

**SAGGI**

Determinazione e ambito di applicazione del foro del trust nella recente giurisprudenza inglese di Gianluca Contaldi	469
Fishing in Foreign Waters: the English Family Court Squares Up to the Off-shore World di Stephen Moverley Smith	479
La giurisprudenza spagnola ed i trust di Sonia Martín Santisteban	488
La riforma della <i>Charity Law</i> inglese di Arturo Pironi	499
Il trust nell'ordinamento giuridico statunitense con particolare riguardo allo Stato di New York di Gisella Levi Caroti	512
Forme giuridiche simili al trust nel diritto tedesco di Carsten René Beul	518

**GIURISPRUDENZA ITALIANA**

Sostituzione giudiziale di trustee Italia, Corte Suprema di Cassazione, Sez. Prima Civ., 13 giugno 2008, n. 16022 [L.R. c. I.F.]	522
Rinuncia a mandato fiduciario e iscrizione nel Registro delle Imprese Italia, Tribunale di Lecce, Sez. Comm., 18 marzo 2008, n. 831 [Soc. X c. Conservatore del Registro delle Imprese di Lecce]	525

**GIURISPRUDENZA ESTERA**

<i>Trust sham</i> e responsabilità del trustee per <i>breach of trust</i> Inghilterra e Galles, High Court of Justice, Family Division, 29 gennaio 2007 [A v A and St George Trustees Limited and others]	529
Applicazione delle norme comunitarie in tema di competenza giurisdizionale Inghilterra e Galles, High Court of Justice, Chancery Division, 18 febbraio 2008 [Gomez v Gomez- Monche Vives]	543

**PRASSI ITALIANA**

Intestazione di quote sociali a società fiduciaria del Lussemburgo	558
Rinuncia a mandato fiduciario e iscrizione del Registro delle Imprese	561

**PRASSI ESTERA**

Il regime fiscale dei trust in Svizzera	563
---	-----

### PRASSI NEGOZIALE

La successione nell'ufficio di trustee  
di Matteo Molinari

572

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

# Trusts

e attività fiduciarie

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  
Cristina Orsenigo, Valeria Ruggiero

REALIZZAZIONE GRAFICA  
Ipsosa

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

STAMPA  
Arti Grafiche Stefan Pinelli srl  
Via Farneti, 8 - 20129 Milano  
licenziato per la stampa il 1° settembre 2008

#### REDAZIONE

Per informazione in merito  
a contributi, articoli ed argomenti trattati

scrivere o telefonare a: 

#### IPSOA Redazione

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

#### Pubblicità:

  
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).

# Determinazione e ambito di applicazione del foro del trust nella recente giurisprudenza inglese

di Gianluca Contaldi

Secondo una recente sentenza della High Court, il domicilio del trust, di cui all'art. 5, n. 6, del regolamento (CE) n. 44/01, sulla giurisdizione ed il riconoscimento delle sentenze, si identifica con la legge regolatrice del rapporto materiale. Non possono tuttavia ricondursi a tale criterio di competenza giurisdizionale i trust giudiziali (*resulting*) sorti per effetto di una non completa manifestazione di volontà da parte del disponente; né le ipotesi nelle quali il beneficiario abbia abusato dello strumento fiduciario, facendo uso della propria qualità, ma di fatto esercitando poteri non direttamente riconducibili al trust. Tale sentenza non sembra del tutto condivisibile, nella misura in cui restringe l'ambito di applicazione del criterio di giurisdizione in esame trascurando, di fatto, la sua finalità specifica.

## ■ La sentenza della High Court nel caso *Gomez*

Come è noto, l'art. 5, n. 6 del regolamento (CE) n. 44/01 del Consiglio del 22 dicembre 2000 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (di seguito, "regolamento n. 44/01"), stabilisce che il disponente, il trustee e il beneficiario possono essere convenuti, nelle rispettive qualità, nel luogo nel quale si trova il "domicilio" dell'istituto. L'art. 5, n. 6 del regolamento, individua, in altri termini, un giudice competente per tutte le controversie che coinvolgono un determinato trust a prescindere dal domicilio dei partecipanti alla relazione fiduciaria. Naturalmente detta previsione stabilisce un criterio di competenza speciale che, pertanto, non esclude, secondo gli ordinari principî dello strumento comunitario, l'operatività del foro generale.

Una recentissima decisione inglese solleva una serie di problematiche sull'interpretazione di questa disposizione(1). I fatti sono alquanto complessi. In concreto Gomez, un noto produttore di *sherry* di nazionalità spagnola, ha istituito un trust durante la propria esistenza, stabilendo, tuttavia, taluni scopi da perseguire successivamente alla sua morte; detto trust era disciplinato, per espressa determinazione contenuta nell'atto istitutivo, dalla legge inglese. La gestione era stata inizialmente affidata ad un trustee avente sede nell'Isola di Jersey, il quale aveva assunto il compito di investire le somme depositate al fine di pagare una rendita alla moglie e ai figli del disponente. In seguito al decesso del disponente, la vedova utilizza i poteri attribuiti dallo strumento fiduciario al fine di nominare se stessa *appointor* (posizione che le conferiva il potere di designare, a propria volta, i beneficiari), nominare un nuovo trustee, disporre che le rendite vengano pagate soltanto a sé, con esclusione, pertanto, di taluni dei beneficiari originali. Inoltre, dal momento che il disponente non aveva assunto determinazioni in relazione all'intera porzione della proprietà fiduciaria, per la parte non espressamente disciplinata il giudice adito afferma l'esistenza di un trust giudiziale di tipo *resulting*(2).

Gianluca Contaldi - Professore straordinario dell'Università di Macerata.

Note:

(1) Si tratta del caso *Gomez v Gomez-Monche Vives*, *infra*, 543.

(2) Questi si caratterizzano, rispetto ai *constructive trust*, per la circostanza che la sentenza stessa riveste spesso un carattere di mero accertamento della volontà del disponente, sul presupposto che egli intendeva dare vita ad un trust, il quale, tuttavia, non è sorto a causa della mancanza di una chiara manifestazione di tale intento. L'opera svolta dal giudice consisterebbe, quindi, nell'interpretazione della volontà del disponente, che, a differenza dei *constructive trust*, sarebbe generalmente sussistente. Accade però raramente che il giudice svolga un accertamento specifico dell'effettiva volontà del disponente, limitandosi egli a fare ricorso a talune presunzioni ormai tipizzate dalla giurisprudenza. È, quindi, esatta l'affermazione che il trust discende non tanto dall'accertamento di una volontà del disponente, quanto piuttosto dal "mancato accertamento" di una vo-

(segue)

I beneficiari pretermessi da questa serie di operazioni convengono in giudizio l'artefice del disegno machiavellico, al fine di nominare un nuovo *appointor* e recuperare le somme indebitamente corrisposte.

Diremo subito che la corte, pur muovendo dal presupposto che il domicilio del trust fosse localizzabile nel territorio inglese, perviene di fatto ad una declaratoria di difetto di giurisdizione, sul presupposto che la convenuta abbia agito al di fuori delle prerogative ad essa spettanti (non rivestendo conseguentemente la qualità di soggetto del rapporto fiduciario); e, in secondo luogo e per quanto attiene alla giurisdizione in relazione alla parte del rapporto non disciplinata dalle previsioni dell'atto istitutivo, in ragione del fatto che i trust giudiziali sarebbero esclusi dall'ambito di applicazione della disposizione regolamentare. In assenza di altri elementi idonei a determinare la propria competenza giurisdizionale, il giudice investito della controversia ha conseguentemente ritenuto di non disporre del potere di risolverla.

Il ragionamento svolto dal giudice inglese risulta particolarmente articolato: esso implica, in effetti, la risoluzione di tre diverse questioni. La prima concerne l'individuazione del domicilio del trust. La seconda attiene alla riconducibilità al foro dell'art. 5, n. 6 delle azioni nei confronti dei soggetti del trust, allorché costoro abbiano agito in violazione dell'atto istitutivo e, quindi, in qualche modo, al di fuori delle posizioni ad essi spettanti sulla base delle prescrizioni fiduciarie. La terza problematica riguarda, infine, l'astratta applicabilità dell'art. 5, n. 6 ai trust giudiziali sorti per effetto di un'intrinseca incompletezza del trust originario. È opportuno procedere ad un'analisi dei diversi profili sopra menzionati, anche al fine di verificare, in relazione a taluni di questi, quali riflessi essi producano rispetto all'ordinamento italiano.

### ■ La determinazione del foro del trust ai sensi dell'art. 5, n. 6 del regolamento n. 44/01

Il primo problema esaminato dalla High Court viene risolto in maniera piuttosto semplice. In particolare, secondo la corte, il domicilio del trust, di cui al citato art. 5, n. 6 del regolamento comunitario, si localizza sul suolo inglese, dal momento che tale è, per espressa scelta del disponente, la legge regolatrice del rapporto.

Al riguardo è opportuna una precisazione. Ai sen-

si dell'art. 60, par. 3 del citato regolamento comunitario, per stabilire se un trust ha domicilio in uno Stato membro, il giudice deve fare ricorso alle norme di diritto internazionale privato del foro. Una nozione di "domicilio del trust", tuttavia, non esisteva neanche negli ordinamenti ove l'istituto ha avuto origine (3), tanto è vero che nel Regno Unito venne appositamente introdotta, al momento dell'attuazione della Convenzione di adesione alla Convenzione di Bruxelles (firmata a Lussemburgo nel 1978), una disposizione apposita per consentirne l'individuazione. L'art. 45, par. 2 e 3, del Civil Jurisdiction and Judgments Act del 1982 stabilisce, infatti, che: "2) (a) trust is domiciled in the United Kingdom if and only if it is by virtue of subsection (3) domiciled in a part of the United Kingdom. 3) A trust is domiciled in a part of the United Kingdom if and only if the system of law of that part is the system of law with which the trust has its closest and most real connection". Le giurisdizioni britanniche individuano tradizionalmente la connessione più stretta con l'ordinamento la cui legge regola il rapporto sul piano materiale(4).

#### Note:

(continua nota 2)

lontà diversa. Così, si riconosce la presenza di un *resulting trust*, perché un trasferimento a titolo gratuito di un determinato bene non appare giustificato in modo inequivocabile da un *animus donandi*. V., in questo senso, la sentenza *Webb v Webb*, 23 maggio 1991, W.L.R., 1991, 1410; [1992] 1 All ER, 17 (la questione ha, tra l'altro, formato oggetto di un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia delle Comunità europee: v. *infra*, § L'applicazione dell'art. 5, n. 6, del regolamento comunitario, ai trust giudiziali sorti in relazione o sul presupposto di preesistenti rapporti fiduciar). Altre utilizzazioni tipiche dei *resulting trust* ricorrono negli acquisti effettuati con denaro altrui, ovvero nelle situazioni nelle quali un trustee detenga i beni ricevuti per l'esecuzione di un trust espresso una volta che lo scopo è stato conseguito: v., in generale, M. Lupoi, *Trusts*, II ed., Milano, 2001, p. 114 ss. (che andrebbero lette unitamente a quelle sui *constructive trust*).

(3) V., in questo senso, P. Schlosser, *Relazione alla Convenzione di adesione del Regno di Danimarca, dell'Irlanda e del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord alla Convenzione concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale*, nonché al Protocollo relativo alla sua interpretazione da parte della Corte di giustizia, GUCE, L 304, 30 ottobre 1978; la relazione è consultabile in F. Pocar (cur.), *La convenzione di Bruxelles sulla giurisdizione e l'esecuzione delle sentenze*, Milano, III ed., 1995, p. 425. Era, comunque, già accettata in dottrina l'idea che potesse esistere un "centro di gravità" del trust, identificabile con il luogo di amministrazione dello stesso, il quale assumeva normalmente rilievo per l'individuazione della *proper law*. Nuovo è il concetto di "domicilio" del trust, dal momento che tale istituto nel diritto internazionale privato inglese assume un'accezione prevalentemente "personale" (cfr. P. North, *Reform but not Revolution*. *General Course on Private International Law*, Recueil des cours, t. 220, 1990, I, 26).

(4) Questa lettura può in parte discendere anche dall'influenza determinata dalla previsione applicabile prima dell'adozione, da parte del Regno (segue)

Il giudice inglese ha, pertanto, correttamente affermato che il foro del trust fosse localizzabile nel Regno Unito(5).

L'identificazione tra legge applicabile e "domicilio" del trust risulta, tuttavia, difficilmente praticabile nell'ambito dei sistemi giuridici continentali. La questione dell'individuazione del domicilio del trust permane, infatti, irrisolta per quegli Stati, come l'Italia, nei cui ordinamenti non esistono disposizioni di conflitto che facciano espressamente uso di tale criterio. Con riferimento al nostro sistema giuridico, in difetto di previsioni specifiche, la dottrina ha proposto di colmare la lacuna con il ricorso alla Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985, sulla legge applicabile ed il riconoscimento dei trust(6), la quale assumerebbe rilievo al fine di consentire l'identificazione del domicilio con il luogo con il quale il trust presenta il collegamento più stretto ai sensi dell'art. 7(7). Questa interpretazione risponde in effetti all'idea di "prossimità", generalmente ravvisabile nella previsione di determinate competenze speciali(8), dal momento che permette di citare un individuo in un foro diverso da quello nel quale ha il proprio domicilio solo nel caso in cui esista un forte legame tra il giudice adito e la controversia: il ricorso al predetto art. 7 della Convenzione de L'Aja consente indirettamente di perseguire tale obiettivo perché, appunto, condiziona l'operatività della parziale "deroga" al foro del convenuto all'esistenza di un collegamento rilevante tra il giudice e la relazione fiduciaria.

È stato, tuttavia, rilevato che l'utilizzazione delle disposizioni di conflitto contenute nella Convenzione de L'Aja potrebbe determinare un esito non coincidente con l'esigenza di una ripartizione funzionale e tendenzialmente paritaria della giurisdizione all'interno del territorio comunitario. Nell'ipotesi in cui si faccia coincidere il domicilio del trust con il luogo con il quale questo presenta il collegamento più stretto, si verrebbe al risultato che tale luogo non potrebbe essere situato in un paese che non conosce l'istituto, dal momento che il giudice dovrebbe disapplicare le norme di conflitto poste dall'accordo del 1985 nel caso in cui dette disposizioni conducano all'applicazione di una legge che non conosce il trust(9). Se queste considerazioni fossero esatte, dovremmo concludere che non sarebbe mai possibile instaurare una controversia in Italia per effetto dell'art. 5, n. 6 del regolamento comunitario.

