in particolare:

1. la costituzione e le modalità del trust;
2. l'interpretazione del trust;
3. l'amministrazione del trust, così come i diritti e le obbligazioni che ne conseguono;
4. gli effetti del trust;
5. la cessazione del trust".

Tale elenco non è da considerarsi tassativo ed anzi è suscettibile di un'interpretazione estensiva per analogia con le disposizioni in merito dettate dall'art. 8 della Convenzione de L'Aja del 1985(37).

La legge straniera che regola il trust, però, si "scontra" inevitabilmente con il sistema giuridico interno belga per cui si è costretti a distinguere tra gli effetti del trust straniero che sono validamente riconosciuti in Belgio e quelli che invece non lo sono. Si tratta, cioè, di stabilire se, ma soprattutto in quale misura, il sistema belga è disposto ad aprirsi all'istituzione del trust(38).

Se non sorgono particolari problemi in merito alla determinazione sulla base della legge regolatrice del trust dei diritti e degli obblighi in capo al trustee ed ai beneficiari e delle prerogative di amministrazione e di gestione del trustee, molto più complessa ed articolata si presenta l'integrazione nel sistema belga di alcuni caratteri particolari del trust. In determinate materie che toccano disposizioni imperative per il sistema giuridico belga non trova pertanto applicazione la legge del trust, ma prevale la normativa interna.

Si tratta in particolare della materia relativa al diritto delle successioni e delle problematiche in tema di acquisizione e trasferimento dei diritti reali.

Infatti l'art. 124 stabilisce espressamente: "L'applicazione del diritto che regola il trust non può avere l'effetto di privare un erede di un diritto alla riserva che gli è garantito dal diritto applicabile in virtù dell'articolo 78(39)". Si fa riferimento alla regola imperativa di diritto belga che prevede che una parte degli averi del defunto sia sottratta alla sua libera disposizione per essere attribuita a determinati eredi protetti dalla legge. In accordo con quanto stabilito nell'art. 79 del codice che mira ad evitare che la legge scelta dal defunto violi i diritti degli eredi "protet-

ti", allo stesso modo tale tutela è considerata una norma imperativa inderogabile anche in materia di trust. Il codice ha esplicitato un principio che ad ogni modo era già stato più volte in precedenza riconosciuto dalla giurisprudenza(40). Pertanto gli eredi "protetti", se rivendicano i loro diritti ereditari, possono richiedere la modifica del trust, almeno per la parte in cui quest'ultimo non rispetta i loro diritti e ridurre di conseguenza la quota disponibile. Si deve dunque concludere su quest'aspetto che un trust testamentario di diritto angloamericano non può trovare completa applicazione in base alla normativa straniera che lo regola, se riguarda una successione belga. Infatti, benché sia concordemente accettato che il testatore possa utilizzare nella redazione del suo testamento dei concetti di diritto propri del Paese al quale si sente più legato e che pertanto si cercherà di interpretare il testamento seguendo i suddetti concetti esplicitamente o implicitamente riferiti dal testatore, nonostante ciò, se la legge che regola la suc-

Note:

(37) L'estensione dell'applicazione della legge del trust anche alle questioni evidenziate più nel dettaglio nella Convenzione de L'Aja è esplicitata nei lavori preparatori al codice che ritengono quest'ultima una fonte di interpretazione. Nello stesso senso, anche W. Derijcke, *Code de droit international privé*, Journal des tribunaux, 2005. In particolare l'art. 8 della Convenzione dispone: "La loi déterminée par les articles 6 ou 7 régit la validité du trust, son interprétation, ses effets ainsi que l'administration du trust. Cette loi régit notamment: a) la désignation, la démission et la révocation du trustee, l'aptitude particulière à exercer les attributions d'un trustee ainsi que la transmission des fonctions de trustee; b) les droits et obligations des trustees entre eux; c) le droit du trustee de déléguer en tout ou en partie l'exécution de ses obligations ou l'exercice de ses pouvoirs; d) les pouvoirs du trustee d'administrer et de disposer des biens du trust, de les constituer en sûretés et d'acquérir des biens nouveaux; e) les pouvoirs du trustee de faire des investissements; f) les restrictions relatives à la durée du trust et aux pouvoirs de mettre en réserve les revenus du trust; g) les relations entre le trustee et les bénéficiaires, y compris la responsabilité personnelle du trustee envers les bénéficiaires; h) la modification ou la cessation du trust; i) la répartition des biens du trust; j) l'obligation du trustee de rendre compte de sa gestion".

(38) L. Barnich, *Présentation du nouveau code belge de droit international privé* [supra, nota 15], a p. 64 esprime succintamente, ma con chiarezza il concetto: "La question que pose le trust à la loi belge, qui ne le connaît pas, est typiquement une question de droit international. Il s'agit de déterminer si la Belgique veut prêter son concours à cette loi étrangère qui donne au trust sa force obligatoire et, le cas échéant, dans quelle mesure".

(39) In base all'art. 78 del codice il diritto applicabile in caso di successione è quello dello Stato sul cui territorio il defunto aveva la residenza abituale al momento del decesso o, in caso di successione immobiliare, la legge dello Stato sul cui territorio era situato l'immobile.

(40) Ci si riferisce alle sentenze del Tribunale di Bruxelles, 27 novembre 1947 [supra, nota 1] e Tribunale di Bruxelles, 31 maggio 1994 [supra, nota 1], in cui si è affermato che i diritti riservati agli eredi dalla legge belga meritano di essere protetti in tutti i casi di applicazione di una legge straniera in senso contrario.

cessione è quella belga, sarà inderogabile il rispetto delle sue norme imperative, quale quella in tema di legittima(41).

Altro limite all'applicazione della legge del trust è esplicitamente indicato dall'art. 125 del codice che prevede: "Tale diritto non determina né la validità degli atti di acquisizione o di trasferimento dei diritti reali sui beni del trust, né il trasferimento dei diritti reali su tali beni, né la protezione dei terzi acquirenti di tali beni. I diritti e le obbligazioni di un terzo detentore di un bene del trust rimangono retti dal diritto applicabile in virtù del capitolo VIII(42)". Il trasferimento della proprietà dei beni, la tutela del terzo acquirente e più in generale tutti gli aspetti reali del diritto di proprietà e di opponibilità ai terzi, anche se si pongono in relazione con la istituzione di un trust straniero, sono retti, dunque, dalle norme interne del sistema giuridico belga, se si tratta di beni situati in Belgio.

Tale limite è giustificato dal fatto che l'ambito della proprietà è sicuramente quello nel quale si riscontra con maggior evidenza la distanza esistente tra il sistema di *civil law* e quello di *common law*. Secondo il sistema anglosassone il trust opera sui beni che ne costituiscono l'oggetto uno smembramento della proprietà: il trasferimento dei beni al trustee con il compito di gestirli nell'interesse del beneficiario fa in modo che il trustee riceva la *legal ownership*, mentre il beneficiario finale riceve la *equitable ownership*(43). Ora tale smembramento della proprietà non sarà riconosciuto per i beni che si trovano in uno Stato, come il Belgio, ove il numero dei diritti reali è limitato e non vi è spazio per una scissione simile del diritto di proprietà, il quale è considerato un diritto esclusivo ed assoluto. Ne risulta pertanto che se il trustee è stato investito dell'ampio diritto di disporre dei beni oggetto di un trust localizzati in Belgio, lo stesso sarà considerato come il *verus dominus*; le prerogative eventuali del beneficiario saranno, invece, assimilate ad un diritto personale(44). Di conseguenza, sempre applicando le norme interne belghe saranno affrontate tutte le problematiche in materia di diritti reali e di tutela dei terzi acquirenti.

Inoltre, benché sia esplicitato solo indirettamente nel codice(45), emerge dai lavori preparatori che il trust straniero incontra altresì dei limiti nelle norme imperative del sistema belga stabilite in altri settori, tra cui, in particolare, le disposizioni in materia di fallimento, di tutela dei creditori, di diritto familiare, di tutela dei minori e degli incapaci. Nel caso di beni og-

getto del trust situati in Belgio, particolarmente dibattute sono le ipotesi di fallimento del trustee, per cui ci si domanda se nel sistema belga venga riconosciuta la separazione dei beni oggetto del trust da quelli personali del trustee, e l'ipotesi di creditori personali del trustee, per cui ci si chiede se quest'ultimi possano rivalersi anche sui beni oggetto del trust. Nel sistema anglosassone, infatti, i beni del trust formano una massa separata dai beni personali del trustee che è sottratta al suo fallimento, non è aggredibile da parte dei suoi creditori, non entra a far parte della sua successione e non incide sul suo regime matrimoniale. Nel sistema belga, però, un tale regime di separazione porterebbe a violare una serie di norme imperative quali, ad esempio, gli articoli 7 ed 8 della legge ipotecaria belga che stabiliscono che i creditori possono rivalersi sulla totalità dei beni del debitore. Pertanto in tutti questi ambiti, nell'ipotesi di beni oggetto del trust siti in Belgio, non troverà applicazione la legge del trust, bensì le norme interne proprie del sistema giuridico belga(46).

Si deve, dunque, concludere con la constatazione che la portata reale delle regole di diritto internazionale privato in materia di trust resta fortemente limitata, se si tratta di beni situati in Belgio, in quanto il

.....
Note:

(41) In questo senso, J. L. Jeghers, *La difficile intégration du trust anglo-saxon en droit civil belge* [supra, nota 12], a p. 325.

(42) L'VIII capitolo del codice in materia di legge applicabile ai diritti reali stabilisce che gli stessi sono retti dal diritto dello Stato sul cui territorio si trovano i beni.

(43) J. L. Jeghers, *La difficile integration du trust anglo-saxon en droit civil belge* [supra, nota 12], ritiene che il trustee debba essere ritenuto, secondo il sistema anglosassone, il "proprietario apparente", in quanto, benché possa disporre liberamente dei beni oggetto del trust, non può trarne nessun vantaggio personale; il beneficiario, invece, si può definire il "vero proprietario" in quanto detentore di un *equitable interest*.

(44) In realtà la questione di stabilire chi tra il trustee ed il beneficiario abbia la qualità di proprietario è particolarmente dibattuta in dottrina. La maggior parte degli autori, tra cui L. Barnich, *Présentation du nouveau code belge de droit international privé* [supra, nota 15], ritengono però che il potere di disporre dei beni attribuito al trustee comporti la qualifica di proprietario.

(45) Ci si riferisce all'art. 20 del codice che fa salve le norme imperative o di ordine pubblico del diritto belga, che non possono essere derogate neppure dal diritto designato secondo le regole del conflitto di leggi.

(46) Molto diversa è invece l'impostazione seguita dalla Convenzione de L'Aja del 1985, la quale all'art. 11 ha stabilito espressamente gli effetti che scaturiscono dal riconoscimento del trust straniero, tra cui la distinzione dei beni del trust dal patrimonio personale del trustee e, di conseguenza, la scissione in caso di fallimento di quest'ultimo, l'inaggredibilità da parte dei creditori personali del trustee, l'esclusione dal regime matrimoniale e successorio del trustee. L'art. 15 della Convenzione, però, fa salve le deroghe giustificate da norme imperative interne ai singoli Paesi.

diritto interno belga è ancora molto lontano dai concetti che caratterizzano il trust(47). Il trust straniero quindi produrrà effetti nel sistema belga solo nel limite del rispetto delle norme imperative.

■ Il trust quale istituzione *sui generis*

Un grave errore in cui incorrono i giuristi di *civil law* è quello di voler a tutti i costi “tradurre” il trust anglosassone in un’istituzione a loro nota, di volerlo classificare in una delle categorie del loro sistema giuridico. È invece preferibile, nonché più corretto, inquadrare il trust nel suo proprio contesto e considerarlo pertanto un’istituzione *sui generis*(48).

La dottrina belga ha ad ogni modo escluso con fermezza determinate analogie che erano state proposte. In primo luogo l’assimilazione del trust alla figura del mandato è inadeguata e conduce ad inutili incertezze. Infatti, per quanto sia il trustee, sia il mandatario siano investiti di una funzione di fiducia, quest’ultimo agisce in nome e per conto del mandante in capo al quale si producono tutti gli effetti giuridici, mentre il trustee agisce in nome proprio e per conto di uno o più beneficiari e gli effetti giuridici si producono nel patrimonio del trustee. Inoltre il trustee non ha bisogno di alcuna autorizzazione per alienare e gestire i beni del trust, il quale è generalmente irrevocabile, mentre il mandatario deve attenersi a quanto stabilito dal mandato che è revocabile *ad nutum*.

Altrettanto da escludere è il parallelismo tra lo smembramento della proprietà proprio del trust e la distinzione di *civil law* tra nuda proprietà ed usufrutto. Infatti, la dualità tra la *legal ownership* e la *equitable ownership* non può trovare un equivalente in nessuna nozione di diritto belga, in quanto si basa su una sorta di “divisione fiduciaria” sconosciuta al sistema di *civil law*.

Nel caso di trust testamentari si è tentato, altresì, di paragonare il trustee ad un esecutore testamentario o ad un legatario universale. In realtà il trustee è investito di un ruolo ben più ampio ed importante dell’esecutore testamentario, in quanto non ha solo la detenzione materiale dei beni, ma è incaricato della gestione degli stessi; al tempo stesso, però, il trustee riveste un ruolo più riduttivo rispetto a quello del legatario universale che, accettando l’eredità, è tenuto a rispondere anche dei debiti della successione, mentre il patrimonio personale del trustee resta sempre distinto da quello del trust.

Infine è assolutamente priva di fondamento l’obie-

zione talvolta sollevata contro il trust di violare il divieto di inalienabilità. Infatti il trustee dispone dei beni oggetto del trust e li gestisce, senza incorrere in alcun modo nel rischio della manomorta. Ugualmente il trust non lede il divieto di sostituzioni fideicommissarie, in base alle quali un testatore investe una persona determinata di un legato o di una liberalità a condizione che quest’ultima conservi i beni per tutta la sua vita e li trasmetta al suo decesso ad un terzo designato dal testatore iniziale. Non si configura nel trust tale situazione in quanto non sussiste una doppia liberalità che realizzi un doppio trasferimento della proprietà; il trustee, a differenza del legatario, non può disporre del trust per un suo profitto personale e non è incaricato di restituire gli stessi identici beni(49).

Da quanto detto emerge, dunque, che attualmente non esiste alcuna categoria giuridica esistente nel diritto belga adatta a costituire un valido equivalente del trust e che di conseguenza sono prive di fondamento tutte le obiezioni sollevate a tale istituzione derivanti da una non corretta assimilazione dello stesso a figure del sistema belga.

L’unico istituto giuridico ritenuto da alcuni lo strumento idoneo a permettere l’inserimento del trust nel sistema di *civil law* sembra essere la fiducia(50).

Note:

(47) A proposito delle disposizioni codicistiche in materia di trust, L. Barnich, *Présentation du nouveau code belge de droit international privé* [supra, nota 15], è giunto persino a chiedersi se era necessario “prévoir une catégorie de rattachement particulière pour un acte juridique que l’on dépêche aussitôt qu’il concerne des biens localisés en Belgique; il eût été plus simple de ne pas en parler et de procéder comme autrefois”.

(48) A questo proposito, J. L. Jeghers, *La difficile integration du trust anglo-saxon en droit civil belge* [supra, nota 12], ritiene “plutôt que de vouloir traduire dans notre droit la technique du trust anglo-saxon, de la ranger dans un des nombreux tiroirs de notre système juridique, n’est-il pas préférable de la placer dans son véritable contexte et de voir dans le trust une institution unitaire sui generis?”.

(49) Le notevoli differenze tra le sostituzioni fideicommissarie e il trust sono state sapientemente evidenziate anche dalla giurisprudenza, in particolare dal Tribunale di Bruxelles, 27 novembre 1947 [supra, nota 1] e dal Tribunale di Anversa, 4 marzo 1971 [supra, nota 1].

(50) L’istituto della fiducia viene definito dal Professor Witz come: “Un acte juridique par lequel une personne, le fiduciaire, rendu titulaire d’un droit patrimonial, voit l’exercice de son droit limité par une série d’obligations, parmi lesquelles figure généralement celle de transférer le droit au bout d’une certaine période soit au fiduciaire, soit à un tiers bénéficiaire”: C. Witz, *La fiducie en droit privé français*, Parigi, 1981. Diversi autori confrontano la figura della fiducia con quella del trust e sottolineano la maggior facilità di integrazione della prima nel sistema di *Civil Law* rispetto alla seconda, in particolare R. Prioux, *L’admissibilité en Belgique de l’administratiekantoor, de la fiducie et du trust* [supra, nota 3] e M. F. De Pover, *Trust, fiducie, administratiekantoor, fondation du Lichtenstein* [supra, nota 4].

In realtà la legislazione belga non riconosce espressamente questa figura, anche se la stessa trova diverse applicazioni pratiche soprattutto in materia di proprietà fiduciaria. Ad ogni modo molteplici sono le differenze esistenti tra il trust e la fiducia⁽⁵¹⁾ tra cui il fatto che la fiducia non comporta alcun smembramento della proprietà, dato che il fiduciario è il titolare della piena proprietà dei beni oggetto della fiducia, questi ultimi fanno parte del patrimonio del fiduciario e possono essere aggrediti dai creditori dello stesso, i beneficiari non dispongono di alcun diritto reale sui beni oggetto della fiducia, la fiducia è sempre stabilita per contratto, mentre il trust può essere istituito con una dichiarazione unilaterale del disponente, senza che il consenso del trustee sia necessario. Rimane comunque indubbio, malgrado tali differenze, che questi due istituti si basano entrambi sulla nozione di fiducia e che sia il trustee sia il fiduciario non possono trarre vantaggi dalla loro gestione dei beni, in quanto il patrimonio attribuito loro è vincolato ad una destinazione specifica.

■ Conclusioni

La scelta del Belgio di stabilire espressamente delle norme in materia di trust e di inserirle nel quadro del nuovo codice di diritto internazionale privato ha offerto l'occasione di interrogarsi su alcuni dei tratti che caratterizzano l'istituto del trust e costituisce una dimostrazione della crescente consapevolezza da parte dei Paesi di *civil law* dell'importanza e del ruolo che il trust riveste ormai non solo più nei sistemi di *common law*.

Il fatto stesso che la normativa belga non ignori più questo rilevante istituto anglosassone permette di rigettare le classiche obiezioni generalmente sollevate nei confronti del trust. Sono ormai infatti prive di fondamento le eccezioni dell'ordine pubblico internazionale e della frode alla legge; l'istituto del trust, come ha riconosciuto espressamente anche la giurisprudenza⁽⁵²⁾, non lede i principi fondamentali dell'ordine pubblico internazionale e non costituisce, come si è visto nei paragrafi precedenti, un'ipotesi di frode alla legge.

Le disposizioni codicistiche hanno, pertanto, il merito di aprirsi all'istituzione del trust straniero e di ammettere che lo stesso possa produrre effetti nel sistema giuridico interno belga.

Non si può, però, non riconoscere allo stesso tempo che il codice ha una portata ridotta in quanto il

trust incontra un importante limite nelle norme imperative di diritto interno belga che costituiscono un ostacolo insormontabile all'applicazione della legge regolatrice del trust e che hanno il carattere dell'inderogabilità. Inoltre a differenza dei paesi firmatari della Convenzione de L'Aja, il Belgio non parla espressamente di riconoscimento del trust straniero e non enumera gli effetti di tale riconoscimento, tra cui la separazione dei beni del trust dal patrimonio personale del trustee, dimostrando in tal modo un'apertura più limitata all'istituto in questione⁽⁵³⁾.

Se ne deve dunque concludere che sicuramente le normative codicistiche non hanno aperto in Belgio la strada all'istituzione del trust o di una figura simile all'interno del proprio sistema giuridico e al tempo stesso non hanno garantito un totale e completo riconoscimento del trust validamente costituito all'estero. Tutto ciò non può, però, portare a negare che già solo la scelta da parte del Belgio di affrontare la problematica del trust costituisce un'ulteriore dimostrazione della sempre maggiore familiarità dei giuristi di *civil law* con l'istituzione del trust e del loro crescente interesse nei suoi confronti. Queste ultime considerazioni hanno portato alcuni autori⁽⁵⁴⁾ a pensare persino che l'assenza nel sistema di *civil law* di un istituto corrispondente al trust sarà sempre più sentita come una vera e propria lacuna da colmare. Saranno il tempo e l'evoluzione dei sistemi giuridici a fornirci una risposta.

Note:

(51) In merito alle divergenze tra la fiducia ed il trust C. Reymond, *Réflexions de droit comparé sur la Convention de la Haye sur le trust* [*supra*, nota 6], sostiene "les deux institutions demeurent profondément différentes dans leur structure, dans leur fonctionnement et, plus encore peut-être, dans l'esprit qui les anime".

(52) Ci si riferisce in particolare alla sentenza del Tribunale di Bruxelles, 27 novembre 1947 [*supra*, nota 1], in cui si riconosce espressamente che "la disposition testamentaire connue en droit anglais sous le nom de trustee en principe n'offre rien de contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public".

(53) Se è vero che la Convenzione de L'Aja prevede degli specifici effetti scaturenti dal riconoscimento del trust straniero, è pur vero che questi sono temperati dalle deroghe consentite in caso di norme imperative. Pertanto dipende dalle normative interne dei singoli Paesi firmatari della Convenzione l'effettiva maggiore o minore apertura al trust.

(54) Si veda, in particolare, C. Reymond, *Réflexions de droit comparé sur la Convention de la Haye sur le trust* [*supra*, nota 6], il quale ritiene che tale lacuna possa essere colmata in due modi: o tramite l'istituzione del trust nei sistemi che la ignorano, come dimostrano gli esempi del Québec e della Scozia, o tramite l'introduzione in un primo tempo della fiducia e poi del trust.

Il trust familiare: l'ontologica differenza con gli altri istituti

di Vito Mariani

Il presente saggio si propone di delineare, in ambito familiare, le caratteristiche del trust raffrontandolo con altri istituti, segnatamente il fondo patrimoniale di cui all'art. 167 s. cod. civ. e l'art. 2645 *ter* cod. civ. La disamina porrà in rilievo che il trust, pur potendo presiedere alle medesime finalità di protezione (gli interessi familiari) e figurare parzialmente simile agli altri istituti sopra menzionati, in ordine agli elementi più significativi e performanti denota prerogative che postulano la sua "unicità".

■ Premesse

Come noto il trust fa ingresso nel nostro sistema giuridico poiché il legislatore ha ratificato la Convenzione de L'Aja del 1985 sulla "Legge applicabile ai trusts ed al loro riconoscimento", senza addurre alcuna riserva, con la legge 16 ottobre 1989, n. 364, entrata in vigore il 1° gennaio 1992.

Complesso e articolato, ma progressivo ed irrefrenabile, è risultato il processo di assimilazione con l'ordinamento interno(1), accesi i dibattiti dottrinali che sono proliferati.

Al fine di rappresentare efficacemente l'istituto in esame, sono stati conati alcuni sintagmi, quali "proprietà dedicata", "proprietà destinata", "proprietà qualificata"(2), che risultano assai eloquenti proprio perché hanno la capacità di evocare l'esistenza di un nuovo tipo di appartenenza giuridica, acquisita nell'interesse altrui, che si associa alla nostra inveterata tradizione dominicale.

Al "macrocosmo" raffigurante il nostro diritto, si accosta un "microcosmo" che simboleggia il trust, che vive di regole proprie, ed interagisce con il primo avvalorandolo ed armonizzandosi con i suoi principi cardine; sotto questo profilo, di recente, la giurisprudenza(3) ha sancito che "[...] il trustee è titolare di un diritto reale non nell'interesse proprio, ma nell'interesse altrui [...]. Non vi è [...] uno sdoppiamento del diritto di proprietà, ma il semplice trasferi-

mento di un diritto reale da un soggetto (disponente) ad un altro (trustee) che accetta il trasferimento come collegato ad un obbligo di amministrazione e di gestione".

■ Trust, fondo patrimoniale, art. 2645 *ter* cod. civ.

Il trust, attesa la sua poliedricità(4), si presta ad assolvere a varie finalità, anche se denota la sua massima potenzialità nell'ambito familiare. In quest'ottica ci si propone di illustrare l'operatività del trust an-

Vito Mariani - *Avvocato in Genova*

Note:

(1) Per una attenta e compiuta analisi dell'evoluzione giurisprudenziale, vedasi Aa. Vv., *La giurisprudenza italiana sui trust - dal 1899 al 2006*, Trust, Quaderni, n. 4, Milano, 2005. Vedasi anche l'elaborazione, scandagliata secondo argomenti giuridici, di Giovanni Lo Cascio, procuratore Generale Ordinario della Corte di Cassazione: G. Lo Cascio, *La giurisprudenza Italiana sui trust*, relazione presentata al III Congresso Nazionale organizzato dall'Associazione "Il trust in Italia", svoltosi in Roma il 21 - 23 ottobre 2005, consultabile sul sito Internet dell'Associazione all'indirizzo <http://www.il-trust-in-italia.it>.

(2) La definizione è contenuta nella sentenza Trib. Bologna, 1° ottobre 2003, in questa Rivista, 2004, 67.

(3) Trattasi della pronuncia del Trib. Venezia, 4 gennaio 2005, in questa Rivista, 2005, 245, i cui concetti sono rievocati nell'ordinanza del Trib. Reggio Emilia, 14 maggio 2007, in questa Rivista, 2007, 425.

(4) A tal proposito la dottrina più eminente ha proposto il termine "trust amorfo" perché la Convenzione de L'Aja, all'art. 2, non contiene disposizioni uniformi volte a definire compiutamente l'istituto, ma indica solo i requisiti minimi in base ai quali si deduce di essere in presenza di un rapporto qualificabile come trust.

L'art. 2 della già citata Convenzione così recita: "Ai fini della presente Convenzione, per trust s'intendono i rapporti giuridici istituiti da una persona, il disponente, con atto tra vivi o mortis causa, qualora dei beni siano stati posti sotto il controllo di un trustee nell'interesse di un beneficiario o per un fine determinato.

Il trust è caratterizzato dai seguenti elementi:

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

che raffrontandolo con altri istituti afferenti la famiglia, e segnatamente con il fondo patrimoniale e l'art. 2645 *ter* del cod. civ., al fine di scandagliarlo analiticamente, apprezzarne le peculiarità e sancirne l'ontologica differenza.

Da fonti disparate si suole affermare che il trust ed il fondo patrimoniale di cui agli art. 167 e s. cod. civ. presentano significative similitudini ed analogie(5), salvo poi elogiare le caratteristiche del trust a discapito del fondo patrimoniale. Quest'ultima deduzione appare agevole sol che si analizzi il percorso dell'istituto introdotto con la novella del 1975, obiettivamente mai attecchito nel tessuto economico-sociale, scarsamente proliferato presso i possibili utenti, e, quindi, alla luce delle sue rigidità, dei suoi limiti, delle sue incertezze interpretative, inesorabilmente e storicamente designato come inadeguato.

In merito all'art. 2645 *ter* cod. civ. si osserva che unanime è la critica relativa alla tecnica negoziale prescelta, foriera di incertezze interpretative ed applicative che sembrano adombrare lo stesso percorso frastagliato che si è delineato per il fondo patrimoniale, atteso che esso è stato qualificato come norma che introduce un particolare effetto sotto il profilo pubblicitario, non sussistendo "[...] alcun indizio da cui desumere che sia stata coniata una nuova figura negoziale"(6) o, al contrario, norma a contenuto sostanziale, ma senza contenuti traslativi(7).

L'iconografia dell'art. 2645 *ter* cod. civ. può così riassumersi: vi è la presenza di un soggetto conferente, la possibilità di trasferire beni immobili o mobili registrabili, l'indicazione della durata del negozio, la necessità di realizzare interessi meritevoli di tutela, la "riferibilità" dei soggetti che possono giovare del negozio, la funzionalizzazione del vincolo alle finalità, il regime di pubblicità e di responsabilità dei beni.

Alcuni aspetti sembrano ricalcare la struttura del trust, altri, come vedremo *infra* ai punti 2, 3 e 4, ne segnano una distanza siderale.

Preliminarmente, si impone di focalizzare l'attenzione sui seguenti profili: *in primis*, sulla nozione di "meritevolezza degli interessi", il cui richiamo espresso, in una metodologica espositiva deprecabile, ma inequivocabile, segnalerebbe l'esigenza, per la creazione del vincolo, di un "quid pluris" rispetto al significato comunemente recepito di non illiceità, significato non a caso richiamato, con il riferimento all'art. 1322 cod. civ., proprio al fine di evidenziarne l'alterità teleologica.

In altri termini, lo scopo cui è preordinato l'atto

ex art. 2645 *ter* cod. civ. o è riferibile a persone con disabilità od a pubbliche amministrazioni ed allora, per definizione, è di per sé diretto a perseguire interessi meta – privatistici; o è riferibile a enti o soggetti privati, per i quali si rimarca, e solo per queste ultime categorie, la riconducibilità all'art. 1322 cod. civ., proprio per lumeggiare che per l'adozione del vincolo, a cui presiede l'articolo in esame, è necessario un ulteriore requisito che trascende l'interesse privato per sfociare in un ambito di interesse generale. Questo connotato permea di sé l'istituto precludendogli applicazioni generalizzate, relegandolo ad un ruolo marginale(8).

Ovviamente a diverse conclusioni bisognerebbe addivenire qualora si propenda per la tesi in base alla quale il duplice richiamo alla "meritevolezza degli interessi" sia solo il frutto di uno stile espositivo non ortodosso, e che, pertanto, per la invocabilità dell'istituto sia sufficiente la compatibilità degli effetti prodotti con i principî cardine del nostro ordinamento.

Di seguito, occorre evidenziare l'impossibilità di apporre il vincolo ai trasferimenti di beni mobili non registrabili, circostanza che è idonea a zavorrare l'istituto, attesa la rilevanza che il denaro assume nella moderna circolazione dei beni e nella regolazione degli assetti patrimoniali.

Inoltre, si dibatte circa l'attitudine del negozio a produrre effetti traslativi. La presente non è la sede per approfondire la menzionata tematica, sulla quale non mi dilungherò più del necessario; merita di esser segnalato che l'Agenzia delle Entrate(9), con la cir-

Note:

(5) Per un raffronto esaustivo M.L. Cenni, Trust e fondo patrimoniale, in M. Dogliotti – A. Braun (curr.), Il trust nel diritto delle persone e della famiglia, Milano, 2003, p. 111 s.; L. Rovelli, I limiti del fondo patrimoniale, *ivi*, p. 103 s.

(6) Trib. Trieste, 7 Aprile 2006, in questa Rivista, 2006, 417.

(7) Agenzia delle Entrate, circolare n. 5 del 7 agosto 2006, in questa Rivista, 2007, 131.

(8) A. Gambaro, Appunti sulla proprietà nell'interesse altrui, in questa Rivista, 2007, 169. L'autore sostiene che "la meritevolezza deve essere intesa nel senso che l'interesse promosso dalla creazione di una proprietà nell'interesse altrui deve essere peggiore rispetto a quello dei creditori del disponente" per cui "[...] è dubbio che il disponente possa designare come beneficiario sé medesimo, come invece avviene nel diritto dei trusts". In quest'ottica, non soccorrerebbe il criterio, generalmente recepito, dopo l'adozione della Carta Costituzionale, della equivalenza della meritevolezza degli interessi con il concetto di non illiceità.

(9) Agenzia delle Entrate, circolare n. 5 del 7 agosto 2006 [*supra*, nota 7].

colare n. 5 del 2006 ha puntualizzato che “[...] detti atti di destinazione producono soltanto effetti di tipo vincolativo [...]” e che “i beni pur venendo segregati rispetto alla restante parte del patrimonio del conferente, restano comunque nella titolarità giuridica del conferente medesimo”.

Se i beni sui quali è impresso il vincolo debbono rimanere nella sfera giuridica del conferente ne appare mortificata la funzionalità, atteso che, come è stato osservato, “[...] sarebbe privo di quei contenuti obbligatori che caratterizzano il trust [...]” e subentrando alla morte del conferente i suoi eredi “[...] il vincolo impedirà loro di alienare i beni vincolati, ma certamente non li obbligherà ad attivarsi per realizzare le finalità [...]”(10).

Qualora si ammettesse la possibilità di un effetto traslativo, tesi comunque sostenuta da vari autori(11), si dovrebbe scandagliare la natura che assume l'atto di trasferimento dal conferente al terzo e gli effetti prodotti in capo al soggetto incaricato, con particolare attenzione alla eventuale inclusione dei beni trasferiti nel suo regime matrimoniale e successorio(12). Solo il decorso del tempo, con i contributi giurisprudenziali che evolveranno, contribuirà a far luce in questa intricata matassa.

In realtà, pur prescindendo dagli orientamenti che si potranno consolidare, i due istituti, fondo patrimoniale e art. 2645 *ter* cod. civ., come risalterà dal prosieguo, pur potendo presiedere alle medesime finalità di protezione (gli interessi familiari) e pertanto figurare come similari al trust, ne sono differenti a livello ontologico, quantomeno in ordine agli elementi più significativi e performanti.

Questa asserzione costituisce il grimaldello per incifiare l'assunto, da più parti propugnato, in base al quale l'istituzione di un trust e quindi il ricorso ad una legge straniera sarebbe giustificato solo allorché le medesime finalità non siano assicurabili, con la stessa efficacia, invocando gli istituti domestici.

La logica del menzionato ragionamento mi sembra priva di fondamento, almeno in ambito familiare, allorché ci si proponga di disegnare una pianificazione in un orizzonte temporale non insignificante. Difatti, se il trust, come generalmente associato, è dotato di peculiarità sconosciute nel nostro ordinamento, i cui istituti canonici non sarebbero in grado di riprodurre con lo stesso grado di efficienza e la stessa variabilità di ingredienti, bisognerebbe concludere che giammai una fattispecie regolata con un

trust sarebbe parimenti disciplinabile con gli altri istituti, proprio perché essi non possiedono geneticamente quelle “peculiarità”. Il Dott. Picciotto, giudice tavolo del Tribunale di Trieste, in una nota sentenza(13) così si esprime: “[...] per quanti sforzi si possano fare, il trust [...] è in grado di tutelare, in modo pieno e soddisfacente, interessi ed obiettivi che fino a ieri potevano essere perseguiti in maniera parziale, meno diretta o efficace”. Di conseguenza, salvo i casi di intenti elusivi e fraudolenti, alla stregua di tutti gli istituti dell'ordinamento, l'eventuale censura, circa la preferenza accordata al trust, dovrebbe inerire a ragioni di opportunità, ovvero testimoniare l'errata scelta del professionista, per negligenza od impreparazione, e comportare sanzioni di carattere privatistico (responsabilità professionale o civile) e non investire un profilo pubblico (per esempio, la dichiarazione di illegittimità del trust, la quale, come noto, potrebbe essere determinata da altre ragioni): il criterio della residualità del trust è antitetico alla capacità che esso sprigiona di “selezionare interessi e di proteggerli meglio di quanto il nostro ordinamento riuscirebbe a fare”(14).

■ Segregazione e destinazione

Caratteristica indefettibile del trust è la “segregazione patrimoniale”, la quale postula che i beni tra-

Note:

(10) M. Lupoi, Gli “atti di destinazione” nel nuovo art. 2645 *ter* cod. civ. quale frammento di trust, in questa Rivista, 2006, 169.

(11) Fra gli altri autori vedasi, G. De Nova, Eseggesi dell'art. 2645 *ter* cod. civ., consultabile sul sito Internet della Scuola del Notariato della Lombardia, all'indirizzo www.scuoladinotariatodellalombardia.org; D. Muritano, Trust e atto di destinazione negli accordi fra conviventi *more uxorio*, in questa Rivista, 2007, 199.

(12) G. Oberto, Atto di destinazione e trust, analogie e differenze, consultabile sul sito Internet di Geocities all'indirizzo www.geocities.com.

(13) Si tratta della pronuncia del Trib. Trieste, 23 settembre 2005, in questa Rivista, 2006, 83. Il periodo riportato ricalca fedelmente un tratto della sentenza citata e mi sembra sia ben idoneo a suffragare la tesi che stavo sostenendo. Per completezza, va segnalato che A. Picciotto, La giurisprudenza italiana sui trust interni, in questa Rivista, 2007, 10, sostiene che “Penso che il tasso di estraneità e di anomalia del trust rispetto al nostro ordinamento [...] imponga che di esso non si debba fare uso qualora il programma negoziale possa essere realizzato nello stesso modo e con pari efficacia tramite negozi tipici”.