A ben vedere l'idea dell'applicazione dell'intero si-

stema normativo della Convenzione de L'Aja tende, seppure attraverso un diverso procedimento interpretativo, a introdurre una sorta di coincidenza tra legge applicabile e giurisdizione che sembra parzialmente estranea al sistema del regolamento 44/01(10). Anche se una simile soluzione potrebbe addurre consi-

#### Note:

(continua nota 4)

Unito, della Convenzione di Bruxelles del 1968, sulla giurisdizione ed il riconoscimento delle sentenze. Nella specie, l'art. 6, 20(11), delle CPR (tale testo normativo è stato, peraltro, oggetto di una recente novella) stabiliva che "a claim is made for any remedy which might be obtained in proceedings to execute the trusts of a written instrument where - a) the trusts ought to be executed according to English law". V., ad esempio, la sentenza *Chellaram v Chellaram* (no. 2), [2002] 3 All ER, 17, spec. § 141; su questa decisione, v. il commento di M. Frigessi di Rattalma, La competenza giurisdizionale in materia di trust nel regolamento comunitario n. 44/2001, Riv. dir. internaz. privato e proc., 2003, 783.

(5) Così, anche, D. Hayton, Jurisdiction Over Trust Disputes Under Article 5(6), Trusts and Trustees, 2008, in corso di pubblicazione, in commento alla medesima decisione qui annotata.

(6) La Convenzione è stata aperta alla firma il 1° luglio 1985 ed è entrata in vigore sul piano internazionale il 1° gennaio 1992. La Convenzione è stata attuata dall'Italia con legge 16 ottobre 1989, n. 364, Gazzetta ufficiale, n. 261, suppl. ord., 8 novembre 1989, ed è attualmente in vigore per diversi Stati (per l'aggiornamento, v. il sito Internet di "Hague Conference on Private International Law" all'indirizzo <http://www.hcch.net>).

(7) G. Brogini, La riforma del diritto internazionale privato. Società ed altri enti, in Aa. Vv., La riforma del diritto internazionale privato, Atti del Convegno di Milano del 28 ottobre 1995, Milano, 1996, p. 87. La tesi trova ampio riscontro anche nella dottrina straniera: H. Gaudemet-Tallon, Les Conventions de Bruxelles et de Lugano. Compétence internationale, reconnaissance et exécution de jugements en Europe, II ed., Parigi, 1996, pp. 55-56, pp. 160-161; M. Checa Martinez, El trust angloamericano en el Derecho español, Madrid, 1998, p. 53 s.; P. De Cesari, Diritto internazionale privato e processuale comunitario, Torino, 2003, p. 75, nota 44. Per l'idea della tendenziale coincidenza tra *proper law*, collegamento più stretto e domicilio del trust, v., inoltre, P. Kaye, Civil Jurisdiction and Enforcement of Foreign Judgments, Abingdon, 1987, p. 625 s.

(8) V. F. Salerno, Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel regolamento (CE) n. 44/2001, III ed., Padova, 2006, p. 117 s.; P. Franzina, La giurisdizione in materia contrattuale. L'art. 5, n. 1, del regolamento n. 44/2001/CE nella prospettiva della armonia delle decisioni, Padova, 2006, p. 114.

(9) L'obiezione in questione è di L. Mari, Il diritto processuale civile della Convenzione di Bruxelles. I. Il sistema della competenza, Padova, 1999, p. 242. Questo potrebbe, in concreto, verificarsi nei casi disciplinati dagli articoli 5, 6, parr. 2 e 13 della citata Convenzione de L'Aja, i quali prevedono, rispettivamente, la disapplicazione della Convenzione nel caso in cui la legge individuata dalle norme di conflitto sia una legge che non disciplina il trust; la disapplicazione della legge scelta dal disponente se questa designa una legge che non conosce il trust (con conseguente applicazione del criterio del collegamento più stretto); la non obbligatorietà del riconoscimento se il trust presenta i collegamenti più stretti con un ordinamento che non lo disciplina sul piano materiale.

(10) Così, infatti, J. P. Beraudo, Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. Règles ordinaires de compétence, Jurisclasseur, droit international, fasc. 631-42, mise à jour 1999, a p. 14, punto 46: «(1) la recherche de la loi applicable se confond alors avec la recherche du domicile du trust».

stenti vantaggi sul piano pratico, in quanto consentirebbe la proposizione del giudizio soltanto davanti ad un giudice che disponga della competenza tecnica necessaria per esercitare le funzioni richieste (dal momento che escluderebbe la possibilità di proporre le controversie concernenti un determinato trust solo in un foro nel quale tale istituto è disciplinato sul piano sostanziale), non sembra legittimo ricavare dall'art. 5, n. 6 la conclusione che esso operi solo nel senso di realizzare un collegamento tra *ius* e *forum*: sia perché il procedimento per la determinazione della legge applicabile e quello per l'individuazione del giudice competente sono, dal punto di vista internazionalprivatistico, concettualmente distinti; sia soprattutto perché una simile tesi potrebbe far sorgere finanche dei conflitti negativi di competenza. Si pensi ad un trust disciplinato, per scelta delle parti, dalla legge di un paese europeo (diverso dall'Inghilterra), che viene però amministrato in Italia. In questo caso, né il giudice straniero, né quello italiano, potrebbero ritenersi competenti in applicazione dell'art. 5, n. 6 del regolamento comunitario: il primo, infatti, non lo sarebbe in virtù del citato art. 60 del regolamento comunitario, dal momento che – in difetto di apposite previsioni normative – è verosimile supporre che un trust siffatto non presenti un collegamento più stretto con l'ordinamento di quel paese; il secondo perché nel momento in cui, attraverso il ricorso all'art. 7, ravvisi un collegamento più stretto con il proprio ordinamento, dovrebbe tuttavia disapplicare la Convenzione de L'Aja.

È in realtà evidente che le norme di conflitto contenute nella Convenzione de L'Aja, se vengono considerate alla luce del sistema complessivo al quale appartengono, cioè congiuntamente con le previsioni normative che ne determinano la disapplicazione, risultano poco adatte al completamento del disposto dell'art. 5, n. 6 del regolamento. In questo contesto sono state proposte talune altre opzioni interpretative.

Secondo una prima ricostruzione, il domicilio del trust dovrebbe venire stabilito alla stregua della *lex causae*(11). La Convenzione de L'Aja verrebbe, quindi, ad assumere un rilievo indiretto, dal momento che sarebbe utilizzata al solo fine di determinare la legge applicabile, nell'ambito della quale l'interprete dovrebbe poi ricercare il criterio di collegamento che consente di individuare il domicilio del trust.

Questa tesi si pone, però, in contrasto con il disposto normativo, dal momento che l'art. 60, par. 3 del regolamento n. 44/01 stabilisce chiaramente il ri-

corso alle norme di diritto internazionale privato del foro assumendole nella loro funzione strettamente conflittuale, di rinvio ad un determinato ordinamento, prescindendo, quindi, dal contenuto delle norme materiali richiamate. A ciò si aggiunga che la legge designata potrebbe anche non contenere una nozione di domicilio del trust che sia funzionale rispetto alla determinazione del foro competente. Si pensi al citato art. 45, par. 3 del Civil Jurisdiction and Judgments Act inglese. Tale disposizione, come emerge dal suo tenore letterale, riveste un carattere sostanzialmente unilaterale, essendo stata introdotta al solo fine di stabilire un criterio di competenza giurisdizionale a favore del giudice inglese, cosicché essa non potrebbe assumere rilievo per stabilire se il trust sia domiciliato in un foro diverso(12).

Sul presupposto dell'apparente inidoneità della Convenzione de L'Aja a fornire una soluzione appropriata, sia nel caso in cui questa venga utilizzata al fine di desumerne un criterio di conflitto, sia nell'ipotesi che essa assuma rilievo al solo scopo di designare la legge applicabile, è stata recentemente avanzata la tesi che per completare il disposto dell'art. 5, n. 6 del regolamento comunitario si dovrebbe fare ricorso all'art. 25 della legge italiana di riforma del diritto internazionale privato e processuale (l. 31 maggio 1995, n. 218, di seguito: "legge n. 218/1995"), concernente la legge applicabile alle società(13).

#### Note:

(11) V. L. Fumagalli, La Convenzione de L'Aja sul trust e il diritto internazionale privato italiano, *Dir. comm. int.*, 1992, 533, a p. 564 s.; V. Salvatore, Il trust. Profili di diritto internazionale e comparato, Padova, 1996, p. 122 s., anche in nota; S. M. Carbone, Giurisdizione ed efficacia delle decisioni in materia civile e commerciale nello spazio giudiziario europeo: dalla Convenzione di Bruxelles al regolamento (CE) n. 44/01, in *Aa. Vv.*, Diritto processuale civile e commerciale comunitario, Milano, 2004, p. 26; M. Frigessi di Rattalma, La competenza giurisdizionale [*supra*, nota 4], a p. 793.

(12) Tale disposizione presenta un carattere unilaterale perché tanto l'art. 53, par. 2 della Convenzione di Bruxelles, quanto il corrispondente art. 60, par. 3, del regolamento n. 44/01 prevedono il ricorso alle norme di conflitto del foro al solo fine di stabilire se il trust sia domiciliato sul territorio del giudice adito. Non sembra, quindi, possibile operare una "bilateralizzazione" del criterio posto dall'art. 45, par. 3, del Civil Jurisdiction and Judgments Act, poiché altrimenti si verrebbe ad un esito contrastante con la sua funzione specifica. A ciò si aggiunga che, a stretto rigore, un simile procedimento interpretativo non sarebbe del tutto corretto: nell'ipotesi in cui si utilizzasse il disposto del citato art. 45 come un'ordinaria norma "bilaterale" di conflitto, si dovrebbe del pari ritenere che questa non potrebbe essere richiamata attraverso la Convenzione de L'Aja, dal momento che la legge designata va applicata ad esclusione delle disposizioni di conflitto (art. 17).

(13) L. Mari, Il diritto processuale civile [*supra*, nota 9], p. 247 s.; v. anche I. Kropholler, *Europäisches Zivilprozeßrecht: Kommentar zu EuGVÜ* (segue)

La qualificazione del trust come ente societario suscita, però, diverse perplessità. La prima, invero superabile, è che non è del tutto chiaro se un'attività di "riqualificazione" sia consentita anche con riferimento ai trust riconducibili all'ambito di applicazione della Convenzione de L'Aja, rispetto ai quali una simile soluzione interpretativa dovrebbe ritenersi in principio esclusa, dal momento che tale strumento stabilisce un'autonoma qualificazione dell'istituto(14). Più che di riqualificazione nel senso proprio dell'accezione si tratterebbe, però, di una mera operazione interpretativa che si svolge esclusivamente sul piano dell'ordinamento interno e che sarebbe strettamente funzionale al completamento della citata disposizione regolamentare. Un procedimento siffatto, non essendo preordinato all'individuazione della legge applicabile al rapporto, non sembra conseguentemente porsi in contrasto con il sistema della Convenzione del 1985.

A prescindere dai dubbi sulla compatibilità del procedimento interpretativo con le norme di conflitto pattizie è, tuttavia, la stessa soluzione prospettata della qualificazione del trust come società che appare poco persuasiva, dal momento che in questo istituto non si ravvisano né una personalità giuridica, né, in genere, un carattere associativo(15). Pur in difetto di un assetto societario, si ritiene tuttavia che un'interpretazione estensiva dell'art. 25 della legge di riforma sia giustificabile alla luce del fatto che la disposizione ha ad oggetto anche enti privi di personalità giuridica e del rilievo che, nella medesima legge, mancano altre disposizioni che pongono criteri di collegamento in relazione a strutture complesse diverse dalle persone fisiche(16).

Anche in questa accezione lata ciò che sembra, tuttavia, precludere la possibilità di assimilare il trust ad un ente è la circostanza che nella istituzione di questo istituto non si perviene ad un significativo livello di astrazione e di autonomia rispetto ai partecipanti alla relazione(17). Lo stesso art. 5, n. 6, infatti, pur identificando un "domicilio" del trust, consente che nel foro indicato dalla disposizione possano essere convenuti il disponente, il beneficiario od il trustee (seppure nelle loro rispettive qualità), ma non il rapporto fiduciario considerato alla stregua di un autonomo soggetto di diritto. Tale impostazione risponde d'altronde all'interpretazione correntemente seguita tanto negli ordinamenti nazionali, quanto nelle fonti internazionali. Nello Uniform Trust Code statunitense(18), all'art. 202, si consente, appunto,

la proposizione delle azioni esclusivamente nei confronti dei partecipanti al rapporto e lo stesso art. 11 della stessa Convenzione de L'Aja stabilisce che il riconoscimento del trust implica "quanto meno [...] che il trustee abbia la capacità di agire in giudizio ed essere citato in giudizio".

A ciò si aggiunga che pure i criteri posti dall'art. 25 della legge n. 218/1995 sembrano poco adatti all'istituto in esame: il criterio di collegamento fondamentale previsto da detta disposizione è quello del luogo di costituzione; la medesima stabilisce, inoltre, che sono regolati dalla legge italiana gli enti che hanno nel nostro Stato "l'oggetto principale" o la

#### Note:

(continua nota 13)

und Lugano Übereinkommen, 6. Aufl., Heidelberg, 1998, p. 452 (che, però, si riferisce soltanto ad alcuni tipi di trust). La qualificazione in termini societari è frequentemente utilizzata dalla dottrina elvetica, la quale suole ricondurre certe forme organizzate di trust nell'ambito degli articoli 150 s. della Legge federale sul diritto internazionale privato: v., in via esemplificativa, T. M. Mayer, Die organisierte Vermögenseinheit gemäss Art. 150 des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht. Unter besonderer Berücksichtigung des Trust, Basilea - Francoforte sul Meno, 1998, p. 103 s., p. 137 s.; in giurisprudenza, v. Tribunale distrettuale di Zurigo, 1° febbraio 1994, OD-Bank c. Fall.to WKR, in questa Rivista, 2000, 562, con commenti di L. Fumagalli, Il trust di fronte ai giudici svizzeri: questioni di diritto internazionale privato, *ivi*, 515 e di N. Hausmann, Swiss Courts and the Recognition of Foreign Trusts, in questa Rivista, 2001, 237.

(14) Cfr. art. 2 della citata Convenzione de L'Aja sulla legge applicabile ai trust e al loro riconoscimento.

(15) V., ad esempio, D. Hayton, The Uses of Trusts in the Commercial Context, in D. Hayton (cur.), Modern International Developments in Trust Law, L'Aja - Boston - Londra, 1999, p. 145 s., p. 160.

(16) M. Benedettelli, Legge 31 maggio 1995, n. 218, *sub* art. 25, Nuove leggi civ., 1996, 1112; S. Luzzatto - C. Azzolini, voce "Società (Nazionalità e legge regolatrice)", Dig. Disc. Priv., Sez. Comm., vol. XIV, Torino, 1997, 131, a p. 136 s. e a p. 139; T. Ballarino, Diritto internazionale privato, III ed., Milano, 1999, p. 382; L. Mari, Il diritto processuale civile [*supra*, nota 9], p. 247 s.; F. Mosconi - C. Campiglio, Diritto internazionale privato. Parte speciale, II ed., Torino, 2006, p. 43 s. e, seppure con finalità parzialmente diverse, G. Broggin, La riforma del diritto internazionale privato. Società ed altri enti [*supra*, nota 7], p. 77 s.; Id., Il trust nel diritto internazionale privato italiano, in I. Beneventi (cur.), I trusts in Italia oggi, Milano, 1996, 11, a p. 25, il quale, però, rileva la difficoltà di individuare il luogo di istituzione del trust.

(17) V. M. Graziadei, voce "Trusts nel diritto anglo-americano", Dig. Disc. Priv., Sez. Comm., vol. XVI, Torino, 1999, 256, a p. 258: "Tali effetti (ovvero, quelli discendenti dalla "separazione patrimoniale") si producono senza che venga creato un nuovo ente, perché il trust non è né una persona giuridica, né un autonomo soggetto di diritto".

(18) Si tratta di un testo elaborato dalla National Conference of Commissioners on Uniform State Laws. Naturalmente l'efficacia normativa di detto codice dipende dalla sua trasposizione nelle leggi dei singoli Stati. Per un commento, v. J. Schoenblum, Conflict of Laws Under the Uniform Trust Code, in questa Rivista, 2001, 16. Il testo dello Uniform Trust Code può leggersi in questa Rivista, 2001, 453, 623; *ivi*, 2002, 116; *ivi*, 2003, 111.

“sede dell’amministrazione”. Se si condividesse la tesi del ricorso all’art. 25, si dovrebbero coerentemente utilizzare i criteri di collegamento posti da detta disposizione alla stregua di criteri di competenza giurisdizionale. La giurisdizione italiana sussisterebbe, quindi, nei confronti dei trust istituiti in Italia ovvero di quelli che in detto Stato presentano l’oggetto dell’attività o la sede dell’amministrazione.

Tuttavia simili elementi appaiono oggettivamente poco idonei a fornire una localizzazione del trust: e ciò vale tanto per quello del luogo di istituzione, dal momento che questo è spesso indifferente e può anche non assumere alcuna connessione con lo svolgimento ulteriore della relazione, quanto per quello del luogo nel quale si trova “l’oggetto principale” dell’ente. Quest’ultimo può, infatti, dipendere dalla presenza di elementi mobili, come denaro o altri beni fungibili, oppure da circostanze variabili nel tempo, come il domicilio dei beneficiari, cosicché esso risulta normalmente poco adatto a fornire una localizzazione stabile ed univoca del rapporto.

L’unico criterio contenuto nell’art. 25 che presenta una certa rispondenza con la struttura del trust è, pertanto, l’ultimo, quello corrispondente alla sede dell’amministrazione. La previsione dà peraltro adito a qualche incertezza, dal momento che nel nostro ordinamento non si ravvisano disposizioni che consentano di chiarire la portata di una simile nozione giuridica. Il codice civile attribuisce rilievo alla sede “legale” della persona giuridica, ma questa costituisce un concetto eminentemente formale, dovendo essere indicata nell’atto costitutivo ed assumendo in genere rilievo anche in funzione dell’obbligo di iscrizione nel registro delle imprese. Una simile nozione risulta, tuttavia, chiaramente inapplicabile al trust, dal momento che in relazione a questo istituto le leggi dei vari paesi non richiedono alcuna iscrizione di carattere costitutivo.

Nel nostro sistema giuridico esiste, tuttavia, anche una nozione di “sede effettiva”, che viene abitualmente identificata con il luogo nel quale “hanno concreto svolgimento le attività amministrative e di direzione dell’ente”(19). Appare verosimile ritenere che la nozione di “sede dell’amministrazione” impiegata dall’art. 25 della legge di riforma tenda a coincidere con quella di “sede effettiva”, dal momento che entrambe sembrano attribuire rilievo al luogo nel quale si svolge in via prevalente la vita dell’ente sul presupposto che, in difetto di iscrizioni, è tale luogo che assume un carattere di preminenza nei rapporti

esterni. In quest’ottica la nozione di sede dell’amministrazione potrebbe anche contribuire ad una localizzazione rispondente alla struttura del trust. Tuttavia detta nozione non conduce a risultati migliori di quelli ottenibili attraverso il ricorso al criterio del collegamento più stretto, dal momento che si verifica frequentemente che quest’ultimo individui proprio il luogo di amministrazione del rapporto, mentre, per altro verso, lo stesso criterio della “sede dell’amministrazione” risulta scarsamente adattabile nelle ipotesi nelle quali si dovrebbe, invece, ricercare una certa flessibilità, come, ad esempio, nel caso in cui il centro di interessi del trust sia stato fittiziamente individuato dal disponente per conseguire determinati vantaggi.

Sulla base degli elementi raccolti sembra esatto concludere che la qualificazione del trust come ente non sia soddisfacente perché presuppone un processo di astrazione e di soggettivizzazione che in genere non ricorre in questo istituto e perché la norma di conflitto che risulterebbe in tal modo utilizzabile, l’art. 25 della legge di riforma, pone dei criteri che sono generalmente indifferenti (luogo di istituzione) o che non sono sempre idonei ad operare una localizzazione effettiva del rapporto (oggetto principale) o che, infine, non conducono ad un esito diverso da quello generalmente ottenibile attraverso il ricorso al criterio del collegamento più stretto, ma che risultano al contempo scarsamente adattabili nelle diverse situazioni ipoteticamente verificabili nella prassi (sede dell’amministrazione).

Nell’impossibilità di reperire altre disposizioni idonee a completare e rendere utilizzabile il criterio di giurisdizione posto dall’art. 5, n. 6 del regolamen-

#### Nota:

(19) Cass., 6 giugno 1984, n. 3604, Rep. Foro it., 1984, 2235. L’idea che, con il criterio di “sede dell’amministrazione”, il legislatore voglia individuare il luogo nel quale si svolge in via prevalente la vita dell’ente, con la conseguenza che esso tende a coincidere con la sede effettiva, discende anche dai lavori preparatori. Tanto il progetto elaborato dalla Commissione nel 1989, quanto il disegno di legge presentato nel 1995 (Atti parlamentari, doc. n. 1286-A) facevano riferimento al luogo nel quale si trova “l’amministrazione centrale”; salvo poi specificare che “si presume che l’amministrazione si trovi nel luogo ove, per statuto, è fissata la sede legale”. La disposizione era, quindi, chiara nel senso che intendeva attribuire rilievo al luogo di prevalente svolgimento dell’attività di direzione dell’ente; ma essa è stata successivamente mutata nei termini indicati nel testo per la presumibile ragione che la precedente formulazione risultava poco adattabile alle ipotesi nelle quali non sussisteva uno “statuto” o questo non conteneva clausole al riguardo (considera, invece, diversi i criteri dell’amministrazione centrale e della sede effettiva, L. Daniele, *Capacità e diritti delle persone* (artt. 20-25), in F. Capotorti (cur.), *Il nuovo sistema di diritto internazionale privato*, Corriere giur., 1995, 1239, a p. 1242).

to comunitario, sembra logico recuperare la tesi che prospetta un ricorso diretto alle norme di conflitto della Convenzione de L'Aja, anche se rispetto a questa conserva valore l'obiezione per cui detto sistema normativo non sempre permette di fornire soluzioni congrue a causa di talune previsioni le quali, appunto, consentono di disapplicare la Convenzione nelle ipotesi in cui ricorrano determinati collegamenti con un ordinamento che non contempla il trust. Tale discrasia non sembra, tuttavia, necessariamente condizionare in modo negativo la soluzione prospettata: la lacuna che si determina nel nostro sistema per effetto del rinvio alle norme di diritto internazionale privato del foro effettuato dall'art. 60, par. 3 può, infatti, essere colmata solo attraverso il ricorso agli ordinari strumenti, tra i quali, soprattutto, quello dell'analogia. L'unica disposizione che consente di assumere il rapporto fiduciario nel suo insieme e che conseguentemente permette di completare il disposto della norma regolamentare è appunto l'art. 7 della Convenzione de L'Aja: anche se il ricorso al criterio del collegamento più stretto implica poi un'operazione di adeguamento dello stesso in funzione delle diverse esigenze rispetto alle quali esso assume rilievo. È ovvio, infatti, che la disapplicazione della Convenzione de L'Aja ha senso al fine dell'individuazione della legge applicabile, non potendosi applicare una legge che non contempli l'istituto sul piano materiale. Simili cautele tendono, però, a perdere significato quando si tratta dell'individuazione del foro competente, non sussistendo alcun ostacolo, sul piano strettamente giuridico, alla proposizione di una questione concernente la gestione del trust davanti al giudice di un paese nel cui ordinamento non esiste il relativo istituto. Al limitato fine di individuare il domicilio del rapporto, l'art. 7 della Convenzione può, quindi, essere tenuto presente pur astraendolo dal sistema complessivo al quale appartiene.

### ■ L'applicazione dell'art. 5, n. 6 del regolamento comunitario ai trust giudiziali sorti in relazione o sul presupposto di preesistenti rapporti fiduciari

Il secondo problema sul quale è necessario incentrare la nostra attenzione concerne l'applicabilità del foro previsto dall'art. 5, n. 6 del regolamento comunitario ai trust creati giudizialmente ed in particolare a quelli del tipo c.d. *resulting*. Come si è detto sopra,

infatti, il disponente non aveva assunto determinazioni in relazione alla totalità della *trust property*: in questi casi, l'ordinamento inglese ritiene che si istituisca un trust giudiziale sulla base (o più semplicemente sulla falsariga) della volontà acclarata del disponente; tanto è vero che si parla abitualmente di trust "automatici". Secondo una esegesi letterale del testo normativo, i trust giudiziali devono ritenersi esclusi dal criterio di competenza giurisdizionale previsto dal regolamento comunitario. Il testo normativo precisa, infatti, che la disposizione si estende ai trust "costituiti in applicazione di una legge o per iscritto o con clausola orale confermata per iscritto". La stessa relazione esplicativa, nel commento alla analoga disposizione della Convenzione di Bruxelles, afferma che la disposizione riguarda solo i trust creati per effetto di una norma di legge ovvero ai trust espressi, con esclusione, pertanto, dei trust giudiziali(20).

Questa rigida chiusura nei confronti di qualunque tipo di trust giudiziale sembra, tuttavia, non del tutto corrispondente alla struttura del rapporto. In realtà, non tutte le ipotesi nelle quali l'attore chiede che il giudice voglia dare atto dell'esistenza di un trust, di fatto non sorto perché l'atto istitutivo era deficitario sul piano formale o su quello della manifestazione della volontà, sono analoghe. Come è noto, una questione, solo in parte simile, è stata affrontata anche dalla Corte di giustizia delle Comunità europee nel caso *Webb c. Webb*(21). Nella specie, il *Webb* aveva acquistato, versandone il prezzo, un appartamento sito in territorio francese (in Costa Azzurra), che aveva intestato al figlio, abitualmente residente in Inghilterra, con la presumibile intenzione di fornire a quest'ultimo un locale per trascorrere le vacanze. In seguito, deterioratisi i rapporti, il padre convenne il figlio davanti alla High Court di Londra, chiedendo a quell'autorità giudiziaria di accertare la sussistenza di un trust in suo favore, con obbligo per

Note:

(20) P. Schlosser, Relazione [*supra*, nota 3], punto 117.

(21) Corte di giustizia delle Comunità europee, 17 maggio 1994, causa C-294/92, Raccolta, 1994, p. 1717 s.; in questa Rivista, 2004, 112. In dottrina, v. A. Briggs, *Trusts of Land and the Brussels Convention*, L.Q.Rev., 1994, 526; E. Marè, *Trust e scissione del diritto di proprietà*, Corriere giur., 1995, 162, a p. 163 s.; J. P. Beraudo, *Nota*, Rev. crit. dr. int. privé, 1995, 129; P. Kaye, *Creation of an English Trust of Immovables Held to Fall Outside Article 16.1 of the European Judgments Convention*, IPRax, 1995, 286; Id., *Law of the European Judgments Convention*, t. 3, Chichester, 1999, 1967, a p. 1974 s.; M. Lupoi, *Trusts* [*supra*, nota 2], p. 303 s.

il trustee di porre in essere gli atti necessari per trasferire al beneficiario la proprietà del bene. Il problema interpretativo che si poneva in quel caso era essenzialmente rappresentato dalla natura reale o personale della controversia che si è ora sinteticamente descritta. Naturalmente, nell'ipotesi in cui si fosse accertato il carattere reale di una simile azione il giudice inglese non avrebbe potuto esercitare la giurisdizione per effetto dell'art. 22, n. 1 del regolamento comunitario, il quale stabilisce un foro di giurisdizione esclusivo per le azioni aventi ad oggetto diritti reali su beni immobili.

Secondo la Corte di giustizia, tuttavia, un trust dà luogo ad una relazione fiduciaria fondamentalmente obbligatoria, come tale direttamente vincolante per il solo trustee. La controversia non rivestirebbe, quindi, i caratteri tipici di un'azione reale, in quanto "il padre non pretende di essere già fin da ora titolare di prerogative reali concernenti direttamente l'immobile ed opponibili *erga omnes*, ma invoca solo dei diritti nei confronti del figlio. Pertanto la sua non è un'azione reale [...] bensì un'azione personale"(22). In sostanza, nella prospettiva del giudice comunitario, il carattere "reale" di un'azione sarebbe desumibile dall'ambito di efficacia soggettiva dei diritti oggetto della controversia. Se il *petitum* consiste nell'affermazione di un diritto direttamente opponibile *erga omnes*, allora la controversia è di tipo reale. Se l'attore tende, invece, all'affermazione di un diritto che esplica i propri effetti non nei confronti della collettività, ma soltanto di un soggetto determinato, l'azione assume, al contrario, un carattere personale e non è quindi riconducibile al disposto dell'art. 22, n. 1(23).