(14) M. Lupoi, Strutturazione del trust di protezione patrimoniale. Il trust quale legittimo strumento di tutela del patrimonio, relazione presentata al Convegno su “Il trust quale legittimo strumento di tutela del patrimonio” organizzato dall'Associazione “Il trust in Italia”, svoltosi in Torino il 13 marzo 2003.

sferiti in trust, e per tutta la sua durata, sono intangibili avverso le pretese di terzi, ed in particolare dei creditori del disponente, del trustee e dei beneficiari. A norma dell'art. 11 della Convenzione de L'Aja sulla "Legge applicabile ai trusts e sul loro riconoscimento", la segregazione costituisce l'effetto minimo del riconoscimento di un trust istituito conformemente alla legge regolatrice⁽¹⁵⁾. Complementari al fenomeno di segregazione sono i meccanismi di protezione degli interessi beneficiari (sconosciuti al nostro ordinamento): alludo, nel diritto inglese, ai "determinable interests" sul capitale o sul reddito, ed al "protective trust" sul reddito; oppure, alla suscettibilità delle legislazioni del modello internazionale di disciplinare, con effetto reale, le conseguenze degli atti di disposizione non consentiti delle posizioni beneficiarie o le loro aggressioni da parte dei terzi⁽¹⁶⁾.

Il tasso di protezione che si genera nei confronti dei beni rispetto ai quali l'istituzione del trust è preordinata è "assoluto", non sopporta eccezioni di sorta, ed è pertanto doveroso rimarcare che la segregazione opera anche e soprattutto al cospetto di obbligazioni contratte per le medesime finalità che hanno determinato l'istituzione del trust.

Nel fondo patrimoniale, al contrario, non si riscontrano fenomeni segregativi assoluti, poiché, a norma dell'art. 170 cod. civ. (Esecuzione sui beni e sui frutti) il vincolo che si crea sui beni in esso trasferiti può opporsi solo alle obbligazioni sorte per "scopi estranei ai bisogni della famiglia" (scopi che devono essere conosciuti dal creditore, ed il cui onere probatorio è posto a carico dei coniugi). Peraltro, l'accertamento della nozione di "scopi estranei ai bisogni della famiglia" si è sempre appalesato difficoltoso, essendovi concordanza, in giurisprudenza, solo nell'ascrivibilità a tale nozione delle obbligazioni contratte per finalità voluttuarie o meramente speculative e persistendo incertezza sulla qualificazione da attribuire alle obbligazioni contratte nell'attività lavorativa, espletata in forma individuale o societaria, da uno od entrambi i coniugi⁽¹⁷⁾.

Al contrario, per le obbligazioni contratte per perseguire interessi familiari, i beni giacenti nel fondo non sono affatto protetti, ma anzi costituiscono una garanzia preferenziale per i creditori stessi.

Il tasso di protezione che si genera nel fondo patrimoniale, essendo esso un mero negozio di destinazione, è soltanto "relativo", e questo è indubbiamente uno dei fattori che ha determinato la mancata proliferazione dell'istituto.

Le stesse argomentazioni possono traspirare per la fattispecie delineata dall'art. 2645 *ter*, poiché, essendo anche esso un negozio di destinazione, produce, in assenza di un meccanismo di segregazione generale, un tasso di protezione soltanto "relativo". Più precisamente i beni sui quali è impresso il vincolo, possono essere aggrediti per i debiti contratti per il fine in relazione al quale l'istituto è stato adottato, anche se, a differenza di quanto accade nel fondo patrimoniale, si prescinde dallo stato soggettivo del creditore, affrancando l'opponente da oneri probatori. Si noti che anche le obbligazioni *extra* contrattuali incidono sul regime di responsabilità dei "beni destinati", avendo rilievo ai fini dell'aggregabilità di essi non solo le obbligazioni scientemente assunte, ma anche quelle di origine aquiliana, che trovano il loro fondamento nel rapporto tra fatto generatore e compatibilità con il fine di destinazione (alla stessa stregua di quanto l'evoluzione dell'orientamento giurisprudenziale ha sancito per il fondo patrimoniale)⁽¹⁸⁾.

Note:

(15) L'art. 11 della Convenzione de L'Aja così recita: "A trust created in accordance with the law specified by the preceding Chapter shall be recognized as a trust. Such recognition shall imply, as a minimum, that the trust property constitutes a separate fund" ovvero, nella traduzione proposta: "Un trust costituito in conformità alla legge determinata in base al capitolo precedente sarà riconosciuto come trust. Tale riconoscimento implica, quanto meno, che i beni in trust rimangano distinti dal patrimonio personale del trustee".

(16) Faccio riferimento, per esempio, all'art. 31 della legge di Jersey – Trust (Jersey) Law 1984 e successive modificazioni.

(17) Vedasi la sentenza della Cass., III sez., 7 gennaio 1984, n. 134, Nuova giur. civ., 1985, I, 19 e la Cass., III sez., 9 aprile 1996, n. 3251, Giust. civ., 1996, I, 2959. La prima sezione civile della Cass., 5 giugno 2003, n. 8991, Guida al diritto, 2003, 39, 54 ha sancito che: "il criterio identificativo dei crediti il cui soddisfacimento può essere realizzato in via esecutiva sui beni conferiti nel fondo, va ricercato non già nella natura delle obbligazioni, ma nella relazione esistente fra fatto generatore di esse ed i bisogni della famiglia, per cui anche le obbligazioni risarcitorie da illecito devono ritenersi ricomprese nella previsione normativa, con conseguente applicabilità della regola della piena responsabilità del fondo dove la fonte e la ragione del rapporto obbligatorio abbiano ineranza diretta ed immediata con le esigenze familiari".

In dottrina A. Ceccherini, I rapporti patrimoniali nella crisi della famiglia e nel fallimento, Milano, 1996, propende per la natura speculativa dei debiti contratti nell'esercizio di impresa; G. Gabrielli, voce "Patrimonio familiare e fondo patrimoniale", Enc. dir., vol. XXXII, Torino, 1982, sostiene che costituisce abuso del fondo patrimoniale il suo utilizzo "a profitto di aziende appartenenti ad uno solo dei due coniugi".

In G. Cian – A. Trabucchi, Commentario breve al codice civile, Padova, 2007, l'autore invita a differenziare il "carattere speculativo" di un'impresa, dallo "scopo di lucro" ovvero dalla sua idoneità a generare profitto. F. Galletta, I regolamenti patrimoniali fra i coniugi, Napoli, 1990, sostiene che l'esecuzione sui beni e frutti dei beni costituiti in fondo deve essere consentita anche per le obbligazioni contratte nell'esercizio di impresa, in tutti i casi.

(18) Vedasi la sentenza della Cass., 5 giugno 2003, n. 8991 [supra, nota 17].

Si osservi che più ampia è la nozione di “fine di destinazione” *ex art. 2645 ter cod. civ.*, più si estende il regime di responsabilità dei beni sottoposti al relativo vincolo; qualora la destinazione preveda più derivazioni in ordine ai soggetti da sovvenire (ammesso che ciò sia possibile, come vedremo *infra*), correlativamente si irradieranno ulteriori ipotesi di perseguibilità dei beni!

Inoltre, per gli atti di amministrazione compiuti, si manifesterebbe la responsabilità illimitata del conferente, atteso che non esiste un fenomeno di segregazione bilaterale, come invece accade a favore del trustee che professi il suo “status”.

Non è chi non veda che le argomentazioni esposte ci consentono di asseverare che i due istituti, fondo patrimoniale e art. 2645 *ter cod. civ.*, relativamente al tasso di protezione generato, sono agli antipodi rispetto al trust.

■ La posizione beneficiaria

Anche per quanto concerne la strutturazione delle posizioni beneficiarie emergono profonde dissonanze fra il trust e gli altri istituti.

Il fondo patrimoniale, non prevedendo beneficiari in senso tecnico, non sovviene i figli od i singoli componenti, ma atomisticamente la famiglia. I discendenti non rivestono alcuna posizione di diritto soggettivo(19), ma godono di un mero interesse “*ad adiuvandum*” e pertanto non possono incidere per prevenire digressioni ingiustificate o per contribuire a veicolare correttamente le risorse o per personalizzare le stesse, come una pianificazione economica richiede ed impone.

Segnatamente, la Cassazione(20) sottolinea che: “il fondo patrimoniale non è istituito a favore dei figli, ma per far fronte ai bisogni della famiglia”, ed esclude che i figli siano “*litisconsorti necessari nel giudizio in cui si controverta della validità dell’atto*”, caratteristiche che, per un istituto di matrice familiare, appaiono raccapriccianti, non trovando riscontri, ed anzi stridendo, rispetto ad emuli del diritto comparato, come per appunto il trust familiare o la fondazione privata di famiglia(21), che pongono al centro dell’impalcatura giuridica l’interesse dei discendenti.

Relativamente all’art. 2645 *ter cod. civ.*, coloro che debbono percepire i benefici sono quei soggetti espressamente indicati nella rubrica della norma, in riferimento ai quali il vincolo è impresso; l’espressione, certo non chiara, induce ad inferire che essi, a cui sono “*riferibili*”, ovvero cui soltanto concernono gli interes-

si precostituiti, non siano titolari di un interesse liberamente disponibile, e quindi di un vero e proprio diritto soggettivo. Le conseguenze pregiudizievoli che derivano dalla inesistenza di un diritto soggettivo in capo al beneficiario (le medesime sopra sviscerate per il fondo patrimoniale) si inaspriscono sol che si pensi che il miglior grado di tutela e di efficienza è realizzabile quando ai percipiendi beneficiari sono deferiti i poteri più significativi in caso di inottemperanza alla corretta amministrazione delle risorse, proprio perché non vi sono, al loro raffronto, altri maggiormente interessati all’ottimizzazione dei risultati.

Sotto questo profilo, abbiamo sopra commentato che, a seguito di apposizione di vincolo ai sensi dell’art. 2645 *ter cod. civ.*, in ipotesi di morte del conferente, con conseguente subentro degli eredi, sarebbero affievolite le garanzie in merito alla realizzazione del “fine di destinazione” individuato dal conferente. A ben vedere, il menzionato pregiudizio si verifica anche durante il corso della sua vita, atteso che l’istituto privilegia il vincolo di destinazione e la tensione normativa relativa all’ambito pubblicitario a detrimento dei meccanismi di garanzia per la perpetrazione del “fine”: all’interesse del beneficiario non corrisponde alcuna obbligazione del “conferente”. In una famiglia dove non interferiscano soggetti pubblici (curatore, tutore), prescindendo dall’arbitrio del conferente, in capo a chi sussiste l’onere di attivarsi per la realizzazione degli interessi degli pseudo-beneficiari? La nozione “*qualunque interessato*”, cioè l’identificazione di chiunque manifesti vantaggi indiretti o riflessi, è funzionale a presidiare scopi ai quali tendono gli enti pubblici, ma mi sembra non giovare rispetto a vicende di intimità prettamente familiari(22).

Note:

(19) Cass., 29 novembre 2000, n. 15297, *Mass. Giur. it.*, 2000, 457 ed in riferimento al patrimonio familiare, Cass., 31 maggio 1988, n. 3703, *Giur. it.*, 1989, I, 873; M. Guidotti – M. Mezzadri, *Il fondo patrimoniale. Aspetti civilistici e regime fiscale applicabile*, Fisco, 1996, 8042.

(20) Cass., 8 settembre 2004, n. 18065, *Guida al diritto*, 2004, 45, 40.

(21) Mi riferisco alla “*Privatstiftung*” nel diritto austriaco e sassone. Vedi O. Kiesswetten, *Le Privatstiftungen in Austria*. Alcune considerazioni dopo i primi anni di esperienze, relazione presentata al III Congresso Nazionale organizzato dall’Associazione “*Il trust in Italia*” [*supra*, nota 1].

(22) Sotto questo profilo, A. Gambaro, *Appunti sulla proprietà nell’interesse altrui* [*supra*, nota 8], argomentando sulla legittimazione ad agire relativamente all’art. 2645 *ter* afferma che essa “[...] parrebbe estesa a tutti coloro i quali hanno un interesse riflesso, o indiretto, alla conservazione del vincolo di destinazione impresso ai beni ed all’adempimento dei correlati obblighi di condotta da parte del suo titolare”.

Per converso, i beni protetti in trust, pur essendo intestati al trustee, appartengono unicamente ai beneficiari, e quindi in un trust di famiglia, normalmente, ai figli e discendenti, sostanzialmente proprietari del "trust fund", ai quali spetta il diritto di ritrarre le utilità da essi ricavabili. Avverso tale diritto, corrispondono obbligazioni fiduciarie in senso tecnico del trustee.

In particolare, i beneficiari hanno il diritto, azionabile giurisdizionalmente in caso di violazione, a che la programmazione economico-giuridica delineata nell'atto istitutivo o successivamente, sia eseguita in conformità alla volontà del disponente, alla luce del perseguimento degli interessi dei beneficiari stessi.

È stato efficacemente osservato che: "Ai beneficiari spettano le utilità traibili dall'oggetto del trust. In termini civilistici, i beneficiari sono creditori del trustee e il contenuto del loro diritto non riguarda la diretta percezione di quelle utilità, ma il potere di ottenere dal trustee che egli eserciti il proprio ufficio traendo utilità e destinandole secondo le disposizioni dell'atto istitutivo"(23).

Certo, la posizione beneficiaria può essere strutturata secondo varie modalità, prevedendo la reazione dell'ordinamento nell'ipotesi di aggressione o di disposizione non consentita; oppure, configurando interessi liberamente o parzialmente disponibili anche durante il corso della durata del trust, ancor prima dell'assegnazione dei cespiti allo spirare dello stesso; o ancora si può dar luogo ad una variabilità di sfaccettature intermedie che armonizzano l'immutare delle circostanze dovute al decorrere del tempo con le esigenze, necessariamente dinamiche, dei beneficiari. Anzi proprio la capacità di personalizzazione dei valori all'interno della famiglia, in una proiezione temporale, sublima le potenzialità del trust.

D'altro canto, le obbligazioni fiduciarie del trustee devono essere coniugate con il "sistema di garanzie" presente nel trust: alludo alla possibilità di attivare procedure "ad hoc" alle quali il trustee è tenuto a conformarsi, alla necessità per il trustee stesso di ottenere in via preventiva pareri e consensi; oppure alla facoltà attribuita al disponente, di nominare soggetti cui attribuire un ruolo di vigilanza e di controllo.

In termini più concreti, è possibile circoscrivere l'attività del trustee riguardo taluni aspetti che, per loro rilevanza economica o la delicatezza umana, me-

ritano di essere disciplinati minuziosamente, delimitando correlativamente il margine di discrezionalità del trustee. Così l'alienazione di beni o determinati atti di gestione possono essere subordinati ad un parere vincolante o ad un "iter" ben preciso.

Ciò significa prevenire eventuali comportamenti non aderenti alla volontà del disponente ed all'interesse dei beneficiari, e non solo poter sollecitare le garanzie sottese al peculiare rapporto fiduciario o la successiva reazione dell'ordinamento giudiziario. Ciò comporta, a ben vedere, tragaruardare gli obiettivi prefissati, con un grado di certezza praticamente assoluto.

■ Una pianificazione efficiente e moderna

Le esigenze della società nella quale viviamo richiedono che una pianificazione economica-normativa alla quale è preordinato l'istituto giuridico sia improntata alla massima flessibilità ed alla capacità di modellarsi, nell'arco temporale proposto, alla singola fattispecie.

Poniamo che, a fronte di una programmazione dominicale nell'interesse altrui, si profili la necessità di sovvenire un soggetto, non appartenente alla categoria dei beneficiari, ma legato al disponente da vincoli affettivi o parentali.

Oppure, dall'immobile protetto in trust è necessario ricavare una garanzia o ritrarre reddito per l'acquisto di un altro bene o, incidentalmente, quale deviazione allo schema ritenuto come principale (o meglio sarebbe dire: per arricchire la destinazione principale), per adempiere un'obbligazione di natura personale; ed ancora, sovvenire discendenti individuati in catena di successione, ove il diritto del titolare fiorisce in caso di morte dei predecessori o di loro esclusione per altri fattori.

Il trust, dispiegando in appieno le sue potenzialità, consentirà di disciplinare sia i menzionati risvolti, sia ulteriori ipoteticamente prospettabili, ancillari rispetto al programma principale, ma che concorrono a foggare una pianificazione moderna ed efficiente, non altrimenti configurabile. Alla stessa stregua sarà possibile prevedere molteplici pianificazioni, tutte

Nota:

(23) M. Lupoi, Voce "Trusts" I) Profili generali e diritto straniero; II) Convenzione dell'Aja e diritto italiano, Enc. giur., vol. XXXI, Roma, 2005, a p. 8.

ugualmente rilevanti, in maniera concomitante od alternativa.

Tali digressioni sono precluse al fondo patrimoniale, poiché, ai sensi dell'art. 167 cod. civ., i beni sono destinati a soddisfare solo i "bisogni" della famiglia legittima a prescindere da personalizzazioni di sorta (e non per soccorrere un ascendente od un fratello, e non ad adempiere obbligazioni personali extra-familiari).

Tali digressioni sono altresì precluse all'atto di destinazione *ex art. 2645 ter cod. civ.*, il quale presenta rigidità assai pronunciate che ne infirmano la competitività: difatti, la norma recita testualmente: "[...] i beni conferiti ed i loro frutti possono essere impiegati esclusivamente per il fine di destinazione". Il legislatore si esprime al singolare "fine", e l'avverbio "esclusivamente", rapportato al fine, colora la portata normativa, delimitandone la sfera di operatività.

L'istituto in esame non possiede la capacità di regolare interessi che non coincidono con tale "fine", ma che reclamano di essere regolamentati, per conseguire una programmazione efficace, come l'esperienza insegna, specie se proiettati in un orizzonte temporale non insignificante. In particolare, come corollario, ne discende l'impossibilità di trasferire beni ad un terzo alla scadenza del vincolo, così come l'inedoneità a prefigurare beneficiari in "catena di successione", evenienza normale nei trust.

Il trasferimento del bene cui accede il vincolo, una volta cessate le motivazioni che giustificano il fine originario, non sopporterebbe ulteriori attribuzioni con i benefici del tasso di protezione, seppur relativo, ma semmai in virtù di impegni contrattuali comuni; e vi è una bella differenza!

Come già accennato, qualora in via ipotetica si dovesse ritenere il contrario, si profilerebbe uno scenario ancor più inquietante che non l'inefficienza normativa: il regime di responsabilità dei beni si direbbe in mille rivoli, ognuno per ogni deviazione programmatica.

Gli atti istitutivi di trust familiari sovente contengono clausole⁽²⁴⁾ che impongono al trustee non solo di provvedere e sovvenire, in un'accezione lata, i discendenti, ma anche di garantire al disponente il tenore di vita precedentemente mantenuto.

In un recente atto di trust⁽²⁵⁾, autorizzato dal Tribunale di Milano, in sede di omologa di una separazione di coniugi, per perpetrare i benefici protettivi generati da un fondo patrimoniale in via di caducazione, viene redatta la seguente clausola:

"Art. 1. Finalità del Trust.

La finalità del Trust [...] per soddisfare i bisogni della famiglia assicurando ai figli B e A, alla madre, e ove necessario, al padre, lo stesso tenore di vita [...]"

Proviamo a trasfondere siffatta clausola in un atto *ex art. 2645 ter cod. civ.* e constatiamone gli effetti esecrabili: sarebbe difficile sviscerare le obbligazioni non rapportabili al fine divisato dai disponenti e sancirne l'estraneità rispetto alle destinazioni individuate. La conclusione cui addivenire è veramente singolare; sui beni sarebbe di certo impresso l'indirizzo desiderato, ma il regime di responsabilità risulterebbe più esteso di quanto non accadrebbe se i beni stessi, prescindendo dall'apposizione del vincolo, rimanesero nella sfera giuridica del conferente. Il tasso di protezione generato sarebbe più tenue di quello che si verificherebbe in assenza di "vincolo" poiché più numerosi sono i focolai di responsabilità cui i beni dovrebbero soggiacere: il che è francamente controproducente.

Se queste sono le premesse, bisogna arguire che il trust, contrapponendosi agli istituti che consentono una gestione meramente "statica" delle risorse, valorizza la funzione economica dei beni nella società: pur essendo su di essi impressa una destinazione privilegiata, non sono frustrati altri possibili risvolti, la cui preclusione ne svilirebbe le capacità produttive e venali.

■ Considerazioni conclusive

Abbiamo specificato tre profonde divergenze fra il trust con gli istituti del fondo patrimoniale e dell'art. 2645 *ter cod. civ.*, che, al contrario di altre cui ipoteticamente il legislatore potrebbe ovviare con un semplice intervento di modifica (per esempio, l'impossibilità di trasferire denaro nel fondo patrimoniale e nell'atto di destinazione), non sono suscettibili di "sanatoria" senza immutare radicalmente la struttura e la natura giuridica degli istituti stessi, ed in buona sostanza senza plasmarli ... a mò di un trust.

Prediligere il trust significa optare per una variabilità di ingredienti ed una completezza di soluzioni

Note:

(24) M. Focosi, Atto di destinazione e trust: possibili sinergie in materia di tecnica redazionale, in questa Rivista, 2007, 18.

(25) Trattasi del decreto di omologazione del Trib. Milano, 7 giugno 2006, in questa Rivista, 2006, 575, che autorizza, nelle condizioni di separazione, l'istituzione di un trust per sovvenire i figli ed i genitori.

magari solo potenzialmente attivabili, nell'evenienza che si creino le condizioni che giustifichino la loro adozione, che non necessariamente si verificheranno; e significa prevedere una efficienza normativa non prefigurabile altrimenti.

L'istituzione del trust, per il sol fatto di invocarlo, dà vita ad uno scenario sconosciuto in un'ottica pre-trust, e non riproducibile mediante il ricorso agli strumenti canonici(26): a ciò alludevo quando disertavo sull'ontologica differenza del trust rispetto agli altri istituti.

Ritengo inverosimile, relativamente all'art. 2645 *ter* cod. civ., che successive interpretazioni od orientamenti si discostino dalle conclusioni cui siamo pervenuti in ordine alla mancanza di un fenomeno "segregativo generale" ed alla sussistenza di un "tasso di protezione relativo", alla inesistenza in capo ai beneficiari di un vero e proprio diritto soggettivo, all'impossibilità di maturare una pianificazione moderna ed efficiente; dell'eventualità non mi rammarico affatto e ciò per una semplice ragione: esso non preservava le peculiarità dell'istituto di origine anglosassone, e costituisce solo un "frammento" di trust(27). D'altronde il trust interno è oramai strumento pienamente integrato nel nostro sistema(28), e ad esso sarà opportuno ricorrere per pianificazioni di una certa complessità o che implicino la salvaguardia di interessi meramente privatistici.

Perorare la causa del trust interno non è in contraddizione, come i detrattori dello stesso pregiudizialmente eccepiscono, con il desiderio di veder varata una legge italiana sui trust. L'assenza di una legge domestica equivale alla proclamazione della sussidiarietà del nostro ordinamento (atteso che anche la Repubblica Popolare Cinese ha varato una legge sui trust!) e contribuisce alla perpetuazione di fenomeni di esterovestizione dei capitali; la promulgazione di una normativa interna offrirebbe agli operatori uno strumento ulteriore cui optare fra le varie leggi degli Stati aderenti alla Convenzione de L'Aja del 1985, ed ingenererebbe nei cittadini un affidamento più intenso, per ovvie considerazioni afferenti la colleganza con il territorio, la riferibilità domestica e la dimestichezza con l'armamentario giuridico.

Pur relegato ad un ruolo marginale(29), l'art. 2645 *ter* cod. civ. assume un significato profondo; esso, denotando (al pari del trust, e dei patrimoni dedicati ad uno specifico affare in ambito societario) la sensibilità mostrata dal legislatore a fronte delle sollecitazioni della prassi ed all'incalzare dei fenomeni

di globalizzazione dei mercati e del diritto, traccia un nuovo versante nel vasto mondo giuridico, annunciando una nuova era: la "proprietà nell'interesse altrui".

Note:

(26) M. Lupoi, *Strutturazione del trust di protezione patrimoniale. Il trust quale legittimo strumento di tutela del patrimonio* [supra, nota 14].

(27) Vedi il già citato M. Lupoi, *Gli "atti di destinazione" nel nuovo art. 2645 ter cod. civ. quale frammento di trust* [supra, nota 10].

(28) Nell'ordinanza del Tribunale di Reggio Emilia, 14 maggio 2007 [supra, nota 3], argomentando sulla legittimità del trust interno, il giudice osserva: "[...] su tale questione si è invece arenata la prima giurisprudenza, ma il problema è da intendersi oramai superato dalle numerose pronunce che hanno riconosciuto all'istituto del trust un diritto di cittadinanza nel nostro ordinamento e dalla ratio sottesa all'approvazione dell'art. 2645 *ter*, che ha tolto quasi tutte le frecce dalla faretra dei detrattori del trust interno".

(29) Alcuni autori sostengono che, a seguito dell'approvazione dell'art. 2645 *ter* cod. civ., il nostro stato non può più annoverarsi tra quelli che non prevedono l'istituto del trust. L. F. Rizzo - D. Muritano, *Il Trust. Diritto interno e Convenzione dell'Aja. Ruolo e Responsabilità del notaio. Studio approvato dal Consiglio Nazionale del Notariato*, 10 Febbraio 2006, in questa Rivista, 2006, 459.

In senso parzialmente analogo, ovvero al fine di poter ricondurre l'essenza del trust ricorrendo agli istituti interni (prescindendo dall'art. 2645 *ter* cod. civ., non ancora varato al momento dell'emanazione del provvedimento), vedi Trib. Velletri, 7 marzo 2005, in questa Rivista, 2005, 407.

Italia – Tribunale di Saluzzo

Trasferimento a trustee dei crediti fiscali di un fallimento

Fallimento – crediti fiscali – trasferimento a trustee

Il curatore può essere autorizzato a trasferire ad un trustee i crediti fiscali maturati nel corso della procedura affinché il trustee li esiga ed i crediti riscossi vengano distribuiti fra i creditori secondo le disposizioni del riparto reso esecutivo dal Giudice Delegato.

■ Tribunale di Saluzzo, Franconiero, G.D., 9 novembre 2006 [Fall. Accornero s.p.a.]

TESTO DEL DECRETO

Considerato che:

- le residue attività della procedura fallimentare sono costituite da: a) crediti commerciali verso clienti le cui possibilità di recupero appaiono assai improbabili, a causa del notevole tempo trascorso dall'apertura della procedura e dal (già constatato) infruttuoso esperimento dei relativi strumenti e procedure di riscossione coattiva, anche per la sopravvenuta irreperibilità dei debitori, o dall'intervenuto fallimento medio tempore di alcuni di essi (il tutto come da prospetto allegato all'istanza e da relazione del legale della procedura parimenti allegata); b) crediti verso l'erario per ritenute sugli interessi attivi generati dalle disponibilità liquide del fallimento depositate presso le banche, la cui esigibilità è condizionata, ai sensi dell'art. 183 t.u.i.r., alla presentazione della dichiarazione finale dei redditi; c) quote di partecipazione al capitale sociale di società ormai inattive da molti anni (come da visure camerali allegate all'istanza);

- vi è dunque l'esigenza di chiudere il fallimento, onde ottenere il pagamento del citato credito fiscale;

- la chiusura appare inoltre opportuna alla luce delle notevoli incertezze tanto in ordine all'ammontare quanto ai tempi di recupero delle altre attività sopra descritte, con evidenti prospettive di intollerabile durata della presente procedura fallimentare, già molto risalente nel tempo;

- date le difficoltà di realizzo ora evidenziate, l'ulteriore prosecuzione della procedura risulta antieconomica anche per i creditori insinuati al passivo, poiché la chiusura consentirebbe loro di recuperare quanto meno l'IVA non riscossa per la parte di credito insoddisfatta (la relativa nota di variazione ai sensi dell'art. 26 del d.p.r. n. 633 del 1972 può infatti essere emessa solo dopo la chiusura del fallimento);

- come correttamente osserva il curatore, a p. 2 dell'istanza, il conferimento delle attività fallimentari allo sta-

to esistenti in apposito trust è economicamente più vantaggioso rispetto ad una cessione delle stesse;

- infatti, contrariamente a quanto avverrebbe in caso di cessione, nessuna garanzia dell'esistenza dei crediti conferiti risulta dovuta dal fallimento cedente, come espressamente previsto dall'art. 29 dell'atto costitutivo del trust (su questo specifico punto, si veda il precedente costituito dal decreto in data 4 aprile 2003, pronunciato nella procedura fallimentare Officine Romanazzi giudice delegato F. Bonato(1), con cui è stato appunto autorizzato il conferimento in trust di un credito fiscale);

- il trust è un istituto riconosciuto dal nostro ordinamento giuridico in seguito alla ratifica della convenzione de L'Aja del 1° luglio 1984, avvenuta con legge 16 ottobre 1989, n. 364, e da ultimo con l'introduzione nel codice civile dell'art. 2645-ter, che ammette la trascrivibilità del trust nei registri immobiliari;

- dopo le iniziali incertezze, la giurisprudenza ha definitivamente ammesso il trust c.d. "interno" o "domestico", ovvero quello per il quale l'unico elemento di estraneità è la legge applicabile all'intero rapporto, generalmente la legge del Jersey, mentre i beni, la sede, la sua amministrazione e la residenza dei beneficiari e del disponente sono nell'ordinamento italiano, come appunto nel caso di specie (a titolo di esempio, possono richiamarsi i seguenti casi, in cui giudici italiani si sono trovati ad affrontare l'istituto in questione, muovendo dall'indiscussa premessa della ora riconoscibilità nel nostro ordinamento: riducibilità del trust testamentario lesivo della quota di legittima e sua riconducibilità all'istituzione fedecommissaria: Trib. Lucca 23 settembre 1997(2);

Riproduciamo il testo del decreto da Giur. comm., 2008, II, 206.

Note:

(1) Il decreto può leggersi in questa Rivista, 2003, 411 [n.d.r.].

(2) Il decreto può leggersi in Foro it, 1998, 2011 [n.d.r.].

legittimazione ad agire per la reintegrazione dei beni conferiti in trust da parte del trustee revocato Pret. Roma 13 aprile 1999(3) e Trib. Roma 2 luglio 1999(4); trascrivibilità nel registro delle imprese del trasferimento di quote di s.r.l. da soggetti italiani al loro trustee, ammessa da Trib. Bologna 16 giugno 2003(5); validità ai sensi dell'art. 2740 c.c. del trust privo di intenti fraudolenti: Trib. Bologna 1° ottobre 2003(6) e Trib. Verona 8 gennaio 2003(7);

- dalla prospettata operazione di conferimento in trust delle sopra descritte attività i creditori insinuati nel passivo fallimentare non risentirebbero di alcun danno, atteso che gli stessi, essendo designati nell'atto costitutivo del trust come "beneficiari", acquistano il diritto, azionabile in giudizio, di essere pagati con i beni conferiti nel trust, secondo l'ordine già stabilito nello stato passivo della presente procedura (così come prevede espressamente l'art. 4 dell'atto costitutivo del trust);

- un correlativo obbligo in tal senso, parimenti rilevante giuridicamente, è previsto nel citato atto costitutivo in capo al trustee (recita infatti l'art. 2, 2° comma, lett. c) della citata legge n. 364 del 1989 che "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 impostegli dalla legge");

- l'amministrazione di quest'ultimo è oggetto di controllo da parte del "guardiano del trust", nella persona dell'attuale curatore fallimentare dott. Piero Rabbia (al riguardo, si veda in particolare l'art. 26 dell'atto costitutivo);

- il regime di segregazione dei beni conferiti, effetto tipico del presente istituto giuridico di matrice anglosassone, vale a dire la separatezza degli stessi rispetto al restante patrimonio del trustee, elimina in radice qualsiasi rischio che essi possano essere distratti per il soddisfacimento delle ragioni dei creditori del trustee (infatti, il citato art. 2, 2° comma della legge n. 364 del 1989, alla lettera c), recita che "i beni del trust costituiscono una massa distinta e non fanno parte del patrimonio del trustee");

- il regime delle spese di recupero dei crediti o di realizzazione delle attività cedute al trust, nonché del compenso al trustee come sopra determinato, è del tutto analogo a quello previsto per il fallimento;

- infine, l'operazione prospettata appare vantaggiosa anche dal punto di vista fiscale, giacché secondo la prevalente opinione l'atto di costituzione del trust con trasferimento di beni e diritti al trustee è assoggettato all'imposta di registro in misura fissa ex art. 11 della tariffa, parte prima, allegata al d.p.r. n. 131 del 1986 (testo unico delle disposizioni sull'imposta di registro), non potendo essere riconducibile ad una donazione, per mancanza in capo al disponente di animus donandi nei confronti del trustee (in questo senso: Comm. Trib. Prov. Lodi, 5 novembre 2001

n. 135(8)), né ad un atto a titolo oneroso, stante l'inesistenza di corrispettivo;

Ritenuto inoltre che:

- sia opportuno nominare trustee il dott. Gian Mario Giolito, nato a ... il ..., ivi residente in via ..., attese le sue attitudini professionali e la sua già manifestata disponibilità per l'incarico;

- sia congruo stabilire nel 7% delle attività recuperate o realizzate il compenso al trustee, previsto dall'art. 23 dell'atto costitutivo;

- sia opportuno prevedere e autorizzare sin d'ora la possibilità per un perito stimatore delle attività conferite in trust, cui ricorrere nel caso in cui l'amministrazione finanziaria neghi l'applicazione dell'imposta in registro [in misura fissa], imponendo invece il pagamento in misura proporzionale delle attività in questione, considerate le recentissime evoluzioni legislative in materia tributaria (in particolare il decreto legge collegato al disegno di legge finanziaria per il 2007), potenzialmente interessanti anche la prospettata operazione;

P.Q.M. – il Giudice delegato

- autorizza il curatore fallimentare a conferire le residue attività del fallimento Accornero s.p.a. in un costituendo trust alle condizioni di cui alla bozza di atto costitutivo allegata all'istanza di autorizzazione, incaricandolo di individuare il notaio per la redazione dell'atto costitutivo ed autorizzandolo sin d'ora a prelevare il denaro della procedura per le inerenti spese;

- autorizza sin d'ora il curatore fallimentare, ai sensi dell'art. 26 n. 4) legge fallimentare (vecchia formulazione), a nominare un perito per la stima delle attività conferite nel trust nel caso in cui l'amministrazione finanziaria neghi l'applicabilità all'atto costitutivo del trust dell'imposta di registro in misura fissa, previa comunicazione del nominativo al giudice delegato;

- nomina trustee il dott. Gian Mario Giolito, fissando il relativo compenso nel 7% delle somme incassate a favore dei creditori del fallimento, oltre al rimborso delle spese sostenute per lo svolgimento del suo ufficio;

- nomina il curatore fallimentare dott. Piero Rabbia "guardiano" del trust.

Si comunichi al curatore fallimentare.

Note:

(3) Il decreto può leggersi in questa Rivista, 2000, 83 [n.d.r.].

(4) Il decreto può leggersi in questa Rivista, 2000, 85 [n.d.r.].

(5) Il decreto può leggersi in questa Rivista, 2003, 580 [n.d.r.].

(6) Il decreto può leggersi in questa Rivista, 2004, 67 [n.d.r.].

(7) Il decreto può leggersi in questa Rivista, 2003, 409 [n.d.r.].

(8) Il decreto può leggersi in questa Rivista, 2002, 418 [n.d.r.].

Belgio

Il trust nella giurisprudenza belga

Successione testamentaria – nomina di esecutore testamentario – trustee – legato – fedecommissario – insussistenza – validità della disposizione testamentaria

L'istituzione di legato contenuta in un testamento soggetto alla legge di New York, volta alla nomina di un trustee – che corrisponde alla figura dell'esecutore testamentario di diritto civile –, non configura una fattispecie di fedecommissario ereditario, nullo per il diritto civile, bensì tutt'al più un fedecommissario *de residuo*, non censurabile dal giudice.

■ Tribunal de Première Instance di Anversa, 4 marzo 1971

NOTE

M.J. Weinberg, residente a New York, istituisce con il proprio testamento Anna Molitor, Paul Meyerowitz e, in mancanza di questi, Emmanuel Simon, esecutori testamentari delle proprie volontà, nominandoli legatari dei beni della massa ereditaria. Gli esecutori, denominati nell'atto "trustee", hanno il compito di gestire i beni loro pervenuti ricercando, nel far ciò, il consenso della prima nominata: del ricavato, il testatore dispone che l'85% venga rimesso a Anna Molitor, mentre il restante 15% sia destinato, secondo la loro libera scelta, a opere di beneficenza per le persone anziane.

Della massa ereditaria fanno parte anche alcuni beni immobili siti in Anversa: tuttavia, i ritardi nel pagamento delle imposte sul mutamento della titolarità hanno dato luogo ad un debito nei confronti del fisco estremamente alto, in relazione al quale, peraltro, viene raggiunto un accordo economico.

In questo contesto, Anna Molitor agisce in giudizio per sentir dichiarare la nullità della disposizione testamentaria in proprio favore in quanto contenente un legato gravato da fedecommissario (non ammesso dal diritto civile belga) e, conseguentemente, la nullità dell'accordo economico con il fisco (con ciò, evidentemente, intendendo liberarsi dell'obbligazione tributaria).

Il Tribunale adito, nel rilevare la reale intenzione della ricorrente nel voler mantenere la propria posizione di legataria liberandosi da qualsiasi adempimento di sorta (fedecommissario e tributario), pone in evidenza come il testamento sia conforme al diritto anglosassone, e contenga disposizioni che appaiono "sorprendenti per l'ottica del diritto latino". Il te-

stamento, peraltro, non contiene un'istituzione fedecommissaria (enucleata a causa di un'erronea traduzione del termine "trustee" in "fedecommissario"⁽¹⁾), bensì la nomina di un trustee, figura che il Tribunale ritiene essere, nella specie, corrispondente a quella dell'esecutore testamentario di diritto civile.

Non si è dunque in un'ipotesi di sostituzione fedecommissaria, come emerge dal fatto che non vi è alcun dovere di conservazione e di trasferimento dei beni, bensì la massima libertà di gestione e amministrazione degli istituiti (ciò che porta, tutt'al più, ad un problema di fedecommissario *de residuo*), e, pertanto, la disposizione testamentaria considerata non è nulla e il legato mantiene tutta la sua validità, con conseguente validità, altresì, dell'accordo economico con il fisco.

(E.B.)

TESTO DELLA SENTENZA

Attendu que M. Jules Weinberg, domicilié en dernier lieu à New York (Etats-Unis d'Amérique) y est décédé le 5 novembre 1960, sans laisser d'héritier réservataire; que par testament du 21 août 1959, il a institué comme exécuteur testamentaire, en premier lieu, M. Paul Meyerowitz et, en second lieu, M. Emmanuel Simon, en cas de décès de M. Meyerowitz, et a légué à ces deux personnes, en pleine et entière disposition, tous les biens meubles et immeubles qu'il posséderait au moment de son décès, à l'exception de ceux qui seraient légués à d'autres personnes, et a institué M. Paul Meyerowitz et M. Emmanuel Simon, en cas de décès de M. Meyerowitz, exécuteurs testamentaires de son testament.

Riproduciamo il testo della sentenza da R.G.E.N., 1971, 254, n° 21475. La sentenza è commentata da Ingrid Meeussen, supra, 271. Pubblicheremo sul prossimo numero della Rivista la sentenza della Corte d'Appello di Liège del 4 novembre 2003.

Nota:

(1) Il medesimo errore di traduzione è alla base del provvedimento del Tribunale di Lucca del 23 settembre 1997, Foro it., 1998, 2011, confermato dalla Corte d'Appello di Firenze, 9 agosto 2001, in questa Rivista, 2002, 244 [n.d.r.].

teurs testamentaires et fidéicommissaires la demanderesse (Anna Molitor) et M. Paul Meyerowitz et, à défaut d'eux, M. Emmanuel L. Simon;

Attendu qu'en même temps il instituait ces exécuteurs testamentaires-fidéicommissaires pour ses légataires universels, à charge d'investir et de réinvestir les biens successoraux avec l'approbation de la demanderesse, de remettre 85 p. c. du revenu à la demanderesse et de partager le surplus de 15 p. c. entre des œuvres juives de bienfaisance à leur choix;

Attendu qu'à propos de la contestation il y a aussi intérêt à tenir note des dispositions suivantes du testament (*on résume*):

(*omissis*) 9° A la mort de Anna Molitor, je lègue le capital en son entier et tous les revenus à des œuvres juives ainsi qu'il est précisé ci-après (*omissis*).

10° Les œuvres juives visées ci-dessus seront des œuvres s'occupant d'enseignement ou s'occupant de fournir des soins à des personnes âgées. Je laisse le soin de choisir ces œuvres à la saine appréciation de mes exécuteurs testamentaires et fidéicommissaires (*omissis*).

12° Je donne à mes exécuteurs testamentaires et à mes fidéicommissaires et à leurs successeurs des pouvoirs illimités en ce qui concerne les biens immeubles et les autres biens faisant partie de ma succession (*omissis*).

Attendu que la succession de feu Jules Weinberg, qui n'était pas habitant du Royaume au sens de l'article 1er du Code des droits de succession, comprenait deux immeubles à Anvers;

Attendu que les démarches amiables pour obtenir le dépôt par les légataires universels précités d'une déclaration de mutation par décès et le paiement des droits dus ont été infructueuses; que le receveur du 4e bureau des actes civils et des successions à Anvers a décerné le 2 juin 1966 une contrainte, visée et rendue exécutoire le même jour par le directeur régional de l'enregistrement et des domaines, 1re direction, à Anvers; que cette contrainte a été signifiée les 2 et 3 juin 1966 par exploits des huissiers Florival à Anvers et Duthoo à Molenbeek-Saint-Jean, avec commandement de payer 137.500 F pour droit de mutation par décès, 100 F par mois de retard dans le dépôt de la déclaration, avec maximum de 13.750 F, les intérêts et les frais, par Anna Molitor et Meyerowitz et, à défaut de ce dernier, Simon;

Attendu que l'action originaire de la demanderesse a en substance pour objet:

1° d'entendre dire pour droit que la disposition testamentaire qui contient à son profit un legs grevé de fidéicommiss est nulle; que la contrainte est nulle et que les montants dont le recouvrement est poursuivi ne sont pas dus;

2° pour le cas où le tribunal retiendrait une thèse opposée, entendre dire pour droit que le legs à son profit doit être considéré comme valable et qu'eu égard à la renonciation par Meyerowitz et Simon à tous droits qui résulteraient pour eux du testament, la demanderesse est seule légataire des biens dépendant de la succession; lui donner acte dans ce cas qu'elle est d'accord pour payer les droits de mutation par décès tels qu'ils ont été fixés par le défendeur;

Attendu qu'il est évident que l'action de la demanderesse tend bien plus en réalité à voir consacrer ses droits de légataire qu'à entendre déclarer nulle la disposition testamentaire;

Attendu que, bien que le testament, manifestement rédigé conformément au droit anglo-saxon, contient des dispositions surprenantes dans l'optique du droit latin, ce testament ne contient aucune substitution prohibée, au sens de l'article 896 du Code civil;

Attendu de prime abord qu'il convient à cet égard d'éviter la confusion que peut entraîner le terme «fideicommiss» qui a été utilisé par M. Van Lul, traducteur juré, pour le mot anglais «trustee»; que le mot «trustee» peut signifier aussi «curateur» et «administrateur» et que le testateur lui-même à assimilé expressément cette notion à celle d'exécuteur testamentaire;

Attendu que le terme ainsi compris pourrait signifier un mandat ordinaire *post mortem* ou un simple fidéicommiss (De Page, T. VIII, N° 1734), encore que les fidéicommissaires sont les gratifiés réels, du fait qu'une libéralité au profit d'un tiers est laissée à leur libre arbitre;

Attendu que le legs diffère de la substitution prohibée, puisqu'il n'implique certainement pas la condition de conserver et de rendre; que les légataires reçoivent des pouvoirs illimités sur les biens légués et que le droit de désigner les bénéficiaires leur est laissé; qu'ainsi, il peut seulement être question de fidéicommiss *de residuo*, sans qu'un tiers désigné par le testateur trouve un titre dans le testament (De Page, t. VIII, nos 1731, 1750, 1756 A; Kluykens, De Schenkingen en Testamenten, nos 283 et 284);

Attendu que l'action n'est donc pas fondée, en tant qu'elle vise à faire dire pour droit que la disposition testamentaire, qui institue au profit de la demanderesse le legs grevé de fidéicommiss, est nulle;

Attendu que le rejet de l'action en nullité en fonction du moyen de droit invoqué implique à cet égard – mais seulement à cet égard – la validité du legs, et qu'aucune disposition expresse à ce sujet n'est nécessaire;

Attendu, pourtant, qu'en l'absence à l'instance de MM. Meyerowitz et Emmanuel Simon, à défaut de preuve de leur renonciation et à défaut de débat sur d'autres cau-

ses éventuelles de nullité, il n'est pas possible de dire en cette instance que la demanderesse est la seule légataire;

(omissis)

Par ces motifs, le Tribunal, déclare l'action non fondée

en tant qu'elle a pour objet de dire pour droit que la disposition testamentaire contenant au profit de la demanderesse un legs avec charge de fidéicomis est nulle et sans valeur et que par conséquent la contrainte décernée le 2 juin 1966 et le commandement des 2 et 3 juin 1966 sont nuls; déclare l'action non recevable pour le surplus, etc.

Trust testamentario – cittadino inglese residente in Belgio – legato – sostituzione fedecommissaria – insussistenza – norme di ordine pubblico – violazione – insussistenza – prevalenza della sostanza sulla forma – nullità della sostituzione

Il trust testamentario istituito da un cittadino inglese residente in Belgio in favore dei propri discendenti inglesi, su beni siti anche in Belgio, non costituisce sostituzione fedecommissaria, nulla per il diritto belga, per difetto dei presupposti della sostituzione stessa (assenza di doppia liberalità; mancanza di un obbligo di conservazione e di trasferimento; irrilevanza della morte del trustee).

Il trust testamentario, istituito legato ad una nozione di "fiducia" nota al diritto belga, ma ormai desueta e dimenticata, in linea di principio non è contrario alle norme di ordine pubblico, né alle disposizioni che impongono all'intestatario di un bene di averne quanto meno l'usufrutto o la nuda proprietà, essendo concepibile una titolarità nell'interesse e a beneficio di un terzo.

Nel giudicare la validità di una disposizione testamentaria il giudice deve avere riguardo esclusivamente alla volontà manifestata dal *de cuius*, a prescindere dalla terminologia (atecnica) che questi abbia impiegato, dando prevalenza alla sostanza sulla forma, e indipendentemente dall'applicabilità in Belgio delle norme del diritto inglese.

Costituisce legato sottoposto a condizione risolutiva la disposizione testamentaria che preveda che un soggetto goda dei benefici derivanti da un determinato bene fino a quando altri ritenga di escludere tale godimento. Siffatto legato non è nullo, bensì è nulla esclusivamente la condizione apposta, di talché il legato deve essere considerato come un legato puro e semplice.

■ **Tribunal civil de Bruxelles, 6e ch., M. Carlier, 27 novembre 1947 [Evans c. Evans]**

NOTE

La pronuncia che segue si segnala per le interessanti analisi che il Tribunale di Bruxelles compie in relazione alla validità e ammissibilità in Belgio di un trust testamentario istituito da un cittadino inglese residente in Belgio in favore dei propri discendenti, anch'essi inglesi, avente in parte ad oggetto beni siti in Belgio, del quale era stato nominato trustee un istituto bancario.

Un primo punto, non di interesse in questa sede, attiene all'accertamento della competenza giurisdizionale. Dichiarata la propria competenza, il Tribunale di Bruxelles analizza il merito della causa, basato su tre punti di diritto. Innanzi tutto, la nullità del testamento in quanto contenente una sostituzione

fedecommissaria vietata dal diritto belga; in secondo luogo, l'inapplicabilità ad una successione aperta in Belgio delle norme inglesi e, conseguentemente, l'impossibilità di dichiarare valido un trust perché contrario alle norme di ordine pubblico del Belgio; infine, la nullità del testamento in quanto contenente legati in favore di persone non nate e non concepite.

Quanto al primo punto, il Tribunale rileva come la norma che vieta la sostituzione fedecommissaria è sì norma di ordine pubblico, ma altresì come ciò non implichi automaticamente anche nullità dell'intero

Riproduciamo il testo della sentenza da Pasirisie Belge, 1948, III, 51. La sentenza è commentata da Ingrid Meeussen, *supra*, 271.

testamento nel quale essa sia contenuta⁽²⁾: la nullità, infatti, colpisce la sola sostituzione, mentre la restante volontà testamentaria resta valida ed efficace. Nel caso portato all'attenzione del Tribunale, tuttavia, mancano i dati propri e caratterizzanti una sostituzione fedecommissaria: non vi è, infatti, alcuna doppia liberalità, prima in favore del trustee istituito erede, e quindi in favore di altri soggetti; né vi è un obbligo di conservazione e di trasferimento dei beni; né, infine, la conservazione dei beni nel patrimonio del trustee è preordinata al loro trasferimento a terzi al momento del suo decesso. Inoltre, rileva il Tribunale, non sussistono nemmeno le condizioni che hanno portato il legislatore a ritenere nulli i fedecommissi: nel caso di specie, infatti, pur essendo i beni intestati ad un trustee, questi ne può disporre liberamente, nel rispetto del principio della libera circolazione dei beni.

Ciò posto, il Tribunale evidenzia come il testamento oggetto di controversia non contenga alcuna sostituzione fedecommissaria, bensì più semplicemente un trust testamentario, basato su alcune disposizioni legate alla "fiducia", istituto ormai desueto per il diritto belga, che, in linea generale, non viola alcun principio di ordine pubblico. Al trustee compete una missione fiduciaria ("confidence") che esclude *in nuce* la qualità di proprietario dei beni, sebbene apparentemente sia stato istituito legatario. L'ufficio di trustee, d'altronde, è gratuito, avendo egli solamente diritto ad un rimborso spese, e quando il trustee sia professionale, una banca, l'unico vantaggio che egli trae è legato alle commissioni che costituiscono remunerazione di un'attività professionale, non frutti di un legato.

Il Tribunale rigetta altresì la domanda del ricorrente basata sulla presunta nullità del trust, in quanto strumento contrario all'ordine pubblico del Belgio, affermando che, sebbene nel caso di specie si tratti di applicare in Belgio una legge straniera, è necessario anche rispettare il principio dell'autonomia della volontà del testatore, e dagli elementi a disposizione del Tribunale non risulta nulla in contrasto con l'ordine pubblico, tanto meno in contrasto con il principio per il quale non è possibile avere la titolarità di un bene senza averne anche quanto meno l'usufrutto o la nuda proprietà. La validità del trust è ammessa tanto dalla giurisprudenza quanto dalla dottrina francese e le difficoltà che in ordine ad essa si riscontrano sono legate alla terminologia altamente tecnica che caratterizza il trust e che non ha equiva-

lenti di lingua francese: ciò posto, tutto quello che conta, a prescindere dal linguaggio impiegato, è la legittima volontà del testatore, che nella specie era un cittadino inglese (residente in Belgio) e intendeva legittimamente disporre del proprio patrimonio in favore dei propri discendenti, anch'essi inglesi.

Infine, quanto al terzo punto, chiarita la portata della norma che vieta disposizioni testamentarie in favore di non nati e non concepiti al momento della morte del *de cuius*, per cui tutti i discendenti del testatore che dovessero nascere successivamente sono comunque esclusi dai benefici derivanti dalle disposizioni del trust (nonostante diversa intenzione del testatore-disponente), il Tribunale qualifica le previsioni testamentarie che consentono ad alcune persone di escluderne altre dal godimento dei benefici derivanti dal trust come dei legati sottoposti a condizione risolutiva, in quanto tali non validi e da ricondurre più propriamente a dei legati puri e semplici, dovendosi considerare la condizione risolutiva come non scritta.

(E.B.)

TESTO DELLA SENTENZA

LE TRIBUNAL; - Attendu que l'action tend à faire ordonner qu'il soit passé outre aux opérations de compte, liquidation et partage de la succession de feu Lloyd Evans, père du demandeur et des première- et deuxième défenderesses;

Attendu que le tribunal, avant d'ordonner le partage et de désigner des notaires à cette fin, doit trancher préalablement de graves difficultés ayant trait à la compétence du tribunal et à l'interprétation du testament du défunt;

Attendu que, en outre, le tribunal est saisi par le demandeur d'une demande de secours alimentaire, de désignation de séquestre à la succession, et d'une demande de déclaration de jugement commun vis-à-vis de l'état belge (sixième défendeur);

Attendu que la première défenderesse, agissant par voie reconventionnelle, demande également l'octroi d'une pension alimentaire jusqu'à la clôture des opérations de partage;

Attendu que la quatrième défenderesse, Miss Boers, demande la surséance jusqu'à décision par la cour suprême

Nota:

(2) A questo proposito si v. M. Lupoi, I trust nel diritto civile, in Trattato di Diritto Civile diretto da R. Sacco, I diritti reali, vol. 2, Torino, 2004, pp. 207-237.

de justice de Londres, sur l'appel qu'elle a interjeté contre un jugement rendu entre parties, le 9 juillet 1947, relativement au domicile du *de cuius* lors de son décès, par la High Court of Justice de Londres, pour le motif que les actions introduites à Londres et à Bruxelles ont la même cause et le même objet et qu'il est de bonne justice que le tribunal de première instance de Bruxelles, second saisi, décide de surseoir au jugement jusqu'à ce que la justice anglaise ait statué définitivement;

Attendu que les deuxième et troisième défendeurs, époux Vanderburgh-Evans, bien que régulièrement assignés par exploit de l'huissier Baiwir de Bruxelles, en date du 23 novembre 1946, et réassignés en vertu de l'article 153 du Code civil par l'exploit du 10 mars 1947, régulièrement dénoncé aux avoués des autres parties, n'ont pas constitué avoué; qu'il sera en conséquence statué par jugement non susceptible d'opposition par les défaillants et réputé contradictoire entre toutes les parties (Code de proc. civ., art. 153);

I. Quant à la compétence:

Attendu que la quatrième défenderesse prétend que la solution du présent litige est de la compétence exclusive des tribunaux britanniques, pour le motif que le défunt était de nationalité anglaise et qu'il était, lors de son décès, survenu le 4 juillet 1944, domicilié à Londres;

Attendu qu'en droit belge, le tribunal compétent pour juger les litiges en matière de succession dépend du lieu d'ouverture de la succession, et que celui-ci est fixé au lieu du domicile du *de cuius* lors de son décès;

Attendu en conséquence que ce tribunal sera compétent, même en ce qui concerne la succession mobilière du *de cuius*, s'il est démontré que, lors de son décès, il était domicilié 167, avenue Molière, à Bruxelles, ainsi que le prétend le demandeur;

Attendu cependant qu'on fait valoir que, le défunt étant de nationalité étrangère, c'est sa loi nationale qui serait applicable au règlement de sa succession, d'autant plus qu'il s'agit d'une succession testamentaire;

Attendu qu'en l'espèce, aucune difficulté ne surgit du fait que les immeubles successoraux sont nécessairement soumis à la loi belge (Code civ., art. 8, al. 2) et que pour les meubles, même si l'on admet qu'ils sont régis par la loi nationale du *de cuius* quel que soit le lieu d'ouverture de la succession, la loi nationale anglaise décide que le régime à appliquer en matière de meubles est celui du domicile du défunt au jour de son décès;

Attendu que la quatrième défenderesse a prétendu faire juger cette question par les tribunaux anglais, et que la High Court of Justice de Londres, saisie de sa demande, a rendu une décision favorable à la thèse du demandeur -

c'est-à-dire au domicile belge -, décision dont elle a interjeté appel, et qui lui sert de prétexte pour demander la surseance, le tribunal belge étant le second saisi;

Attendu que cette demande ne peut être admise; que, le litige ayant été soumis simultanément à deux juridictions de nationalité différente, il appartient à chacune d'elles de le résoudre suivant les principes de leurs lois nationales respectives, et en toute indépendance;

Qu'il importe donc que le tribunal belge, quelque considération qu'il éprouve à l'égard de la juridiction anglaise, arbitre le litige suivant la loi belge et qu'il n'y a pas lieu de s'arrêter au fait qu'il est le second saisi;

Qu'il faut d'autant plus en décider ainsi que les principes du droit anglais, en matière de changement du domicile de choix, diffèrent nettement de ceux admis par la loi belge, puisqu'en droit anglais on peut abandonner son domicile de choix sans le transférer ailleurs, auquel cas on reprend son domicile d'origine, en l'espèce le domicile anglais, tandis qu'en droit belge le domicile de choix ne se perd que si l'intéressé l'abandonne intentionnellement et transfère son habitat dans un autre endroit, à titre de principal établissement; qu'à défaut d'établir ce double élément intentionnel et matériel, l'intéressé conserve son domicile antérieur, le domicile ne pouvant en aucun cas être incertain;

Attendu que Miss Boers sollicite de pouvoir prouver par témoins que le défunt aurait transféré à Londres son domicile;

Attendu que l'enquête doit être refusée parce qu'il apparaît des faits déjà établis que le défunt n'a pas perdu son domicile en Belgique, ni d'intention ni de fait;

Attendu qu'il est constant qu'en mai 1940, au moment de l'invasion du territoire qui l'obligea à quitter le pays, Lloyd Evans était domicilié à Forest-lez-Bruxelles, dans son immeuble de l'avenue Molière; que son intention de rester en Belgique n'était pas douteuse, puisqu'il y vivait depuis longtemps, retiré des affaires, qu'il obtint même dans un cimetière d'une commune de l'agglomération bruxelloise une concession et que sa femme et sa sœur sont déjà inhumées dans le caveau qu'il y fit construire pour lui et les siens;

Attendu que, lors de son bref séjour en France, il écrivit le 18 juin 1940 une lettre à ses enfants, dans laquelle il déclare qu'il se considère comme citoyen belge, domicilié en Belgique depuis dix-neuf ans, et qu'il n'est en France que comme réfugié; ce qui implique clairement son intention de réintégrer son domicile en Belgique dès qu'il le pourrait; que cependant l'avance allemande lui fit prendre la décision de chercher asile en Angleterre et qu'il arriva ainsi comme réfugié au pays natal, où il résida à Lond-

res, dans divers appartements meublés, jusqu'au jour de son décès, et toujours à titre provisoire;

Attendu que le désir de Lloyd Evans de ne pas se fixer à Londres ni en Angleterre à titre définitif, résulte des efforts qu'il fit au cours de la guerre pour quitter le pays dont le climat ne lui convenait pas, et que s'il n'a pu réaliser son désir de partir pour des régions à climat plus clément, c'est uniquement en raison des règlements et des nécessités militaires qui y faisaient obstacle;

Qu'en conséquence, s'il était même acquis que le défunt ait, au cours de la guerre, manifesté son intention de ne plus se réinstaller à Bruxelles au retour de la paix, il n'en resterait pas moins que l'élément matériel, indispensable au transfert de domicile, continuerait à faire défaut;

Attendu que le séjour à Londres de Lloyd Evans à titre précaire et pour la durée de la guerre peut être déduit du fait qu'il ne prit en Angleterre aucune inscription de domicile, qu'il vécut en appartements meublés, qu'il ne tenta pas de rapatrier en Angleterre ses capitaux, et de ses tentatives de partir;

Attendu que, étant retiré des affaires depuis plus de vingt ans, il n'avait, à aucun endroit, le centre de ses intérêts, et que la gestion de ses capitaux, éparpillés un peu partout, n'exigeait à aucun titre sa présence à Londres; qu'on ne peut dire davantage qu'il y ait eu le centre de ses affections, puisque ses enfants se trouvaient dispersés en Angleterre, en Hollande et à l'armée d'Égypte, et que ses chers défunts se trouvaient inhumés en terre belge;

Attendu qu'il est dès lors sans pertinence que le *de cuius* ait parfois manifesté pendant la guerre son intention de ne plus revenir en Belgique; car il a pu, à diverses autres occasions, faire montre d'une volonté inverse, qui pourrait être inférée de ce que, pendant son séjour en Angleterre, il ne cessa de fréquenter assidûment les milieux belges et les Anglais réfugiés comme lui de Belgique en Angleterre;

Attendu que la conclusion à adopter est que les intentions du *de cuius* ont flotté au gré des événements favorables ou défavorables qui se succédaient, et que son indécision se comprend d'autant mieux que nul ne pouvait prévoir à cette époque dans quel état politique et matériel la Belgique et spécialement Bruxelles, où le *de cuius* était domicilié, se trouveraient après la guerre;

Attendu qu'il résulte des considérations ci-dessus que le défunt n'a pas cessé d'avoir, jusqu'au jour de sa mort, son domicile à Forest-lez-Bruxelles, et qu'en conséquence, tant en vertu des règles du droit anglais que de celles du droit belge, le tribunal de Bruxelles est compétent pour juger l'action qui lui est soumise;

II. Quant à la validité du testament litigieux:

Attendu que le demandeur prétend faire annuler par le

tribunal le testament paternel pour les motifs suivants: 1° le testament serait entaché de substitution prohibée (Code civ., art. 896); 2° il n'est pas possible d'appliquer à une succession qui doit être régie par les principes du droit belge, des règles et institutions anglaises, notamment d'admettre comme légale, en Belgique, la constitution d'un trust contraire à l'ordre public; 3° le testament a violé l'article 906 du Code civil en instituant des libéralités au profit de personnes incertaines, et a usé de la faculté d'élire, interdite par le droit belge;

A. Quant à la prétendue substitution prohibée:

Attendu que le demandeur déclare en ses conclusions que le testament est nul comme contenant manifestement une substitution prohibée;

Attendu sans doute que, en matière de testament comme en matière de contrat, le principe de l'autonomie de la volonté est limité par la nécessité de maintenir les dispositions légales en toute matière qui touche aux bonnes mœurs ou à l'ordre public (Code civ., art. 6); que les dispositions de la loi belge qui prohibent les substitutions fidéicommissaires touchent à l'ordre public, et que ces substitutions ne peuvent être validées en droit belge, même si elles sont admises par la loi nationale du testateur;

Mais attendu qu'il n'en résulte pas cependant que pareil testament soit nul; que seules doivent être annulées les dispositions contenant les substitutions interdites (art. 896) et que le respect des dispositions légales n'exige pas qu'on aille au-delà, la volonté du défunt restant valable et faisant loi pour tout ce qui ne lui est pas défendu;

Attendu que, sous cette importante réserve, il convient de rechercher si le testament litigieux comporte la substitution prohibée alléguée par le demandeur;

Attendu qu'il est curieux à cet égard de constater que le demandeur se montre peu soucieux de préciser l'identité des grevés et des appelés et préfère soumettre au tribunal deux hypothèses - les seules possibles d'après lui - en l'invitant à exercer en son lieu et place un choix qui pour tant lui incombe normalement;

Attendu que, comme l'enseigne De Page (*Traité élém. de droit civil belge*, t. VIII, 2, p. 1803), «La substitution prohibée suppose essentiellement: 1° l'existence d'une double libéralité à réalisation successive portant sur les mêmes biens; 2° la charge pour le grevé ou premier bénéficiaire de conserver ces biens et de les rendre aux appelés, dévolutaires au second degré; 3° l'*ordo successivus*, c'est-à-dire la conservation des biens susdits jusqu'au décès du grevé, dans son patrimoine, ces biens étant transmis aux appelés en conséquence et par le fait de son décès»;

Attendu que si l'on examine la première hypothèse, dans laquelle la cinquième défenderesse serait la grevée, et

les enfants et petits-enfants les appelés, on devra conclure que les conditions énumérées ci-dessus et indispensables toutes les trois, puisqu'elles constituent un tout indivisible (De Page, *ibid.*, p.1805), ne se trouvent pas réalisées;

Qu'il n'y a pas en l'espèce double libéralité, puisque la banque ne peut disposer à son profit de la chose léguée et n'a le droit de gérer et d'administrer les biens successoraux qu'au profit des bénéficiaires véritables des legs; qu'il n'y a pas davantage obligation de conserver les biens pour les rendre aux appelés; mais au contraire obligation de les gérer, avec droit et éventuellement devoir de les réaliser si l'intérêt des bénéficiaires l'exige; qu'il ne peut, en conséquence, être question de rendre identiquement ces mêmes biens aux appelés; et qu'enfin la cessation d'existence de la banque ne pourrait opérer aucune translation de ses biens patrimoniaux dans le patrimoine des appelés puisque le patrimoine propre de la banque est absolument distinct des divers patrimoines dont elle a la gestion en qualité de trustee;

Attendu que l'examen de la deuxième hypothèse, dans laquelle le demandeur suggère de considérer les trois enfants et Miss Boers comme grevés, et les petits-enfants ou arrière-descendants du *de cuius* comme appelés, ne conduit pas à un résultat plus favorable aux desiderata du demandeur;

Attendu en effet que le *de cuius* a pris soin de préciser minutieusement dans son testament, d'une part les droits de ses enfants et de Miss Boers qui bénéficient d'un usufruit viager, et d'autre part ceux des autres bénéficiaires qui ne sont nantis que d'une nue propriété; qu'en conséquence, il ne s'agit pas d'une double libéralité portant sur les mêmes biens;

Attendu d'autre part que le Code lui-même a pris soin de dire, pour éviter toute discussion sur ce point, que ne sera pas davantage regardée comme substitution et sera valable «toute disposition entre vifs ou testamentaire par laquelle l'usufruit sera donné à l'un et la nue propriété à l'autre» (Code civ., art. 899);

Attendu donc qu'il ne peut être question d'une obligation pour les grevés de conserver un bien sur lequel un tiers - la banque - a un droit exclusif de disposition, ni de rendre un usufruit qui par essence même s'éteint du fait de leur décès, et dont le seul usage consiste à être consommé par les usufruitiers au fur et à mesure qu'ils encaissent les revenus qui le constituent;

Que l'on objecterait vainement que les petits-enfants verront plus tard l'usufruit de leurs parents et de Miss Boers se joindre à leur nue propriété; que cet événement n'opère aucune transmission de biens du patrimoine des parents dans celui des petits-enfants, mais la naissance

d'un usufruit nouveau issu de la volonté du testateur qui les a avantagés de ce droit, en second ordre, et qui n'a rien de commun avec l'*ordo successivus*, nécessaire en cas de substitution;

Attendu enfin que l'on ne se trouve pas en l'espèce en présence des dangers qui ont déterminé le législateur à prohiber les substitutions fidéicommissaires, puisque les biens ne sont pas rendus indisponibles par leur mise hors commerce, et qu'il n'y a pas non plus pour les créanciers mise en péril de crédit;

Attendu qu'il faut conclure des considérations ci-dessus que le testament querellé ne contient aucune substitution prohibée, cachée sous les apparences d'un trust, mais une série de dispositions qui s'apparentent à la fiducie, institution tombée pratiquement en désuétude en Belgique, mais qui n'offre rien de contraire, en principe, aux bonnes mœurs ou à l'ordre public; qu'en ce cas le trustee, véritable héritier fiduciaire, c'est-à-dire apparent, ne fait que remplir pour compte des véritables gratifiés une mission de confiance (trustee et fiducie ont la même signification étymologique) qui exclut en son chef la qualité de propriétaire des choses soi-disant léguées; que c'est donc à bon droit que le trustee soutient dans ses conclusions qu'il n'est pas légataire et ne peut être condamné en cette qualité;

Que la doctrine et la jurisprudence tant en Angleterre qu'en France sont d'accord sur ce point, et que cela se conçoit aisément si l'on se rappelle que l'office de trustee, comme celui de mandataire, est en principe gratuit, et que le trust n'a droit rigoureusement qu'au remboursement de ses débours; que s'il s'agit d'un établissement financier s'occupant de trust, en application de ses statuts, l'avantage qu'il retire de sa gestion réside dans les commissions bancaires qui lui sont dues, et qui ne sont pas le fruit du legs, mais la rémunération de son activité professionnelle, suivant ses statuts et l'usage des lieux en la matière;

B. Validité du trust:

Attendu que le demandeur objecte en second ordre qu'il est interdit d'appliquer à une succession ouverte en Belgique et régie par le droit belge des institutions et des coutumes étrangères, et que notamment un trust ne peut être validé en Belgique, parce qu'il est essentiellement contraire à l'ordre public;

Attendu que la première remarque du demandeur doit être rejetée parce qu'elle porte à faux et résulte d'une confusion;

Attendu en effet qu'il ne s'agit pas d'appliquer, en principe, à une succession régie par le droit belge, les principes et les institutions d'une loi étrangère, mais de respecter l'autonomie de la volonté du testateur qui fait loi en vertu

des principes universellement admis en droit belge, sauf à ne pas violer les règles impératives de la loi dans le domaine des bonnes mœurs et de l'ordre public (Code civ., art. 6);

Attendu qu'on ne voit pas pourquoi un Anglais, n'ayant aucune connaissance de la législation belge et rédigeant en anglais un testament en faveur de ses enfants anglais, ne pourrait pas se référer, pour la dévolution de ses biens, à sa loi nationale, sous les réserves indiquées ci-dessus; que sa volonté doit donc être exécutée, en principe;

Attendu cependant que le demandeur insiste et dit que la constitution d'un trust est en soi une violation de l'ordre public belge;

Attendu que le tribunal ne trouve pas dans les éléments versés aux débats la justification de cette allégation et ne voit pas pour quel motif une succession testamentaire assortie d'une fiducie serait nulle aux yeux du droit belge;

Attendu que, à part une décision isolée (Rouen, 19 décembre 1927, Darras, *Revue de droit international privé*, 1928, p. 511, et Clunet, 1928), la jurisprudence française, seule appelée jusqu'à ce jour à se prononcer sur la question, a décidé à maintes reprises que cette institution du trust ne heurtait pas en principe l'ordre public français (notamment Paris, 7 août 1883, Clunet, 1884, p. 192; Seine, 6 mars 1897, *ibid.*, 1911, p. 594; Nice, 3 mai 1905, *ibid.*, 1911, p. 278; Seine, 15 mai 1906, *ibid.*, 1910, p. 1229);

Que ces décisions concordent avec l'opinion des auteurs français qui ont le mieux approfondi la question, notamment P. Lepaulle (*Traité théorique et pratique des trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*) et Raoul Aghion, professeur de droit à l'école des hautes études de droit de Paris, dans diverses études remarquables consacrées à la question dans la *Revue de l'Institut de droit comparé* (1930, p. 65; 1931, p. 49); que les études de ces jurisconsultes spécialisés dans la question aboutissent toutes à la parfaite validité des trusts, sous réserve du respect des règles touchant à l'ordre public dans le pays du lieu d'ouverture de la succession;

Attendu que le demandeur objecte en vain que le trust, tel qu'il est admis en Angleterre, violerait les principes du droit de propriété et qu'il ne peut être propriétaire d'un bien dont il n'a ni l'usufruit, ni la nue propriété;

Attendu qu'il a été répondu à ce grief lorsque le tribunal a décidé que le trust n'était pas légataire des biens prétendument légués et dont le testateur souligne expressément qu'il pourra en disposer «comme s'il en était propriétaire», indiquant par là qu'il ne l'est pas; qu'en effet le trust n'est pas propriétaire, qu'il doit conserver le patrimoine en trust bien distinct de son avoir personnel (cf. P.