Tale problematica si presenta, tuttavia, in termini parzialmente diversi nel caso *Gomez*. Diversi elementi differenziano la controversia in esame da quella esaminata dalla Corte di giustizia. Innanzitutto nel precedente da ultimo citato il trust aveva anche una funzione recuperatoria: questa finalità, al contrario, non ricorre nella fattispecie in esame. D'altro canto, nella sentenza qui commentata, oggetto del rapporto sono soltanto delle somme di denaro, in relazione alle quali il criterio di giurisdizione dell'art. 22, n. 1 del regolamento comunitario, che è espressamente stabilito solo per i diritti reali immobiliari, non ha ragione di intervenire. In secondo luogo, la decisione della Corte di giustizia non consente di chiarire se il citato art. 5, n. 6 si estenda anche ai trust giudiziali sorti per effetto di una precedente relazione fiduciaria.

Nel caso *Webb*, infatti, il trust era integralmente sorto da una fonte giudiziaria: non esisteva, quindi, un

#### Note:

(22) *Webb v Webb* [supra, nota 21], punto 15 (ovviamente l'indicazione normativa contenuta nella parte tra virgolette si riferisce alla corrispondente disposizione della Convenzione).

(23) In realtà non è del tutto chiaro se questa ricostruzione, che appare certamente rispondente ad un assetto dei diritti reali proprio del sistema inglese, risulti confacente ad una corretta interpretazione dello strumento comunitario, specie nei casi in cui oggetto dell'azione recuperatoria siano beni immobili (per i quali, come si è ricordato sopra nel testo, il regolamento comunitario stabilisce un criterio di giurisdizione esclusiva in relazione al luogo nel quale si trovano i beni stessi: cfr. art. 22, n. 1 del regolamento n. 44/01). La Corte di giustizia preferisce, infatti, fornire una nozione autonoma ed astratta di diritto reale, che risulta, tuttavia, scarsamente adattabile alle caratteristiche dei diversi sistemi giuridici degli Stati membri. Appare, infatti, innegabile la difficoltà di elaborare una nozione di "azione reale" condivisibile dalla totalità degli ordinamenti giuridici. La soluzione adottata dalla Corte nel caso *Webb* (appunto, quella di cercare di elaborare una nozione autonoma sulla base di parametri stabiliti in via astratta e, quindi, non desumibili da singoli ordinamenti), può dare luogo a diverse difficoltà pratiche, dovute proprio alla sussistenza di consistenti differenze tra gli ordinamenti giuridici suscettibili di essere presi in considerazione. Infatti, ove si tenga conto dell'ambito di efficacia soggettiva del regolamento n. 44/01 e delle peculiarità proprie del meccanismo del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia (il quale, come è noto, consente tale rinvio solo ai giudici di ultima istanza), il rischio di decisioni difformi aumenta in modo esponenziale, almeno fino a quando non si sarà formata sul punto una giurisprudenza consolidata. Inoltre, appaiono astrattamente preferibili soluzioni interpretative che consentano di tenere comunque conto dell'ambiente giuridico nel quale l'azione e la successiva decisione vanno ad inserirsi, poiché ivi è localizzato l'immobile oggetto della controversia, sul presupposto che è in detto ordinamento che la decisione dovrà ricevere attuazione. Sulla base di questi caratteri, poteva forse apparire preferibile la soluzione di rimettere la "qualificazione" di azione reale alla legge applicabile a titolo di *lex causae* (v. quanto da me rilevato in G. Contaldi, La Convenzione di Bruxelles e il trust. Brevi note sull'interpretazione dell'art. 16, n. 1, della Convenzione di Bruxelles, Giust. civ., I, 1996, 1531): tale criterio, infatti, porterebbe ad una diffusa uniformità di soluzioni tra i vari Stati ed avrebbe il vantaggio di consentire di introdurre direttamente la controversia nel sistema giuridico nel quale dovrà poi eseguirsi la decisione. L'uniformità sarebbe determinata dalla diffusione di identiche norme di conflitto in materia di diritti reali. La norma di diritto internazionale privato comunemente adottata, infatti, è quella che individua la legge applicabile nella *lex rei sitae* (S. Luzzatto, voce "Proprietà (dir. int. priv.)", Enc. dir., vol. XXXVII, Milano, 1988, 296): proprio tale convergenza avrebbe consentito di raggiungere un elevato livello di uniformità tra gli Stati membri nella determinazione dei criteri interpretativi dell'art. 22, n. 1. La soluzione ora prospettata, inoltre, appare in linea con gli obiettivi perseguiti con l'adozione del criterio di giurisdizione fondato sul *locus rei*. Tali obiettivi sono così sintetizzabili: in primo luogo, le controversie vertenti sulla sussistenza di diritti reali comportano generalmente accertamenti tecnici ed ispezioni che debbono necessariamente effettuarsi *in loco*; secondariamente, tale materia è spesso disciplinata anche mediante usi e consuetudini che risultano in genere meglio conosciuti dal giudice locale; da ultimo, il diritto applicabile all'immobile è, appunto, determinato attraverso il ricorso alla *lex rei sitae* (v., oltre a P. Schlosser, Relazione [supra, nota 3], le conclusioni dell'Avvocato generale Mischo nella causa Reichert, sentenza della Corte di giustizia, 10 gennaio 1990, causa C-115/88, Raccolta, 1990, p. 36). In conclusione, uno degli obiettivi perseguiti attraverso l'adozione di una norma di giurisdizione quale l'art. 22, n. 1 è proprio quello di realizzare una connessione, almeno tendenziale, tra foro e *ius*. Detto parallelismo facilita, altresì, l'esecuzione della decisione: dal momento, poi, che la sentenza è spesso suscettibile di trascrizione, appare logico ritenere che tale iscrizione nei registri catastali risulti agevolata se la decisione stessa viene pronunciata dal giudice locale in applicazione della *lex fori*.

trust espresso al quale questo poteva accedere. Da ultimo, il criterio di giurisdizione impiegato nel caso esaminato dalla Corte di giustizia era quello del foro del convenuto: in questo caso non veniva, pertanto, in gioco il criterio del domicilio del trust.

La decisione ora riportata consente, tuttavia, di chiarire che, almeno dal punto di vista dell'ordinamento inglese, la creazione di un trust di tipo *resulting* non determina la necessità del ricorso a criteri di giurisdizione esclusivi quali quelli del *forum rei*: conseguentemente non sussistono ostacoli formali rispetto al ricorso, in relazione ai trust di tipo *resulting*, dei fori alternativi o concorrenti.

A questo punto, ed esclusa l'eventualità di un'interferenza con il foro previsto per le azioni reali immobiliari, la definizione dell'ambito di applicazione dell'art. 5, n. 6 dipende in concreto dalla funzione che si intende assegnare al criterio di giurisdizione in esame. A differenza di altri criteri di competenza previsti dal medesimo art. 5 del regolamento comunitario, il foro del trust mira, infatti, verosimilmente a realizzare un'esigenza di concentrazione delle liti<sup>(24)</sup>. In questa prospettiva, dal punto di vista di un sistema che conosce l'istituto sul piano sostanziale, potrebbe essere certamente opportuno concentrare presso un unico foro sia le controversie concernenti la gestione dell'istituto, sia quelle concernenti i rapporti fiduciarie che, per la struttura della fattispecie sostanziale, si innestano sulla preesistente relazione fiduciaria.

Se così non fosse, la conclusione alla quale si perverrebbe risulterebbe alquanto singolare: il giudice inglese avrebbe giurisdizione sul trust volontario e potrebbe conseguentemente risolvere le controversie concernenti la sua esecuzione, ma non avrebbe il potere né di decidere le controversie concernenti i rapporti fiduciarie sorti in relazione o in funzione di completamento del primo, né quello di assumere i provvedimenti conseguenti. In altri termini, taluni trust di tipo *resulting* sorgono, quasi spontaneamente, in funzione di integrazione di rapporti fiduciarie già perfettamente costituiti. In queste ipotesi, non avrebbe molto senso ipotizzare diversi criteri di giurisdizione a seconda della natura volontaria o giudiziaria del trust, dal momento che il secondo rapporto costituisce una sorta di completamento del primo. Altrimenti, nell'ipotesi in cui si riconducessero tali rapporti nell'ambito di criteri di competenza diversificati, vi potrebbe essere addirittura il rischio di decisioni contrastanti nell'ambito dello spazio giudiziario europeo

in relazione a situazioni giuridiche che, dal punto di vista materiale, appaiono sostanzialmente unitarie.

### ■ La determinazione dell'ambito di applicazione della disposizione in esame in relazione alle violazioni dell'atto istitutivo operate dai soggetti partecipanti al rapporto attraverso un uso strumentale ed abusivo delle rispettive qualità

Il terzo ed ultimo problema concerne la riconducibilità al foro dell'art. 5, n. 6 delle azioni proposte nei confronti dei beneficiari, i quali abbiano in vario modo abusato della propria posizione al fine di ottenere il pagamento di rendite straordinarie o eccezionali o, comunque, illecite alla luce delle previsioni del trust.

Come si è detto all'inizio, il giudice inglese ha escluso che queste rendite siano in alcun modo riconducibili al trust e alle qualità che gli stessi partecipanti al rapporto rivestono nell'ambito della relazione fiduciaria. Anche su questo aspetto la decisione commentata suscita perplessità. È, infatti, evidente che il beneficiario che impiega le proprie prerogative al fine di ottenere il pagamento di rendite straordinarie o illecite alla luce delle disposizioni del trust stia usufruendo della propria posizione di soggetto partecipante di una determinata relazione fiduciaria. Altrimenti non potrebbe né percepire tali rendite, né usufruire delle prerogative ad esso conferite dall'atto istitutivo per incrementare i propri introiti in maniera illecita.

Né da questo criterio possono, in alcun modo, escludersi le controversie concernenti le modalità tecniche concretamente impiegate per raggiungere tale risultato. In altri termini, poco importa se per conseguire lo scopo illecito il beneficiario abbia previamente utilizzato una procura per nominare se stesso *appointor*; il dato che dovrebbe risultare preminente, nella definizione dell'ambito di applicazione del criterio di competenza giurisdizionale in esame, è la

#### Nota:

(24) V. G. Contaldi, *Il trust nel diritto internazionale privato italiano*, Milano, 2001, p. 301 s.; P. De Cesari, *Diritto internazionale privato* [supra, nota 7], p. 75. Questo si verifica anche perché, vista la complessità e la frequenza degli interventi giudiziari che si inseriscono nella gestione di un trust, i meccanismi della litispendenza e del riconoscimento delle sentenze potrebbero non garantire un coordinamento idoneo in relazione all'intero svolgimento del rapporto.

circostanza che lo stesso abbia posto in essere una serie di operazioni al fine di conseguire un risultato illecito, ma comunque funzionalmente connesso con la propria qualità di soggetto del rapporto fiduciario.

D'altro canto, se si escludesse che il criterio di giurisdizione previsto dall'art. 5, n. 6 possa essere impiegato nei casi in cui un soggetto della relazione fiduciaria abbia agito al di fuori delle prerogative ad esso spettanti, il foro del trust risulterebbe sostanzialmente inutile. Difficilmente, infatti, l'autorità giudiziaria sarebbe coinvolta nelle situazioni in cui vi sia una perfetta rispondenza tra le azioni dei partecipanti alla relazione fiduciaria e le disposizioni impartite dal disponente.

A questa considerazione preliminare si può poi aggiungere un'ulteriore riflessione che coinvolge la finalità stessa del foro di giurisdizione previsto dall'art. 5, n. 6 del regolamento comunitario. Si è, infatti, già constatato come la disposizione del regolamento comunitario risponda ad un'idea di concentrazione delle diverse liti che coinvolgono un unico rapporto fiduciario in un foro unitario: se da questo foro escludessimo le ipotesi in cui qualcuno dei partecipanti al rapporto abbia agito al di fuori delle proprie prerogative, ne dovremmo verosimilmente trarre la conclusione che questa finalità di concentrazione non potrebbe di fatto avere luogo per effetto di tale criterio di competenza speciale.

## La collana "Quaderni" di Trusts

- **1 - Leggi tradotte**  
*traduzioni di R. Dabormida, P. Dibari, A. Fusi, E. Incisa di Camerana, G. La Torre, D. Mazzone, F. Steidl*
  - **2 - Introduzione ai trust e profili applicativi**  
**tra dottrina, prassi e giurisprudenza**  
*a cura di Stefano Buttà*
  - **3 - Il trust di protezione patrimoniale**  
*di Andrea Vicari*
  - **4 - La giurisprudenza italiana sui trust - II Edizione**  
*Dal 1899 al 2006*
  - **5 - Leggi tradotte - II**  
*traduzioni di E. Berti-Riboli, G. Lepore, G. La Torre, G. Miccichè, L. Minicucci, M. Molinari, M. Monegat, M. Montefameglio, M. Moscardi, A. Pietromarchi, L.F. Risso, R. Sarro, M. Scaffa, M. Tita, I. Valas*
  - **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*
  - **9 - Regime fiscale dei Trust: profili teorici e operativi (titolo provvisorio)**
    - Relazioni del Convegno dell'Associazione "Il Trust in Italia" - Milano 16 gennaio 2008
    - Contributi professionali sulla fiscalità dei trust*a cura di N. Sonnino De Renzis e G. Fransoni*
- di prossima pubblicazione**

# Fishing in Foreign Waters: the English Family Court Squares Up to the Off-shore World

di **Stephen Moverley Smith**

Una panoramica della giurisprudenza inglese e *off-shore*, in particolare di Jersey, mostra come nel tempo si sia indebolita la posizione di quel coniuge che, in sede di separazione personale o di divorzio, risulti formalmente disporre di un patrimonio alquanto limitato, pur essendo al contempo beneficiario o disponente di un trust sul quale mantenga o disponga di ampi poteri: recentemente, infatti, i giudici non hanno esitato a prendere gli opportuni provvedimenti a tutela del coniuge "debole" onde assicurare a questi, quanto più possibile, il medesimo tenore di vita goduto in costanza di matrimonio.