Lepaulle, *op. cit.*, p. 275 et 162, où l'auteur envisage les conséquences en cas de confusion de la chose faisant partie du trust et de son patrimoine personnel);

Attendu qu'il ne faut pas s'attacher littéralement au sens des mots employés par le *de cuius*; qu'en effet, le testateur ayant employé la langue anglaise pour la rédaction de son testament, les termes employés par lui peuvent ne pas toujours trouver leur exact équivalent dans la terminologie juridique usitée en langue française, et qu'une traduction reste toujours un moyen imparfait pour exprimer dans toutes ses nuances la pensée de l'auteur de l'écrit, surtout dans une matière technique et délicate;

Attendu enfin qu'il est de principe unanimement admis en droit belge que la pensée réelle du testateur, lorsqu'elle n'est pas douteuse, doit être préférée à sa pensée exprimée, lorsque celle-ci ne reflète pas exactement l'intention et la volonté du *de cuius*; qu'en l'espèce le testateur, ignorant du droit, a pu s'exprimer d'une façon malhabile et qu'il ne faut pas trop s'arrêter aux mots «je lègue» si ces termes n'ont pas en anglais - lorsqu'il s'agit de la constitution d'un trust - la même signification qu'en français; qu'il échet enfin, en cas de doute sérieux, d'appliquer au testament, comme en matière contractuelle, la maxime d'interprétation indiquée à l'article 1157 du Code civil: «Lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit l'entendre dans celui qui peut avoir quelque effet, plutôt que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire aucun»;

Attendu, en conséquence, que la seconde objection du demandeur doit être écartée comme non fondée;

C. Quant à l'annulation des legs, par application de l'article 906 du Code civil, et à la faculté d'élire:

Attendu que le demandeur prétend, sur la base de l'article 906 du Code civil, faire annuler les legs en faveur des petits-enfants du *de cuius* en soutenant qu'il s'agirait de personnes incertaines, que le testateur ne connaît pas et dont il ne peut se faire aucune idée précise, et qu'on ne peut tester en faveur de descendants qui ne seraient ni nés ni conçus lors du décès du testateur;

Attendu que le demandeur se méprend sur la portée de l'article 906 du Code civil, lequel ne défend pas les dispositions de l'espèce, avec la nullité à titre de sanction à l'égard de tous les légataires institués, mais frappe seulement d'une incapacité de recevoir par testament, les personnes qui ne seraient ni nées, ni conçues au jour du décès du testateur; que la conséquence en sera que les enfants nés après la mort de leur grand-père seront exclus de toute part dans la succession, mais que les autres n'en bénéficieront pas moins des legs que le défunt leur a faits, et qui gardent toute leur efficacité;

Attendu enfin que le testament litigieux ne contient aucune faculté d'élire;

Attendu qu'il est certain qu'un testament doit être l'expression de la volonté personnelle du testateur qui ne peut se décharger sur autrui du soin de désigner un légataire; mais qu'il n'y a pas faculté d'élire dans le fait de léguer à quelqu'un une quote-part de sa succession, en permettant à une autre personne de priver le bénéficiaire de son legs s'il ne s'en montrait pas digne; qu'en ce cas, en effet, il y a legs avec condition résolutoire et que le légataire bénéficie d'un droit actuel et positif, qu'il est en droit d'aliéner et qu'il tient ce droit du testateur lui-même et non de la volonté d'autrui;

Attendu que, fallût-il même admettre l'illégalité de cette faculté accordée par le testateur à ses enfants d'exhérer, s'ils le jugent bon, un de leurs propres enfants, il en résulterait non pas la nullité des legs, mais que la clause illégale serait réputée non écrite, et que la condition résolutoire seule serait nulle et non avenue, le legs fait par le *de cuius* se trouvant dès à présent définitivement consolidé au profit des ayants droit désignés dans le testament;

III. Quant aux autres chefs de la demande:

A. Réduction des legs:

Attendu que le demandeur postule, en sa qualité d'héritier réservataire, que les libéralités consenties par le *de cuius* soient réduites à la quotité disponible, soit au quart de la succession;

Attendu que, en vertu de l'article 913 du Code civil, disposition d'ordre public, le demandeur a incontestablement droit à sa réserve, mais que s'il a, en conséquence, le droit de postuler la réduction des legs dont l'ensemble entamerait sa réserve, il n'a cependant aucun droit de faire réduire les legs pour assurer l'intégrité de la part réservataire de ses cohéritiers - en l'espèce de ses deux sœurs - pour le motif que celles-ci sont seules maîtresses de leurs droits et peuvent, en tout état de cause, exécuter le testament si elles le jugent bon;

Attendu en conséquence que le demandeur ne peut être admis qu'à faire réduire l'ensemble des legs aux trois quarts de la succession de façon à garantir ses droits, et que pour le surplus il est sans titre ni droit;

Attendu que, par suite du bien-fondé de cette action en réduction, il échet de décider que les legs faits aux première et deuxième défenderesses, ainsi qu'à Miss Boers, devront être réduits au marc le franc par les notaires liquidateurs jusqu'à due concurrence, et que les pouvoirs de gestion et d'administration du trust ne peuvent plus s'exercer sur la quote-part réservataire revenant au demandeur;

Attendu enfin que le demandeur, agissant en sa qualité d'héritier réservataire, perd sa qualité de légataire, et ne

pourra intervenir à ce titre dans les opérations du partage; qu'au surplus il tombe sous le coup de l'article 17 du testament, privant de tout droit celui de ses héritiers qui discuterait ses volontés ou refuserait d'exécuter le testament; que seul son droit à un quart de la propriété des biens successoraux lui reste acquis par la force de la loi (Code civ., art. 913);

B. Quant au rapport:

Attendu que le demandeur prétend, par application de l'article 843 du Code civil, que les libéralités faites par son père à ses deux sœurs sont sujettes à rapport pour n'avoir pas été faites expressément par préciput et hors part ou avec dispense de rapport;

Attendu que la dispense de rapport ne doit pas être faite au moyen de termes sacramentels et peut être tacite, pourvu que la volonté du défunt soit certaine et qu'elle résulte des données mêmes du testament; qu'une partie de la doctrine admet même qu'elle puisse résulter de circonstances extrinsèques, qui sont, dans l'espèce, extrêmement solides; qu'en effet, il n'est pas sérieux d'envisager que le défunt, qui est Anglais et qui rédige en Angleterre un testament en faveur de successibles anglais, dans lequel il se réfère aux us et coutumes anglais, ait pu songer à obliger ses légataires à un rapport successoral que cette législation ignore et dont lui-même ne soupçonne vraisemblablement pas l'existence;

Attendu que si l'on veut s'en tenir à un système plus rigoureux et semble-t-il plus conforme aux exigences légales, on peut trouver dans le texte même du testament, des raisons d'admettre la volonté certaine du *de cuius* de dispenser du rapport les bénéficiaires de ses legs;

Attendu en effet qu'il lègue toute sa fortune, non par attributions de biens attribués *in specie*, ce qui permettrait de soutenir avec plus ou moins de raison qu'il y a eu simplement «volonté d'allotissement» et droit pour le bénéficiaire d'exiger que le bien fût compris dans son lot, mais que toute sa fortune, sous déduction de certains legs particuliers, est léguée par parts inégales au moyen de legs à titre universel; que l'obligation du rapport ayant sa base légale dans le principe de l'égalité dans le partage est déjà en conflit avec la volonté du testateur d'attribuer à ses enfants des parts inégales;

Attendu que la doctrine admet généralement qu'il y a dispense tacite de rapport lorsque le testateur a réparti les biens successoraux en divers legs à titre universel (De Page et Dekkers, *Traité élém. de droit civil belge*, t. IX, p. 922; Aubry et Rau, t. X, p. 632; Laurent, t. X, n° 577, et Huc, t. V, n° 340);

Attendu que lorsque des légataires à titre universel se trouvent en concours avec un héritier réservataire, il ne se

produit aucun partage entre eux, et que l'héritier réservataire ne peut agir qu'en réduction des legs portant atteinte à sa réserve, et qu'ainsi, à défaut de partage, la question du rapport ne se pose même pas (De Page, *op. cit.*, t. IX, p. 922, n° 1230);

Attendu enfin qu'il est de jurisprudence que, lorsque le défunt a donné à un de ses successibles des choses qui par leur nature sont destinées à être employées journellement aux besoins de la vie, il a manifestement voulu les dispenser du rapport (cass., 27 février 1902, Pasic, 1902, I, 168); que ce principe, admis en matière de donation, doit pour des motifs semblables être appliqué à un legs d'usufruit puisque, dans ce cas aussi, la libéralité a pour objet des choses dont la destination normale est d'être consommées au jour le jour par l'usufruitier; qu'il serait contradictoire de l'obliger à rapporter ce qu'il est autorisé à consommer;

Attendu au surplus que l'obligation du rapport n'existe qu'entre cohéritiers venant ensemble à la même succession; qu'en l'espèce les petits-enfants ne sont pas les héritiers du *de cuius*, et ne viennent pas simultanément avec leurs parents à la succession de leur grand-père;

Attendu que la prétention du demandeur quant au rapport doit donc être écartée;

IV. Sur la demande de nomination d'un séquestre:

Attendu que le demandeur sollicite du tribunal la nomination d'un séquestre chargé d'administrer les biens du *de cuius* et d'en répartir les revenus pendant la durée de la procédure;

Attendu que la nomination d'un séquestre ne se justifie que si le tribunal estime qu'il existe de graves raisons de croire qu'il y a danger pour l'une des parties dans la possession des biens dont jouit la partie adverse (Gand, 9 février 1895; Liège, 18 mai 1903; Gand, 5 juin 1907; réf. Bruxelles, 14 février 1907; civ. Anvers, 24 juillet 1920);

Attendu qu'il a été jugé qu'il n'y a pas lieu de prescrire cette mesure lorsqu'il n'est pas douteux que celui qui est en possession des objets litigieux donne toutes garanties au point de vue de la moralité et de la fortune et qu'il peut ainsi répondre des restitutions auxquelles il pourrait être ultérieurement condamné;

Attendu que tel est le cas en l'espèce; que la cinquième défenderesse, très important établissement bancaire, honorablement connu et estimé sur la place de Londres, donne toutes garanties à cet égard; qu'au surplus la banque s'est engagée pour une durée d'un an à ne pas déplacer les biens dépendant de la succession, et qu'il est possible, si les parties veulent faire les diligences nécessaires, d'arriver à une solution définitive avant l'expiration d'un délai d'un an, qui pourrait éventuellement être prorogé suivant la déclaration de la banque au cours des débats;

Que la nomination du séquestre apparaît en conséquence comme une mission superflue et même nuisible aux véritables intérêts des parties; qu'il échet en conséquence de rejeter cette demande;

Quant à la demande de pension alimentaire:

Attendu que le demandeur argue de sa qualité d'officier récemment démobilisé et de son manque actuel de ressources pour demander la condamnation de la banque à une pension alimentaire de 10.000 francs par mois à valoir sur sa part réservataire;

Attendu que l'on peut admettre que le demandeur se trouve actuellement dans une situation difficile et que sa demande est fondée en principe; qu'il échet donc de fixer le taux de la pension;

Attendu que les revenus totaux de la succession s'élèvent, suivant les indications données par la banque, à environ 170.000 francs; qu'il échet cependant de prévoir des variations possibles dans les revenus et de laisser une certaine marge de sécurité; qu'il échet dans ces conditions de n'allouer au demandeur qu'une pension alimentaire de 3.000 francs par mois et de dire que cette pension devrait être réduite au prorata des revenus produits par les sommes que le demandeur toucherait éventuellement sur sa part, avant la clôture des opérations de compte, liquidation et partage;

Quant à la demande reconventionnelle:

Attendu que la première défenderesse fait une demande tendant aux mêmes fins et que, étant donné sa situation de famille, il est équitable de lui allouer également une rente correspondant au quart des revenus de la succession, compte tenu de la marge de sécurité mentionnée ci-avant; qu'il échet donc de lui allouer également, à dater du 1^{er} juillet 1947, jusqu'à clôture des opérations de compte, liquidation et partage, une somme de 3.000 francs par mois;

Attendu qu'il échet d'ordonner à la banque, pour autant que de besoin, d'assurer le service des dites pensions par prélèvement sur les revenus des biens successoraux;

Quant à la déclaration de jugement commun:

Attendu que le demandeur postule que le présent jugement soit déclaré commun à l'état belge; que celui-ci oblige à la demande que le défunt avait la qualité d'habitant du royaume et qu'il avait en Belgique son domicile fiscal; qu'au surplus, le droit du demandeur à une répétition du trop-perçu à titre d'impôt successoral sort du contrat judiciaire et ne peut être tranché dans la présente action;

Attendu que, quel que soit le bien-fondé de ces objections, il n'en reste pas moins que le demandeur a le droit de faire fixer actuellement vis-à-vis de l'état sa qualité d'héritier réservataire avec toutes les conséquences que cette décision comporte; que les autres parties ont également

le droit de faire juger dès à présent vis-à-vis de l'état que la National Provincial Bank n'a pas la qualité de légataire universel du *de cuius*, et de faire ainsi trancher, sans possibilité de discuter à nouveau ces questions dans une instance nouvelle, certains points de droit fort importants et dont la répercussion se fera nécessairement sentir lorsque la question des droits de succession réellement dus à l'état sera débattue entre celui-ci et les débiteurs de l'impôt;

Qu'il échet en conséquence d'accueillir la demande de déclaration de jugement commun vis-à-vis du sixième défendeur;

Par ces motifs, vu les articles 4, 37, 41 et 42 de la loi du 15 juin 1935, vu l'article 153 du Code de procédure civile, statuant par jugement réputé contradictoire vis-à-vis de toutes les parties en cause, ouï M. De Smet, substitut du procureur du roi, en son avis conforme, écartant comme non fondées toutes autres conclusions plus amples ou contraires, dit que le domicile de feu Lloyd Evans au jour de son décès, le 4 juillet 1944, était établi 167, avenue Molière, à Forest-lez-Bruxelles; que la succession du *de cuius* tant pour les meubles que pour les immeubles délaissés en Belgique est régie par la loi belge; se déclare en conséquence compétent pour connaître du litige; statuant au fond, dit n'y avoir lieu de surseoir à statuer ni d'ordonner l'enquête sollicitée par la quatrième défenderesse; dit que le testament querellé ne contient aucune substitution prohibée; dit que le trust constitué par le *de cuius* n'est pas contraire à l'ordre public belge, sauf l'atteinte à la réserve du demandeur; que sous réserve de réduction ainsi qu'il sera dit ci-après, le testament devra être exécuté, sauf que seuls les héritiers nés ou connus au moment du décès du testateur auront droit aux legs qui leur ont été attribués; dit que le demandeur a droit à sa part réservataire d'un quart en pleine propriété et que les legs devront être réduits au marc le franc, dans la mesure nécessaire pour garantir les droits du demandeur; dit que la cinquième défenderesse n'est pas légataire des biens compris dans le trust dont elle assure la gestion; qu'elle ne pourra donc être considérée comme légataire du propriétaire de ces biens dans les opérations de compte, liquidation et partage de la succession; dit que la cinquième défenderesse perdra les pouvoirs de gestion lui conférés par le testateur, à concurrence du quart correspondant à la réserve du demandeur; dit qu'il n'y a pas lieu à rapport des legs; dit que, sauf ses droits à la réserve, le demandeur est déchu de tout droit dans la succession litigieuse par application de l'article 17 du testament de feu Lloyd Evans; dit n'y avoir lieu à la désignation d'un séquestre; dit que, à dater du 1^{er} juillet 1947 et jusqu'à la clôture des opérations de compte, liquidation et partage, le demandeur et la demanderesse sur reconven-

tion auront droit à un secours alimentaire à prélever sur leur part héréditaire; dit que cette pension sera pour chacun d'eux de 3.000 francs par mois, sous réserve de réduction à due concurrence si le demandeur avant la clôture du partage touchait à la banque une somme quelconque, en capital, à valoir sur sa part réservataire; ordonne, pour autant que de besoin, à la cinquième défenderesse d'assurer le service des dites pensions alimentaires par prélèvements sur les revenus de la succession dont elle a la gestion et compte tenu des paiements qu'elle aurait déjà effectués à ce titre depuis le 1^{er} juillet 1947; dit qu'elle aurait le droit de déduire des pensions susdites, les revenus des sommes que le demandeur toucherait en capital à valoir sur sa part réservataire; dit qu'il sera procédé aux opérations de compte, liquidation et partage de la succession de feu Lloyd Evans, père du demandeur et des première et deuxième défenderesses; désigne M^{es} Daerden et Bauwens, notaires de résidence à Bruxelles, pour procéder à ces diverses opérations de compte, liquidation et partage; désigne M^e Raucq, notaire de résidence à Bruxelles, pour représenter à ces opérations les parties tant demanderesse que défenderesses qui seraient éventuellement absentes, défaillantes ou récalcitrantes, signer en leur lieu et place tous actes et procès-verbaux nécessaires, recevoir toutes sommes, donner toutes quittances et mainlevées de toutes inscriptions hypothécaires, prises ou à prendre, d'office ou autres, et avant comme après payement, et renoncer à tous droits réels; déclare le présent jugement commun au sixième défendeur, représenté par M. le Ministre des finances; donne acte aux parties de leurs dires et réserves libellés en leurs conclusions; met les dépens à charge de la masse, ces dépens liquidés pour M^e Debray, avoué, à la somme de 4855 francs, pour M^e Lenaerts, avoué, à 2524 francs, pour M^e Fortin, avoué, à 1460 francs, pour M^e D'Août, avoué, à 2.545 francs et pour M^e Beckers, avoué, à 2.490 francs; dit n'y avoir lieu d'ordonner l'exécution provisoire du présent jugement.

Georgia – Supreme Court

La responsabilità professionale dell'avvocato

“Trust account” – emissione di assegni a vuoto – confusione con il patrimonio personale dell'avvocato – indebiti prelevamenti a titolo di compensi – violazione delle norme deontologiche – sospensione dall'esercizio della professione

Viola i principi di deontologia forense, e deve conseguentemente essere condannato alla sospensione dell'esercizio della professione per il periodo di un anno, l'avvocato che emetta assegni a vuoto dal proprio *trust account*, depositi fondi personali su di esso, così confondendo somme proprie con quelle dei clienti, e, infine, prelevi dall'*account* somme a titolo di compensi professionali senza avere maturato il diritto.

- **Supreme Court of Georgia, W. P. Smith III, General Counsel State Bar, J. W. Hewett, Assistant General Counsel State Bar, 22 gennaio 2007 [In the Matter of Hunter J. Hamilton]**

TESTO DELLA SENTENZA

This disciplinary matter is before the Court on the Report of the Special Master, recommending that the Court suspend Hamilton for at least nine months, with conditions, based on his improper handling of his attorney trust account, which conduct constitutes violations of Standards 63, 65 (A) and 65 (D) of former Bar Rule 4-102 (d) (for conduct occurring prior to January 1, 2001) and Rules 1.15 (I) (a) and 1.15 (II) (b) of Bar Rule 4-102 (d) (for conduct occurring after January 1, 2001, when the Georgia Rules of Professional Conduct became effective).

The State Bar filed a formal complaint, to which Hamilton filed an untimely answer. In a consent order respecting the State Bar's motion for default, Hamilton agreed to submit an audit of his attorney trust account by March 9, 2006. Hamilton failed to do so and, having been given additional time in which to submit it, also failed to meet the second deadline.

The special master considered the matter in default and found the facts alleged in the formal complaint admitted pursuant to Rule 4-212 (a). Specifically, the special master found that Hamilton wrote checks on his trust account that were returned unpaid for insufficient funds; he deposited personal funds in the trust account and thus commingled his funds with clients' funds; he withdrew funds from the trust account that were not earned attor-

ney fees debited and recorded as such; and he failed to maintain complete records of funds held in the account, including records so as to reflect at all times the exact balance held for each client or third party.

The special master recommends a suspension of at least nine months, with certain conditions for reinstatement. Having reviewed the record, we cannot agree that a nine-month suspension is appropriate. The record reflects that Hamilton has failed to adequately and properly maintain his trust account for many years, has not been cooperative with the State Bar's investigation and in fact has impeded the investigation by failing to submit an audit as directed. The maximum penalty for each of the violations Hamilton has admitted is disbarment. Additionally, this Court takes very seriously a lawyer's responsibility to safeguard and properly manage client funds. See *In the Matter of Brown*, 280 Ga. 500 (629 SE2d 813) (2006).

(1) Accordingly, the Court hereby directs that Hunter J. Hamilton be suspended from the practice of law for one year. Reinstatement shall be permitted only by Order of this Court, and only after petition to and certification by the Review Panel of the reinstatement request, atten-

Riproduciamo il testo della sentenza da 2007 Ga. LEXIS 37; 2007 Fulton County D. Rep. 183.
Per un raffronto con l'ordinamento italiano v. R. Barbanera, *supra*, 243.

dance at the Ethics School program, and submission of an audit of the trust account for the four-year period prior to February 2004.

Hamilton is reminded of his duties pursuant to Bar Rule 4-219 (c).

Suspension with conditions. All the Justices concur except Hunstein, P. J., who dissents.

Dissent:

Hunstein, Presiding Justice, dissenting.

Based on Hamilton's admitted conduct, as set forth by the majority, I disagree that suspension is an appropriate discipline. Because I would disbar Hamilton, I respectfully dissent.

New York – Supreme Court

“Trust account” – emissione di assegni a vuoto – dimissioni – difesa processuale – cancellazione dall'albo degli avvocati – interdizione da qualsiasi attività forense

Possono essere accettate le dimissioni dell'avvocato che sia accusato di aver emesso assegni a vuoto dal proprio *trust account* e abbia ammesso il fondamento dell'accusa. Pertanto, deve esserne ordinata la cancellazione dall'albo forense, ed inoltre deve essere disposto il divieto di praticare sotto qualsiasi forma la professione, di comparire come avvocato innanzi a qualsiasi giudice, corte o pubblica autorità, di fornire consulenze di ogni genere e di utilizzare il titolo di avvocato.

■ Supreme Court of New York, Appellate Division, Second Department, A. G. Prudenti, P.J., A. R. Florio, H. Miller, R. W. Schmidt, M. C. Dillon, JJ., 26 dicembre 2006 [In the Matter of Jennie M. Dellaria, an attorney and counselor-at-law, resignor]

TESTO DELLA SENTENZA

Jennie M. Dellaria has submitted an affidavit dated May 22, 2006, wherein she tenders her resignation as an attorney and counselor-at-law (22 NYCRR 691.9). Ms. Dellaria was admitted to the Bar at a term of the Appellate Division of the Supreme Court in the Second Judicial Department on December 13, 1989.

Ms. Dellaria avers that the Grievance Committee is currently investigating one complaint of professional misconduct against her which alleges, inter alia, that a check she drew on her attorney trust account at North Fork Bank was dishonored when presented for payment due to insufficient funds. She acknowledges that if charges were predicated upon the misconduct in question, she could not successfully defend herself on the merits against them.

Ms. Dellaria acknowledges that her resignation is submitted subject to any application which could be made by the Grievance Committee for the Second and Eleventh Judicial Districts to direct that she make restitution and that she reimburse the New York Lawyers' Fund for Client Protection pursuant to Judiciary Law § 90(6-a). She acknowledges the continuing jurisdiction of the court to make such an order. Ms. Dellaria is aware that any order issued pursuant to Judiciary Law § 90(6-a) could be en-

tered as a civil judgment against her and she specifically waives the opportunity afforded her by Judiciary Law § 90(6-a)(f) to be heard in opposition thereto.

The Grievance Committee urges acceptance of Ms. Dellaria's proffered resignation.

Inasmuch as Ms. Dellaria's resignation complies with all pertinent court rules, it is accepted and, effective immediately, she is disbarred and her name is stricken from the roll of attorneys and counselors-at-law.

ORDERED that pursuant to Judiciary Law § 90, effective immediately, Jennie M. Dellaria is disbarred and her name is stricken from the roll of attorneys and counselors-at-law; and it is further,

ORDERED that Jennie M. Dellaria shall promptly comply with this court's rules governing the conduct of disbarred, suspended, and resigned attorneys (see 22 NYCRR 691.10); and it is further,

ORDERED that pursuant to Judiciary Law § 90, effective immediately, Jennie M. Dellaria is commanded to desist and refrain from (1) practicing law in any form, either as principal or as agent, clerk, or employee of another, (2) appearing as an attorney or counselor-at-law before any

Riproduciamo il testo della sentenza da 2006 N.Y. App. Div. LEXIS 15839.
Per un raffronto con l'ordinamento italiano v. R. Barbanera, *supra*, 243.

court, Judge, Justice, board, commission, or other public authority, (3) giving to another an opinion as to the law or its application or any advice in relation thereto, and (4) holding herself out in any way as an attorney and counselor-at-law; and it is further,

ORDERED that if the resignor, Jennie M. Dellaria, has been issued a secure pass by the Office of Court Administration, it shall be returned forthwith to the issuing agency and the resignor shall certify to the same in her affidavit of compliance pursuant to 22 NYCRR 691.10(f).

New York – Supreme Court

“Trust account” – esercizio della professione forense in Florida e a New York – appropriazione dei fondi – utilizzo e gestione impropri – pubblica censura dell’avvocato – “probation” – applicazione delle medesime sanzioni in Florida e a New York

Deve essere applicata in New York la medesima sanzione della pubblica censura e della sottoposizione ad un periodo di tre anni di controllo disposta in Florida nei confronti di un avvocato, che eserciti anche a New York, quando questi si sia indebitamente appropriato dei fondi dei suoi clienti e abbia impropriamente utilizzato e gestito il *trust account* di cui era titolare, e ciò sebbene lo Stato di New York conosca la sola sanzione della censura, apparendo le misure adottate in Florida appropriate per la condotta rilevante.

■ **Supreme Court of New York, Appellate Division, First Department, R. T. Andrias, Justice, Presiding, D. B. Saxe, D. Friedman, L. A. Gonzalez, J. M. Catterson, Justices 14 dicembre 2006 [In the Matter of Michael M. Milchman, an attorney and counselor-at-law: Departmental Disciplinary Committee for the First Judicial Department v Michael M. Milchman]**

TESTO DELLA SENTENZA

Respondent was admitted to the practice of law in the State of New York by the First Judicial Department on August 22, 1983. At all times relevant to this petition, respondent has maintained an office for the practice of law in Fort Lauderdale, Florida.

The Departmental Disciplinary Committee now seeks an order, pursuant to 22 NYCRR § 603.3, censuring respondent predicated upon similar discipline imposed by an order of the Supreme Court of Florida, dated September 1, 2005, which approved an uncontested Referee’s report and consent judgment, reprimanded respondent and placed him on probation for three years, or, in the alternative, sanctioning respondent as this Court deems appropriate.

On November 16, 2005, the Committee initiated this proceeding after notification from the Florida authorities. Respondent did not notify the Committee of his discipline in Florida as required by 22 NYCRR § 603.3(d) and, although duly served with this motion, respondent has not appeared or submitted a response to the petition.

After receiving sworn complaints against respondent alleging improprieties with his trust and operating ac-

counts, the Florida Bar conducted a compliance audit and determined that there were shortages. Thereafter, the Bar filed a complaint claiming respondent misappropriated client funds, improperly used and maintained his attorney trust account, and made material misrepresentations to a client or the Bar. Respondent answered the complaint asserting affirmative defenses including that if there were any shortcomings in his trust account it was due to “sloppy bookkeeping”, that he had made full restitution to the affected clients, and that he had not made material misrepresentations to a client or the Bar.

On March 20, 2005, the Florida Bar and respondent, who was represented by counsel, agreed to a joint notice of settlement and consent judgment. In the settlement, respondent agreed to plead “guilty” to violating several disciplinary rules and accepted the Bar’s recommendation of a public reprimand, probation and costs. Respondent essentially admitted that his trust account records showed shortages but with his cooperation with the Bar’s auditor, it revealed that “the actual shortages in respondent’s trust

Riproduciamo il testo della sentenza da 2006 N.Y. App. Div. LEXIS 14855.
Per un raffronto con l’ordinamento italiano v. R. Barbanera, *supra*, 243.

account were diminimus (sic) and caused not by misappropriation, but by respondent's failure to employ required trust accounting procedures". Respondent denied having misled his client or the Bar "regarding the methodology of his structured payments to the client" and, the consent judgment noted that the client had, in writing, withdrawn the charge that respondent had misled him.

On June 15, 2005, a Referee accepted respondent's guilty plea to the charges as set forth in the consent judgment, he noted respondent's remorse, and recommended, inter alia, that respondent receive a public reprimand and be placed on probation for three years, and pay certain costs. The uncontested Referee's report and consent judgment were approved by the Supreme Court of Florida in its order, dated September 1, 2005, which reprimanded respondent and placed him on probation for three years.

In seeking to discipline respondent pursuant to 22 NYCRR § 603.3, based upon the order of the Supreme Court of Florida, the Committee persuasively asserts that respondent cannot raise the defense that he was denied due process in the Florida disciplinary proceeding since he was given sufficient notice and opportunity to be heard. Indeed, respondent, represented by counsel, voluntarily entered into a settlement with Bar Counsel where, for the most part, he admitted the charges filed against him. Moreover, the Committee correctly contends that respondent has no defense under 22 NYCRR § 603.3(c)(2) (infirmity of proof) since the Florida Supreme Court's findings of professional misconduct were fully supported by the record and included respondent's admissions of misconduct (except for the charges of intentional misappropriation of client funds and making material misrepresentations to a client or the Bar). Furthermore, respondent has no defense under 22 NYCRR § 603.3(c)(3) because the misconduct for which he was disciplined in Florida involving escrow violations would also constitute misconduct in New York. In this regard, respondent admitted to violating the rules regulating escrow accounts, commingling, unintentional misappropriation of escrow funds and failing to keep proper escrow records.

With regard to the issue of sanctions, it is generally accepted that the state where an attorney subject to discipline lived and practiced law at the time of the offense has the greatest interest in the matter and in the public policy considerations relevant to the disciplinary action (*Matter of Dranov*, 14 AD3d 156, 787 N.Y.S.2d 271 [2004]; *Matter of Anschell*, 11 AD3d 56, 781 N.Y.S.2d 310 [2004]).

In this matter, Florida determined that the appropriate sanction for respondent's conduct was a public reprimand, probation for three years and costs.

New York, unlike Florida, has public censure as a sanction but not probation and costs, and we deem that to be the appropriate sanction. We see no reason to depart from our established practice of imposing similar discipline where respondent admitted the misconduct and consented to a public censure in Florida, which is the sanction that most likely would be imposed by this Court if the misconduct had occurred here (see e.g. *Matter of Dalley*, 16 AD3d 90, 790 N.Y.S.2d 664 [2005]; *Matter of Land*, 299 A.D.2d 83, 749 N.Y.S.2d 23 [2002]; *Matter of Mitchell*, 222 A.D.2d 170, 644 N.Y.S.2d 614 [1996]; but see *Matter of Fong*, 308 A.D.2d 19, 762 N.Y.S.2d 367 [2003]).

Accordingly, the petition should be granted and respondent publicly censured.

Order filed.

New York – Supreme Court

“Trust account” – emissione di assegni a vuoto – conversione e abuso – mancata tutela delle somme affidate – dimissioni – difesa processuale – cancellazione dall’albo degli avvocati – interdizione da qualsiasi attività forense

Possono essere accettate le dimissioni dell’avvocato che sia accusato, tra le altre cose, di aver emesso assegni a vuoto dal proprio *trust account*, di non aver salvaguardato le somme affidategli dai clienti, e di aver convertito e abusato del *trust account*. Pertanto, deve esserne ordinata la cancellazione dall’albo forense, ed inoltre deve essere disposto il divieto di praticare sotto qualsiasi forma la professione, di comparire come avvocato innanzi a qualsiasi giudice, corte o pubblica autorità, di fornire consulenze di ogni genere e di utilizzare il titolo di avvocato.

■ **Supreme Court of New York, Appellate Division, Second Department, A. G. Prudenti, P.J., A. R. Florio, H. Miller, R. W. Schmidt, T. A. Adams, JJ., 5 dicembre 2006 [In the Matter of Stephen E. Pearlman, an attorney and counselor-at-law, resignor]**

TESTO DELLA SENTENZA

Mr. Pearlman avers that his resignation is freely and voluntarily tendered, that he is not being subjected to coercion or duress, and that he is fully aware of the implications of its submission.

Mr. Pearlman is aware that the Grievance Committee is currently investigating eleven complaints of professional misconduct against him concerning, inter alia, allegations of failure to safeguard client funds, conversion, commingling, and misuse of his attorney trust account. Without admitting or denying the charges, he acknowledges that if charges were predicated upon the misconduct under investigation, he could not successfully defend himself on the merits against such charges.

Mr. Pearlman avers that his resignation is submitted subject to any application which could be made by the Grievance Committee for an order directing that he make restitution and reimburse the New York Lawyers’ Fund for Client Protection, pursuant to Judiciary Law § 90(6-a). He acknowledges the continuing jurisdiction of the court to make such an order and specifically waives the opportunity afforded him by Judiciary Law § 90(6-a)(f) to be heard in opposition thereto.

The Grievance Committee urges acceptance of the proffered resignation.

Inasmuch as it complies with all pertinent Court rules, the resignation is accepted and, effective immediately, Mr. Pearlman is disbarred, and his name is stricken from the roll of attorneys and counselors-at-law.

ORDERED that pursuant to Judiciary Law § 90, effective immediately, Stephen E. Pearlman is disbarred and

his name is stricken from the roll of attorneys and counselors-at-law; and it is further,

ORDERED that Stephen E. Pearlman shall promptly comply with this court’s rules governing the conduct of disbarred, suspended, and resigned attorneys (see 22 NYCRR 691.10); and it is further,

ORDERED that pursuant to Judiciary Law § 90, effective immediately, Stephen E. Pearlman is commanded to desist and refrain from (1) practicing law in any form, either as principal or as agent, clerk, or employee of another, (2) appearing as an attorney or counselor-at-law before any court, Judge, Justice, board, commission, or other public authority, (3) giving to another an opinion as to the law or its application or any advice in relation thereto, and (4) holding himself out in any way as an attorney and counselor-at-law; and it is further,

ORDERED that if Stephen E. Pearlman has been issued a secure pass by the Office of Court Administration, it shall be returned forthwith to the issuing agency and he shall certify to the same in his affidavit of compliance pursuant to 22 NYCRR 691.10(f).

Riproduciamo il testo della sentenza da 2006 N.Y. App. Div. LEXIS 14506.

Per un raffronto con l’ordinamento italiano v. R. Barbanera, *supra*, 243.

United States – Supreme Court

Trasferimento a scopo di garanzia e trust

Trasferimento di bene immobile – finalità di garanzia – causa astratta – prova della causa – obbligazioni fiduciarie – obbligo di rendiconto

È ammissibile provare per testimoni che il trasferimento di un bene immobile da parte di un debitore al proprio creditore aveva la finalità di garantire il debito del primo verso il secondo. Il creditore, che abbia ricevuto la proprietà di un bene immobile per fine di garanzia e abbia successivamente alienato il bene a un terzo in buona fede, è tenuto al rendiconto verso il debitore e a rimettergli la differenza fra il prezzo della vendita e l'importo del debito.

■ **Supreme Court, McLean J, Campbell J. dissenting, 18 febbraio 1857 [A. Babcock v E. Wyman]**

SOMMARIO

Nel 1828 Nehemiah Wyman trasferisce 11 acri di terra nel Massachusetts a Mr. Babcock. L'atto di trasferimento è un atto astratto, che non enuncia la causa, ma trasferisce la proprietà.

Dopo poco, il venditore parte per il Far West; si rifà vivo dopo oltre venti anni e viene a sapere che Babcock ha venduto il terreno per 8.000 dollari. A questo punto, egli, affermando di avere trasferito il terreno a Babcock onde garantire un proprio debito, trasferisce al fratello Edward i propri diritti verso Babcock; Edward agisce in giudizio.

Dall'istruttoria emerge che fra il 1825 e il 1828 Nehemiah Wyman aveva chiesto e ottenuto più mutui da Babcock, che era suo cognato, al quale aveva ciascuna volta consegnato riconoscimenti di debito. Nel 1828 fra i due venne redatto un rendiconto aggiornato di quanto Wyman doveva a Babcock: si trattava di circa 2.000 dollari. Babcock chiese a Wyman di trasferirgli la proprietà dei terreni, così che egli potesse gestirli e impiegare i redditi per ripagare il debito.

Trasferitosi Wyman nel West e passati circa venti anni, Babcock vende i terreni a un terzo ignaro di tutto e incassa 8.000 dollari.

Il primo quesito che si pone al giudice è se si possa provare per testimoni la finalità del trasferimento immobiliare. La questione non è nuova e ha dato luogo a pronunce contrastanti tanto in Inghilterra quando nelle ex colonie americane dopo l'indipendenza. Si è tuttavia affermato nella Corte suprema

degli Stati Uniti il principio secondo il quale la parte che si fonda sul tenore letterale di un atto formale per non fare emergere la realtà dell'operazione commette, per l'*equity*, una *fraud*. Non è il primo caso in cui l'*equity* supera le prescrizioni formali poste dalla legge; anzi, una delle massime tradizionali dell'*equity* afferma: "l'*Equity* non consente che una legge sia impiegata quale strumento di *fraud*".

Nel caso di specie, gioca in favore di Wyman lo stretto rapporto di parentela e la "mutual confidence" fra le parti; d'altronde, Babcock ha ammesso davanti al giudice che si trattava di un trasferimento in garanzia, tuttavia aggiungendo di avere venduto il terreno quando il suo avvocato gli ha comunicato che i patti riguardanti la garanzia erano nulli perché non posti per iscritto. Si tratta dello Statute of Frauds, promulgato in Inghilterra nel 1677, e vigente in analoghe formulazioni nelle colonie della costa orientale americana: esso richiede la forma scritta per una serie di contratti e non consente la prova testimoniale contro il contenuto del documento. L'avvocato che ha consigliato Babcock ha, però, dimenticato l'*equity*; e si capisce, perché non in tutte le ex colonie la locale magistratura possedeva la giurisdizione di *equity*: essa era, dunque, estranea alla cultura corrente. Nel Massachusetts la giurisdizione di *equity* venne conferita alla magistratura per legge proprio negli anni nei quali avvenivano i fatti in questione.

Riproduciamo il testo della sentenza da 60 U.S. 289; 1856 U.S.Lexis 449.

Risolta affermativamente la questione circa la prova testimoniale, il giudice deve occuparsi di due eccezioni relative al decorso del tempo: Babcock ha avuto il possesso dei terreni per oltre venti anni e la vendita dei terreni è avvenuta oltre sei anni prima dell'inizio della causa.

La prima eccezione vorrebbe dare luogo a una sorta di usucapione, ma è facile rispondere come si risponde nei casi di possesso da parte del trustee: il trustee non può mai usucapire e il signor Babcock era propriamente un trustee. Infatti, chi ha ricevuto la proprietà di terreni in garanzia si trova automaticamente a essere trustee dei terreni stessi e sottoposto alle obbligazioni fiduciarie tipiche dei trust.

Questo risolve anche l'eccezione relativa al decorso di sei anni, che è il termine di prescrizione delle azioni contro i trustee; tale termine, nell'Ottocento come oggi, non decorre in presenza di *fraud* fino quando la *fraud* sia scoperta (cfr. il nostro art. 2941, n. 8, cod. civ.).

La conclusione alla quale pervengono sia il giudice di merito sia la Corte Suprema è che Babcock, in quanto trustee, deve rendere il conto al beneficiario e cioè a Wyman, trasferendogli l'eccedenza fra il prezzo ricavato dalla vendita e l'importo del suo debito.

È interessante notare che vi sono due giudici dissenzienti, che brevemente espongono le loro ragioni: essi privilegiano l'applicazione della legge sulla forma degli atti e contestano le risultanze istruttorie.

(M. L.)

TESTO DELLA SENTENZA

Mr. Justice McLEAN delivered the opinion of the court.

This is an appeal from the decree of the Circuit Court for Massachusetts.

The bill states the following facts: Nehemiah Wyman, was seized in fee of about eleven and a half acres of land in Challeston, purchased by him of Tuft's administrator, one acre of which he sold to Foster, who gave a mortgage to secure the payment of the consideration of \$600, which sum was not paid when due, and he entered to foreclose. The entire tract on the 1st of December, 1820, had been mortgaged by him to Francis Wyman, his brother, to secure three notes of that date, one for \$676, payable in one month; another for \$650, payable in six months; the third for \$704.39, payable in one year; interest to be paid on each note semi-annually.

Shortly after this, Francis Wyman, by his will, dated 14th June, 1822, devised to defendant, Babcock, all his estate, including said notes and mortgage, in trust for testator's wife and children, and made Babcock his executor. The testator died in August, 1822. On the 1st of December, 1824, Nehemiah paid Babcock, as trustee and executor, the note for \$704 and interest; and from time to time paid the interest on the other notes, up to December, 1826.

In 1825 or 1826, Nehemiah became embarrassed, and having entire confidence in his brother-in-law, Babcock, he, by deed, 26th April, 1826, mortgaged the eleven acres of land as security of a note to Babcock of that date, for \$1,200, payable in one year, with interest. At this time, little, if anything, was due to Babcock, but it was understood, between them, that Babcock would become security for him, or advance money to him, the mortgage to stand as a security. Before the 20th of November, 1828, Babcock did become bound for and advanced to him upwards of \$400. In addition to this, there was due to Babcock as executor, for rent, \$136.71. On a settlement, Nehemiah executed to Babcock three notes, one dated 7th November, 1828, for \$486.79, of which \$400.08 were due Babcock individually, and \$86.71 to the heirs of Nehemiah Wyman, sen.; another note for \$8.10, and third for \$50, due to the heirs of the same, were given.

Nehemiah being thus indebted to Babcock, as trustee and executor, and not being able to pay the interest, Babcock and William Wyman, brother of Nehemiah, urged him to make a clear deed in fee for the land aforesaid, to Babcock, that he might manage and improve the same, and apply the rents and profits to pay interest on the encumbrances, and to the gradual liquidation of the principal. And finding that this conveyance to Babcock was made a condition of further advances, he eventually conveyed the estate to Babcock, it being expressly agreed by Babcock, that, notwithstanding the form of the conveyance, it should stand as security only for the sums due to him.

That on the 20th of November, 1828, a memorandum was made out of the sums thus due, and handed to Nehemiah, as evidence of the amount for which the land was held.

At the time this deed was executed, no one of the notes held by Babcock was surrendered, nor the mortgage to Francis Wyman, deceased. All the evidences of indebtedness remained in the hands of Babcock, Nehemiah holding only the memorandum of the sums. The total amount of the notes in said memorandum, with interest to the 20th November, 1828, amounted to the sum of \$2,033.87.

Upon receiving the above deed, Babcock took possession under it, not only of the eleven acres, but of the adjoining acre. Babcock, it is alleged, received annually, from sales of clay, grass, and ledge stone, from the land, more than enough to pay interest and taxes. Nehemiah having removed to the West, regardless of his trust, Babcock sold the land at private sale, without notice to the said Nehemiah, and in fraud of his rights, for eight thousand dollars.

In the sale, Babcock represented himself to be the sole owner of the premises. On the 4th of February, 1853, Nehemiah conveyed his right to redeem to Edward Wyman, the complainant, &c. Within two years, Babcock has promised William Wyman, acting for his brother, that he would come to an account with Nehemiah for the price of the land, and pay him the proceeds of the sales, deducting the debts aforesaid, if he would take his notes on time; and would refer the question of amount of rents and profits to the arbitrament of neighbors. Babcock has frequently, recently, admitted that it was originally intended that said deed should stand as security for the amount set forth in the memorandum; and that he always intended to do right in the matter, but that he had been advised by counsel, that the agreement, not being in writing, could not be enforced, and this was the reason he refused to perform it.

The bill prays for an account, and the defendant in his answer admits the conveyance stated in the bill, and that the land was subject to the mortgages. He avers the consideration named in the deed was the amount then due defendant in his own right, and as executor and trustee; and the further sum of \$8.10, due the defendant, and \$50 due as agent. He admits no additional consideration was paid; but he states the land was not worth more than \$1,900; that he consented to receive the deed in payment of the sums due him personally, and upon an agreement that if he should be able to obtain therefrom, in addition, enough to pay the sums due to him as executor and trustee, he would pay these sums, and upon no other trust or confidence whatever.

That, upon the delivery of the deed, he cancelled the notes of Nehemiah held in his own right, and either surrendered them to him or destroyed them. That he did not cancel the notes held by him as executor or trustee, because he was not satisfied that he should receive enough from the land to pay the same; and in order to prevent the presumption that he had so agreed absolutely, he made a minute thereon to the effect that he did not guaranty the payment thereof, it being the understanding between him and Nehemiah, that Nehemiah should be personally liable therefor.

That he made no other agreement, and he denies that it was understood or agreed, that the land was conveyed to him on the trust set forth in the bill; but insists that the conveyance was absolute, in payment of the sums due him, and liabilities incurred; and the only understanding was, that if the defendant should realize therefrom more than enough to pay his own claims, he would pay the debts due him as executor and trustee.

Defendant took possession of the land, and for eight years occupied it, Nehemiah never claiming any interest in it. He denies the allegations of the bill, as to the trust; sets up the defence, that the agreement, not being in writing cannot be enforced. He denies that he proposed a compromise, if his notes would be taken on time, as alleged, and he pleads the statute of twenty years limitation, &c., and avers the profits of the land did not exceed the taxes, &c.

Three points may be considered as embracing the merits of this case:

1. Was the deed executed by Nehemiah Wyman to Babcock, for the eleven and one-half acres of ground, given in trust?
2. Can this trust be established by parol evidence?
3. Does the statute of limitation or lapse of time affect the complainant's rights?

No one can read the history of this case, as stated in the bill, without being impressed with the confidential relations of the parties. The grantor and the grantee were brothers-in-law, and the advisers bore the same relation to the grantee. It was a family concern, designed, as it would seem from the bill, to aid an embarrassed member of it, without a probability of loss by the other members.

The bill charges, when the deed in question was executed, the sums which it was intended to secure were stated, and handed to Nehemiah. This is not denied in the answer, and William Wyman, the brother, being present, swears, as a witness, to the sums so stated, amounting in the whole to the sum of \$2,033.87, the consideration named in the deed. This list was in the handwriting of the son of Babcock, and the paper was delivered to Nehemiah in the presence of the witness. The deed was drawn by the witness, and he knows that the sums named included all the debts which Nehemiah owed to Babcock individually, or as trustee. The witness remembers Babcock said, after the statement was made, add sixty-two cents for recording the deed, which made the sum inserted as the consideration in the deed. Nehemiah hesitated to sign the deed, when Babcock said, he can have the land again, at any time he shall pay the debts secured by it.

The answer avers, when the deed was executed, the

defendant gave up the notes of Nehemiah held in his own right, and either surrendered them to him or destroyed them. But it is proved by the same witness that he did neither. These notes were given to the witness without explaining to whom they belonged. Witness supposed they belonged to the estate of Nehemiah Wyman, sen.

The witness says, the property, at the time it was sold, was worth thirteen or fourteen thousand dollars, and that it was sold greatly below its value.

The bill charges, that the defendant promised William Wyman, acting for his brother, that he would come to an account with Nehemiah for the price of the land, and pay him the proceeds of sales. This is denied in the answer. William Wyman swears, that on the 8th of November, 1851, he showed to Babcock the memorandum of the sums named, to secure the payment of which the deed was executed. He was much embarrassed, and admitted the handwriting was his son's, then deceased. He then expressed a willingness to settle it up, and asked the witness, how shall this be done? Witness replied, that he should first charge Nehemiah with all his notes and interest, and then credit him with the proceeds of the land, and what he received from the land, with interest, and be allowed a fair compensation for his trouble. He then said, I can't tell how much I have received from the land, but we will leave it to two good men; and that he would give his note for what should be due.

A short time after this, Babcock told witness that he had consulted counsel, who advised him to pay the amount due the estate of Nehemiah, sen., and no more; and this he offered to do, if the witness would execute a bond of indemnity against any farther claim. He said that he had been advised, as the deed was absolute on its face, and no writing showed that the land was conveyed in security of a debt, the obligation could not be enforced.

The witness signified to Babcock, some time before the sale of the land, that he would redeem it for his brother.

Nehemiah Wyman, having transferred all his interest to the complainant, was examined as a witness, who stated, at the time he executed the deed to Babcock, he owed him, as an individual, as executor and agent, the sum of \$2,033.87, which included sixty-two cents for recording the deed; and that sum was stated as the consideration in the deed. Of this sum, only \$408.18, and interest, were due to Babcock in his individual capacity.

In his answer, the defendant states that the conveyance was made in payment of the sums due him personally; that he did not cancel the notes held by him as executor or trustee, because he was not satisfied that he

should receive enough from the land to pay those debts. But the proof shows, that the debt due him as executor and agent, and also his individual debt, were all included in the consideration named in the deed.

The defendant made no advance to the witness, on the note and mortgage for twelve hundred dollars; but, at the date of the subsequent conveyance, the defendant had advanced to him \$400.08, and \$8.10, which, as above stated, constituted the debt due to the defendant on his personal account.

The conveyance was made to the defendant, the witness swears, with the express understanding, that Babcock was to have the entire management of the land, so as to apply the proceeds in payment of the interest, and witness was to have the land again on paying the sums specified. He was induced to make the conveyance by the urgent request of his brother William, and Babcock; his brother told him, if he did not make it, he would not assist him in his pecuniary matters. On the execution of the deed, none of the notes held by Babcock were cancelled, or surrendered to the witness; but they are still held against him.

The witness says that Babcock promised to keep an account of the receipts of the land conveyed to him; but in his answer he says he kept no account, "because the land and rents and profits were his own, without any liability to account to any one."

Such a transaction as set out in the bill, between brothers-in-law, in the nature of things might be supposed to have taken place in the mutual confidence of the parties; and in the final adjustment there should be no evasions or subterfuges to gain an advantage. So far as regards the deed under consideration, all the material allegations of the bill are proved, and all the material averments of the answer seem to be unfounded. In coming to this conclusion, we do not rest alone on the witnesses, Nehemiah and William Wyman. There are strong circumstances which corroborate the witnesses, and satisfy the mind beyond a reasonable doubt.

In his answer, the defendant avers that the land was conveyed to him in payment of the sums due him personally. It appears from the oaths of both the Wymans that this is not correct; and, in addition, it is shown by the memorandum made out at the time, stating the sums for which the land was conveyed, in the handwriting of the son of the defendant.

Taking the statement of the defendant as true, that he did not intend to make himself responsible for the debt due to him as executor and agent at the time the deed was executed, presents him in an unfavorable light. The land

for which he received a deed from Nehemiah Wyman, he was aware, had been previously mortgaged to secure the debt in his hands as executor of Francis Wyman. Could he have carried out this declared intention, he would have been unfaithful to the trust committed to him.

William Wyman seems to be a man of business. He drew the conveyance from his brother Nehemiah to his brother-in-law Babcock, and he took, in other respects, an active agency in the transaction; and he states the facts as alleged in the bill, and his statement is in every respect corroborated by his brother Nehemiah; and although the trust is denied in the answer, there are circumstances in the case which go strongly to establish it.

The defendant admitted all the facts to William Wyman, and promised to settle the account, and spoke of the principles on which it should be adjusted, but eventually he took refuge under the statutes of frauds, of limitations, and the lapse of time. We think there can be no reasonable doubt that the deed in controversy was intended to be a mortgage. And this brings us to the second point of inquiry:

Can the trust be established by parol testimony?

If the doctrine of this court is to be adhered to, as laid down in the case of *Russell v Southard*, (12 How., 154,) this is not an open question. In that case the court say: "To insist on what was really a mortgage, as a sale, is in equity a fraud." And in *Conway v Alexander*, (7 Cranch, 238,) Chief Justice Marshall says: "Having made these observations on the deed itself, the court will proceed to examine those extrinsic circumstances which are to determine whether it was a sale or a mortgage." In *Morris v Nixon*, (1 How., 126,) the court say "The charge against Nixon is substantially a fraudulent attempt to convert that into an absolute sale, which was originally meant to be a security for a loan. It is in this view of the case that the evidence is admitted to ascertain the truth of the transaction, though the deed be absolute on its face."

In *Edrington v Harper*, (3 J.J. Marshall, 355,) the court say: "The fact that the real transaction between the parties was a borrowing and lending, will, whenever or however it may appear, show that a deed absolute on its face was intended as a security for money; and whenever it can be ascertained to be a security for money, it is only a mortgage, however artfully it may be disguised."

In *Jenkins v Eldredge*, (3 Story's Rep., 293,) Mr. Justice Story said: In 4 Kent, 143, (5th edit.,) it is declared, "a deed absolute upon the face of it, and though registered as a deed, will be valid and effectual as a mortgage between the parties, if it was intended by them to be merely a secu-

rity for a debt. And this would be the case, though the defeasance was by an agreement resting in parol; for parol evidence is admissible to show that an absolute deed was intended as a mortgage, and that the defeasance had been omitted by fraud or mistake." In 2 Sumner's Rep., 228, 232-'3, Judge Story said: "It is the same, if it be omitted by design upon mutual confidence between the parties; for the violation of such an agreement would be a fraud of the most flagrant kind, originating in an open breach of trust against conscience and justice."

In *Foy v Foy*, (2 Hayward, 131:) "In North Carolina, it is said the law on this subject is the same as the English law was before the statute of frauds, and parol declarations of trust are valid." "Where a testator gave by will all his estate to his wife, having confidence that she would dispose of it according to his views communicated to her, and it being alleged that the testator, at the time of making the will, desired his wife to give the whole of the property to B, and that she promised to do it, it was held, that the allegation being proved, a trust would be created as to the hold of the property in favor of B." (*Podmore v Gunning*, 7 Simons, 644.)

Parol proof is admissible to show fraud, and consequently a resulting trust, in a deed absolute on its face, notwithstanding any denial by the answer (*Lloyed v Spillote*, 2 Atk. Rep., 150; *Ross v Newall*, 1 Wash. Rep., 14; *Watkins v Stockett*, 6 Har. and Johnson, 435; *Strong v Stewart*, 4 John. Ch. Rep., 167; *English v Lane*, 1 Porter's Ala. Rep., 318.)

In *Boyd v McLean*, (1 John. Ch. Rep., 582,) it was held, after an examination of the cases, "that a resulting trust might be established by parol proof, not only against the face of the deed itself, but in opposition to the answer of the nominal purchasers denying the trust, and even after the death of such purchaser." The statute of frauds in Rhode Island contains no exception in favour of resulting trusts, but Mr. Justice Story considered the exception immaterial, for it has been deemed merely affirmative of the general law. (1 Sumner, 187.)

Where a trustee misapplies the fund, it may be followed, however it may have been invested, by parol, as between the parties, or a purchaser with notice. So, where an estate was purchased in the name of one person, and the consideration came from another, a resulting trust may be established by parol - and in all cases where there is a resulting trust.

In *Hayworth v Worthington*, (5 Black., 361) it was held that parol evidence is admissible to prove that a bill of sale of goods, absolute on its face, was intended by the parties to be only a mortgage. The court say these decisions are

founded upon the assumption that the admission of such evidence is necessary for the prevention of fraud. (Cas. Temp. Talbot, 62; *King v Newman*, 2 Munf., 40; *Strong v Stewart*, 4 John. Ch. Rep., 167; *Dunham v Dey*, 15 John. R., 555; *Walton v Cronly's Adm'r*, 14 Wend., 63; *Van Buren v Olmstead*, 5 Paige, 9.)

In the case of *Overton v Bigelow*, (3 Yerger, 513,) it was held, "that an absolute bill of sale of negroes may be converted into a mortgage by a parol agreement to allow the conveyor to redeem; and this agreement may be inferred from the price given, and the mode of dealing between the parties."

The case of *Walker v Locke et al.* (5 Cushing, 90) is considered as having no application to the case before us. It is well known that until within a few years the courts of Massachusetts had no chancery jurisdiction. The jurisdiction, when first conferred by statute, was limited to cases of specific execution of contracts and trusts, not including fraud as a ground of relief. Within some one or two years past, the jurisdiction has been extended to frauds, but this has been done since the decision in the case above cited.

If the decision had been made since the extension of the jurisdiction beyond the construction of the local statutes, we should consider it only as the decision of a highly respectable and learned court, and not as a rule of decision for this court.

It is admitted that the authorities on the question before us are conflicting in this country and in England; but as this court in several cases have decided the point, and it is now and has been for several years past a rule of decision, we are not prepared to balance the State authorities, with the view of ascertaining on which side the scale preponderates.

The third point regards the lapse of time and the statute of limitations.

In his answer, the defendant avers that the pleadings show a possession by him of more than twenty-years before the institution of this suit, and that that possession has never been disturbed; and also that the proceeds of sale were received more than six years before the bill was filed, and these facts are relied on to bar the right of the complainant.

It is clear that the statute cannot constitute a bar in the present case. Courts of equity apply the statute by analogy to cases at law; but in this case, the trust being established, there was no adverse possession in favour of which the statute could run. The possession was consistent with the intentions of the parties, until the fraud was discovered, in 1851. Nor can the statute bar the right of

the complainant to the proceeds of the land, as Babcock was bound to apply these to the payment of interest on the debt, and in discharge of the principal.

The decree of the Circuit Court is affirmed with costs.

Mr. Justice Catron and Mr. Justice Campbell dissented.

Mr. Justice Catron dissenting.

The opinion just pronounced maintains that a deed in fee, without conditions, and made in that form, according to an agreement of the parties at the time, may be proved to have been a mortgage by parol evidence, establishing that a defeasance was part of the agreement when the absolute deed was executed; but that it was left out by design. And that this parol proof may be made, after the lapse of more than twenty years from the date of the deed before the grantee was sued; he having been in possession of the land conveyed, holding it under the deed from its date up to the time when the suit was brought.

The defendant (among other things) relied on the statute of frauds as a defence to the suit. Lord Hardwicke lays down the rule (in *Montacute v Maxwell*, 1 P. Williams, 618) to be, that where there was no fraud or mistake in the original transaction, and the word or promise of the defendant was relied on, the statute of frauds declares such promise void, and equity will not interfere. And in this doctrine I understand the Supreme Judicial Court of Massachusetts to concur. (*Walker v Locke*, 5 Cush., 90.)

The effect of the defeasance here set up, by parol evidence, is, that it defeats the absolute deed, and makes it void on payment of a sum of money. On general principles the rule is, that where there is a written contract, all antecedent propositions, negotiations, and parol interlocution, on the same subject, are deemed to be merged in such contract. (1 Story Com., p. 173, sec. 160; 2 Story, p. 286, sec. 1,018.)

There must be fraud or mistake in making the agreement, if it can be reformed. (*Id.*, sec. 157, p. 169.)

I think the parol proof was inadmissible both by the statute of frauds of Massachusetts, and according to the general rule referred to; and that the decree should be reversed, and the bill dismissed.

Mr. Justice Campbell dissenting.

The defendant, in the year 1828, entered upon the land conveyed to him by Nehemiah Wyman, and retained it until 1844. He then sold it as his own property, and appropriated the price to his own use. During this whole period, there was no act on the part of Wyman from which the relation of a mortgagor or debtor can be inferred, and

no account was rendered by the defendant, nor was any act performed by him inconsistent with his deed.

The evidence relied on to engraft a trust on this deed consists of conversations reported by Nehemiah Wyman, the debtor, and his brother William, as contemporaneous with the deed, and other conversations reported by William Wyman as occurring in 1844 and 1851; and also the statements of the answer.

No intercourse between Nehemiah Wyman and the defendant took place between 1828 and 1851, directly or mediately, relative to this subject.

The witness, Nehemiah Wyman, is not, in my opinion, a competent witness. This suit is brought by his son upon an assignment made after the controversy had commenced, and with the acknowledged purpose of using his father as a witness.

It was found that sufficient evidence did not exist to support the claim, and machinery was resorted to, calculated to introduce the evils of champerty and maintenance.

The witness sold his claim, with a concession to the assignee to employ him as a witness to establish it.

Such a practice holds out to parties a strong temptation to commit perjury. (*Bell v Smith*, 5 B. and C., 188, J.

Bayley's Opinion; *Mauzy v Mason*, 8 Part., 212; *Clifton v Sharpe*, 15 Ala. R., 618; 1 Penn. R., 214; 12 Pet., 140.)

The testimony of Edward Wyman is open to much observation; and I feel entirely indisposed to rest a decree upon his evidence. Nor do I see intrinsic difficulties in the inconsistencies of the answer. I cannot shut my eyes to the fact that nothing has been done between these parties for above twenty-three years inconsistent with the relations of vendor and vendee, or consistent with the relations of a creditor and debtor, except the detention of the evidence of the original debt by the defendant, and the most important part of that evidence was cancelled in 1830 by him.

I dissent from the opinion of the court in reference to the jurisdiction of the Circuit Court of the United States in Massachusetts. It is admitted that, in the courts of Massachusetts, this trust could not be incorporated into the deed. The statute of frauds prevents it. (*Walker v Locke*, 5 Cush., 90.)

This statute constitutes a rule of property for the State. In the present case, the subject of the suit is a contract made in Massachusetts, by citizens of that State, and affecting the title to real property there. In my opinion, the statute law of Massachusetts furnishes a rule of decision to the courts of the United States.

Italia

Decreto legislativo di attuazione della direttiva europea in tema di antiriciclaggio

- **D.Lgs. 21 novembre 2007, n. 231, di “Attuazione della direttiva 2005/60/CE concernente la prevenzione dell’utilizzo del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo nonché della direttiva 2006/70/CE che ne reca misure di esecuzione”**

Publicato nella *Gazzetta Ufficiale* n. 290 del 14 dicembre 2007- Suppl. Ordinario n. 268/L

IL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA

Visti gli articoli 76 e 87 della Costituzione;

Vista la direttiva 91/308/CEE del Consiglio, del 10 giugno 1991, relativa alla prevenzione dell’uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività illecite;

Visto il decreto-legge 3 maggio 1991, n. 143, convertito, con modificazioni, dalla legge 5 luglio 1991, n. 197, recante provvedimenti urgenti per limitare l’uso del contante e dei titoli al portatore nelle transazioni e prevenire l’utilizzazione del sistema finanziario a scopo di riciclaggio;

Vista la legge 6 febbraio 1996, n. 52, recante disposizioni per l’adempimento di obblighi derivanti dall’appartenenza dell’Italia alle Comunità europee - legge comunitaria 1994, ed in particolare l’articolo 15;

Visto il decreto legislativo 30 aprile 1997, n. 125, recante norme in materia di circolazione transfrontaliera di capitali, in attuazione della direttiva 91/308/CEE;

Visto il decreto legislativo 26 maggio 1997, n. 153, recante disposizioni a integrazione dell’attuazione della direttiva 91/308/CEE;

Visto il decreto legislativo 26 agosto 1998, n. 319, recante riordino dell’Ufficio italiano dei cambi a norma dell’articolo 1, comma 1, della legge 17 dicembre 1997, n. 433;

Visto il decreto legislativo 25 settembre 1999, n. 374, relativo all’estensione delle disposizioni in materia di riciclaggio dei capitali di provenienza illecita e attività finanziarie particolarmente suscettibili di utilizzazione a fini di riciclaggio, a norma dell’articolo 15 della legge 6 febbraio 1996, n. 52;

Vista la direttiva 2001/97/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 dicembre 2001, recante modifica della direttiva 91/308/CEE;

Vista la legge 3 febbraio 2003, n. 14, recante disposizioni per l’adempimento di obblighi derivanti dall’appartenenza dell’Italia alle Comunità europee legge comunitaria 2002, ed in particolare l’articolo 1 e l’allegato B;

Visto il decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, recante il codice in materia di protezione dei dati personali;

Visto il decreto legislativo 20 febbraio 2004, n. 56, recante attuazione della direttiva 2001/97/CE, in materia di prevenzione dell’uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi da attività illecite;

Vista la direttiva 2005/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 ottobre 2005, relativa alla prevenzione dell’uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo;

Vista la legge 25 gennaio 2006, n. 29, recante disposizioni per l’adempimento di obblighi derivanti dall’appartenenza dell’Italia alle Comunità europee - legge comunitaria 2005, ed in particolare gli articoli 21 e 22;

Vista la direttiva 2006/70/CE della Commissione del 1° agosto 2006, recante misure di esecuzione della direttiva 2005/60/CE;

Visto il decreto legislativo 22 giugno 2007, n. 109, recante misure di natura patrimoniale per prevenire, contrastare e reprimere il finanziamento del terrorismo internazionale e l’attività dei Paesi che minacciano la pace e la sicurezza internazionale, in attuazione della direttiva 2005/60/CE;

Vista la preliminare deliberazione del Consiglio dei Ministri, adottata nella riunione del 27 luglio 2007;

Acquisiti i pareri delle competenti Commissioni della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica;

Visto il provvedimento del Governatore della Banca d’Italia in data 16 ottobre 2007, con il quale sono state avocate le attività svolte dall’Ufficio italiano dei cambi in funzione di ente strumentale della Banca d’Italia;

Il decreto legislativo è commentato da Massimo Longhi, *supra*, 249.

Vista la deliberazione del Consiglio dei Ministri, adottata nella riunione del 16 novembre 2007;

Udito il parere delle competenti autorità di vigilanza di settore e le amministrazioni interessate;

Udito il parere del Garante per la protezione dei dati personali, espresso nella riunione del 25 luglio 2007;

Sulla proposta del Ministro per le politiche europee e del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con i Ministri degli affari esteri, della giustizia e dell'interno;

Emana

il seguente decreto legislativo:

TITOLO I DISPOSIZIONI DI CARATTERE GENERALE

Capo I DISPOSIZIONI COMUNI

Art. 1.

Definizioni

1. Nel presente decreto legislativo l'espressione:

a) «codice in materia di protezione dei dati personali» indica il decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196;

b) «CONSOB» indica la Commissione nazionale per la società e la borsa;

c) «CAP» indica il decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209, recante il codice delle assicurazioni private;

d) «DIA» indica la Direzione investigativa antimafia;

e) «direttiva» indica la direttiva 2005/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 ottobre 2005;

f) «GAFI» indica il Gruppo di azione finanziaria internazionale;

g) «ISVAP» indica l'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni private e di interesse collettivo;

h) «Stato comunitario» indica lo Stato membro dell'Unione europea;

i) «Stato extracomunitario» indica lo Stato non appartenente all'Unione europea;

l) «TUB» indica il testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385»;

m) «TUF» indica il testo unico in materia di intermediazione finanziaria, di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58;

n) «TULPS» indica il testo unico delle leggi di pubblica sicurezza, di cui al regio decreto 18 giugno 1931, n. 773;

o) «TUV» indica il testo unico delle norme in materia valutaria, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 31 marzo 1988, n. 148.

2. Nel presente decreto legislativo si intendono per:

a) «amministrazioni interessate»: le autorità e le amministrazioni competenti al rilascio delle autorizzazioni o licenze, alla ricezione delle dichiarazioni di inizio attività di cui all'articolo 10, comma 2, lettera e), e all'articolo 14 o che esercitano la vigilanza sui soggetti indicati negli ar-

ticoli 12, comma 1, lettere a) e c), e 13, comma 1, lettera b);

b) «archivio unico informatico»: un archivio, formato e gestito a mezzo di sistemi informatici, nel quale sono conservate in modo accentrato tutte le informazioni acquisite nell'adempimento degli obblighi di identificazione e registrazione, secondo i principi previsti nel presente decreto;

c) «autorità di vigilanza di settore»: le autorità preposte, ai sensi della normativa vigente, alla vigilanza o al controllo dei soggetti indicati agli articoli 10, comma 2, dalla lettera a) alla lettera d), 11 e 13, comma 1, lettera a);

d) «banca di comodo»: una banca, o un ente che svolge attività equivalenti, costituita in un Paese in cui non ha alcuna presenza fisica, che consenta di esercitare una direzione e una gestione effettive e che non sia collegata ad alcun gruppo finanziario regolamentato;

e) «cliente»: il soggetto che instaura rapporti continuativi o compie operazioni con i destinatari indicati agli articoli 11 e 14, ovvero il soggetto al quale i destinatari indicati agli articoli 12 e 13 rendono una prestazione professionale in seguito al conferimento di un incarico;

f) «conti di passaggio»: rapporti bancari di corrispondenza transfrontalieri, intrattenuti tra intermediari finanziari, utilizzati per effettuare operazioni in nome proprio e per conto della clientela;

g) «dati identificativi»: il nome e il cognome, il luogo e la data di nascita, l'indirizzo, il codice fiscale e gli estremi del documento di identificazione o, nel caso di soggetti diversi da persona fisica, la denominazione, la sede legale e il codice fiscale o, per le persone giuridiche, la partita IVA;

h) «insediamento fisico»: un luogo destinato allo svolgimento dell'attività di istituto, con stabile indirizzo, diverso da un semplice indirizzo elettronico, in un Paese nel quale il soggetto è autorizzato a svolgere la propria attività. In tale luogo il soggetto deve impiegare una o più persone a tempo pieno, deve mantenere evidenze relative all'attività svolta, deve essere soggetto ai controlli effettuati dall'autorità che ha rilasciato l'autorizzazione a operare;

i) «mezzi di pagamento»: il denaro contante, gli assegni bancari e postali, gli assegni circolari e gli altri assegni a essi assimilabili o equiparabili, i vaglia postali, gli ordini di accreditamento o di pagamento, le carte di credito e le altre carte di pagamento, le polizze assicurative trasferibili, le polizze di pegno e ogni altro strumento a disposizione che permetta di trasferire, movimentare o acquisire, anche per via telematica, fondi, valori o disponibilità finanziarie;

l) «operazione»: la trasmissione o la movimentazione di mezzi di pagamento; per i soggetti di cui all'articolo 12, un'attività determinata o determinabile, finalizzata a un obiettivo di natura finanziaria o patrimoniale modificativo della situazione giuridica esistente, da realizzare tramite una prestazione professionale;

m) «operazione frazionata»: un'operazione unitaria sotto il profilo economico, di valore pari o superiore ai limiti stabiliti dal presente decreto, posta in essere attraverso più operazioni, singolarmente inferiori ai predetti limiti, effettuate in momenti diversi ed in un circoscritto periodo di tempo fissato in sette giorni ferma restando la sussistenza dell'operazione frazionata quando ricorrano elementi per ritenerla tale;

n) «operazioni collegate»: operazioni che, pur non costituendo esecuzione di un medesimo contratto, sono tra loro connesse per il soggetto che le esegue, l'oggetto o per lo scopo cui sono dirette;

o) «persone politicamente esposte»: le persone fisiche cittadine di altri Stati comunitari o di Stati extracomunitari che occupano o hanno occupato importanti cariche pubbliche come pure i loro familiari diretti o coloro con i quali tali persone intrattengono notoriamente stretti legami, individuate sulla base dei criteri di cui all'allegato tecnico al presente decreto;

p) «prestatori di servizi relativi a società e trust»: ogni persona fisica o giuridica che fornisce, a titolo professionale, uno dei servizi seguenti a terzi:

1) costituire società o altre persone giuridiche;

2) occupare la funzione di dirigente o di amministratore di una società, di socio di un'associazione o una funzione analoga nei confronti di altre persone giuridiche o provvedere affinché un'altra persona occupi tale funzione;

3) fornire una sede legale, un indirizzo commerciale, amministrativo o postale e altri servizi connessi a una società, un'associazione o qualsiasi altra entità giuridica;

4) occupare la funzione di fiduciario in un trust espresso o in un soggetto giuridico analogo o provvedere affinché un'altra persona occupi tale funzione;

5) esercitare il ruolo d'azionista per conto di un'altra persona o provvedere affinché un'altra persona occupi tale funzione, purché non si tratti di una società ammessa alla quotazione su un mercato regolamentato e sottoposta a obblighi di comunicazione conformemente alla normativa comunitaria o a norme internazionali equivalenti;

q) «prestazione professionale»: prestazione professionale o commerciale correlata con le attività svolte dai soggetti indicati agli articoli 12, 13 e 14, della quale si presuma, al momento in cui inizia, che avrà una certa durata;

r) «pubblica amministrazione»: tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e le scuole di ogni ordine e grado, le istituzioni educative, le aziende e le amministrazioni dello Stato a ordinamento autonomo, le regioni, le province, i comuni, le comunità montane e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, le amministrazioni, le aziende e gli enti del servizio sanitario nazionale e le agenzie di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300, e successive modificazioni;

s) «rapporto continuativo»: rapporto di durata rien-

trante nell'esercizio dell'attività di istituto dei soggetti indicati all'articolo 11 che dia luogo a più operazioni di versamento, prelievo o trasferimento di mezzi di pagamento e che non si esaurisce in una sola operazione;

t) «registro della clientela»: un registro cartaceo nel quale sono conservati i dati identificativi di cui alla lettera g), acquisiti nell'adempimento dell'obbligo di identificazione secondo le modalità previste nel presente decreto;

u) «titolare effettivo»: la persona o le persone fisiche che, in ultima istanza, possiedono o controllano il cliente nonché la persona fisica per conto della quale è realizzata un'operazione o un'attività, individuate sulla base dei criteri di cui all'allegato tecnico al presente decreto;

v) «titolo al portatore»: titolo di credito che legittima il possessore all'esercizio del diritto in esso menzionato in base alla mera presentazione e il cui trasferimento si opera con la consegna del titolo;

z) «UIF»: l'unità di informazione finanziaria cioè la struttura nazionale incaricata di ricevere dai soggetti obbligati, di richiedere, ai medesimi, di analizzare e di comunicare alle autorità competenti le informazioni che riguardano ipotesi di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo.

(omissis)

Capo III

SOGGETTI DESTINATARI DEGLI OBBLIGHI

(omissis)

Art. 12.

Professionisti

1. Ai fini del presente decreto per professionisti si intendono:

a) i soggetti iscritti nell'albo dei ragionieri e periti commerciali, nell'albo dei dottori commercialisti e nell'albo dei consulenti del lavoro;

b) ogni altro soggetto che rende i servizi forniti da periti, consulenti e altri soggetti che svolgono in maniera professionale attività in materia di contabilità e tributi;

c) i notai e gli avvocati quando, in nome o per conto dei propri clienti, compiono qualsiasi operazione di natura finanziaria o immobiliare e quando assistono i propri clienti nella predisposizione o nella realizzazione di operazioni riguardanti:

1) il trasferimento a qualsiasi titolo di diritti reali su beni immobili o attività economiche;

2) la gestione di denaro, strumenti finanziari o altri beni;

3) l'apertura o la gestione di conti bancari, libretti di deposito e conti di titoli;

4) l'organizzazione degli apporti necessari alla costituzione, alla gestione o all'amministrazione di società;

5) la costituzione, la gestione o l'amministrazione di società, enti, trust o soggetti giuridici analoghi;

d) i prestatori di servizi relativi a società e trust ad esclusione dei soggetti indicati dalle lettere a), b) e c).

2. L'obbligo di segnalazione di operazioni sospette di cui all'articolo 41 non si applica ai soggetti indicati nelle lettere a), b) e c) del comma 1 per le informazioni che essi ricevono da un loro cliente o ottengono riguardo allo stesso, nel corso dell'esame della posizione giuridica del loro cliente o dell'espletamento dei compiti di difesa o di rappresentanza del medesimo in un procedimento giudiziario o in relazione a tale procedimento, compresa la consulenza sull'eventualità di intentare o evitare un procedimento, ove tali informazioni siano ricevute o ottenute prima, durante o dopo il procedimento stesso.

3. Gli obblighi di cui al Titolo II, Capo I e II, non si osservano in relazione allo svolgimento della mera attività di redazione e/o di trasmissione della dichiarazione dei redditi e degli adempimenti in materia di amministrazione del personale di cui all'articolo 2, primo comma, della legge 11 gennaio 1979, n. 12.