## ■ Introduction

1. Prior to the House of Lords' decision in *White v White*(1), English millionaires were able to sleep soundly in their matrimonial beds, safe in the knowledge that, were they to get divorced, their wives(2) could only receive what was necessary to satisfy their reasonable requirements. In consequence, what they were actually worth was of only peripheral concern, such that they could even avoid giving full disclosure of their assets (see e.g. *Van G v Van G (Financial Provision: Millionaires' Defence)*(3)).

2. This cosy state of affairs came to an abrupt end when Mrs. White succeeded in persuading the House of Lords that, instead of being concerned with the wife's reasonable requirements, the Court should seek to establish a fair outcome, with the starting point that there should be an equal division of assets. Thus the enquiry becomes not how many pairs of Gucci shoes the wife needs, but what assets the husband owns. As most self-respecting millionaires hold much of their wealth through offshore structures, inevitably the Court has been faced with two recurring issues: how to obtain information about such struc-

tures, and how in practice to enforce its orders against them.

## ■ Preparing for Battle: Obtaining Information

3. Of crucial importance to the wife in arming herself for battle is the provision of information. What she needs to know is whether the offshore structure can properly be treated as an asset of the husband and, if so, what it contains. Where, as is invariably the case, the structure includes a discretionary trust, the likely areas of interest are:

(the assets of the trust

(the terms of the trust

(the identity of the settlor, trustees and beneficiaries

(the operation of the trust: in particular, the involvement of the husband in the decisions of the trustees

(a history of the distributions made by the trustees

(the intentions of the trustees in relation to future distributions.

4. The key documents will normally be the trust instrument, any trust accounts and any letter of wishes.

5. The family courts can of course make orders

.....  
**Stephen Moverley Smith** - Barrister (Lincoln's Inn), Queen's Counsel, Londra.

Il testo riproduce la relazione, con modificazioni, presentata al Convegno "Even More Important Topics on International Trust Litigation", organizzato da Twenty Four Old Buildings, svoltosi in Ginevra il 27 settembre 2007.

### Note:

(1) [2001] AC 1 AC 596.

(2) For simplicity's sake I have assumed that the millionaire settlor is the husband, although this is often not the case: see, for example *Browne v Browne* [1989] 1 FLR 291.

(3) [1995] 1 FLR 328.

against the husband requiring him to provide such information and documentation; but if he is not present within the jurisdiction or does not have the information sought, those orders may not be of much use. The obvious next port of call is the trustee.

6. Should a trustee accede to a request for information? One of the first considerations is whether the wife is a potential beneficiary. In many cases the wife is likely to be, albeit that the trust may contain provisions enabling the husband to exclude her – as was done in *Mubarak* (which was subsequently held by Holman J to have been effective<sup>(4)</sup>). If the wife is not a beneficiary, or has been excluded, then there can be no basis for voluntarily providing her with information: indeed, to do so is likely to amount to a breach of duty by the trustee.

7. If the wife is a potential beneficiary, then the considerations explored in *Re Rabaiotti's Settlement*<sup>(5)</sup> and *Rosewood v Schmidt*<sup>(6)</sup> come into play: is it in the interests of the beneficiaries as a whole to provide the disclosure requested? If the wife is seeking orders which may have the effect of appropriating to her much or all of the trust fund, the gut reaction to that question may be no. However, it was certainly the view of the Royal Court in Jersey in *Re H Trust*<sup>(7)</sup>, where both husband and wife were potential beneficiaries of a discretionary trust, along with other members of the husband's family, that the trustees should provide the fullest information possible to both spouses, and through them to the English court, so that any decision it made was based upon the true financial position. Absent full information the English court has a propensity to treat offshore structures with disdain (see e.g. Coleridge J's caustic observation in *J v V (Disclosure: Offshore Corporations)*<sup>(8)</sup>) that sophisticated offshore structures "neither impress, intimidate or fool anyone").

8. If the trustee does not volunteer information, an attempt may be made to obtain it through Letters of Request issued by the English court to the court in which the trustee resides, requesting that he be summoned before that court to produce documents and be cross-examined about the trust. Many offshore jurisdictions are parties to the Hague Convention on the Taking of Evidence Abroad (1970) and recognise and give effect to Letters of Request that are appropriately framed.

9. Letters of Request are however subject to an important limitation: the English court will only is-

sue Letters of Request if what is sought would be ordered if it had been the subject of an incoming Letter of Request issued by the foreign court (see *Panayiotou v Sony Music Entertainment (UK) Ltd*<sup>(9)</sup>). The Evidence (Proceedings in Other Jurisdictions) Act 1975 does not permit the English court to accede to requests which amount to a "fishing" trip for information, rather than evidence for use at trial (see s. 2(4)).

10. Even when the English court has issued a Letter of Request, that battle is not necessarily over. In *Charman v Charman*<sup>(10)</sup> the wife successfully fought off a challenge to a Letter of Request in the Court of Appeal, only to find that the Bermuda court, to which it was addressed, roundly rejected it on "fishing" grounds. This rebuff did not go unremarked: in his subsequent judgment Coleridge J. was sufficiently stung to describe the decision as "churlish" and "parochial".

11. The trustee's concern is of course to act in the interests of the beneficiaries as a whole. Where there is any significant doubt as to where that lies he would be well-advised to seek the directions of his local court.

## ■ The Trustee as a Party to the Matrimonial Proceedings: Submission to the Jurisdiction

12. It is not uncommon for overseas trustees to find themselves joined as parties to matrimonial proceedings, the wife's aim being to persuade the English court to make orders directly against him. Rule 10.6 Family Proceedings Rules 1991 permits service out of the jurisdiction of any document in matrimonial proceedings without the leave of the Court.

13. Although a trustee can be served out of the

### Note:

(4) See EWHC [2007] 220 §§69-77.

(5) [2000] 2 ITCLR 763 (Jersey) [e in questa Rivista, 2002, 62].

(6) [2003] 2 AC 709 [e in questa Rivista, 2006, 586].

(7) [2006] JLR 280 [e in questa Rivista, 2007, 274].

(8) [2004] 1 FLR 1042.

(9) [1994] Ch 142.

(10) [2005] EWCA Civ 1606 [e in questa Rivista, 2007, 61].

jurisdiction, if he is able to establish that no effective order can be made against him service will be set aside (see *Wylar v Lyons*(11). If no effective order can be made against him he can of course equally decide to ignore the English proceedings and await any application in his local court to enforce the English order. In this regard it is worth noting that orders addressed to the trustee of a trust are not (in Jersey, at least) considered to be money judgments capable of registration or otherwise enforceable under reciprocal enforcement legislation (see *CI Law Trustees Ltd v Minwalla*(12)).

14. Whether any effective order can be made against the trustee will to a large extent depend upon whether there are any trust assets within the jurisdiction against which the English court can enforce its order. If there are such assets the trustee may want to appear voluntarily so that he can put forward the trust's position.

15. Where there are no assets within the jurisdiction of the English court there can be little reason why a trustee should submit - indeed every reason why he should not. In *Re H Trust*(13), the Royal Court in Jersey was asked to approve the trustee's decision not to submit. In giving such approval, the Royal Court pointed out whilst the Jersey court would, as a matter of judicial comity, often be prepared to make an order giving practical effect to an order of the English court in matrimonial proceedings, very different considerations applied if the trustee had not submitted to that jurisdiction. If there is no submission, the Jersey court will look at the matter afresh from the point of view of the interests of all the beneficiaries, on the basis that the English court will only have been considering the position as between the spouses.

16. On the other hand, if the trustee has submitted, it is to be assumed that the English court had acted giving all due regard to what the trustee had to say. In *Lane v Lane*(14) the Jersey Court held that where there was a declaration of a competent English court, not appealed, the doctrine of comity required that effect be given to the order of the English court, provided that it was clear that the defendant had had every opportunity to raise all relevant defences at the hearing. Thus the consequence of submission is in effect to make the English judgment directly enforceable, as happened, for example in *Minwalla*(15) (where the Jersey court gave effect to the English court finding of sham) and *Re B Trust*(16) (where it

gave practical effect to an English order varying the Jersey trust).

17. Again, if there is any doubt about whether the trustee should submit he should seek the guidance of his local court, as happened in *Re H Trust*.

### ■ Lines of Attack: Sham, Variation or Resource?

18. Overseas trusts have faced with three different lines of attack from avenging wives:

- (a) a claim that the trust is a sham;
- (b) a claim to vary the trust as an ante- or post-nuptial settlement under s.24(1)(c) Matrimonial Causes Act 1973 ("MCA");
- (c) a claim that the assets of the trust are a resource of the husband and should be treated as his assets for the purposes of any division of assets.

### Sham

19. To establish that a trust is a sham is a tall order: in broad terms it requires a finding by the court that both the settlor and the trustees intended at the outset that the trust should be a sham i.e. that the assets of the trust were to be treated as the settlor's own, without regard to the terms of the trust instrument or the purported powers and discretions of the trustees (see e.g. *Re Esteem Settlement*(17)). Importantly, if the trust was originally intended to be valid, subsequent conduct by the trustees in permitting the settlor to treat trust assets as his own does not create a sham, but simply gives rise to a claim for breach of trust (see *A v A and St. George's Trustees Ltd*(18)).

20. In the vast majority of cases the settlor will have settled his assets on trust for entirely proper fis-

#### Note:

- (11) [1963] P 274.
- (12) [2006] WTLR 807 [e in questa Rivista, 2006, 263].
- (13) *Supra*, note 7.
- (14) [1985-6] JLR 48.
- (15) *Supra*, note 12.
- (16) [2006] JLR 562 [e in questa Rivista, 2007, 436].
- (17) [2003] JLR 188 [e in questa Rivista, 2004, 414].
- (18) [2007] EWHC 99; *infra*, 529.

cal reasons. The trustees will be regulated professional fiduciaries, who will be well aware of the need to act in accordance with the trust instrument and will have every intention of doing so. It is of course the case that many settlors take the view that the assets of trusts they have settled are theirs for the asking if a rainy day dawns, but hopefully this is not a view shared by many trustees.

21. Despite these difficulties, there have been occasions when the court has been satisfied that a sham has been created. A particularly striking example is the case of *Minwalla*(19). The husband, engaging known as “Happy” Minwalla, lived a cosmopolitan life, with property and business interests scattered around the world. The applicant was his fourth wife; whom he married no less than three times in a combination of Zoroastrian and civil ceremonies in Manhattan and London. No doubt his previous experiences had left him somewhat sceptical about the long term future of his latest nuptial venture, for on the establishment of a Jersey discretionary trust some four years later, which was at the centre of his offshore empire, he provided the trustee with two contradictory Letters of Wishes: the first stipulated that he was to be the principal beneficiary, with his wife to have one third of the fund on his death; the second identified the principal beneficiaries as his sons, with no mention of himself or his wife.

22. When the marriage collapsed some five years later he denied he had any assets or any interest in the trust. His wife was not however deceived by these protestations and, having obtained a freezing order over his assets, embarked on a vigorous campaign to establish the truth, obtaining no less than four sets of Letters of Request addressed to the Jersey court.

23. The principal asset of the trust was a Panamanian company. It became apparent not only that the trustee had allowed Mr. Minwalla to treat the bank accounts of that company as his own, without any accounting ever being undertaken, but that it was wholly unable to give any convincing explanation about the two Letters of Wishes.

24. Faced with that evidence Singer J had no hesitation in finding that Mr. Minwalla had no intention of respecting the formalities of the trust, which had only been established to shield his resources from unwelcome scrutiny and investigation, including matrimonial claims, and that his intention always was that the resources were his, and would con-

tinue to be his: an intention the trustee at all times went along with. In consequence he held that the trust was a sham and that the “trust” assets, including the shares of the Panamanian company, should be transferred to the wife.

25. Armed with these findings Mrs. Minwalla applied to enforce the judgment in Jersey. The Royal Court was disturbed by the fact that the English Court had apparently had no compunction about making a finding of sham in relation to a foreign trust, particularly bearing in mind that under the law of Jersey a sham trust imports a common intention on the part of both the settlor and trustee to mislead and that a finding to that effect might have adverse consequences for professional trustees under the statutory regime governing their activities. Indeed, it was prepared to hold that as a general rule such a finding would amount to an exorbitant exercise of jurisdiction (an observation which, incidentally, was noted with approval by the English Court of Appeal in *Charman v Charman*(20)). However, having uttered those brave words, it proceeded first to direct that the trustees should play no part in the proceedings, and then to determine that as a matter of comity it should enforce the English judgment because the trustees had submitted to the jurisdiction, having stated that they would abide by the decision of the English court. The Royal Court darkly commented that the result would have been very different had there been no submission: the tacit suggestion being that in those circumstances the judgment would not have been recognised.

26. The lesson to be learned from *Minwalla* is that, even if the English court is prepared to declare a trust a sham, unless the exceptional circumstances of that case are replicated and the trustees have submitted to the jurisdiction, a finding of sham in England is unlikely to be recognised elsewhere.

27. It is perhaps worth noting that the position in Jersey has changed slightly since *Minwalla*, in that art. 9 Trusts (Jersey) Law 1984 was amended in 2006 to provide that Jersey law is to apply, without reference to any rule of foreign law, to any question *inter alia* as to the validity of a trust, and that no foreign judgment with respect to a trust is enforceable to the

**Note:**

(19) [2005] 1 FLR 771.

(20) [2007] EWCA Civ 503.

extent that it is inconsistent with that article. As there is currently no discernable distinction between Jersey law and English law on the question of sham this change is not presently of significance on this issue.

## Variation

28. As is perhaps well known, the English courts have long had the power in matrimonial proceedings to vary trusts which are ante-nuptial or post-nuptial settlements made on the parties to the marriage (see now s. 24(1)(c) MCA). The power extends to trusts governed by foreign law, even where the trustees and the trust property are abroad (see e.g. *Goff v Goff*(21)). In *Charalambous v Charalambous*(22) the Court of Appeal held that the power to vary derived not from the settlement itself but from the matrimonial regime of the jurisdiction that dissolved the marriage, and that therefore the court was not precluded from acting by an exclusive jurisdiction clause in the trust instrument in favour of a foreign court.

29. An interesting issue to note in passing, also raised in *Charalambous*, is the date at which the settlement has to satisfy the s. 24(1)(c) criteria. The Court of Appeal held that the relevant date was that on which the court made its order; thus giving rise to the question (perhaps for another occasion) whether the English court could be deprived of the jurisdiction to vary a settlement by the earlier exercise of a power to exclude the spouses as beneficiaries.

30. The changing attitude of the English court to the exercise its powers of variation in relation to foreign trusts is shown by a spate of recent cases, all of which have, coincidentally, involved Jersey.

31. In *Re Rabiotti 1989 Settlement*(23) the Jersey court had been content to observe that the English court would be unlikely to “[...] so exceed the normal bounds of comity as to purport to vary a settlement governed by Jersey [...] law, administered in Jersey by Jersey trustees, and which had no connection with England save that some of the beneficiaries resided there”; albeit that it then hedged its bets by directing the trustees not to submit to the jurisdiction of the English court in case, contrary to its expectations, the English court did in fact make such an order.

32. This view seemed vindicated when in *Compass Trustees Ltd v McBarnett*(24) the English court, having decided that the trust should be varied to pro-

vide for a capital payment to the wife, concluded that this should only be done by the Jersey Court. The Royal Court enthusiastically acceded to this invitation on the grounds of comity, overcoming the “slight” difficulty that the wife had in fact ceased to be a beneficiary on obtaining a decree absolute by applying the extraordinarily wide provisions of art. 47(2) Trusts (Jersey) Law 1984 (now art. 51(2)), which permits the court to make “an order [...] concerning any person having a connection with the trust”.

33. However, by the time *Mrs FM v ASL Trustee Company Limited*(25) was decided in February 2006, things had changed. The warning in *Minwalla* about the English court exercising exorbitant jurisdiction in relation to findings of sham had already been sounded (see above): it was now seeking to exercise an equally exorbitant jurisdiction in relation to variation. It was perhaps with this concern in mind that the Jersey court sought to explain that whilst it had jurisdiction to vary the terms of a trust in order to give effect to a foreign judgment in the interests of comity (and would do so in the case of Mrs FM), it was not enforcing that judgment - which had no effect as such in Jersey or under Jersey law - but exercising its discretion to make such parallel orders as it thought appropriate, in the interests of justice and comity. That said, if the trustee had submitted to the jurisdiction of the English court (which at the direction of the Jersey Court it had not done in that case), it would be treated in Jersey as having agreed to be bound by its decision.

34. At the end of 2006 the Jersey Court was again faced with an English order to vary a Jersey Trust. In *Re B Trust*(26) the English court had ordered that £1.5m of the 5.3m trust fund should be transferred to a sub-trust in which the wife was to have a life interest: the trustee applied for directions as to what it should do in the light of that judgment. A consider-

### Note:

(21) [1934] P 107.

(22) [2004] 2 FLR 1093 [e in questa Rivista, 2006, 250].

(23) *Supra*, note 5.

(24) [2002] 5 ITCLR 44.

(25) [2006] JRC 020A.

(26) *Supra*, note 16.

able degree of peevishness can be discerned in the tart observation of Bailiff Bailhache that much sterile argument and expense would be avoided if the English courts would, in cases involving Jersey trusts, exercise judicial restraint and refrain from invoking their jurisdiction to vary under the MCA. That said, nonetheless the Jersey Court readily gave effect to the English judgment as a matter of comity, rejecting along the way the suggestion that its duties under that doctrine had been abolished, so far as trusts were concerned, by the amendments made to art. 9 (see above).

35. Shortly after *Re B Trust* an application was made in the English court to vary another Jersey trust, that established by Iqbal Mubarik. His acrimonious divorce has become a *cause celebre*, having for some seven years dominated the English family division, as well as the courts of several other jurisdictions. Mr. Mubarik was a jeweller by trade, who had created a series of highly successful jewellery manufacturing and trading businesses in Kuwait, Hong Kong and London. On tax advice, he created a Jersey discretionary trust to own his business interests, as well as those belonging to his wife; reserving to himself wide powers, including the right to exclude beneficiaries. When, shortly afterwards, the marriage broke down and he exercised this power to exclude his wife, the scene was set for a battle of epic proportions. Things did not initially go well for Mr. Mubarik: the wife's first move was to obtain worldwide freezing injunctions over his business empire. At the main ancillary relief hearing he sacked his legal team, withdrew from the proceedings, and was then found to have sworn untrue affidavits and created false documentation. The wife was awarded a lump sum of some £4.8m. Her attempts to enforce the award were, however, frustrated at every turn. Some seven years later, having spent nearly £2m on a chase that had recovered only some £260,000, she limped into the English court financially exhausted, for what was described as her last throw of the dice: an application to vary the terms of the trust, essentially as a means of enforcement to enable her to be paid the amount outstanding.

36. The wife's application was met by the argument that the Jersey court had, in *Re B Trust*, expressly asked that judicial restraint be exercised where the trust in question was a Jersey trust. Holman J. was not however prepared to be deflected from his task by such a submission. Having "deeply

appreciated" that "as a general rule it would be an exorbitant exercise of jurisdiction to purport to vary the terms of a Jersey settlement" he proceeded to find that he should nonetheless make such an order as Mubarak was a wholly exceptional case; not least because the husband's legal team had from the start conceded that the trust was simply his *alter ego*.

37. It remains to be seen what the Jersey court (which had already directed the trustee not to submit to the English court's jurisdiction) makes of *Mubarak*; particularly in the light of the amendments made to art. 9 Trusts (Jersey) Law 1984, as the power under Jersey law - which art. 9 mandates should apply regardless of any foreign judgment - to vary settlements in matrimonial proceedings is much narrower than its English equivalent. In *Re B Trust* this issue was raised, but ultimately ducked by the Royal Court on the basis that it could achieve the result it wanted simply by directing the trustee (under art. 57 Trusts (Jersey) Law) to exercise a power it in fact already had under the trust instrument.

38. With its rather belated acknowledgment that varying a foreign trust is as a general rule an exorbitant exercise of jurisdiction, it is perhaps reasonable to assume that the English court will in the future only accede to such an application in exceptional circumstances. Even if such an order is made, there may well be a serious question mark as to its effectiveness overseas.

## Resource

39. The theory is clear: the most obvious and fundamental feature of a discretionary trust is that the beneficiaries are discretionary - who should benefit and by how much is in the discretion of the trustees, and them alone. Whilst the settlor can, and usually does, provide the trustees with a Letter of Wishes, it is just that: a wish list which the trustees can ignore without consequence if they choose.

40. The English Family Division sees things differently. It is required under s. 25(2)(a) MCA to consider *inter alia* the likely financial resources of the parties. Thus, where the husband is a potential beneficiary of a discretionary trust, the court needs to consider the likelihood of the trustee making a payment to or for his benefit. Assessing the likelihood of something happening is of course a task the court embarks upon every day. That in the event it does not happen does not invalidate the assessment, nor

give rise to a mistake of fact. It is to be noted that once a final order for financial provision has been made, there is no entitlement to a new hearing on the grounds that circumstances have changed (see *Coleman v Coleman*(27)) – thus the husband cannot return to the judge(28) on the ground that he was not in fact paid by the trustee.

41. The starting point is what can only be described as a presumption that, if the husband is the settlor, the trust assets in reality belong to him and accordingly should be treated as a likely “resource”. Whilst the Court of Appeal has commented that it would be wrong to put pressure upon discretionary trustees to act in a way which is not in accordance with the discretion that they have (see *Browne v Browne*(29)), it has nonetheless consistently endorsed the idea that if the court makes an order against the husband referable to the resources of the trust, the trustees can be presumed to provide the funds necessary to meet that liability. Clearly, if there is a pattern of payments to the husband to meet his liabilities, that presumption may be easy to make, but often there is precious little material for the Court to go on, beyond the circumstances of the trust’s creation.

42. The attitude of the Family Division has to a certain extent been vindicated by the approach taken on applications for directions by trustees as to whether distributions should be made to satisfy orders made on divorce. In *Netherton v Netherton*(30) the fact that the Court sanctioned such a distribution was hardly surprising, as Charles J, who gave that direction, was the self-same judge who had made the order in the matrimonial proceedings. A similar result obtained in *Re the X Trust*(31), where the Jersey court both made the order for financial provision and directed that payment be made from the trust funds. In both cases the reasoning was the same: the payment was not being made for the benefit of a non-beneficiary, the ex-wife, but for the benefit of the husband, who would otherwise have to meet the payment order from other resources, or be left with an outstanding liability. In neither case, however, was anyone advocating that the payment should not be made.

43. If it can be fairly presumed that, if the wife obtains an order against the husband, the trustee will make a distribution in his favour to enable him to meet it, the wife can rely on that presumption to justify the court treating the trust fund as a re-

source of the husband. The issue then becomes, is it fair to make such a presumption? - this was the battleground fought over in the very recent, highly publicised case of *Charman*, where in the event the wife achieved the highest award ever made, some £48m.

44. John Charman was (and is) a hugely successful businessman who had amassed vast wealth operating in the insurance industry. In the mid-1980s he had created a Jersey trust - the Dragon Trust - to hold part of the shareholdings of his companies. At that time he had given the trustee a Letter of Wishes indicating that his real intentions in establishing the trust were to protect and conserve certain assets for the benefit of himself and his family and that, insofar as was consistent with the trust, he should have the fullest access to income and capital. Under the terms of the trust he had the power to appoint and remove trustees. In 2002 the Jersey trustee was replaced by a Bermudian trustee and the proper law of the trust changed to Bermudian law. The new trustee, like the old trustee, resolved to accumulate the trust’s income for Mr. Charman for life. Following the breakdown of his marriage, Mr. Charman wrote a fresh Letter of Wishes to the trustee, stating that during his lifetime he would like to be treated as the primary beneficiary. At around the same time he directed the trustees to add the accumulated income fund back into the trust. A couple of months’ later, as part of an attempt at settlement, his solicitors sent to the wife a schedule listing his “matrimonial assets”, which included the assets of the trust.

45. These facts provided an unpromising foundation for Mr. Charman’s principal argument that the trust was intended to be “dynastic”, benefiting future generations to the exclusion of present ones (his children had already been provided for by a separate £30m settlement), and thus not a resource to which he could have any recourse.

.....  
**Note:**

(27) [1972] 3 WLR 681.

(28) It is possible that he might be able to appeal (even out of time in limited circumstances (see *Bader v Bader* [1988] AC 20)) but in all probability he will be met by a highly sceptical court which is likely to assume that the trustee has been put up to refusing to pay by the husband.

(29) [1989] 1 FLR 291.

(30) [2000] WTLR 1171.

(31) [2002] 5 ITELR 119.

46. Not only was there no documentation to support that argument, such documentation as there was pointed to the opposite conclusion. Further, the person best-placed to provide confirmation of any such intention - the Bermudian trustee - had resisted every attempt by the wife to obtain information from it.

47. In the circumstances it cannot have been entirely surprising that Coleridge J declined to accept that the Dragon had been established with any “dynastic” feature in mind. What is however extraordinary is the (obiter) view expressed by the judge about what the position would have been even if there had been a dynastic intent expressed by Mr. Charman: to his mind it would have been “grotesquely unfair” if, by a Letter of Wishes, a settlor husband could remove trust assets from consideration under s. 25 MCA, even if that Letter had been consented to by the wife; as the wife would surely have the right to say “that might have been my intention then, but I have now changed my mind”. It suggests that the court should on principle assume that a trustee will ignore a Letter of Wishes which requests that the trust’s assets be applied for the benefit of third parties, in favour of satisfying an order made against the settlor husband for the benefit of his ex-wife, because to do otherwise would be “grotesquely unfair”.

48. Mr. Charman took the view that his prospects would be improved in the Court of Appeal if he drafted in some help from the Chancery Bar, but found a bench comprising only of current and former Family Division judges, who poured withering scorn on any attempt to suggest that the approach adopted by Coleridge J was in any way flawed, or that the conclusions he reached were in any way wrong. Indeed, rubbing salt into the wound, they made a point of expressing their pleasure at being able to reach such a result.

49. A petition for leave to appeal to the House of Lords having been refused, the Court of Appeal decision represents the current state of the law. It may not however be the end of the story, because it does of course proceed on the assumption that there is no need to obtain an order in any foreign court because the trustee will simply comply with the husband’s demands. It remains to be seen what steps the trustee takes in the light of the judgment. In particular, whether it applies to the Bermudian court for directions and, if it does, what attitude that court will adopt.

50. Beyond the sheer scale of the disaster, from Mr. Charman’s point of view, lies the question, could there have been a different result had things been done differently? Three features stand out:

- (a) the absence of any provision in the trust instrument restricting or limiting distributions to the settlor;
- (b) the absence of any documentation setting out the professed intention of the settlement;
- (c) the absence of any evidence from the trustees as to what they intended to do if an order were made.

51. As to (a), if the trust instrument could have contained provisions that would have made it much harder for the court to treat the whole of the trust fund as a resource. For instance, it could have provided that no more than a certain proportion of the trust fund could be distributed to any one beneficiary, or that on divorce the husband was to be treated as an excluded person, to the benefit of other potential beneficiaries e.g. the intended new wife and step-children. Whilst the court might seek to overcome such hurdles by varying the terms of the trust to delete the offending provisions under s. 24(1)(c) MCA, as a matter of logic before it could treat the trust fund as a resource it would have to be satisfied that its order would be effective in the relevant offshore jurisdiction i.e. that the courts of that jurisdiction had a similar power to vary and would be likely to exercise it in the same way.

52. It needs some cynicism to plan for divorce at what is often the start of married life, but that of course is the way with all pre-nuptial agreements, particularly if the result you are planning for would *ipso facto* be regarded (at least by the Family Division) as unfair: no doubt the more wives you have the easier it becomes.

53. As to (b), if the obiter views of Coleridge J are anything to go by, it may not matter what documentation is produced as to intention, if its effect is to produce a “grossly unfair” result, it could well be ignored. The lesson to be drawn from *Charman* is that, if someone other than the settlor is intended to be the principal beneficiary, that needs to be clearly documented if it is to make any impact on the court.