(omissis)

TITOLO II DEGLI OBBLIGHI

Capo I

OBBLIGHI DI ADEGUATA VERIFICA DELLA CLIENTELA

Sezione I

DISPOSIZIONI DI CARATTERE GENERALE

(omissis)

Art. 16.

Obblighi di adeguata verifica della clientela da parte dei professionisti e dei revisori contabili

1. I professionisti di cui all'articolo 12 osservano gli obblighi di adeguata verifica della clientela nello svolgimento della propria attività professionale in forma individuale, associata o societaria, nei seguenti casi:

a) quando la prestazione professionale ha ad oggetto mezzi di pagamento, beni od utilità di valore pari o superiore a 15.000 euro;

b) quando eseguono prestazioni professionali occasionali che comportino la trasmissione o la movimentazione di mezzi di pagamento di importo pari o superiore a 15.000 euro, indipendentemente dal fatto che siano effettuate con una operazione unica o con più operazioni che appaiono collegate o frazionate;

c) tutte le volte che l'operazione sia di valore indeterminato o non determinabile. Ai fini dell'obbligo di adeguata verifica della clientela, la costituzione, gestione o amministrazione di società, enti, trust o soggetti giuridici analoghi integra in ogni caso un'operazione di valore non determinabile;

d) quando vi è sospetto di riciclaggio o di finanziamen-

to del terrorismo, indipendentemente da qualsiasi deroga, esenzione o soglia applicabile;

e) quando vi sono dubbi sulla veridicità o sull'adeguatezza dei dati precedentemente ottenuti ai fini dell'identificazione di un cliente.

2. I revisori contabili di cui all'articolo 13 osservano gli obblighi di identificazione del cliente e di verifica dei dati acquisiti nello svolgimento della propria attività professionale in forma individuale, associata o societaria, nei casi indicati alle lettere a), d) ed e) del comma 1.

(omissis)

Art. 19.

Modalità di adempimento degli obblighi

1. L'adempimento degli obblighi di adeguata verifica della clientela, di cui all'articolo 18, avviene sulla base delle modalità di seguito descritte:

a) l'identificazione e la verifica dell'identità del cliente e del titolare effettivo e svolta, in presenza del cliente, anche attraverso propri dipendenti o collaboratori, mediante un documento d'identità non scaduto, tra quelli di cui all'allegato tecnico, prima dell'instaurazione del rapporto continuativo o al momento in cui è conferito l'incarico di svolgere una prestazione professionale o dell'esecuzione dell'operazione. Qualora il cliente sia una società o un ente è verificata l'effettiva esistenza del potere di rappresentanza e sono acquisite le informazioni necessarie per individuare e verificare l'identità dei relativi rappresentanti delegati alla firma per l'operazione da svolgere;

b) l'identificazione e la verifica dell'identità del titolare effettivo e effettuata contestualmente all'identificazione del cliente e impone, per le persone giuridiche, i trust e soggetti giuridici analoghi, l'adozione di misure adeguate e commisurate alla situazione di rischio per comprendere la struttura di proprietà e di controllo del cliente. Per identificare e verificare l'identità del titolare effettivo i soggetti destinatari di tale obbligo possono decidere di fare ricorso a pubblici registri, elenchi, atti o documenti conoscibili da chiunque contenenti informazioni sui titolari effettivi, chiedere ai propri clienti i dati pertinenti ovvero ottenere le informazioni in altro modo;

c) il controllo costante nel corso del rapporto continuativo o della prestazione professionale si attua analizzando le transazioni concluse durante tutta la durata di tale rapporto in modo da verificare che tali transazioni siano compatibili con la conoscenza che l'ente o la persona tenuta all'identificazione hanno del proprio cliente, delle sue attività commerciali e del suo profilo di rischio, avendo riguardo, se necessario, all'origine dei fondi e tenendo aggiornati i documenti, i dati o le informazioni detenute.

2. Il Ministro dell'economia e delle finanze, sentito il Comitato di sicurezza finanziaria, può adottare, con pro-

prio decreto, disposizioni attuative per l'esecuzione degli adempimenti di cui al comma 1.

(omissis)

ALLEGATO TECNICO

(omissis)

Art. 2.

Articolo 1, comma 2, lettera u). Titolare effettivo

1. Per titolare effettivo s'intende:

a) in caso di società:

1) la persona fisica o le persone fisiche che, in ultima istanza, possiedono o controllino un'entità giuridica, attraverso il possesso o il controllo diretto o indiretto di una percentuale sufficiente delle partecipazioni al capitale sociale o dei diritti di voto in seno a tale entità giuridica, anche tramite azioni al portatore, purché non si tratti di una società ammessa alla quotazione su un mercato regolamentato e sotto-

posta a obblighi di comunicazione conformi alla normativa comunitaria o a standard internazionali equivalenti; tale criterio si ritiene soddisfatto ove la percentuale corrisponda al 25 per cento più uno di partecipazione al capitale sociale;

2) la persona fisica o le persone fisiche che esercitano in altro modo il controllo sulla direzione di un'entità giuridica;

b) in caso di entità giuridiche quali le fondazioni e di istituti giuridici quali i trust, che amministrano e distribuiscono fondi:

1) se i futuri beneficiari sono già stati determinati, la persona fisica o le persone fisiche beneficiarie del 25 per cento o più del patrimonio di un'entità giuridica;

2) se le persone che beneficiano dell'entità giuridica non sono ancora state determinate, la categoria di persone nel cui interesse principale è istituita o agisce l'entità giuridica;

3) la persona fisica o le persone fisiche che esercitano un controllo sul 25 per cento o più del patrimonio di un'entità giuridica.

(omissis)

Guernsey

The Trusts (Guernsey) Law, 2007

■ Legge 2007

ARRANGEMENT OF SECTIONS

PART I PRELIMINARY

1. Existence of a trust
2. Validity of trusts.
3. Proper law of trust.
4. Jurisdiction of court.

PART II PROVISIONS APPLICABLE ONLY TO GUERNSEY TRUSTS

5. Application of Part II.

Creation, validity and duration of Guernsey trusts

6. Creation of a trust.
7. Property which may be held on trust.
8. Beneficiaries of a trust.
9. Disclaimer of beneficial interest.
10. Nature of beneficial interest.
11. Validity and enforceability of trust.
12. Trusts for non-charitable purposes; and enforcers.
13. Duty of enforcer not to profit from his office.
14. Application of Guernsey law to questions of validity.
15. Reservation or grant of certain powers does not invalidate trust.
16. Duration of trust, etc.

Appointment, retirement and discharge of trustees

17. Number of trustees.
18. Appointment of new or additional trustees.
19. No renunciation after acceptance.
20. Resignation or removal of trustees.
21. Position of continuing trustees on reduction in number of trustees.

Duties of trustees

22. General fiduciary duties.
23. Duty to get in and preserve trust property.
24. Duty of trustee not to profit from trusteeship.

25. Duty to keep accounts.
26. Duty to give information.
27. Duty to keep trust property separate.
28. Duty of co-trustees to act together.
29. Impartiality of trustees.

General powers of trustees

30. Powers of trustees in relation to property.
31. Power to sue and compromise.
32. Consultation by trustees.
33. Delegation by trustees.
34. Powers of attorney.
35. Remuneration and expenses of trustees.
36. Power to appropriate.
37. Corporate trustee may act by resolution.
38. Non-disclosure of deliberations or letters of wishes.

Liability for breach of trust

39. Liability for breach of trust.
40. Beneficiary may relieve or indemnify trustee.
41. Trustees of more than one trust.
42. Dealings by trustees with third parties.
43. Position of outgoing trustees.
44. Trustees' lien.

Protective trusts, class interests and certain powers

45. Protective trusts.
46. Class interests.
47. Power of variation.
48. Power of accumulation and advancement.
49. Power of appointment.
50. Power of revocation.
51. Change of proper law.

Failure, lapse and termination of trusts

52. Failure or lapse of interest.
53. Termination of trusts.

Powers of the court

54. Appointment of resident trustees.
55. Power to relieve trustees from personal liability.
56. Power to make beneficiaries indemnify.

Variation, etc. of trusts

- 57. Variation of trusts on behalf of minors, etc.
- 58. Approval of particular transactions.
- 59. Charitable and non-charitable trusts – “cy-pres”.
- 60. General power to vary.
- 61. Trusts created by Orders in Council.
- 62. Judgement against trustee to be binding on beneficiaries.
- 63. Settlement of action against trustee by mediation or arbitration to be binding on beneficiaries.

PART III**PROVISIONS APPLICABLE ONLY TO FOREIGN TRUSTS**

- 64. Application of Part III.
- 65. Enforceability of foreign trusts.

PART IV**PROVISIONS OF GENERAL APPLICATION**

- 66. Application of Part IV.
- 67. Rules of Royal Court.
- 68. Applications for directions.
- 69. General powers of court.
- 70. Powers of court in event of default.
- 71. Payment of costs.
- 72. Nature of trustee's interest.
- 73. Following trust property.
- 74. Bankruptcy of trustees.
- 75. Protection for persons dealing with trustees.
- 76. Limitation and prescription.
- 77. Constructive trusts.

PART V**SUPPLEMENTAL**

- 78. Application of Law.
- 79. Constitution of Royal Court.
- 80. Interpretation.
- 81. Power to amend Law by Ordinance.
- 82. General provisions as to subordinate legislation.
- 83. Repeals and transitional provisions.
- 84. Savings.
- 85. Citation.
- 86. Commencement.

PROJET DE LOI**ENTITLED**

The Trusts (Guernsey) Law, 2007

THE STATES, in pursuance of their Resolution of the 15th December, 2006⁽¹⁾, have approved the following

provisions which, subject to the Sanction of Her Most Excellent Majesty in Council, shall have force of law in the Island of Guernsey.

**PART I
PRELIMINARY****Existence of a trust.**

1. A trust exists if a person (a “trustee”) holds or has vested in him, or is deemed to hold or have vested in him, property which does not form or which has ceased to form part of his own estate –

- (a) for the benefit of another person (a “beneficiary”), whether or not yet ascertained or in existence, and / or
- (b) for any purpose, other than a purpose for the benefit only of the trustee.

Validity of trusts.

2. Subject to the provisions of this Law, a trust is valid and enforceable in Guernsey.

Proper law of trust.

3. (1) Subject to sections 51 and 57, the proper law of a trust is –

(a) the law chosen by the settlor to be the proper law, the choice being expressed or implied in the terms of the trust, or

(b) if no law is so chosen, the law with which the trust has its closest connection at the time of its creation, and in determining the law with which a trust has its closest connection regard shall be had in particular to –

- (i) the place of administration of the trust designated by the settlor,
- (ii) the situs of the assets of a trust,
- (iii) the place of residence or business of the trustee,
- (iv) the objects of the trust and the places where they are to be fulfilled.

(2) A trust the proper law of which is the law of Guernsey is referred to in this Law as a “**Guernsey trust**”.

(3) For the purposes of subsection (1)(a), where the proper law of a trust is expressed (in whatever terms) to be the law of the Bailiwick of Guernsey, without further particularity, the proper law of the trust shall be deemed to be the law of Guernsey.

Jurisdiction of court.

4. (1) The Royal Court sitting as an Ordinary Court (“the Royal Court”) has jurisdiction in respect of –

- (a) a Guernsey trust, and
- (b) any other trust –
 - (i) a trustee of which is resident in Guernsey,
 - (ii) any property of which is situated or administered in Guernsey, or

Nota:

(1) Article VIII of Billet d'état No. XXI of 2006.

(iii) the terms of which provide that the Royal Court is to have jurisdiction.

(2) For the purposes of subsection (1)(b)(iii), where the terms of a trust provide, in whatever terms and without further particularity, that the courts of the Bailiwick, or the courts of Guernsey, are to have jurisdiction, the terms of the trust shall be deemed to provide that the Royal Court is to have jurisdiction,

PART II PROVISIONS APPLICABLE ONLY TO GUERNSEY TRUSTS

Application of Part II.

5. This Part of this Law applies only to Guernsey trusts.

Creation, validity and duration of Guernsey trusts

Creation of a trust.

6. (1) Subject to subsections (2), (3) and (4), a trust may be created-

- (a) by oral declaration,
- (b) by an instrument in writing,
- (c) by conduct, or
- (d) in any other manner whatsoever.

(2) A unit trust may be created only by an instrument in writing.

(3) A trust of real property situated in Guernsey may be created only by an instrument in writing.-

(4) Nothing in subsection (3) -

- (a) applies in relation to a trust of real property created before the commencement of this Law, or
- (b) affects the creation or operation of resulting, implied or constructive trusts.

(5) No technical expressions are needed for the creation of a trust.

Property which may be held on trust.

7. (1) Any property may be held on trust.

(2) A trustee may accept property to be held on trust from any person.

Beneficiaries of a trust.

8. (1) A beneficiary shall be -

- (a) identifiable by name, or
- (b) ascertainable by reference to -
 - (i) a class, or

(ii) a relationship to another person, whether or not living at the time of the creation of the trust or at the time by reference to which, under the terms of the trust, members of a class are to be determined.

(2) The terms of a trust may provide for the addition or removal of a person as beneficiary or for the exclusion from benefit of a beneficiary either revocably or irrevocably.

(3) The terms of a trust may impose an obligation on a beneficiary as a condition of benefit.

(4) A settlor or trustee of a trust may also be a beneficiary thereof.

Disclaimer of beneficial interest.

9. (1) Subject to the terms of the trust, a beneficiary may disclaim his interest or any part of it, whether or not he has received any benefit from it.

(2) A disclaimer shall be in writing and, subject to the terms of the trust -

(a) may be temporary, and

(b) may, if the disclaimer so provides, be revoked in the manner and circumstances specified thereby.

(3) A disclaimer is not effective until received by a trustee.

Nature of beneficial interest.

10. The interest of a beneficiary is personal property and, subject to the terms of the trust, may be dealt with or charged accordingly.

Validity and enforceability of trust.

11. (1) Subject to subsections (2) and (3), a trust is valid and enforceable in accordance with its terms.

(2) A trust is invalid and unenforceable to the extent that -

(a) it purports to do anything contrary to law of Guernsey,

(b) it exercises any right or function the exercise of discharge of which would be contrary to the law of Guernsey,

(c) it has no beneficiary identifiable or ascertainable under section 8(1), unless -

(i) it is for a charitable purpose, and / or

(ii) it is for a non-charitable purpose in relation to which it is valid and enforceable by virtue of section 12(1),

(d) the Royal Court declares that -

(i) it was established by duress, fraud, mistake, undue influence or misrepresentation or in breach of fiduciary duty,

(ii) it is immoral or contrary to public policy,

(iii) its terms are so uncertain that its performance is rendered impossible, or

(iv) the settlor was, at the time of its creation, incapable of creating such a trust.

(3) Where some of the terms of a trust are invalid but others are not -

(a) if the terms cannot be separated, the trust is invalid,

(b) if the terms can be separated, the Royal Court may declare that the trust is valid as to the terms which are valid.

(4) Where a trust is partially invalid, the Royal Court may declare what property is and what property is not to be held subject to the trust.

(5) Property as to which a trust is invalid shall, subject to any order of the Royal Court, be held by the trustees on trust for the settlor absolutely or, if he is dead, for his personal representative.

(6) An application to the Royal Court under this section may be made by any person mentioned in section 67(2).

Trusts for non-charitable purposes; and enforcers.

12. (1) A trust for or including non-charitable purposes created by an instrument in writing and the terms of which provide for -

(a) the appointment of an enforcer in relation to the trust's non-charitable purposes, and

(b) the appointment of a new enforcer at any time when there is none, is valid and enforceable in relation to its non-charitable purposes.

(2) It is the fiduciary duty of an enforcer to enforce the trust in relation to its non-charitable purposes.

(3) The appointment of a person as enforcer of a trust has no effect if the person is also a trustee of the trust.

(4) An enforcer may resign his office by delivering a written notice of resignation to the trustees.

(5) Subject to subsection (6), a resignation takes effect-

(a) on delivery of the notice, or

(b) on such later date or on the happening of such later event as may be specified therein.

(6) A resignation given to facilitate a breach of trust or a breach of the enforcer's fiduciary duty has no effect.

(7) An enforcer ceases to be the enforcer of a trust immediately on -

(a) his removal from office by the Royal Court,

(b) his resignation becoming effective,

(c) the coming into effect of a provision in the terms of the trust under or by which he is removed from office or otherwise ceases to hold office, or

(d) his appointment as a trustee of the trust.

(8) A trustee of a trust which includes non-charitable purposes which is valid and enforceable by virtue of subsection (1) shall, at any time when there is no enforcer in relation to those purposes, take such steps as may be necessary to secure the appointment of an enforcer.

(9) Where the trustee of a trust which includes non-charitable purposes which is valid and enforceable by virtue of subsection (1) has reason to believe that the enforcer in relation to those purposes -

(a) is unwilling or is refusing to act,

(b) is bankrupt or otherwise unfit to act, or

(c) is incapable of acting,

the trustee shall apply to the Royal Court for the removal of the enforcer and the appointment of a replacement.

(10) For the avoidance of doubt, the settlor or a corporation can be appointed as an enforcer.

(11) The terms of a trust for non-charitable purposes may provide for the addition, variation or removal of a non-charitable purpose of the trust or for the exclusion of a non-charitable purpose from the objects of the trust.

Duty of enforcer not to profit from his office.

13. (1) An enforcer shall not -

(a) derive, directly or indirectly, any profit from his appointment,

(b) cause or permit any other person to so derive any such profit, or

(c) on his own account enter into any transaction with the trustees, or relating to the trust property, which may result in any such profit,

except -

(i) with the approval of the Royal Court,

(ii) as permitted by the provisions of this Law, or

(iii) as expressly provided by the terms of the trust.

(2) An enforcer is entitled to be paid, and shall be reimbursed, by the trustees from the trust property for all expenses and liabilities properly incurred in connection with the trust.

Application of Guernsey law to questions of validity.

14. (1) Subject to the terms of the trust, all questions arising in relation to a Guernsey trust or any disposition of property to or upon such a trust, including (without limitation) questions as to -

(a) the capacity of the settlor,

(b) the validity, interpretation or effect of the trust or disposition or any variation thereof,

(c) the administration of the trust, whether it is conducted in Guernsey or elsewhere, including questions as to the functions, appointment and removal of trustees and enforcers,

(d) the existence and extent of any functions in respect of the trust, including (without limitation) powers of variation, revocation and appointment, and the validity of the exercise of any such function,

(e) the distribution of the trust property,

are to be determined according to the law of Guernsey without reference to the law of any other jurisdiction.

For these purposes "the law of Guernsey" does not include the Guernsey rules of private international law, except those set out in this section.

(2) Subsection (1) -

(a) does not validate any disposition of property which is neither owned by the settlor nor the subject of a power of disposition vested in the settlor,

(b) does not affect the recognition of the law of any other jurisdiction in determining whether the settlor is the owner of any property or the holder of any such power,

(c) is subject to any express provision to the contrary in the terms of the trust or disposition,

(d) does not, as regards the capacity of a corporation,

affect the recognition of the law of its place of incorporation,

(e) does not affect the recognition of the law of any other jurisdiction prescribing (without reference to the existence or terms of the trust) the formalities for the disposition of property,

(f) does not validate any trust or disposition of real property situate in a jurisdiction other than Guernsey which is invalid under the law of that jurisdiction, and

(g) does not validate any testamentary disposition which is invalid under the law of the testator's last domicile.

(3) No Guernsey trust, and no disposition of property to or upon such a trust, is void, voidable, liable to be set aside, invalid or subject to any implied condition, nor is the capacity of any settlor, trustee, enforcer, trust official or beneficiary to be questioned, nor is any settlor, trustee, enforcer, trust official, beneficiary or third party to be subjected to any obligation or liability or deprived of any right, claim or interest, by reason that -

(a) the laws of any other jurisdiction prohibit or do not recognise the concept of a trust, or

(b) the trust or disposition -

(i) avoids or defeats or potentially avoids or defeats rights, claims, interests, obligations or liabilities conferred or imposed by the law of any other jurisdiction on any person -

(A) by reason of a personal relationship to a settlor or any beneficiary, or

(B) by way of foreign heirship rights, or

(ii) contravenes or potentially contravenes any rule of law or any judicial or administrative judgment, order or action of any other jurisdiction intended to recognise, protect, enforce or give effect to any such rights, claims, interests, obligations or liabilities, whether by seeking to invalidate the trust or disposition or by imposing on a settlor, trustee, enforcer, beneficiary or third party any obligation or liability or otherwise.

(4) Notwithstanding any legislation for the time being in force in relation to the recognition or enforcement of judgments, no judgment or order of a court of a jurisdiction outside Guernsey shall be recognised or enforced or give rise to any right, obligation or liability or raise any estoppel if and to the extent that -

(a) it is inconsistent with this Law, or

(b) the Royal Court, for the purposes of protecting the interests of the beneficiaries or in the interests of the proper administration of the trust, so orders.

(5) This section applies -

(a) whenever the trust or disposition arose or was made,

(b) notwithstanding any other provision of this Law.

(6) In relation to a Guernsey trust or personal property or any disposition of such property to or upon such a trust, the law of Guernsey relating to *légitime* and the

rights of a surviving spouse apply only where the settlor is domiciled there at the time of his death.

Reservation or grant of certain powers does not invalidate trust.

15. (1) A trust is not invalidated by the reservation or grant by the settlor (whether to the settlor or to a trust official or third party) of all or any of the following powers or interests -

(a) a power to revoke, vary or amend the terms of the trust or any trusts or functions arising thereunder, in whole or in part,

(b) a power to advance, appoint, pay or apply the income or capital of the trust property or to give directions for the making of any such advancement, appointment, payment or application,

(c) a power to act as, or give directions as to the appointment or removal of, a director or other officer of any corporation wholly or partly owned as trust property,

(d) a power to give directions to the trustee in connection with the purchase, retention, sale, management, lending or charging of the trust property or the exercise of any function arising in respect of such property,

(e) a power to appoint or remove any trustee, enforcer, trust official or beneficiary,

(f) a power to appoint or remove any investment manager or investment adviser or any other professional person acting in relation to the affairs of the trust or holding any trust property,

(g) a power to change the proper law of the trust or the forum for the administration of the trust,

(h) a power to restrict the exercise of any function of a trustee by requiring that it may only be exercised with the consent of the settlor or a third party or trust official identified in the terms of the trust,

(i) a beneficial interest in the trust property.

(2) The reservation, grant or exercise of a power or interest referred to in subsection (1) does not -

(a) constitute the holder of the power or interest a trustee,

(b) subject to the terms of the trust, impose any fiduciary duty on the holder, or

(c) of itself render any trustee liable in respect of any loss to the trust property.

(3) A trustee who acts in compliance with the valid exercise of any power referred to in subsection (1) does not, by reason only of such compliance, act in breach of trust.

Duration of trust, etc.

16. (1) Subject to the terms of the trust and subsection (2) -

(a) there is no limit on the period for which a trust may continue to be valid and enforceable, and

(b) for the avoidance of doubt, no rule against perpetuities or remoteness of vesting or any analogous rule ap-

plies to a trust or to any advancement, appointment, payment or application of property from a trust.

(2) A trust created before the commencement of this Law shall terminate on the expiration of 100 years from the date of its creation, unless -

- (a) it is a trust for charitable purpose, or
- (b) it is terminated sooner.

(3) Except where the terms of a trust expressly provide to the contrary, no advancement, appointment, payment or application of income or capital from the trust to another trust is invalidated solely by reason of that other trust continuing to be valid and enforceable beyond the date on which the first trust must terminate.

Appointment, retirement and discharge of trustees

Number of trustees.

17. (1) The number of trustees of a trust shall not be less than two, unless -

- (a) only one trustee was originally appointed,
- (b) a corporate trustee resident in Guernsey is acting,
- (c) the Public Trustee is acting, or
- (d) the terms of the trust provide otherwise.

(2) A trust shall not fail on the ground that there is no trustee or less than the number required by subsection (1).

Appointment of new or additional trustees.

18. (1) Where -

- (a) the terms of a trust contain no provision for the appointment of a new or additional trustee,
 - (b) any such provision has lapsed or failed, or
 - (c) the person with power to make any such appointment is not capable of exercising the power,
- a new or additional trustee may be appointed by -
- (i) the existing trustee,
 - (ii) the last remaining trustee,
 - (iii) the personal representative or liquidator of the last remaining trustee, or
 - (iv) the Royal Court.

(2) Subject to the terms of the trust, a trustee appointed under this section has the same functions, and may act in all respects, as if he had been originally appointed a trustee.

(3) A trustee with power to appoint a new or additional trustee who fails to exercise the power may be removed from office by the Royal Court.

(4) On the appointment of a new or additional trustee, anything necessary to vest the trust property in him jointly with his co-trustees (if any) shall be done.

No renunciation after acceptance.

19. (1) A person appointed as trustee need not accept the appointment, but he shall be deemed to have done so if he knowingly intermeddles with the trust or its affairs.

(2) A person appointed as trustee may, before acceptance (actual or deemed) -

(a) disclaim the appointment by notice in writing to the settlor or to the other trustees, or

(b) if the settlor is dead or cannot be found, and there are no other trustees, apply to the Royal Court for relief from the appointment, whereupon the Royal Court may make such order as it thinks fit,

but if the person appointed does not act under paragraph (a) or (b) within a reasonable period of time of becoming aware of the appointment, he shall be deemed to have accepted it.

Resignation or removal of trustees.

20. (1) A trustee other than a sole trustee may resign his office by delivering a written notice of resignation to his co-trustees.

(2) Subject to subsection (3), and to the terms of the trust, a resignation takes effect -

- (a) on delivery of the notice, or
- (b) on such later date or on the happening of such later event as may be specified therein.

(3) A resignation -

(a) given to facilitate a breach of trust, or

(b) which would result in there being no trustee or less than the number required by section 17(1), has no effect.

(4) A trustee ceases to be a trustee immediately on -

- (a) his removal from office by the Royal Court,
- (b) his resignation taking effect, or
- (c) the coming into effect of, or the exercise of a power under, a provision in the terms of the trust under or by which he is removed from or otherwise ceases to hold his office.

(5) A person who ceases to be a trustee under this section shall do everything necessary to vest the trust property in the new or continuing trustees.

(6) Subsections (1) and (2) are subject to the terms of the trust.

Position of continuing trustees on reduction in number of trustees.

21. Subject to the terms of the trust, where the number of trustees falls below the number required by section 17(1) -

(a) the necessary number of additional trustees shall be appointed, and

(b) until the required number is reached, the existing trustee shall act only to preserve the trust property.

Duties of trustees

General fiduciary duties.

22. (1) A trustee shall, in the exercise of his functions, observe the utmost good faith and act en bon père de famille.

(2) A trustee shall execute and administer the trust and shall exercise his functions under it -

- (a) in accordance with the provisions of this Law, and
- (b) subject to those provisions -

(i) in accordance with the terms of the trust, and
(ii) only in the interests of the beneficiaries or the charitable or non-charitable purpose, as the case may be.

Duty to get in and preserve trust property.

23. A trustee shall, subject to the terms of the trust and to the provisions of this Law -

(a) ensure that the trust property is held by or vested in him or is otherwise under his control, and

(b) preserve and enhance, so far as is reasonable, the value of the trust property.

Duty of trustee not to profit from trusteeship.

24. A trustee shall not -

(a) derive, directly or indirectly, any profit from his trusteeship,

(b) cause or permit any other person to so derive any such profit, or

(c) on his own account enter into any transaction with his co-trustees, or relating to the trust property, which may result in any such profit,

except -

(i) with the approval of the Royal Court,

(ii) as permitted by the provisions of this Law, or

(iii) as expressly provided by the terms of the trust.

Duty to keep accounts.

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

Duty to give information.

26. (1) A trustee shall, at all reasonable times, at the written request of -

(a) any enforcer, or

(b) subject to the terms of the trust -

(i) any beneficiary (including any charity named in the trust),

(ii) the settlor, or

(iii) any trust official

provide full and accurate information as to the state and amount of the trust property.

(2) Where the terms of the trust prohibit or restrict the provision of any information described in subsection (1), a trustee, beneficiary, trust official or settlor may apply to the Royal Court for an order authorising or requiring the provision of the information.

(3) The person applying to the Royal Court for an order under subsection (2) must show that the provision of the information is necessary or expedient -

(a) for the proper disposal of any matter before the court,

(b) for the protection of the interests of any beneficiary, or

(c) for the proper administration or enforcement of the trust.

(4) In its application to a trust arising from a document or disposition executed or taking effect before the 18th April, 1989⁽²⁾, subsection (1) only operates for the benefit

of a beneficiary whose interest in the trust property becomes vested before that date, but this subsection does not prejudice any rights that the beneficiary may have under the terms of the trust.

Duty to keep trust property separate.

27. A trustee shall keep trust property separate from his own property and separately identifiable from any other property of which he is trustee.

Duty of co-trustees to act together.

28. (1) All the trustees of a trust shall, subject to the terms of the trust, join in the execution of the trust.

(2) Subject to subsection (3), no function conferred on trustees shall be exercised unless all the trustees agree on its exercise.

(3) The terms of a trust may empower the trustees to act by a majority.

(4) A trustee who dissents from a decision of the majority may require his dissent to be recorded in writing.

(5) Notwithstanding the provisions of subsections (1) to (4), but subject to the provisions of subsection (6), in the case of a trust in respect of which the Public Trustee has been appointed to act as trustee under the Public Trustee (Bailiwick of Guernsey) Law, 2002 -

(a) the Public Trustee shall act alone in the execution of the trust,

(b) functions conferred on the trustees shall be exercised by the Public Trustee without the agreement of any other trustee, and

(c) the functions of any trustee other than the Public Trustee shall cease,

for so long as the appointment of the Public Trustee continues.

(6) Any provision of paragraphs (a) to (c) of subsection (5) may be disapplied in any particular case by -

(a) the Public Trustee in writing,

(b) the court appointing the Public Trustee, at the time of the appointment, or

(c) the Royal Court, at any other time.

Impartiality of trustees.

29. (1) Where a trust has -

(a) more than one beneficiary or charitable or non-charitable purpose, or

(b) a beneficiary and a charitable or non-charitable purpose,

the trustees, subject to the terms of the trust and to subsection (2), shall be impartial and shall not execute the trust for the advantage of one at the expense of another.

(2) Subsection (1) does not prejudice the exercise of a discretion conferred on a trustee by the terms of the trust.

Nota:

(2) The 18th April, 1989 was the date of commencement of the Trusts (Guernsey) Law, 1989.

General powers of trustees

Powers of trustees in relation to property.

30. Subject to the provisions of this Law and to the terms of the trust, a trustee has, in relation to the trust property, all the powers of a beneficial owner.

Power to sue and compromise.

31. (1) A trustee may sue and be sued as trustee.

(2) A trustee may without the sanction of the Royal Court compromise or settle any action or claim brought by or against the trustee or in any way relating to the trust or the trust property.

Consultation by trustees.

32. (1) A trustee may, at the expense of the trust property, consult professional persons in relation to the affairs of the trust.

(2) The terms of the trust may require a trustee to consult or obtain the consent of another person before exercising any function.

(3) A person shall not, by virtue of being so consulted or giving or refusing such consent -

(a) be deemed to be a trustee, or

(b) if the terms of the trust so provide, be under any fiduciary duty to the beneficiaries or the settlor.

Delegation by trustees.

33. (1) A trustee shall not delegate his functions unless permitted to do so -

(a) by the provisions of this Law or by the terms of the trust, or

(b) in the case of the Public Trustee, by the provisions of the Public Trustee (Bailiwick of Guernsey) Law, 2002.

(2) Except where the terms of the trust specifically provide to the contrary, a trustee may -

(a) delegate the management of trust property to, and appoint, investment managers whom the trustee reasonably considers to be competent and qualified to manage the investment of the trust property,

(b) appoint professional persons to act in relation to the affairs of the trust or to hold any trust property, and

(c) authorise any such manager or person to retain any commission or other payment usually payable for services of the description rendered.

(3) A trustee who, without any breach on his part of section 22(1), makes or permits the continuation of a delegation or appointment under subsection (2), is not liable for any loss to the trust arising from the delegation or appointment.

Powers of attorney.

34. (1) Unless the terms of the trust provide to the contrary, a trustee may, by power of attorney, delegate for a period not exceeding 3 years the performance of any trust or function vested in him (alone or jointly) as trustee.

(2) A trustee who delegates a trust or function by po-

wer of attorney under this section is referred to in this section as the “donor”, and the person to whom the trust or function is delegated is referred to as the “donee”.

(3) The persons who may be donees include corporate trustees but not (unless a corporate trustee) the only other co-trustee of the donor.

(4) A power of attorney under this section shall be in writing and shall -

(a) if the donor is an individual, be signed by him, or by his direction and in his presence, in the presence of a witness, who shall also sign, or

(b) if the donor is a corporate trustee, be executed by the donor in accordance with its articles of association or its other documents of constitution.

(5) Within seven days of giving a power of attorney under this section, the donor shall give written notice thereof to -

(a) every other person who, under the terms of the trust, has power (alone or jointly) to appoint a new trustee, and

(b) every co-trustee.

(6) The notice under subsection (5) shall state -

(a) the date of commencement and duration of the power of attorney,

(b) the name and address of the donee,

(c) the reason for giving the power of attorney, and

(d) the trust or function delegate.

(7) Failure to comply with subsection (5) or (6) does not of itself, in favour of a person dealing with the donee, invalidate anything done by the donee.

(8) The donor is bound by and liable for all acts and defaults of the donee done or purportedly done under the power of attorney as if they were his own acts and defaults.

(9) For the purpose of performing the trust or function delegated, the donee may exercise any function conferred on the donor as trustee by law or by the terms of the trust, with the exception of the power to give powers of attorney under this section.

(10) The period referred to in subsection (1) does not apply to a power of attorney given as part of any arrangement -

(a) for the subordination of debts, or

(b) to confer security over the trust property,

and “security” includes any mortgage, charge, hypothèque, lien or other security, including a security interest within the meaning of the Security Interests (Guernsey) Law, 1993⁽³⁾.

Remuneration and expenses of trustees.

35. (1) Unless authorised by -

(a) the terms of the trust,

Nota:

(3) Order in Council No. III of 1993.

(b) the consent in writing of every beneficiary, or
(c) an order of the Royal Court,
a trustee is not entitled to remuneration for his services.

(2) A trustee may pay from the trust property, and may reimburse himself from the trust property for, all expenses and liabilities properly incurred in connection with the trust.

(3) For the avoidance of doubt, and subject to the terms of the trust, the cost of purchasing and maintaining professional indemnity insurance is, for the purposes of subsection (2), an expense properly incurred in connection with the trust, but not to the extent that the insurance is against the trustee's liability for a breach of trust arising from his own fraud, wilful misconduct or gross negligence.

(4) Notwithstanding the provisions of subsection (1), but without prejudice to the provisions of subsection (2), the Public Trustee may, in the case of a trust in respect of which he has been appointed to act as trustee under the Public Trustee (Bailiwick of Guernsey) Law, 2002, pay from the trust property, and reimburse himself from the trust property for, all fees payable to the Public Trustee pursuant to the provisions of the said Law in connection with the trust, unless -

(a) the court appointing the Public Trustee directs otherwise at the time of the appointment, or

(b) the Royal Court directs otherwise at any other time.

Power to appropriate.

36. Subject to the terms of the trust, a trustee may, without the consent of any beneficiary, appropriate trust property in or towards satisfaction of the interest of a beneficiary in such manner and in accordance with such valuation as he thinks fit.

Corporate trustee may act by resolution.

37. A corporate trustee may -

(a) act in connection with a trust by a resolution of the corporate trustee or of its board of directors or other governing body, or

(b) by such a resolution appoint an officer or employee, or a committee of officers or employees or both, to act on its behalf in connection with the trust.

Non-disclosure of deliberations or letters of wishes.

38. (1) A trustee is not, subject to the terms of the trust and to any order of the Royal Court, obliged to disclose -

(a) documents which reveal -

(i) his deliberations as to how he should exercise his functions as trustee,

(ii) the reasons for any decision made in the exercise of those functions,

(iii) any material upon which such a decision was or might have been based,

(b) any letter of wishes.

(2) A "letter of wishes" is a letter or other document intimating how the settlor or beneficiary wishes the trustees to exercise any of their functions.

(3) The person applying to the Royal Court for an order under this section for the disclosure of any document must show that the disclosure is necessary or expedient -

(a) for the proper disposal of any matter before the court,

(b) for the protection of the interests of any beneficiary, or

(c) for the proper administration or enforcement of the trust.

Liability for breach of trust

Liability for breach of trust.

39. (1) Subject to the provisions of this Law and to the terms of the trust, a trustee who commits or concurs in a breach of trust is liable for -

(a) any loss or depreciation in value of the trust property resulting from the breach, and

(b) any profit which would have accrued to the trust had there been no breach.