54. As to (c), if the trustees say nothing, then the court is free to make any assumption as to how they might act. Thus there is something to be said for them providing some indication as to their inten-

tions – without of course submitting to the jurisdiction - particularly if what they might do is at variance with what the Court might presume. In this regard it might well be important to canvas the views of other potential beneficiaries. If they would be opposed to a distribution to the settlor for the purpose of meeting his liability to his ex-wife – e.g. because they are part of the “new” family - this might have an impact on the exercise of the trustees’ discretion. It is of course an open question what weight the Court would give to the assertions of trustees who have not submitted to its jurisdiction; although they would obviously gain more credibility if they could point to a direction from their local court that they should not submit. Further, despite what the trustees say, the English court might take the view that, in the face of an order made against the settlor husband, their proper course should be to seek a direction from their local court as to what they ought to do, and that, were they to do so, they would be di-

rected to provide him with the funds necessary to comply with it.

### ■ Conclusion

55. For the super-rich England has become the divorce capital of the world, with wives seemingly being awarded an ever-increasing share of the husbands’ resources. The ability of the court to give effect to its orders has been challenged by the ubiquitous use of offshore structures. It has risen to that challenge with unconcealed enthusiasm for the task and unconcealed disdain for the offshore world. The course it has chosen requires for its effectiveness the co-operation of overseas courts. It remains to be seen whether those courts will continue to provide that co-operation, particularly in the light of the English court’s continued exercise, despite protest, of an admittedly exorbitant jurisdiction, and the unflattering presumptions it has made about the conduct of overseas trustees.

# La giurisprudenza spagnola ed i trust

di **Sonia Martín Santisteban**

**Il saggio evidenzia, attraverso le scarse pronunce della giurisprudenza spagnola in questa materia, i principali motivi per i quali i trust non affiorano apertamente nel traffico giuridico spagnolo.**

**Si analizzano inoltre due fattispecie di fiducie testamentarie che sono previste in alcuni territori spagnoli, le quali hanno conservato il loro diritto civile storico e presentano elementi di somiglianza alle applicazioni del trust nel diritto successorio.**

## ■ Introduzione

La Spagna è uno di quegli stati europei che non ha una regolamentazione sui trust e non ha nemmeno firmato la Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985, relativa alla legge applicabile ai trust ed al loro riconoscimento. Sono già più di quindici anni che diversi studiosi del diritto internazionale privato spagnolo sostengono l'opportunità di questa ratifica. All'inizio degli anni novanta si diceva che l'ingresso nella Comunità Europea, l'apertura del paese agli investimenti stranieri e i movimenti migratori avrebbero aumentato i casi in cui i professionisti del diritto spagnolo si sarebbero dovuti confrontare con l'istituto(1), ma il fatto che questi casi siano arrivati di rado ai tribunali ed il timore della confusione che possa sorgere in merito alla figura dei trust interni come conseguenza della ratifica della Convenzione hanno allontanato quest'argomento delle agende parlamentari.

L'obiettivo di questo saggio è di approfondire il primo dei motivi invocati per la non ratifica della Convenzione de L'Aja. Detto altrimenti, quello di analizzare i casi in cui sono arrivate ai tribunali spagnoli controversie suscettibili di motivare pronunce sull'istituto di origine anglosassone e determinare quale possa essere la ragione per una non litigiosità spagnola in questa materia. Ci proponiamo anche, in un secondo tempo, di presentare certe fiducie testamentarie che esistono in alcuni ter-

ritori spagnoli che hanno conservato il loro diritto civile storico e che assomigliano alle applicazioni del trust come strumento di diritto successorio. Infatti, queste fiducie sono considerate, da alcuni studiosi, basi solide per introdurre uno strumento strutturale e funzionalmente simile al trust in questi diritti regionali.

## ■ La giurisprudenza spagnola riguardo all'istituto del trust

È certo che, in Spagna, le pronunce giurisprudenziali sull'istituto del trust sono poche. Negli ultimi dieci anni si fa fatica a trovare più di venti sentenze in cui i tribunali si siano pronunciati su alcun aspetto in relazione a questa figura, e se scartiamo i casi in cui si fa ricorso ai trust per raggiungere fini illeciti e le sentenze in cui si analizzano aspetti di diritto fiscale o amministrativo, le decisioni su degli aspetti di diritto sostanziale sono praticamente inesistenti. Tuttavia, questo non significa che i trust non esistono nella pratica legale spagnola oppure che non ci sono, al di là di queste, controversie che coinvolgono dei trust in un modo indiretto(2). Ci proponiamo di analizzare quattro sentenze che dimostrano che i trust entrano in contatto con la realtà giuridica spagnola, anche se si nascondono dietro ad altre figure o istituzioni per evitare i problemi legati al loro mancato riconoscimento in Spagna. In proposito, commenteremo anche due sentenze che sono esempi significativi dell'atteggiamento delle autorità spagnole, quando si trovano di fronte a un trust o a un'istituzione simile, sconosciuta nel diritto spagnolo.

**Sonia Martín Santisteban** - Profesora Contratada Doctora nell'Università della Cantabria.

### Note:

(1) C. Beilfuss, *El trust. La institución angloamericana y el derecho internacional privado español*, Barcelona, 1997, p. 9.

(2) Se cerchiamo sul sito Internet di "Westlaw.ES", all'indirizzo <http://www.westlaw.es>, non troviamo nessun documento sotto la voce "trust", ma appaiono circa 500 decisioni giurisprudenziali in cui, in qualche momento, il termine trust è utilizzato nel testo del documento.

## Società proprietarie di beni immobili ubicati in Spagna, controllate da trustee persone giuridiche domiciliate all'estero

Nelle due sentenze della Corte di Cassazione spagnola, del 5 luglio 2006(3) e dell'11 aprile 2007(4), si discute a chi appartiene la titolarità del capitale sociale di *club trustee* domiciliati all'estero, che gestiscono beni immobili che si trovano in Spagna, a beneficio di cittadini spagnoli. È necessario chiarire che le entità non residenti in Spagna, proprietarie di beni immobili ubicati in Spagna o titolari di diritti reali su beni immobili ubicati in Spagna, sono soggette ad un'imposta speciale con cui si cerca di combattere l'elusione e la frode fiscale. Con questa imposta, chiamata "Gravame Speciale sui beni immobili di società non residenti", il legislatore vuole: 1) combattere le strutture utilizzate da cittadini spagnoli che costituiscono società residenti in paradisi fiscali con la finalità di realizzare investimenti in Spagna senza pagare le imposte dovute; 2) penalizzare gli investimenti realizzati da non residenti attraverso società costituite in paradisi fiscali. Secondo il diritto spagnolo che era in vigore nel momento in cui sono successi i fatti analizzati in queste sentenze (L. 6 giugno 1991, n. 18, Imposta sul Reddito delle Persone Fisiche (BOE del 7 giugno 1991)), le entità che dimostravano l'origine dei fondi investiti in Spagna e l'identità dei titolari diretti o indiretti del capitale sociale godevano di un'esenzione(5). Il legislatore voleva così beneficiare le entità che dimostravano la loro trasparenza nei confronti dell'erario pubblico. Questa esenzione è stata abrogata dalla legge del 27 dicembre 1995, n. 43, Imposta sulle Società (BOE n. 310 del 28 dicembre 1995)(6). Oggi, questa materia è regolamentata dal R. D. Lgs. 5 marzo 2004, n. 5, con il quale si è approvato il testo modificato della legge dell'Imposta sul Reddito dei non Residenti (BOE n. 62 del 12 marzo 2004). Per godere dell'esenzione occorre dimostrare l'esistenza di una convenzione di doppia imposizione, con clausola di scambio di informazioni fra la Spagna e il paese in cui è domiciliata l'entità, e i titolari del capitale o del patrimonio dell'entità devono essere domiciliati in Spagna oppure avere diritto all'applicazione della convenzione contro la doppia imposizione con clausola di scambio di informazioni(7).

Nel caso delle nostre due sentenze, le società proprietarie dei beni immobili ubicati in Spagna erano

controllate da trustee persone giuridiche domiciliate sull'Isola di Man e in Inghilterra. In entrambi i casi, le società proprietarie dei beni affermano di essere proprietarie formali di questi beni e qualificano i loro azionisti (cioè le società trustee) come delle società fiduciarie. Si cerca di ottenere l'esenzione fiscale dimostrando che i beneficiari o titolari delle azioni in cui è diviso il capitale sociale sono i soggetti che godono del *time share*, cioè i beneficiari del trust che agiscono tramite la persona giuridica. La Corte di Cassazione spagnola, nella sentenza del 5 luglio 2006, dichiara che "è secondo il diritto spagnolo che deve qualificarsi la natura del diritto dei beneficiari perché secondo il diritto internazionale privato spagnolo il possesso, la proprietà ed altri diritti su beni immobili sono soggetti alla legge del luogo in cui si trovano (art. 10 cod. civ.)" (considerando primo) [trad. dell'a.].

E, per qualificare i diritti dei beneficiari, la Corte utilizza il metodo analogico ed applica la legge spagnola del 15 dicembre 1998, n. 42 (BOE n. 300 del 16 dicembre 1998), sul *time share*(8), che prevede letteralmente che "questi diritti non possono vincolarsi ad una quota indivisa della proprietà né farsi chiamare multiproprietà o in qualche altro modo che includa la parola proprietà" (art. 1.4) [trad. dell'a.].

In questo modo, la Corte di Cassazione rifiuta di considerare i beneficiari del *time share* come proprietari e, senza pronunciarsi su chi sono i titolari diretti o indiretti dei beni, si limita a negare l'esenzione fiscale dal momento che non è stato sufficientemente dimostrato a chi spetta la titolarità del capitale sociale.

### Note:

(3) Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2), 5 luglio 2006, RJ 2006/7205.

(4) Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2), 11 aprile 2007, RJ 2007/4101.

(5) Disposizione aggiuntiva sesta, paragrafo quarto, lettera d), della L. 6 giugno 1991, n. 18.

(6) Art. 64 della L. 27 dicembre 1995, n. 43. Questa legge è stata successivamente modificata dalla L. 9 dicembre 1998, n. 40, Imposta sul Reddito dei non Residenti e Norme Tributarie, BOE n. 295 del 10 dicembre 1998.

(7) Art. 42.1 del R. D. Lgs. 5 marzo 2004, n. 5.

(8) L. 15 dicembre 1998, n. 42 sui diritti del *time sharing*.

## La legittimazione processuale del trustee

Nella sua sentenza del 17 ottobre 2002(9), la Corte d'Appello di Girona assunse una posizione diversa da quella adottata dalla Corte di Cassazione, il 14 novembre 1997(10), circa la legittimazione processuale del trustee. Infatti, questa legittimità non è stata contestata dalla Corte di Cassazione spagnola rispetto ad un trust istituito nel Liechtenstein. In questo caso "Intersubcontact Trust Reg" aveva venduto, tramite il suo rappresentante legale, il signor Ritter, un immobile sito in Spagna, e di cui era proprietario, ad una società spagnola dedita alla vendita di frutta. La società spagnola non rispetta le condizioni stabilite per il pagamento ed il signor Ritter chiede la risoluzione del contratto. La società spagnola, peraltro, contesta la legittimazione processuale di Intersubcontact Trust Reg per richiedere la risoluzione del contratto, ma la Corte di Cassazione dichiara: "non si capisce che cosa sta chiedendo il compratore ad Intersubcontact Trust Reg al fine di potere vendere in Spagna. Se è il fatto di avere la nazionalità spagnola, questa non è una richiesta prevista da nessuna norma legislativa. Dall'altro lato è difficile permettere ad Intersubcontact Trust Reg di essere titolare di un immobile e dopo non riconoscergli la capacità di trasferire questo immobile ad una società spagnola. La personalità e la legittimazione per concludere il contratto gli sono state riconosciute, dunque, se si riconosce l'esistenza di un contratto valido, non gli si può rifiutare legittimazione a chiedere la risoluzione per inadempimento" (considerando secondo) [trad. dell'a.].

Naturalmente, Intersubcontact Trust Reg aveva la forma di persona giuridica. Intersubcontact Trust Reg è una società mercantile e questo spiega la possibilità di iscrivere il bene a suo nome nel Registro della Proprietà. L'alto tribunale riconosce legittimità processuale al signor Ritter, in qualità di rappresentante di Intersubcontact Trust Reg, per chiedere la risoluzione per inadempimento.

Invece, nella sentenza del 17 ottobre 2002, la Corte d'Appello di Girona non riconosce ai trustee di un trust istituito secondo il diritto nordamericano legittimazione per richiedere il riconoscimento della proprietà di un immobile sito in Spagna. Il tribunale respinge la richiesta per mancanza di corretta identificazione degli attori. Dice testualmente, "la richiesta dei richiedenti trova la sua base in un istituto giuridico del diritto anglosassone (il trust) completamen-

te estraneo, per il momento, al diritto spagnolo. A questo deve aggiungersi la mancanza di prova sufficiente per quanto riguarda la normativa che regola questa istituzione oppure, come minimo, circa l'interpretazione che ne abbiano fatto i tribunali nordamericani in temi come la sua personalità giuridica, giacché, se il trust ne avesse (come si lascia intravedere nella domanda), avrebbe dovuto essere il trust a fare causa tramite i suoi rappresentanti legali, oppure i diritti che i "trustee" possono avere sia nell'ambito processuale che nell'ambito materiale" (considerando terzo). "Indipendentemente dal fatto che [il richiedente] possa avere ragione circa il fondo della fattispecie, e questa è una cosa che non si deve analizzare in questo momento, questa affermazione richiederebbe una completa prova della natura e del contenuto del "trust", che permettesse di chiarire ed integrare la domanda sul fatto se i richiedenti agiscono in qualità di presunti proprietari del bene immobile, come risultato dell'eventuale contenuto delle relazioni giuridiche inerenti al "trust", come rappresentanti del "trust", oppure come condomini o in qualsiasi altra qualità" (considerando quinto) [trad. dell'a.].

## Il mancato riconoscimento degli effetti di un *revocable living trust* nordamericano e di una fondazione panamense di diritto privato

Il caso precedente non è l'unico in cui i giudici spagnoli hanno utilizzato l'argomento della mancanza di prova del diritto straniero per giustificare l'incomprensione in merito al trust angloamericano. Nel caso risolto dalla Corte d'Appello di Madrid, il 23 novembre 2000(11), si discute a chi spetta la proprietà di un bene immobile, sito in Spagna, dopo la morte di uno dei suoi proprietari, di nazionalità nordamericana. Due soggetti di nazionalità nordamericana (Arizona) avevano costituito un *revocable living trust* al quale avevano trasferito le loro polizze di assicurazio-

### Note:

(9) Audiencia Provincial Girona (Sección 2), 17 ottobre 2002, JUR 2003/23652.