(2) A trustee may not set off a profit accruing from one breach of trust against a loss or depreciation in value resulting from another.

(3) A trustee is not liable for a breach of trust committed by another person prior to his appointment.

(4) A trustee is not liable for a breach of trust committed by a co-trustee unless -

(a) he becomes or ought to have become aware of the breach or of the intention of his co-trustee to commit the breach, and

(b) he actively conceals the breach or intention, or fails within a reasonable time to take proper steps to protect or restore the trust property or to prevent the breach.

(5) Where trustees are liable for a breach of trust, they are liable jointly and severally.

(6) A trustee who becomes aware of a breach of trust to which subsection (3) applies shall take all reasonable steps to have the breach remedied.

(7) The terms of a trust may not -

(a) relieve a trustee of liability for a breach of trust arising from his own fraud, wilful misconduct or gross negligence, or

(b) grant him any indemnity against the trust property in respect of any such liability.

(8) For the avoidance of doubt, and without prejudice to any other provision of this Law -

(a) subsection (7) applies to a trust whenever created, and

(b) a term of a trust is invalid to the extent that it purports to -

(i) relieve a trustee of liability for a breach of trust arising from his own fraud, wilful misconduct or gross negligence, or

(ii) grant him any indemnity against the trust property in respect of any such liability.

Beneficiary may relieve or indemnify trustee.

40. (1) A beneficiary may -

(a) relieve a trustee of liability to him for any breach of trust,

(b) indemnify a trustee against liability for any breach of trust.

(2) Subsection (1) does not apply if the beneficiary -

(a) is a minor or a person under legal disability,

(b) does not have a full knowledge of all material facts, or

(c) is improperly induced by the trustee to act under subsection (1).

Trustees of more than one trust.

41. (1) A trustee is not, in the absence of fraud, affected by notice of any instrument, matter, fact or other thing in relation to a trust if he obtained notice of it by reason of his acting or having acted for the purposes of another trust.

(2) A trustee of a trust shall disclose to his co-trustees any interest which he has as trustee of another trust if any transaction in relation to the first mentioned trust is to be entered into with the trustees of the other trust.

Dealings by trustees with third parties.

42. (1) Subject to subsection (3), where, in a transaction or matter affecting a trust, a trustee informs a third party that he is acting as trustee or the third party is otherwise aware of the fact, the trustee does not incur any personal liability and a claim by the third party in respect of the transaction or matter extends only to the trust property.

(2) If the trustee fails to inform the third party that he is acting as trustee and the third party is otherwise unaware of the fact -

(a) he incurs personal liability to the third party in respect of the transaction or matter, and

(b) he has a right of indemnity against the trust property in respect of his personal liability, unless he acted in breach of trust.

(3) Nothing in this section prejudices a trustee's liability for breach of trust or any claim for breach of warranty of authority.

(4) This section applies to a transaction notwithstanding the *lex causae* of the transaction, unless the terms of the transaction expressly provide to the contrary.

Position of outgoing trustees.

43. (1) When a trustee resigns or is removed -

(a) he shall, subject to paragraph (b), duly surrender all trust property held by or vested in him or otherwise under his control, and

(b) he may require that he be provided with reasona-

ble security for liabilities (existing, future, contingent or otherwise) before surrendering the trust property.

(2) Where the security to be given for the purposes of subsection (1)(b) is to be given by way of indemnity against the trust property, the indemnity shall not, except with leave of the Royal Court or with the consent of all beneficiaries, be greater than that to which the trustee would have been entitled had he remained a trustee.

(3) A trustee who complies with subsection (1)(a) is relieved of liability to any beneficiary, trustee or other person interested under the trust for any act or omission in relation to the trust property or to his functions as a trustee.

However, a trustee is not by reason only of such compliance relieved of any liability -

(a) arising from a breach of trust to which the trustee (or, in the case of a corporate trustee, any of its officers or employees) was a party or was privy,

(b) in respect of an action to recover from him (or, in the case of a corporate trustee, any of its officers or employees) trust property or the proceeds thereof in his possession.

(4) An indemnity given in writing by a trustee or beneficiary and expressed to be in favour of a trustee who has previously resigned or been removed from office (a "previous trustee") is, subject to its terms, enforceable by the previous trustee against the indemnifying party notwithstanding that the previous trustee is not a party to or signatory of the indemnity.

Trustees' lien.

44. (1) For the purpose of securing a trustee's right to pay from the trust property, and to be reimbursed from the trust property for, all expenses and liabilities properly incurred in connection with the trust, a trustee is entitled to a non-possessory lien over the trust property in respect of all such expenses and liabilities (existing, future, contingent or otherwise).

(2) The lien -

(a) continues after the trustee ceases to be a trustee and has duly surrendered all trust property in accordance with section 43, and

(b) is without prejudice to any indemnity to which the trustee is entitled.

(3) The lien attaches to any trust property, except to the extent that

(a) the lien is expressly waived or released, or

(b) the property -

(i) is no longer identifiable,

(ii) is in the hands of a bona fide purchaser for value or a person (other than the trustees) who derived title through such a purchaser, or

(iii) comprises real property.

(4) Subject to subsection (3), in this section "trust property" includes property that has ceased to be held on trust by reason of distribution from the trust or otherwise

and property into which trust property has been converted.

(5) The lien granted under subsection (1) is the right of the trustee, where he is not exonerated or reimbursed from the trust property, to follow, recover and appropriate the trust property for the purpose of realisation, payment and reimbursement.

Protective trusts, class interests and certain powers

Protective trusts.

45. The terms of a trust may make the interest of a beneficiary -

- (a) liable to termination,
- (b) subject to a restriction on alienation or dealing, or
- (c) subject to diminution or termination in the event of the beneficiary becoming bankrupt or any of his property becoming liable to arrest, saisie, or similar process of law.

Class interests.

46. Where a trust is in favour of a class of persons then, subject to the terms of the trust -

- (a) the class closes when it is no longer possible for any other person to become a member of the class,
- (b) a woman over the age of 60 years shall be deemed to be no longer capable of bearing a child, and
- (c) where the interest of the class relates to income, and no member of the class exists, the income shall be accumulated and, subject to section 16(2), retained until a member of the class exists or the class closes.

Power of variation.

47. (1) The terms of a trust may be varied in any manner provided by those terms.

(2) This section is in addition to sections 57 to 61.

Power of accumulation and advancement.

48. (1) The terms of a trust may direct or authorise the accumulation for any period of all or part of the income of the trust.

For the avoidance of doubt, no rule limiting the period of accumulations or any analogous rule applies to a trust or to any advancement, appointment, payment or application of assets from a trust.

(2) Subject to subsection (3), income which is not distributed shall be accumulated.

(3) Subject to the terms of the trust and to any prior interest or charge affecting the trust property, the trustees may -

- (a) where a beneficiary is a minor (whether or not his interest is vested), apply the income attributable to his interest, or any part of that income, to or for his maintenance, education or other benefit,

(b) advance or apply for the benefit of a beneficiary part of the trust property prior to the happening of the event on which he is to become absolutely entitled thereto.

(4) Subject to the terms of the trust -

(a) any trust property advanced or applied under this section shall be brought into account in determining the beneficiary's share in the trust property, and

(b) no part of the trust property so advanced or applied shall exceed the beneficiary's vested, presumptive or contingent share in the trust property.

(5) The receipt of a guardian of a beneficiary who is a minor or a person under legal disability is a sufficient discharge to the trustees for a payment made to the beneficiary or for his benefit.

Power of appointment.

49. The terms of a trust may confer on the settlor, trustees or any other person power to appoint or assign all or any of the trust property or any interest in it to, or for the benefit of, any person (whether or not a beneficiary of the trust immediately prior to the appointment or assignment).

Power of revocation.

50. (1) A trust and any power or exercise of a power under a trust may be expressed to be capable of -

- (a) revocation, in whole or in part, or
- (b) variation.

(2) No revocation or variation prejudices anything lawfully done by a trustee in relation to the trust before he receives notice of the revocation or variation.

(3) Subject to the terms of the trust, if the trust is revoked in whole or in part, the trustees shall hold the trust property or that part of the trust property which is the subject of the revocation, as the case may be, in trust for the settlor absolutely or, if he is dead, for his personal representative.

Change of proper law.

51. (1) The terms of a trust may provide for the proper law of the trust to be changed from the law of Guernsey to the law of any other jurisdiction.

(2) Subsection (1) is without prejudice to the powers of the Royal Court under section 57.

(3) A change in the proper law of a trust does not affect the legality or validity of, or render any person liable in respect of, anything done before the change.

Failure, lapse and termination of trusts

Failure or lapse of interest.

52. Subject to the terms of the trust and to any order of the Royal Court, where -

- (a) an interest lapses,
- (b) a trust terminates,

(c) there is no beneficiary and no person who can become a beneficiary in accordance with the terms of the trust, or

(d) property is vested in a person otherwise than for his sole benefit, but the trusts on which he is to hold the property are not declared or communicated to him,

the interest or property concerned shall be held by the trustees on trust for the settlor absolutely or, if he is dead, for his personal representative.

Termination of trusts.

53. (1) On the termination of a trust the trust property shall, subject to subsection (2), be distributed by the trustees within a reasonable time in accordance with the terms of the trust to the persons entitled thereto.

(2) The trustees may however require that they be provided with reasonable security for liabilities (existing, future, contingent or otherwise) before so distributing the trust property.

(3) Without prejudice to the powers of the Royal Court under subsection (4), and notwithstanding the terms of the trust, where all the beneficiaries are in existence and have been ascertained, and none is a minor or a person under legal disability, they may require the trustees to terminate the trust and distribute the trust property among them.

(4) The Royal Court, on the application of any person mentioned in section 67(2), may –

(a) direct the trustees to distribute, or not to distribute, the trust property, or

(b) make such other order in respect of the termination of the trust and the distribution of the trust property as it thinks fit.

Powers of the court

Appointment of resident trustees.

54. (1) Where there is no trustee resident in Guernsey, a beneficiary may apply to the Royal Court for the appointment of a person, resident in Guernsey and nominated in the application, as an additional trustee.

(2) The Royal Court –

(a) if satisfied that notice of the application has been served on the existing trustees,

(b) having heard any representations of the existing trustees, of the settlor or his personal representatives, of the other beneficiaries, and of any other person described in section 32(2), and

(c) having ascertained that the person nominated is willing to act,

may appoint that person as an additional trustee.

Power to relieve trustees from personal liability.

55. The Royal Court may relieve a trustee wholly or partly of liability for a breach of trust, whether committed before or after the commencement of this Law, where it appears to the court that the trustee –

(a) has acted honestly and reasonably, and

(b) ought fairly to be excused –

(i) for the breach of trust,

(ii) for omitting to obtain the directions of the court in the matter in which the breach arose.

Power to make beneficiaries indemnify.

56. Where a trustee commits a breach of trust at the instigation or request or with the concurrence of a beneficiary, the Royal Court, whether or not the beneficiary is a minor or a person under legal disability, may impound all or part of his interest by way of indemnity to the trustee or a person claiming through him.

Variation, etc of trusts

Variation of trusts on behalf of minors, etc.

57. (1) The Royal Court, on the application of any person mentioned in section 67(2), on behalf of –

(a) a minor or a person under legal disability having, directly or indirectly, an interest, vested or contingent, under a trust,

(b) any person unborn,

(c) any person, ascertained or not, who may become entitled, directly or indirectly, to an interest under a trust, as being (at a future date or on the happening of a future event) a person of any specified description or a member of any specified class,

(d) any person, in respect of an interest that may accrue to him by virtue of the exercise of a discretionary power on the failure or determination of an existing interest, or

(e) with leave of the Royal Court, any other person, may, subject to subsection (2), approve any arrangement which varies or revokes the terms of a trust or enlarges or modifies the powers of management or administration of any trustees, whether or not there is another person with a beneficial interest who is capable of assenting to the arrangement.

(2) The Royal Court shall not approve an arrangement on behalf of a person mentioned in subsection (1)(a), (b) or (c) unless the arrangement appears to be for his benefit.

Approval of particular transactions.

58. Where in the management or administration of a trust a transaction is, in the opinion of the Royal Court, expedient, but cannot be effected because the necessary power is not vested in the trustees by the terms of the trust or by law, the Royal Court, on the application of any person mentioned in section 67(2) –

(a) may confer on the trustees, generally or in any particular circumstances, the necessary power, on such terms and conditions as the court thinks fit, and

(b) may direct the manner in which, and the property from which, any monies authorised to be expended, and the costs of any transaction, are to be paid or borne.

Charitable and non-charitable trusts - “cy-près”.

59. Where trust property is held for a charitable or non-charitable purpose and –

(a) the purpose has been, as far as may be, fulfilled,

(b) the purpose cannot be carried out, or not according to the directions given and to the spirit of the gift,

(c) the purpose provides a use for part only of the property,

(d) the property, and other property applicable for a similar purpose, can be more effectively used in conjunction, and to that end can suitably, regard being had to the spirit of the gift, be applied to a common purpose,

(e) the purpose was laid down by reference to –

(i) an area which was then, but has since ceased to be, a unit for some other purpose, or

(ii) a class of persons or to an area which has for any reason since ceased to be –

(A) suitable, or

(B) practicable in administering the gift, regard being had to the spirit of the gift,

(f) the purpose has been adequately provided for by other means,

(g) in the case of a charitable purpose, the purpose has ceased to be charitable (by being useless or harmful to the community or otherwise), or

(h) the purpose has ceased in any other way to provide a suitable and effective method of using the property, regard being had to the spirit of the gift,

the property, or the remainder of the property, as the case may be, shall be held for such other charitable or non-charitable purpose as the Royal Court, on the application of –

(i) Her Majesty's Procureur,

(ii) the trustees, or

(iii) in the case of a non-charitable purpose, the enforcer, may declare to be consistent with the original intention of the settlor.

General power to vary.

60. (1) Where trust property is held for a charitable or non-charitable purpose, the Royal Court, on the application of Her Majesty's Procureur or the trustees, may approve any arrangement which varies or revokes the purposes or the terms of the trust or enlarges or modifies the powers of management or administration of the trustees, if it is satisfied that the arrangement –

(a) is now suitable or expedient, and

(b) is consistent with the original intention of the settlor and the spirit of the gift.

(2) The Royal Court may dispense with the consideration set out in subsection (1)(b) if satisfied that the original intention of the settlor cannot be ascertained.

(3) The Royal Court shall not approve an arrangement under subsection (1) unless satisfied that any person with a material interest in the trust has had an opportunity of being heard.

Trusts created by Order in Council.

61. Sections 57 to 60 do not apply to trusts created by an Order in Council of Her Majesty.

Judgment against trustee to be binding on beneficiaries.

62. (1) Any order, judgment or finding of law or fact of the Royal Court in an action against a trustee founded on breach of trust is binding on all beneficiaries of the trust, whether or not yet ascertained or in existence, and whether or not minors or persons under legal disability.

(2) Subsection (1) applies in respect of a beneficiary only if –

(a) he was represented in the proceedings (whether personally, or by his guardian, or as the member of a class, or otherwise), or

(b) if not so represented, he had notice of the proceedings and a reasonable opportunity of being heard.

"Notice" in paragraph (b) means 14 days' notice or such other period as the Court may direct.

(3) This section is without prejudice to the powers of the Royal Court in respect of representative proceedings and class actions.

Settlement of action against trustee by mediation or arbitration to be binding on beneficiaries.

63. (1) Where –

(a) the terms of a trust direct or authorise, or the Court so orders, that any claim against a trustee founded on breach of trust may be referred to alternative dispute resolution ("ADR"),

(b) such a claim arises and, in accordance with the terms of the trust or the Court's order, is referred to ADR, and

(c) the ADR results in a settlement of the claim which is recorded in a document signed by or on behalf of all parties,

the settlement is binding on all beneficiaries of the trust, whether or not yet ascertained or in existence, and whether or not minors or persons under legal disability.

(2) Subsection (1) applies in respect of a beneficiary only if –

(a) he was represented in the ADR proceedings (whether personally, or by his guardian, or as the member of a class, or otherwise), or

(b) if not so represented, he had notice of the ADR proceedings and a reasonable opportunity of being heard,

and only if, in the case of a beneficiary who is not yet ascertained or in existence, or who is a minor or person under legal disability, the person conducting the ADR proceedings certifies that he was independently represented by a person appointed for the purpose by a court of law.

"Notice" in paragraph (b) means 14 days' notice or such other period as the person conducting the ADR proceedings may direct.

(3) A person who represents a beneficiary in the ADR proceedings for the purposes of subsection (2)(a) is under a duty of care to the beneficiary.

(4) For the avoidance of doubt, the ADR proceedings

need not be conducted in Guernsey or in accordance with the procedural law of Guernsey.

(5) In this section –

“ADR” includes conciliation, mediation, early neutral evaluation, adjudication, expert determination and arbitration, and

”proceedings” includes oral and written proceedings.

PART III PROVISIONS APPLICABLE ONLY TO FOREIGN TRUSTS

Application of Part III.

64. This Part of this Law applies only to a foreign trust.

Enforceability of foreign trusts.

65. (1) Subject to subsection (2), a foreign trust is governed by, and shall be interpreted in accordance with, its proper law.

(2) A foreign trust is unenforceable in Guernsey to the extent that–

(a) it purports to do anything contrary to the law of Guernsey,

(b) it confers or imposes any right or function the exercise or discharge of which would be contrary to the law of Guernsey, or

(c) the Royal Court declares that it is immoral or contrary to public policy.

PART IV PROVISIONS OF GENERAL APPLICATION

Application of Part IV.

66. This Part of this Law applies to a Guernsey trust and, where the context admits, to a foreign trust.

Rules of Royal Court.

67. (1) The Royal Court sitting as a Full Court may by order make rules dealing with all procedural and incidental matters arising under this Law, and generally for carrying this Law into effect.

(2) Rules under subsection (1) may, without limitation, regulate and prescribe –

(a) the procedure, including the method of pleading, and the practice to be followed in proceedings,

(b) the means by which matters may be proved, and

(c) the manner and the way in which evidence may be adduced.

Applications for directions.

68. A trustee may apply to the Royal Court for directions as to how he should or might act in any of the affairs of the trust, and the court may make such order as it thinks fit.

General powers of court.

69. (1) On the application of any person mentioned in subsection (2), the Royal Court may –

(a) make an order in respect of –

(i) the execution, administration or enforcement of a trust,

(ii) a trustee, including an order as to the exercise by a trustee of his functions, the removal of a trustee (if, for example, he refuses or is unfit to act, or he is incapable of acting or is bankrupt, or his property becomes liable to arrest, saisie, or similar process of law), the appointment, remuneration or conduct of a trustee, the keeping and submission of accounts, and the making of payments, whether into court or otherwise,

(iii) a beneficiary, or any person connected with a trust,

(iv) any trust property, including an order as to the vesting, preservation, application, surrender or recovery thereof,

(v) an enforcer, in relation to any non-charitable purpose of a trust, including an order as to the exercise by an enforcer of his functions, the removal of an enforcer (if, for example, he refuses or is unfit to act, or he is incapable of acting or is bankrupt, or his property becomes liable to arrest, saisie, or similar process of law), and the appointment, remuneration or conduct of an enforcer,

(b) make a declaration as to the validity or enforceability of a trust,

(c) rescind or vary an order or declaration under this Law or make a new or further order or declaration.

(2) An application under subsection (1) may be made by –

(a) Her Majesty's Procureur,

(b) a trustee,

(c) a settlor,

(d) a beneficiary,

(e) a person described in section 32(2),

(f) in relation to a non-charitable purpose, the enforcer,

(g) with leave of the Royal Court, any other person.

(3) Where the Royal Court appoints or removes a trustee under this section –

(a) it may impose such requirements and conditions as it thinks fit, including requirements and conditions as to the vesting of trust property,

(b) subject to the court's order, a trustee appointed by the court has the same functions, and may act in all respects, as if he had been originally appointed a trustee.

Powers of court in event of default.

70. If a person does not comply with an order of the Royal Court under this Law requiring him to do anything, the Royal Court may, on such terms and conditions as it thinks fit, order that the thing be done by another person, nominated for the purpose by the court, at the expense of the person in default (or otherwise as the court directs), and a thing so done has effect in all respects as if done by the person in default.

Payment of costs.

71. The Royal Court may order the costs and expenses of and incidental to an application to the court under this Law to be paid from the trust property or in such manner and by such persons as the court thinks fit.

Nature of trustee's interest.

72. (1) Subject to subsection (2) -

(a) the interest of a trustee in the trust property is limited to that which is necessary for the proper performance of the trust, and

(b) the trust property does not form part of the trustee's estate.

(2) Where a trustee of a trust is also a beneficiary thereof, subsection (1) does not apply to his interest as a beneficiary.

Following trust property.

73. With prejudice to the personal liability of a trustee, trust property which has been charged or dealt with in breach of trust, or the property into which it has been converted, may be followed and recovered unless -

(a) it is no longer identifiable, or

(b) it is in the hands of -

(i) a bona fide purchaser for value without notice of the breach of trust, or

(ii) a person (other than the trustee) who derived title through such a purchaser.

Bankruptcy of trustees.

74. Where a trustee becomes bankrupt, or upon his property becoming liable to arrest, (saisie) or similar process of law, his creditors have no recourse against the trust property except to the extent that the trustee himself has a claim against it or a beneficial interest in it.

Protection for persons dealing with trustees.

75. (1) A bona fide purchaser for value without notice of a breach of trust -

(a) may deal with a trustee in relation to trust property as if the trustee were the beneficial owner thereof, and

(b) is not affected by the trusts on which the property is held.

(2) A person paying or advancing money to a trustee is not concerned to see -

(a) that the money is wanted,

(b) that no more than is wanted is raised, or

(c) that the transaction or the application of the money is proper.

Limitation and prescription.

76. (1) No period of limitation or prescription applies to an action brought against a trustee -

(a) in respect of any fraud to which the trustee was a party or was privy, or

(b) to recover from the trustee trust property or the proceeds thereof -

(i) held by or vested in him or otherwise in his possession or under his control, or

(ii) previously received by him and converted to his use.

(2) Subject to subsections (1) and (3), the period within which an action founded on breach of trust may be brought against a trustee is -

(a) three years from the date on which the claimant first has knowledge of the breach, or

(b) where the claimant was at the time of the breach of trust a minor or a person under legal disability -

(i) three years from the date on which his guardian first has knowledge of the breach, or

(ii) three years from the date on which the claimant ceased to be a minor or a person under legal disability, whichever first occurs.

(3) Subject to subsection (1), no action founded on breach of trust may be brought against a trustee after the expiration of 18 years immediately following the date of the breach.

Constructive trusts.

77. (1) A person who derives a profit from a breach of trust, or who obtains property in breach of trust, shall be deemed to be a trustee of the profit or property unless he derives or obtains it in good faith without notice of the breach of trust.

(2) A person who becomes a trustee by virtue of subsection (1) shall deliver up the profit or property to the person properly entitled to it.

(3) This section does not exclude any other circumstances in which a constructive trust may arise.

PART V SUPPLEMENTAL

Application of Law.

78. Subject to section 83, and except where provision to the contrary is made, this Law applies to trusts created before or after the commencement of this Law.

Constitution of Royal Court.

79. For the purposes of this Law the Royal Court may be properly constituted by the Bailiff sitting unaccompanied by the Jurats.

Interpretation.

80. (1) In this Law, unless the context otherwise requires -

"bankrupt", in relation to -

(a) an individual, includes an individual -

(i) whose affairs have been declared in a state of "désastre" by his arresting creditors at a meeting held before a Commissioner of the Royal Court, the Court of Alderney or the Court of the Seneschal,

(ii) against whom an interim vesting order has been made in respect of any real property in the Bailiwick,

(iii) in respect of whom a declaration of insolvency has

been made under the Loi ayant rapport aux Débiteurs et à la Renonciation, 1929⁽⁴⁾,

(b) a corporation, includes a corporation -

(i) in respect of which a liquidator (provisional or otherwise) has been appointed or which (otherwise than for the sole purpose of solvent amalgamation, solvent reconstruction or solvent winding-up) has passed a special resolution requiring it to be wound up voluntarily, or

(ii) which is otherwise insolvent,

and “**bankruptcy**” shall be construed accordingly,

“**beneficiary**” means a person entitled to benefit under a trust or in whose favour a power to distribute trust property may be exercised,

“**breach of trust**” means a breach of any duty imposed on a trustee by this Law or by the terms of the trust,

“**corporate trustee**” means a trustee which is a corporation,

“**corporation**” means a body corporate wherever incorporated,

“**disposition**” includes any means by which property or any interest therein is created, transferred, dealt with, extinguished or charged, and related expressions shall be construed accordingly,

“**enforcer**”: see section 12,

“**foreign heirship right**” means any right, claim or interest arising under the law of a jurisdiction other than Guernsey in, against or to the property of any person arising, accruing or existing in consequence of, or in anticipation of, that person’s death, other than a right, claim or interest created by will or expressed in any other voluntary disposition by that person or resulting from an express limitation in the disposition of the property to that person,

“**foreign trust**” means a trust the proper law of which is not the law of Guernsey,

“**formalities**”, in relation to a disposition of property, means the documentary and other actions required generally by the law of the jurisdiction in question for any such disposition of any such property, without regard to -

(a) the fact that the particular disposition is made in trust,

(b) the terms of the trust,

(c) the circumstances of the parties to the disposition, or

(d) any other particular circumstances,

but includes any special formalities required by reason of the party effecting the disposition being a minor, a person under legal disability or a corporation,

“**functions**” includes rights, powers, discretions, obligations, liabilities and duties,

“**guardian**”, in relation to a minor, includes a parent,

“**Guernsey trust**” means a trust the proper law of which is the law of Guernsey,

“**he**”, “**him**” and “**his**”, in relation to a corporation, in-

clude “**it**” and “**its**”,

“**Her Majesty’s Procureur**” includes Her Majesty’s Comptroller,

“**insurance**” includes assurance,

“**instrument in writing**” means any executed document including, for the avoidance of doubt, a will or codicil,

“**interest**”, in relation to a beneficiary, means his interest under a trust,

“**letter of wishes**”: see section 38(2),

“**marriage**” includes any formal arrangement howsoever described between two people, regardless of gender, pursuant to which the law of any jurisdiction confers or imposes rights, claims, interests, obligations, liabilities or duties analogous to those of husband or wife,

“**minor**” means, subject to the terms of the trust, a person who has attained the age of 18 years,

“**personal relationship**” includes every form of relationship by blood, adoption, marriage or cohabitation regardless of whether the law of any jurisdiction recognises the validity, legitimacy or existence of the relationship, and includes a former personal relationship which has in law or in fact terminated.

A personal relationship also exists between two persons if a personal relationship exists between each of them and a third person,

“**personal representative**” means the executor or administrator of the estate of a deceased person,

“**profit**” includes gain or advantage,

“**property**” -

(a) means real and personal property of any description, wherever situated, and any share, right or interest therein, and includes tangible or intangible property and any debt or thing in action,

(b) in relation to rights and interests, includes rights and interests whether vested, contingent, defeasible or future,

“**provisions of this Law**” includes the provisions of any Ordinance hereunder,

“**Public Trustee**” means the Public Trustee appointed under section 1 of the Public Trustee (Bailiwick of Guernsey) Law, 2002⁽⁵⁾,

“**purpose**” means any purpose whatsoever, whether or not involving the conferral of any benefit on any person, and includes, without limitation, the holding or ownership of property and the exercise of functions,

“**Royal Court**” means the Royal Court sitting as an Ordinary Court, constituted in accordance with section 78,

Note:

(4) Ordres en Conseil Vol. VIII, p. 310.

(5) No. III of 2003.

“**settlor**” means a person who directly or indirectly provides trust property or makes a testamentary disposition on trust or to a trust,

“**States**” means the States of Guernsey,

“**terms of a trust**” means the written or oral terms of a trust and any other terms applicable under its proper law,

“**third party**” means a person other than a settlor, trustee, enforcer, trust official or beneficiary,

“**trust**” includes -

(a) the trust property, and

(b) the functions, interests and relationships under a trust,

“**trustee**” has the meaning given by section 1, and includes a corporate trustee and the Public Trustee when acting as trustee pursuant to the provisions of the Public Trustee (Bailiwick of Guernsey) Law, 2002,

“**trust official**” means a person having a function or holding an office in respect of the trust other than a settlor, trustee, enforcer or beneficiary,

“**trust property**” means property held on trust,

“**unit trust**” means a trust established for the purpose, or having the effect, of providing, for persons having funds available for investment, facilities for the participation by them as beneficiaries under the trust in any profits or income arising from the acquisition, holding, management or disposal of property.

(2) For the purposes of this Law, a corporation is resident in the place in which it has its registered office.

(3) Any reference in this Law to an enactment is a reference thereto as from time to time amended, re-enacted (with or without modification), extended or applied.

Power to amend Law by Ordinance.

81. (1) The States may by Ordinance amend this Law.

(2) An Ordinance under this section may, for the avoidance of doubt, repeal, replace, amend, extend, adapt, modify or disapply any rule of customary or common law.

General provisions as to subordinate legislation.

82. (1) An Ordinance or rule under this Law -

(a) may be amended or repealed by a subsequent Ordinance or rule, as the case may be, hereunder, and

(b) may contain such consequential, incidental, supplementary and transitional provision as may appear to be necessary or expedient including, in the case of an Ordinance, provision amending any enactment.

(2) Any power conferred by this Law to make an Ordinance or rule may be exercised -

(a) in relation to all cases to which the power extends, or in relation to all those cases subject to specified exceptions, or in relation to any specified cases or classes of cases,

(b) so as to make, as respects the cases in relation to which it is exercised -

(i) the full provision to which the power extends, or

any lesser provision (whether by way of exception or otherwise),

(ii) the same provision for all cases, or different provision for different cases or classes of cases, or different provision for the same class of case for different purposes,

(iii) any such provision either unconditionally or subject to any prescribed conditions.

Repeals and transitional provisions.

83. (1) The following enactments are repealed -

(a) the Trusts (Guernsey) Law, 1989⁽⁶⁾,

(b) the Trusts (Amendment) (Guernsey) Law, 1990⁽⁷⁾, and

(c) section 25(1) of the Public Trustee (Bailiwick of Guernsey) Law, 2003⁽⁸⁾.

(2) Anything done before the date of commencement of this Law or in the process of being done on that date under the Trusts (Guernsey) Law, 1989 which could be done under this Law shall have effect as if done or, as the case may be, may be continued under this Law.

(3) For the avoidance of doubt, a director or former director of a corporate trustee shall not, after the date of commencement of this Law, be under any duty, obligation or liability as guarantor by virtue of section 70 of the Trusts (Guernsey) Law, 1989 except by virtue of any proceedings instituted prior to that date against the trustee in respect of a breach of trust committed by the trustee.

(4) Any reference, however expressed, in -

(a) any enactment, statutory instrument or rule of court, or

(b) any trust instrument, will, settlement or other instrument of whatever nature,

to the Trusts (Guernsey) Law, 1989 or any provision of that Law shall, unless the contrary intention appears, be construed after the date of commencement of this Law as a reference to this Law or, as the case may be, to the corresponding provision of this Law.

Savings.

84. (1) Nothing in this Law -

(a) affects the functions under any provision of law of Her Majesty's Sheriff or of any guardian or attorney,

(b) validates an otherwise invalid transfer or disposition of property to a trust,

(c) affects the validity of anything done in relation to a trust before the commencement of this Law,

(d) affects the validity of a trust arising from a document or disposition executed or taking effect before the commencement of this Law,

Note:

(6) Ordres en Conseil Vol. XXXI, p. 217.

(7) Ordres en Conseil Vol. XXXII, p. 385.

(8) Order in Council No. III of 2003.

(e) derogates from any right of a minor to repudiate a transaction on attaining full age,

(f) disappplies or derogates from any rule of law or custom relating to the formalities required for the disposition of real property in Guernsey.

(2) Nothing in this Law derogates from the powers of the Royal Court which exist independently of this Law -

(a) to set aside, vary or reduce any transfer or other disposition of property, testamentary or otherwise,

(b) in respect of trusts, trustees or trust property,

(c) to make an order relating to matrimonial proceedings,

(d) to make an order relating to the avoidance of fraud on creditors.

(3) Nothing in this Law derogates from the provisions of -

(a) article 29 of the Law entitled "Loi sur les Successions, 1840"⁽⁹⁾,

(b) the Law entitled "Loi supplémentaire à la Loi des Successions, 1890"⁽¹⁰⁾,

(c) section 12 of the Married Women's Property Law, 1928⁽¹¹⁾.

(4) Nothing in this Law affects a personal representative acting as such.

(5) No transfer or disposition of property to a trust is invalidated by application of the principle of "donner et retenir ne vaut".

Citation.

85. This Law may be cited as the Trusts (Guernsey) Law, 2007.

Commencement.

86. This Law shall come into operation on the 28th day after the date of its registration on the records of the Island of Guernsey.

.....
Note:

(9) Ordres en Conseil Vol. I, p. 51, Vol. II p. 59.

(10) Ordres en Conseil Vol. II, p. 323.

(11) Ordres en Conseil Vol. VIII, p. 213.

Italia

Regime fiscale dei redditi prodotti da un c.d. trust misto

■ Agenzia delle Entrate, Risoluzione 7 marzo 2008, n. 81/E

Oggetto: Istanza di interpello - Art. 11, legge 27 luglio 2000, n. 212.

Articolo 73 del D.P.R. n. 917 del 1986.

QUESITO

Il Signor ALFA ha costituito un *trust*, denominato "TRUST ALFA", (di seguito, "*Trust*") allo scopo di assistere economicamente il disponente stesso e, dopo la sua morte, i suoi discendenti in linea retta legittimi o legittimati fino al compimento del trentesimo anno di età (di seguito, "beneficiari").

Il compito di realizzare tale finalità è affidato a determinati soggetti (di seguito, *trustees*), il cui operato è sottoposto alla vigilanza di un diverso soggetto (*protector*).

Allo scopo di dotare il *Trust* dei mezzi economici necessari al perseguimento dei propri fini, il disponente ha trasferito al *Trust* la propria quota di partecipazione in diverse società, intestandole a tal fine ai *trustees* che provvederanno ad amministrare tali beni.

L'istante ha fatto, altresì, presente che in merito alla problematica esposta nel presente quesito ha precedentemente richiesto ed ha ricevuto dalla scrivente, in data 16/03/2007, un chiarimento in merito al regime fiscale ad essa applicabile. Tuttavia, il Sig. ALFA ritiene che, alla luce della circolare n. 48/E del 6 agosto 2007, la Direzione Centrale Normativa e Contenzioso abbia espresso sulla medesima problematica un nuovo indirizzo interpretativo e chiede pertanto di conoscere il corretto regime fiscale applicabile al *Trust* alla luce di tale nuovo indirizzo.

SOLUZIONE INTERPRETATIVA PROSPETTATA DAL CONTRIBUENTE

Il sig. ALFA ritiene che il *Trust* in esame configuri un'ipotesi di *trust* senza beneficiari individuati, autonomo soggetto di imposta sul reddito ai sensi del novellato articolo 73 del D.P.R. n. 917 del 1986, testo unico per le imposte sui redditi (TUIR).

PARERE DELL'AGENZIA DELLE ENTRATE

Con la legge 27 dicembre 2006, n. 296 (legge Finan-

ziaria 2007), all'articolo 1, commi 74, 75 e 76, è stato riconosciuto all'interno dell'ordinamento tributario italiano l'istituto del *trust*.

Prima di tale intervento normativo il legislatore italiano non era mai intervenuto con riferimento all'imposizione del reddito riconducibile ai proventi ed ai frutti derivanti dai beni in *trust*, né tantomeno in ordine al trattamento fiscale delle erogazioni degli stessi a favore dei beneficiari.

Come sopra anticipato, i commi da 74 a 76 dell'articolo 1 della legge finanziaria per l'anno 2007, hanno dettato la disciplina fiscale dell'istituto del *trust* stabilendo in particolare:

1. l'attribuzione della soggettività passiva al *trust* ai fini Ires, quale soggetto assimilato agli enti commerciali ex articolo 73, comma 1, lettera b), del TUIR, o agli enti non commerciali ex articolo 73, comma 1, lettera c) del TUIR, o, infine, agli enti di ogni tipo non residenti nel territorio dello Stato ex articolo 73, comma 1, lettera d), del TUIR, a seconda dei casi;

2. le regole per individuare la residenza ai fini fiscali del *trust*;

3. l'inclusione di tale soggetto tra quelli obbligati alla tenuta delle scritture contabili;

4. l'imputazione dei redditi derivanti dai beni conferiti in *trust* direttamente in capo ai beneficiari, qualora questi siano stati individuati nell'atto istitutivo o in altri documenti successivi, in ragione delle percentuali di ripartizione individuate nei medesimi documenti, ovvero, in difetto, in parti uguali;

5. la qualificazione dei redditi derivanti dai beni in *trust* quali redditi di capitale in capo ai beneficiari qualora individuati.

L'intervento normativo sopra richiamato ha pertanto distinto i *trust* in due categorie per quanto riguarda le imposte sui redditi: *trust* senza beneficiari individuati (cosiddetto "*trust* opaco") e quelli con beneficiari individuati (cosiddetto "*trust* trasparente").

Nel primo caso il *trust* configura un autonomo soggetto passivo di imposta, mentre nel secondo caso il *trust* è redditualmente trasparente e il reddito è direttamente imputato ai beneficiari. Sulla base, poi, di quanto previsto dal

novellato articolo 44, comma 1, lettera *g-sexies*), del TUIR i redditi imputati (per trasparenza) ai beneficiari sono considerati per quest'ultimi redditi di capitale.

Si fa presente che è comunque possibile che un *trust* sia al contempo opaco e trasparente ai fini dell'Ires (cosiddetto "trust misto"). Ciò avviene, ad esempio, quando l'atto istitutivo prevede che parte del reddito del *trust* sia accantonata a capitale (*rectius* sia destinata ad incremento del relativo fondo di dotazione) e parte sia, invece, attribuita ai beneficiari. In quest'ultima ipotesi, il reddito accantonato sarà tassato direttamente in capo al *trust*, mentre il reddito attribuito ai beneficiari concorrerà alla formazione dell'imponibile di questi ultimi. L'imputazione (per trasparenza) ai beneficiari (individuati) avrà, tuttavia, luogo soltanto in presenza di un particolare presupposto, vale a dire quando i predetti soggetti risultino titolari del diritto alla percezione dei redditi prodotti dalla gestione del *trust*.

Ciò posto, si ricorda che in merito alla disciplina fiscale dell'istituto del *trust* l'Agenzia delle Entrate ha fornito i primi chiarimenti con la circolare n. 48/E del 6 agosto 2007 e, successivamente, con le risoluzioni n. 278 del 2007(1) e n. 4 del 2008(2).

Da quanto è possibile evincere dalla bozza dell'atto istitutivo del *Trust* in esame - prodotto dall'istante contestualmente alla presentazione della precedente istanza di interpello - il *trust* ALFA. "ha lo scopo di assistere economicamente il disponente e dopo la sua morte, i suoi discendenti in

linea retta legittimi o legittimati fino al compimento del trentesimo anno di età conosciuti dai trustee" (articolo 2 bozza atto istitutivo). Inoltre, all'articolo 10 del medesimo documento si legge che "il *trust* costituirà un autonomo centro unitario di produzione del reddito (...). Il reddito del *Trust*, assolto ogni costo relativo, sarà dai trustee mantenuto nel *Trust* e utilizzato secondo gli specifici scopi da questo previsti; tuttavia, non potrà essere erogato più del 75 % del reddito prodotto".

Al riguardo, in considerazione di quanto riportato nella bozza dell'atto istitutivo del *Trust*, la scrivente ritiene che nella fattispecie si realizzi un *trust misto* in quanto si è in presenza delle caratteristiche come sopra individuate.

Pertanto, il reddito accantonato sarà tassato direttamente in capo al *trust*, mentre il reddito spettante al beneficiario-disponente secondo le finalità del *Trust* (assistenza economica allo stesso) sarà tassato direttamente in capo a quest'ultimo per trasparenza e, dopo la sua morte, in capo agli eredi.

La risposta di cui alla presente nota, sollecitata con istanza di interpello presentata alla Direzione Regionale, viene resa dalla scrivente ai sensi dell'articolo 4, comma 1, ultimo periodo, del D.M. 26 aprile 2001, n. 209.

.....
Note:

(1) In questa Rivista, 2007, 639 [n.d.r.].

(2) In questa Rivista, 2008, rispettivamente a p. 84 e a p. 209 [n.d.r.].

Italia

Applicazione dell'imposta sulle successioni e donazioni ai negozi fiduciari

■ Agenzia delle Entrate, Circolare 27 marzo 2008, n. 28/E

Oggetto: Imposta sulle successioni e donazioni - Vincoli di destinazione - Negozio fiduciario

1. Premessa

2. Il nuovo ambito di applicazione dell'imposta sulle successioni e donazioni: i vincoli di destinazione

3. Il nuovo ambito di applicazione dell'imposta sulle successioni e donazioni: i negozi fiduciari

3.1. La fiducia germanistica: l'intestazione fiduciaria di azioni e quote

3.2. La fiducia romanistica: i negozi fiduciari aventi ad oggetto beni immobili

4. Gli atti a titolo gratuito

1. PREMESSA

A seguito delle istruzioni fornite con circolare del 22 gennaio 2008, n. 3, in materia di imposta sulle successioni e donazioni, sono stati chiesti ulteriori chiarimenti in ordine al trattamento da riservare ai fini delle medesime imposte alla costituzione di vincoli di destinazione ed, in particolare, ai cosiddetti negozi fiduciari.

Come noto, l'articolo 2, comma 47, del decreto legge 3 ottobre 2006, n. 262, convertito dalla legge 24 novembre 2006, n. 286, e successive integrazioni e modificazioni, in sede di disciplina della nuova imposta sulle successioni e donazioni, ha previsto in particolare 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 ...".

L'ambito applicativo dell'imposta sulle successioni e donazioni è stato ampliato rispetto alla precedente disciplina, la quale stabiliva che detta imposta si applicava ai soli trasferimenti di "beni e diritti per successione a causa di morte ed ai trasferimenti di beni e diritti per donazione o altra liberalità tra vivi".

Di conseguenza, attualmente l'imposta sulle successioni e donazioni trova applicazione con riferimento:

– ai trasferimenti di beni e diritti per causa di morte;

– ai trasferimenti di beni e diritti per donazione;
– ai trasferimenti di beni e diritti a titolo gratuito;
– alla costituzione di vincoli di destinazione.

Ciò premesso sotto il profilo generale, rispetto alla disciplina previgente, il legislatore ha incluso nel campo di applicazione dell'imposta due nuove fattispecie, gli atti gratuiti non donativi ed i vincoli di destinazione, in ordine alle quali si osserva quanto segue.

2. IL NUOVO AMBITO DI APPLICAZIONE DELL'IMPOSTA SULLE SUCCESSIONI E DONAZIONI: I VINCOLI DI DESTINAZIONE

Con la circolare 3/E del 2008(1) è stato chiarito che, in linea generale, per vincoli di destinazione si intendono tutti " ... i negozi giuridici mediante i quali determinati beni sono destinati alla realizzazione di un interesse meritevole di tutela da parte dell'ordinamento, con effetti segregativi e limitativi della disponibilità dei beni medesimi". In alcuni casi, unitamente all'effetto segregativo, "il vincolo implica anche il trasferimento di beni ad un soggetto diverso dal disponente".

Questa distinzione non è priva di rilievo ai fini fiscali, in quanto "Le diverse modalità (traslativa e non) con cui l'effetto segregativo viene conseguito rilevano ai fini dell'applicazione delle imposte indirette".

Con la medesima circolare, in particolare al paragrafo n. 5, è stato precisato, tra l'altro, che proprio alla luce della nuova disciplina di cui al citato articolo 2, comma 47, del D.L. 262 del 2006 "La costituzione di un vincolo di destinazione avente effetto traslativo, sia essa disposta mediante testamento ovvero effettuata per atto inter vivos, è soggetta all'imposta sulle successioni e donazioni. La fattispecie negoziale in esame si sostanzia in un atto dispositivo a titolo gratuito che, privo dello spirito di liberalità pro-

Nota:

(1) In questa Rivista, 2008, 211 [n.d.r.].

prio delle donazioni, è preordinato non all'arricchimento del destinatario dei beni, ma essenzialmente alla costituzione di un vincolo di destinazione sui beni oggetto di trasferimento. Di regola l'attribuzione dei beni avviene contestualmente alla costituzione del vincolo. In tal caso l'attribuzione dei beni darà luogo all'applicazione dell'imposta sulle successioni e donazioni".

3. IL NUOVO AMBITO DI APPLICAZIONE DELL'IMPOSTA SULLE SUCCESSIONI E DONAZIONI: I NEGOZI FIDUCIARI

Ciò posto con riferimento ai vincoli di destinazione, espressamente menzionati dalla legge, qualche chiarimento merita invece l'inclusione, affermata dalla Circolare 3 del 2008, del negozio fiduciario nel campo di applicazione della nuova imposta sulle successioni e donazioni.

Come la scrivente ha avuto più volte modo di chiarire (si veda, in particolare, Atto Camera - C.F. - del 29 luglio 2004 n. 5-03395 - Risposta del Governo ad interrogazione dell'on. Benvenuto), con l'espressione "negozio fiduciario" può farsi riferimento a fattispecie tra loro diverse, per le quali vige un differente trattamento fiscale.

Il negozio fiduciario in genere è un contratto atipico, mediante il quale un soggetto (fiduciante) trasferisce ad un altro (fiduciario) un diritto o la mera legittimazione al relativo esercizio, sulla base di un accordo (il cosiddetto *pactum fiduciae*) che vincola le parti, stabilendo modalità, tempi, condizioni di esercizio del diritto e che fissa principalmente lo scopo che il fiduciario si impegna a realizzare.

Nel sistema sono di norma conosciuti due modelli di fiducia, quella cosiddetta "romanistica" e quella "germanistica".

Nella fiducia di tipo germanistico, si verifica una semplice scissione tra titolarità formale del diritto (che resta in capo al fiduciante) e legittimazione al relativo esercizio (che fa capo, invece, al fiduciario).

Nella fiducia di tipo romanistico, invece, si verifica un vero e proprio trasferimento del diritto dal fiduciante al fiduciario, con ciò realizzandosi un effetto traslativo voluto dalle parti, anche se limitato, nei rapporti interni, dal contenuto del *pactum fiduciae*.

Ciò premesso sotto il profilo generale, la distinzione tra fiducia romanistica e fiducia germanistica non è priva di rilievo dal punto di vista fiscale, soprattutto ai fini dell'applicazione della nuova imposta sulle successioni e donazioni.

3.1. La fiducia germanistica: l'intestazione fiduciaria di azioni e quote

Il modello della fiducia germanistica trova applicazione, secondo le ricostruzioni della dottrina maggioritaria,

nei casi di intestazione fiduciaria di titoli azionari e quote di partecipazione societaria.

Tenuto conto della natura dei beni in esame (azioni e valori mobiliari in genere) e delle rispettive regole di circolazione, infatti, ha trovato ingresso nel nostro ordinamento il principio della separazione, realizzata attraverso il negozio fiduciario, della titolarità del diritto di proprietà rispetto alla legittimazione al relativo esercizio.

Al modello cosiddetto germanistico, in particolare, si è ispirato il legislatore fin dal momento in cui ha dettato la disciplina delle "società fiduciarie" che l'articolo 1 della legge 23 novembre 1939, n. 1966 definisce come "quelle che, comunque denominate, si propongono sotto forma di impresa di assumere l'amministrazione dei beni per conto dei terzi, l'organizzazione e la revisione contabile di aziende e la rappresentanza dei portatori di azioni e di obbligazioni".

Anche attraverso norme di legge successive, il legislatore ha confermato che nei casi di intestazione fiduciaria di azioni e titoli in genere, la proprietà del bene (in capo al fiduciante) è separata dalla legittimazione all'esercizio (in capo alla fiduciaria), imponendo alle società fiduciarie una serie di obblighi concernenti principalmente la comunicazione delle generalità degli effettivi proprietari dei titoli fiduciarmente intestati. A mero titolo di esempio, si ricordano l'articolo 1, ultimo comma, del R.D. 29 marzo 1942, n. 239 secondo il quale "le società fiduciarie che abbiano intestato a proprio nome titoli azionari appartenenti a terzi sono tenute a dichiarare le generalità degli effettivi proprietari dei titoli stessi" o ancora l'articolo 9, comma 1, della legge 29 dicembre 1962, n. 1745, ai sensi del quale "le società fiduciarie devono comunicare...i nomi degli effetti proprietari delle azioni ad esse intestate ed appartenenti a terzi...".

Anche la giurisprudenza maggioritaria si è orientata in tal senso, ora richiamando il modello della fiducia germanistica nel caso delle intestazioni fiduciarie dei titoli, ora basandosi su quelle esplicite disposizioni di legge che riconoscono quale effettivo proprietario il fiduciante; ciò in particolare ha portato i giudici ad affermare che "la proprietà della società fiduciaria, pur non potendosi dire fittizia, viene ad assumere, pur tuttavia, connotazione meramente "formale" mentre il fiduciante, nonostante la formale intestazione del bene alla fiduciaria ne conserva la proprietà "sostanziale" ed è quindi in grado di disporne direttamente, senza necessità di alcun formale ritrasferimento dei titoli da parte delle società" (Cass. 14 ottobre 1997, n. 10031) o ancora che "nella società fiduciaria, i fiducianti... vanno identificati come gli effettivi proprietari dei beni da loro affidati alle società ed a queste strumentalmente intestati" (così anche Cassazione, SSUU, 21 maggio 1999, n. 4943. Diffusa è questa affermazione anche in sede di giurisprudenza di merito, per la quale, si veda, per tutte, Trib. Trani, 29 settembre 2003).

3.2. La fiducia romanistica: i negozi fiduciari aventi ad oggetto beni immobili

Ben diverso è il caso del negozio fiduciario avente ad oggetto immobili, in quanto, stante la natura peculiare dei beni e le relative regole di circolazione, non è configurabile la medesima scissione della proprietà "formale" rispetto alla proprietà "sostanziale", come ricostruita nel paragrafo precedente a proposito dell'intestazione fiduciaria di azioni e titoli.

Al riguardo, infatti, occorre tenere conto delle regole che concernono tanto i requisiti di forma del contratto, prescritti dal codice civile, quanto soprattutto gli adempimenti pubblicitari connessi alla circolazione dei beni immobili.

In base al combinato disposto degli articoli 1350, 2643 e 2657 del codice civile, i contratti che trasferiscono la proprietà di beni immobili devono rivestire a pena di nullità la forma dell'atto pubblico o della scrittura privata e devono essere resi pubblici col mezzo della trascrizione. In assenza della trascrizione, infatti, il contratto che trasferisce la proprietà di beni immobili non ha effetto nei riguardi di terzi.

Per i beni immobili, pertanto, non vale lo stesso principio previsto, in generale, per gli altri beni dall'articolo 1153 c.c. il quale introduce il cd principio del "possesso vale titolo", in base al quale il possesso dei beni consente, ove ricorrano i presupposti di legge (buona fede e idoneità del titolo al trasferimento della proprietà), la legittimazione all'esercizio dei diritti spettanti al proprietario.

Nel caso dei negozi fiduciari aventi ad oggetto beni immobili, stante l'impossibilità di ricorrere alla cosiddetta fiducia germanistica, il modello di riferimento non può essere che quello della fiducia romanistica, nella quale si verifica un vero e proprio trasferimento del bene dal fiduciante al fiduciario, seppur limitato, tra le parti dal *pactum fiduciae*.

Pertanto, ferma restando la volontarietà del trasferimento che distingue il negozio simulato da quello fiduciario, quest'ultimo si caratterizza per la combinazione di due distinti effetti, l'effetto reale, valevole nei confronti dei terzi (che consiste in un vero e proprio trasferimento del diritto su di un bene dal fiduciante al fiduciario) e l'effetto obbligatorio, interno al rapporto tra fiduciante e fiduciario (cd *pactum fiduciae*).

Ciò posto, sotto il profilo fiscale assume particolare rilievo il prodursi di un effetto reale, consistente, come premesso, nell'effettivo trasferimento del bene immobile, il quale, a sua volta, implica che siano stati rispettati i requisiti di forma previsti dal codice civile per i contratti aventi ad oggetto immobili e che siano stati assolti gli oneri pubblicitari.

Ai fini dell'imposizione indiretta, pertanto, il negozio

fiduciario avente ad oggetto immobili può rilevare sotto un duplice aspetto:

- in funzione della gratuità del trasferimento;
- o, in alternativa, in funzione della eventuale idoneità del negozio stesso a costituire un vincolo di destinazione.

A prescindere, infatti, dalla possibilità di individuare nel negozio fiduciario, così strutturato, un atto idoneo a costituire un vincolo di destinazione (questione tutt'ora allo studio della stessa dottrina di diritto civile), in ogni caso si realizza un vero e proprio trasferimento a titolo gratuito del bene dalla sfera giuridica del fiduciante a quella del fiduciario, con ciò restando indubbio l'inquadramento dell'atto nell'ambito applicativo della nuova imposta sulle successioni e donazioni.

Infine, si ricorda che la successiva attribuzione del bene immobile dalla società fiduciaria al fiduciante ovvero ad un terzo indicato da quest'ultimo, sulla base del contenuto del *pactum fiduciae* così come è stato precisato nella circolare n. 3 del 2008 (paragrafo 5.2) è soggetta "... ad autonoma imposizione, a seconda degli effetti giuridici prodotti, indipendentemente da ogni precedente imposizione."

4. ATTI A TITOLO GRATUITO

Come si è anticipato, rispetto alla precedente formulazione della normativa riguardante l'imposta sulle successioni e donazioni, la disciplina dettata dall'articolo 2, comma 47, del decreto legge 3 ottobre 2006, n. 262, convertito dalla legge 24 novembre 2006, n. 286, e successive integrazioni e modificazioni, prevede che ai fini dell'imposta sulle successioni e donazioni rilevano anche i trasferimenti a titolo gratuito di beni.

Pertanto, premesso che le donazioni e le liberalità costituiscono una *species* del genus atti a titolo gratuito e, in quanto tali, assoggettate all'imposta in trattazione, si precisa che tra gli atti a titolo gratuito sono ricompresi tutti i trasferimenti di beni e diritti privi dell'*animus donandi*, ossia della volontà del donante di arricchire il donatario con contestuale suo impoverimento.

Rientrano, ad esempio, nella categoria degli atti a titolo gratuito gli atti costitutivi di diritti reali immobiliari di godimento, compresa la rinuncia pura e semplice agli stessi, qualora la causa dei tali atti non sia costituita da una controprestazione economicamente rilevante (in proposito si veda anche la risoluzione n. 25 del 16 febbraio 2007).

Le Direzioni Regionali vigileranno affinché i principi enunciati nella presente circolare vengano applicati con uniformità.

El trust en el derecho civil

di **Francesca Brunetta d'Usseaux**

L'opera prende in esame la questione della opportunità o meno di introdurre l'istituto del trust in Spagna, con particolare attenzione alla Catalogna (una delle province spagnole dotate di un proprio sistema di diritto civile). Muovendo dal presupposto che, nonostante si tratti di un ordinamento di *civil law*, ciò sia possibile, si prefigge, e di fatto riesce nel suo scopo, di fornire le conoscenze necessarie ed adeguate per affrontare tale operazione.

Nel testo che qui si recensisce⁽¹⁾, Esther Arroyo i Amayuelas, Professor Titular di diritto civile dell'Università di Barcellona, ha abilmente raccolto una serie di interessanti contributi di studiosi del trust.

Argomento del testo, come si evince dal titolo, è il trust, ma la sua particolarità sta nel fatto che esso non ne analizza le origini o l'applicazione nei Paesi di *common law*, nei quali, come noto, il trust è maggiormente conosciuto e utilizzato, quanto, invece, la diffusione (attuale e futura) del trust in ordinamenti c.d. di *civil law*, che usualmente sono più restii ad accogliere questa figura nel proprio patrimonio giuridico. La particolarità dell'impostazione costituisce, insieme alla puntualità e alla precisione dei dati forniti, uno dei maggiori pregi del libro.

Al fine di garantire all'opera una maggiore omogeneità, la curatrice ha scelto di presentare in un'unica lingua – quella spagnola – i diversi contributi, scritti originariamente in inglese, francese e italiano; e lo ha fatto sapientemente, lasciando nella lingua originale gli *abstracts* (inglese e francese) per una migliore comprensione.

Il testo prende le mosse dagli atti della giornata dedicata specificamente al quesito del "Per què el trust a Catalunya" svoltasi il 15 giugno 2006 sotto il patronato del Colegio de Notarios de Barcelona, dell'Ufficio del Registro della Proprietà della Catalogna, del Ministero di Giustizia spagnolo, del Dipartimento di Giustizia e delle Università catalane. Da quella giornata di studi e discussione circa le motivazioni e l'opportunità di introdurre nell'ordinamento catala-

no la nuova figura del trust, aveva preso avvio il progetto sui patrimoni fiduciari del 28 settembre 2006. Tale progetto a tutt'oggi non è ancora definitivo, né si prevedono tempi brevi per la sua approvazione. Di fatto si tratta di un progetto territorialmente limitato alla Catalogna e ciò è possibile vista la coesistenza nello stato spagnolo di più ordinamenti giuridici; anche in questo contesto sono stati i giuristi catalani ad aver avuto la volontà e la competenza di sviluppare il proprio diritto civile "autonómico", nella speranza che, come è già accaduto, questa esperienza possa fungere da motore per un cambiamento anche a livello centrale.

Lo scopo che si prefigge l'autrice è dichiarato esplicitamente nella premessa: "procurar modelos de Derecho comparado que permitan importar el instituto en España". La Catalogna ha già affrontato l'argomento, con esiti soddisfacenti, e lo studio riproposto da Esther Arroyo vuole essere una nuova base per la discussione, e mira, questo l'auspicio, a dare nuovo impulso ai lavori legislativi in materia di trust in Spagna.

L'assunto da cui prende le mosse la curatrice è semplice: l'introduzione del trust in un sistema di diritto civile è possibile. Lo dimostrano la Convenzione de L'Aja del 1985, i principî europei in materia di trust e lo avvalla l'esistenza, in molti diritti nazionali, di numerosi istituti affini, sia *inter vivos*, sia *mortis causa*, come, ad esempio, il fedecommesso o gli *herencias de confianza*. Date tali premesse, si tratta allora unicamente di avviare un'analisi attenta e puntuale per individuare il metodo e il procedimento più opportuno da seguire per garantire che l'esito sia positivo. Quale strada migliore, prima di affrontare le specificità dell'ordinamento spagnolo, se non guardare agli ordinamenti di *civil law* che in qualche modo hanno già affrontato il problema del riconoscimento del trust al loro interno?

Francesca Brunetta d'Usseaux - Professore associato nell'Università di Genova

Nota:

(1) Esther Arroyo i Amayuelas, *El trust en el derecho civil*, Bosch, Barcelona, 2007, ISBN 987-84- 9790-341-7 (626 pagine).

Forse proprio per queste ragioni, la prima delle quattro parti del libro è dedicata appunto alle prospettive nazionali del trust – fiducia, con contributi suddivisi per aree geografiche dall'Europa all'America e all'Asia. Nella seconda parte sono prese in esame le possibili applicazioni concrete del trust in Spagna, con particolare attenzione alle problematiche collegate agli aspetti fiscali e alla sua trascrizione nei pubblici registri; la terza parte ha per oggetto la particolare esperienza della Catalogna e la disciplina, ancora in fase progettuale, dei c.d. patrimoni fiduciari. Nella quarta parte del libro sono raccolti utili allegati.

Ma andiamo con ordine: la prima e più corposa parte del libro è intitolata *Perspectivas nacionales del trust/fiducia* ed è in questa sede che vengono presi in considerazione ordinamenti di diversi Paesi europei: Germania, Spagna, Francia, Italia, Lussemburgo, Paesi Bassi e Svizzera. In appendice a ciascun contributo è indicata la bibliografia utilizzata dall'autore per la stesura del contributo stesso.

Per quanto concerne la Germania, l'autore, M. Lehmann, dimostra come il BGB, sebbene non conosca la distinzione tra *equitable* e *legal ownership*, preveda tuttavia una serie di strumenti che possono essere utilizzati per realizzare scopi analoghi a quelli perseguibili attraverso il trust. Non solo, di recente il legislatore tedesco ha dettato alcune disposizioni che riconoscono formalmente la figura e istituti analoghi (come, ad esempio, il Gesetz zur Schaffung deutscher Immobilien-Aktiengesellschaften mit börsennotierten Anteilen REITG del 28 maggio 2007, che non è stato riportato nel libro che qui si recensisce, perché promulgato in un momento successivo alla sua pubblicazione).

A. Serrano de Nicolas, analizzando l'ordinamento spagnolo e in particolare quello catalano, sottolinea come a ben guardare, molti negozi *inter vivos* o *mortis causa* con effetti *post mortem* o *trans mortem* già esistenti nel diritto spagnolo e catalano realizzano scopi analoghi a quelli che possono essere ottenuti in campo successorio, utilizzando lo strumento del trust. Secondo l'autore, per perseguire le finalità che si possono realizzare con lo strumento del trust sarebbe quindi sufficiente introdurre una struttura fiduciaria a carattere generale.

Per quanto concerne la Francia, F. Barrière prende in considerazione i recenti interventi legislativi che hanno introdotto nell'ordinamento francese l'istituto della *fiducie*: si tratta di uno strumento desti-

nato ad essere utilizzato precipuamente in campo finanziario, scelta accolta criticamente dall'autore, che mette invece in rilievo come da una diversa configurazione anche soggetti deboli avrebbero potuto trarre notevoli vantaggi(2).

Per l'Italia, i due contributi, di A. Braun e di M. Bianca, si concentrano rispettivamente sul trust collegato al diritto di famiglia e sulla figura dell'atto di destinazione. Il diritto italiano non ha regolamentato l'istituto del trust, tuttavia, a seguito della ratifica della Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985 (con legge 16 ottobre 1989, n. 364), lo strumento è ampiamente utilizzato dalla pratica e, specialmente in relazione alla protezione dei disabili e all'amministrazione dei beni famigliari, ha offerto una efficace risposta ad interessi che spesso non erano adeguatamente protetti dal diritto italiano tradizionale. Il secondo contributo italiano, come accennato, è invece dedicato all'atto di destinazione: l'art 2645 *ter* del codice civile permette, infatti, la separazione dei beni, ma il problema principale permane quello della creazione da parte di persone fisiche di c.d. masse separate, perché ciò implica che la proprietà sia messa al riparo da pretese di eventuali creditori, problema tuttavia risolvibile in base al principio di meritevolezza degli interessi.

Nel Lussemburgo, secondo quanto riporta M. Borrissova, l'istituto della *fiducie* è una tecnica contrattuale originale e flessibile che dimostra il pragmatismo del legislatore di quel Paese, il quale è riuscito nell'intento di creare uno strumento ampiamente utilizzato in campo finanziario. Nella disciplina lussemburghese la *fiducie* è un contratto, e non può quindi essere istituita unilateralmente; solo le banche possono essere fiduciarie e sono sottoposte al controllo di un'autorità disciplinare. Non è necessario alcun collegamento con il territorio lussemburghese ed è prevista una tassazione particolarmente favorevole.

L'ordinamento olandese, così riporta John Michael Milo, avendo aderito alla Convenzione de L'Aja, dal 1995 deve riconoscere i trust stranieri. Nonostante l'ordinamento olandese si caratterizzi per il principio del *numerus clausus* dei diritti reali e per un concetto unitario di proprietà, ha fatto propri, già dal

Nota:

(2) Un contributo di F. Barrière sul tema si può leggere anche in questa Rivista, 2008, 124 (La legge che istituisce la fiducia: tra equilibrio e incoerenza, trad. it. a cura di V. Bertorello).

XX secolo, i concetti di *fiducia cum creditore* e *fiducia cum amico*: è proprio in questo contesto che sono stati riconosciuti i trust stranieri. Permanendo, tuttavia, qualche incertezza da più parti si chiede a gran voce un intervento legislativo.

In Svizzera, come mette in risalto Jean-Philippe Dunand, la *fiducie* è una creazione giurisprudenziale; di recente è intervenuto anche il legislatore, non dettando però una disciplina unitaria, ma solo disposizioni settoriali, regolando, ad esempio, le operazioni fiduciarie delle banche. Il panorama è quindi nebuloso: in particolare per quanto concerne la protezione del patrimonio fiduciario che risulta regolata in maniera non omogenea. La ratifica, da parte della Svizzera, della Convenzione de L'Aja rende ancor più attuale la questione del rapporto tra *fiducie* e *trust*.

Per quanto concerne l'America, l'unico contributo, di Rémi Moreau, è dedicato al Québec, visto che si tratta di uno dei due sistemi di *civil law* dell'area nordamericana (insieme a quello vigente in Louisiana, in riferimento al quale, purtroppo, non è stato possibile inserire nel libro alcuno studio sulla situazione attuale del trust). L'autore concentra la propria attenzione sul trust istituito per perseguire scopi di interesse generale, così come previsto dal codice civile di quel Paese nella parte dedicata ai patrimoni di destinazione. Il *social trust* può perseguire scopi culturali, di educazione, religiosi o ecologici.

Lihong Zhang, con il suo contributo dedicato all'area asiatica, che chiude la prima parte del libro, descrive infine l'esperienza cinese. La Cina ha promulgato una legge sul trust nel 2001, legge che si ispira, a sua volta, all'esperienza giapponese e coreana⁽³⁾. Essa disciplina i modi di istituzione dell'istituto, la separazione del patrimonio, le parti, la modifica ed estinzione, nonché il trust per scopi di pubblico interesse. Attualmente lo strumento del trust in Cina è utilizzato precipuamente per scopi commerciali.

Dopo aver raccolto e giustapposto i diversi contributi europei, Esther Arroyo i Amayuelas, dedica la seconda parte del libro alla Spagna e al riconoscimento dell'istituto in questo contesto. Essa si articola in tre capitoli che trattano, rispettivamente, delle questioni concernenti il registro della proprietà, il diritto internazionale privato e l'imposizione fiscale. Per quanto concerne la registrazione, Celestino Pardo Núñez, dopo aver analizzato il concetto di trust nell'ordinamento anglosassone, descrive le forme che tale istituto potrebbe assumere in quello spagnolo, con particolare riferimento all'influenza della regi-

strazione sulla possibilità di realizzare gli scopi del trust istituito su immobili. La registrazione, secondo l'autore, è necessaria per garantire la separazione del patrimonio in trust da quello di disponente e trustee. Antonio Pau Pedrón aggiunge che la regolamentazione del patrimonio fiduciario dovrebbe caratterizzarsi per due elementi: autonomia e vincolo di destinazione. Il diritto spagnolo permette già la registrazione di un patrimonio senza indicazione di un proprietario, patrimonio gestito da un fiduciario con consistenti poteri di amministrazione. La registrazione, tuttavia, dovrebbe essere considerata quale elemento necessario; non solo in riferimento al registro fondiario: l'autore pensa, infatti, alla creazione di un nuovo registro specificatamente atto ad assicurare pubblicità all'intero patrimonio fiduciario. I problemi di diritto internazionale privato sono affrontati nel contributo di Javier Carrascosa González, il quale ricorda come il trust sia un istituto sconosciuto al diritto spagnolo e qualsiasi tentativo di trovare un equivalente difficilmente possa essere coronato dal successo. Per questo è molto difficile per una corte spagnola determinare quale sia la legge applicabile in situazioni caratterizzate dall'internazionalità. La soluzione proposta dall'autore è basata sulla distinzione tra *Lex Situs* ex art. 10.1 del codice civile spagnolo, che dovrebbe essere applicata per i diritti *in rem*; mentre gli aspetti concernenti i soggetti del trust dovrebbero essere retti dalla legge scelta dal disponente, e, in mancanza, dalla legge dello Stato con il maggiore collegamento al trust stesso.

Il terzo capitolo è dedicato ad uno degli aspetti più salienti in tema di trust, ovvero quello fiscale: Jesús A. Sempere Allaga sottolinea, infatti, come sia necessario disciplinare espressamente la questione se si vogliono rendere "vitali" i trust in Spagna. L'autore indica come scopo principale la solvibilità e un trattamento fiscale favorevole, proponendo poi diverse ipotesi di tassazione a seconda del tipo di trust preso in considerazione.

Nella terza parte del testo si restringe l'analisi all'esperienza Catalana: il primo dei tre capitoli che compongono questa parte è dedicato ai fondamenti del diritto civile catalano e comprende il contributo di Ferran Badosa Coll sui patrimoni fiduciari; in Ca-

Nota:

(3) Il testo della Trust Law 2001 cinese può leggersi in questa Rivista, 2002, 296.

atalogna, secondo quanto riporta l'autore, è possibile creare dei patrimoni fiduciari, autonomi e "senza proprietario". La costituzione di un patrimonio *mortis causa* potrebbe utilmente avvalersi della figura catalana dell'esecutore testamentario, cui la legge attribuisce diritti di amministrazione e disposizione del patrimonio indipendenti dal suo diritto di proprietà sui beni. Qualora il patrimonio fiduciario dovesse essere costituito *inter vivos*, il riferimento dovrebbe, invece, essere quello della fondazione, tenendo tuttavia presente che quest'ultima ha personalità giuridica, diversamente dal primo.

Nel secondo capitolo è esaminato il progetto (non ufficiale) di legge della Catalogna sui patrimoni fiduciari del 2006. Con il suo contributo, la curatrice del libro, Esther Arroyo i Amayuelas, pone in rilievo i tratti salienti del progetto catalano: la cui particolarità sta nel fatto che il trust è stato "civilised" attraverso il riconoscimento dei patrimoni fiduciari senza proprietario.

Il terzo capitolo è dedicato alla già citata giornata di studio improntata a discutere circa l'opportunità di introdurre l'istituto del trust in Catalogna: è questa la domanda cui cerca di dare risposta Antoni Bosch Carrera. Le ragioni che militano a favore di tale introduzione sono la sua utilità, la sua versatilità, la chiarezza; per contro, la difficoltà stessa di "conoscibilità" dell'istituto militerebbe in senso avverso. Secondo l'autore, qualora si dovesse decidere in senso positivo, l'esperienza del Québec potrebbe essere un utile punto di riferimento. Josep Lluís García Ramírez analizza, invece, gli aspetti tributari della figura del trust, sottolineando come l'opera di regolamentazione dovrebbe avere ad oggetto non solo gli aspetti civilistici dell'istituto, ma anche quelli tributari; nei suoi auspici lo Stato spagnolo, competente in materia, dovrebbe prevedere un trattamento fiscale favorevole, aspetto da non dare per scontato. Carlos Gortázar Lorente, si interessa, nel suo studio, delle possibili applicazioni del trust all'impresa familiare: preso atto del fatto che esso attualmente non esiste né in diritto spagnolo né catalano, l'autore vede con favore l'introduzione nel diritto catalano dei patrimoni fiduciari; essi costituiscono uno strumento giuridico flessibile atto a dare risposte efficienti alle complesse problematiche che concernono la pianificazione patrimoniale e successoria delle imprese familiari. Concepción Iborra Grau analizza le questioni legate alla trascrizione e alla ricerca del modello di trust più adeguato all'ordinamento. Il contributo di

Sergio Nasarre Aznar chiude la terza parte del libro con alcune riflessioni sulla tavola rotonda. Alcuni aspetti della discussione hanno incontrato il favore della maggior parte degli studiosi (come, ad esempio, il fatto che il patrimonio fiduciario sia un istituto di indiscutibile utilità o che sia necessaria una disciplina fiscale *ad hoc*); rispetto ad altri permangono, invece, delle differenze di opinione, ad esempio circa l'estensione della sua applicabilità. In ogni caso, la discussione ha sortito buoni frutti, che sicuramente avranno riflessi positivi sulla futura disciplina.

Nella parte conclusiva del libro sono raccolti molti utili allegati, di indubbia utilità: innanzitutto la Convenzione de L'Aja sulla legge applicabile al trust del 1° luglio 1985 e la legge della Catalogna sui patrimoni fiduciari del 28 settembre 2006, entrambe in lingua spagnola; sono state inserite, inoltre, le fonti dei singoli ordinamenti trattati nella prima parte del libro, tutte in lingua originale (salvo, a dire il vero, la legge cinese, anche questa riportata in lingua inglese, per una sua maggiore comprensibilità): la legge francese del 19 febbraio 2007, n. 211 sulla fiducia(4), l'art. 2645 *ter* del codice civile italiano, la legge lussemburghese del 27 luglio 2003 di approvazione della Convenzione de L'Aja(5), gli articoli 1260-1298 del codice civile del Québec e, infine, la Trust Law of the People's Republic of China del 28 aprile 2001.

Alla fine un utile indice analitico permette di ritrovare facilmente indicazioni sui singoli argomenti trattati nell'ambito delle diverse parti e la lista di abbreviazioni posta all'inizio del libro permette di meglio comprendere i riferimenti apposti nel testo.

Note:

(4) Il testo della legge francese sulla *fiducie*, con traduzione, può leggersi in questa Rivista, 2007, 469.

(5) Il testo della legge lussemburghese di ratifica della Convenzione de L'Aja e di disciplina dei contratti fiduciari può leggersi in questa Rivista, 2004, 308.