(10) Tribunal Supremo (Sala 1), 14 novembre 1997, Iustel, § 312378.

(11) Audiencia Provincial Madrid (Sección 21), 23 novembre 2000, AC 2002/136. La sentenza è stata ratificata dal Tribunal Supremo Sala de Lo Civil, sentenza 21 aprile 2008, n. 338, pubblicata sul prossimo numero della Rivista.

ne sulla vita. I disponenti si erano auto-dichiarati trustee, assieme ai loro due figli, e beneficiari dei redditi del trust durante la loro vita. Si deduce dalla sentenza che, dopo la morte del primo coniuge, i beni dovevano essere suddivisi in quattro trust differenti (probabilmente per motivi fiscali). Uno di questi quattro trust (quello chiamato “del coniuge defunto” e che intuiamo è il B Trust(12)) contiene una clausola secondo la quale: “nel caso in cui io abbia qualsiasi interesse in beni immobili in Spagna, nel momento della mia morte, è mia volontà che questi interessi siano attribuiti nella loro totalità al trust di cui è beneficiaria Judith Ann G (la figlia del coniuge defunto)” (considerando secondo) [trad. dell’a.].

Come parte dell'*estate planning* avevano anche preparato un testamento in cui i due coniugi si lasciavano reciprocamente le loro proprietà mobiliari, insieme agli immobili utilizzati come luogo di residenza della famiglia. Il resto degli immobili doveva passare al trust (*pour over will*) ed essere amministrato a beneficio dei loro due figli. Muore il marito e il figlio, nominato esecutore testamentario, dichiara davanti al tribunale dell'Arizona di avere pagato i debiti, spese ed imposte, e di avere distribuito i beni alla persona “cui spettano”.

La controversia sorge quando la vedova vende l'unico immobile in Spagna, una casa vicino a Madrid che era stata comperata con fondi della comunione dei beni e che la famiglia utilizzava come residenza estiva, ad una cittadina spagnola che iscrive l'acquisto nel Registro della proprietà di Madrid. La figlia del dante causa agisce presso il tribunale di Madrid. Allega che non è valida la vendita realizzata dalla madre e che l'acquirente non può invocare la protezione del registro stabilita dal diritto spagnolo. La Corte d'Appello di Madrid dichiara che, secondo l'articolo nove del codice civile spagnolo, deve ritenersi applicabile alla fattispecie il diritto nordamericano, in quanto diritto applicabile “alla successione ed al matrimonio” (non si capisce molto bene il motivo di questa ambiguità). Tuttavia, il tribunale considera che questo diritto non sia stato sufficientemente o adeguatamente provato dalla parte che lo adduce e finisce per applicare sussidiariamente il diritto spagnolo: “nel presente caso è la parte che presenta il ricorso quella che deve fornire questa prova (del diritto straniero), secondo l'articolo 12 comma 6 del Codice civile spagnolo, e nessuno dei documenti presentati – semplici fotocopie di norme sparse – costituisce una prova del contenuto, esistenza, vigenza e interpretazione del diritto

nordamericano invocato, dunque bisogna applicare il diritto interno per risolvere il litigio [...]” (considerando terzo) [trad. dell'a.].

Quando applica il diritto spagnolo, il tribunale non prende in considerazione il *revocable living trust* come invece chiedeva la figlia. Considera che, secondo il testamento del dante causa, la moglie sia diventata l'unica proprietaria della casa, utilizzata come residenza abituale dalla famiglia, e dunque possa perfettamente venderla. Il trust non è considerato in nessun momento come parte della pianificazione successoria, non si cita nemmeno!

È anche particolarmente significativa dei problemi derivati dal non riconoscimento di una figura straniera, anche se utilizzata per raggiungere fini leciti, la decisione della Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) spagnolo, del 24 gennaio 2008(13). In questo caso, si nega l'iscrizione nel Registro Immobiliare spagnolo di un atto di donazione di beni immobili realizzato dalla rappresentante di una fondazione panamense di diritto privato. “Best Brothers Foundation” è una fondazione costituita secondo il diritto di Panama, che ha come obiettivo la conservazione ed amministrazione dei beni ricevuti a beneficio dei genitori dei fondatori e, dopo la loro morte, a beneficio dei fondatori stessi. La rappresentante di Best Brothers trasferisce a titolo gratuito diverse proprietà immobiliari a questa fondazione, ma il Conservatore del Registro Immobiliare del luogo in cui si trovano i beni rifiuta di trascrivere la donazione per mancanza di previa iscrizione della fondazione al Registro delle Fondazioni spagnolo. Infatti, secondo l'articolo 7 della legge spagnola sulle fondazioni del 26 dicembre 2002, n. 50 (BOE n. 310 del 27 dicembre 2002),

1. “Le fondazioni straniere che vogliono esercitare le loro attività in modo stabile in Spagna, devono mantenere una delega nel territorio spagnolo che costituirà il loro domicilio agli effetti previsti in questa legge, ed iscriversi nel Registro delle Fondazioni competente a seconda dell'ambito territoriale in cui svolgano principalmente le loro attività.

#### Note:

(12) V. S. Martin, *Trusts in American Law and Some of Their Substitutes in Spanish Law: Introduction and Part I*, 13 *Trusts & Trustees*, 6, 210, a pp. 215-216 (2007); Id., *La figura del trust en los Estados Unidos de América. Sus aplicaciones en el derecho de familia*, 2 *Indret* (2008).

(13) Dirección General de los Registros y del Notariado, 24 gennaio 2008, BOE n. 39 del 14 febbraio 2008.

2. La fondazione straniera che pretese la sua iscrizione dovrà provare davanti al Registro delle Fondazioni competente la sua valida costituzione secondo la sua legge personale. L'iscrizione potrà essere respinta, quando la circostanza indicata nel paragrafo precedente non venisse provata oppure quando i fini non siano d'interesse generale secondo l'ordinamento spagnolo.

3. Le fondazioni straniere che non adempiono i requisiti stabiliti in questo articolo non potranno utilizzare la denominazione "Fondazione" [trad. dell'a.].

Il notaio sostiene la trascrivibilità dell'atto, perciò deposita ricorso dinanzi alla DGRN. Allega che, "dal punto di vista della legge spagnola, la citata entità non è una fondazione (2 LF), non può costituirsi validamente secondo il diritto spagnolo (3 LF), e non può iscriversi al Registro delle Fondazioni spagnolo (7 LF); ma il fatto che nel diritto panamense quelle chiamate "fondazioni di interesse privato" non sono per il diritto spagnolo "fondazioni" non significa che siano contrarie all'ordine pubblico spagnolo (12.3 CC); la loro privata, ma lecita finalità può raggiungersi nel diritto spagnolo tramite altre figure giuridiche (sostituzioni fedecommissarie, società civile e mercantili, patti di famiglia...)" (IV.4) [trad. dell'a.].

La DGRN non accoglie il ricorso. Considera che "non può in modo alcuno affermarsi, come invece fa il notaio nel suo ricorso, che eliminando la parola "fondazione" dal nome dell'entità donataria possa iscriversi l'acquisto dominicale compiuto - fra l'altro perché ci dovremo chiedere a favore di chi, giacché è evidente che ciò implicherebbe la comparsa di un soggetto di diritto (ed ovviamente di un titolare di registro dopo la trascrizione) diverso da quello indicato nel titolo presentato..." (V.7) [trad. dell'a.].

## ■ Conclusioni

Nonostante le sentenze analizzate siano poche per potere dedurre una pratica consolidata, a nostro avviso si può affermare che i trust esistono nella pratica legale spagnola, anche se si nascondono dietro ad altre figure o istituzioni per evitare i problemi legati al loro non riconoscimento in Spagna. Per questo motivo, anche se esistono molte controversie che coinvolgono indirettamente un trust, sono poche, invece, quelle in cui i tribunali spagnoli devono pro-

nunciarsi sulla compatibilità dell'istituto con i principi del foro. A volte il trustee si fa conferire il potere di rappresentanza, non si sa molto bene se dal disponente o dal beneficiario, ma la soluzione più frequente, quando il trustee di un trust istituito all'estero vuole realizzare investimenti immobiliari in Spagna, è la creazione di una società a responsabilità limitata, con il trustee come principale azionista della società. In questo modo la gestione dei beni è controllata dal trustee, che agisce tramite il rappresentante legale della società, e i beni si iscrivono a nome della società, ottenendo l'effetto della separazione dei beni e la conseguente limitazione della responsabilità.

Nel caso in cui non si agisca tramite figure conosciute nel diritto spagnolo, abbiamo visto che anche quando il diritto applicabile secondo le norme di conflitto spagnole è quello di un paese conoscitore del trust, si corre il rischio che i suoi effetti non siano riconosciuti in Spagna. E quando il diritto applicabile - a titolo principale o sussidiario - è quello spagnolo, anche volendo utilizzare un approccio funzionale cercando una figura di diritto interno che svolge funzioni analoghe (nel caso citato la Corte d'Appello di Madrid non ci ha nemmeno provato), esiste ancora il problema di qualificare figure come i *revocable living trust*, suscettibili di adempiere diverse funzioni.

Senza la ratifica della Convenzione de L'Aja, assieme a una modifica di diritto interno - come è avvenuto in altri paesi -, permettendo l'iscrizione dei trust e quella degli atti a cui si partecipa in qualità di trustee, i trust non si azzarderanno ad affiorare in modo aperto nel traffico giuridico spagnolo. La ratifica della Convenzione è necessaria, non perché ci sia molta litigiosità in materia di trust, ma proprio perché questa si eviti, utilizzando figure non così attraenti oppure, più semplicemente, investendo in altri paesi.

## ■ Le fiducie testamentarie esistenti in certi territori spagnoli

Fra le regioni spagnole che hanno conservato il loro diritto civile storico, esistono quelle che conoscono fiducie testamentarie che assomigliano ad alcune delle applicazioni del trust come strumento di diritto successorio. Nello specifico, figure che consentono la scelta del beneficiario dei beni, sulla base della confidenza ricevuta dal testatore. Una par-

te della dottrina spagnola considera che queste figure costituiscono basi solide per difendere la possibilità di uno strumento strutturale e funzionalmente simile al trust. Infatti, dal punto di vista strutturale, nelle due modalità di fiducia testamentaria cui faremo riferimento nelle pagine successive (“l’eredità di confidenza” ed i “fiduciari-commissari”), si verifica la costituzione di un patrimonio separato che deve essere amministrato, da uno o vari soggetti, fino al momento in cui questi daranno ai beni il destino a loro rivelato dal testatore. E, dal punto di vista funzionale, è evidente la somiglianza di queste figure con i *semi-secret trust* ed i trust discrezionali, quando sono utilizzati per trasmettere i beni *mortis causa*.

I tribunali spagnoli non si sono pronunciati su queste analogie. Tuttavia, analizzeremo alcune sentenze che evidenziano l’attualità di queste figure e la loro somiglianza con l’istituto anglosassone. Almeno, e per quanto riguarda l’introduzione del trust in Spagna, non si potranno invocare problemi di ordine pubblico. Questo è lo stesso in tutto il territorio e le fiducie testamentarie sono sopravvissute in diverse regioni, nonostante un trattamento fiscale poco vantaggioso(14)!

## L’eredità di confidenza

Questa figura esiste nel diritto della Catalogna(15) e della Navarra(16). Secondo il diritto storico vigente in questi territori, l’erede di confidenza(17) riceve i beni del testatore, che dovrà rimettere ad una o più persone indicate dal testatore e la cui identità rimane segreta. L’erede di confidenza diventa proprietario dei beni che deve amministrare a beneficio dell’erede destinatario finale. Il suo dovere/facoltà di amministrazione include quello di disporre dei beni, con le limitazioni stabilite nel testamento. Tuttavia, l’erede di confidenza non può godere dei beni ricevuti perché deve esercitare il suo diritto di proprietà a beneficio del terzo, la cui identità gli è stata rivelata dal testatore. In modo da potere adempiere l’incarico ricevuto, i beni dell’eredità si devono mantenere separati dai beni personali dell’erede. Questo risponde dei debiti dell’eredità “*intra vires hereditatis*” (soltanto con i beni dell’eredità) e, se muore prima di eseguire gli obblighi affidatigli, i suoi eredi non avranno nessun diritto su questo patrimonio(18).

L’esistenza di un patrimonio separato, nell’eredità

di confidenza, è stata evidenziata in diverse occasioni dai tribunali che si sono pronunciati sul trattamento fiscale di questa figura, nella fattispecie sul trattamento fiscale degli eredi di confidenza catalani nell’imposta sui redditi delle persone fisiche. Ad esempio, nel caso risolto dall’Audiencia Nacional, il 9 giugno 2005(19), il testatore aveva nominato quattro eredi di confidenza, dei quali tre avevano accettato l’incarico. Uno degli eredi accettanti contesta il

### Note:

(14) T. Hualde, Comentario a las leyes 289 a 295, in E. Rubio (cur.), *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del derecho civil foral de Navarra*, Navarra, 2002, 886; J. L. García, *Aspectos prácticos de la tributación el trust en Cataluña*, in E. Arroyo (cur.), *El trust en el derecho civil*, Barcelona, 2007, 503, a p. 505; A. Calatayud, *La nueva regulación de la fiducia aragonesa y la empresa*, in S. Nasarre – M. Garrido (curr.), *Los patrimonios fiduciarios y el trust*, Barcelona, 2006, 229, a pp. 238-240.

(15) Articoli da 150 a 153 della L. 30 dicembre 1991, n. 40, Codice delle Successioni per causa di decesso nel diritto civile della Catalogna, BOE n. 50, del 27 febbraio 1992.

(16) Articoli 289-295 della L. 1 marzo 1973, n. 1, con cui si approva la Compilazione del diritto civile della Navarra, BOE nn. 57 – 63, del 14 marzo 1973.

(17) Mentre nel diritto della Catalogna gli eredi di confidenza possono soltanto essere persone fisiche, in quello della Navarra possono anche essere persone giuridiche; si può anche istituire una fiducia continuata dove i diversi eredi si succedono in qualità di eredi di confidenza incaricati di dare ai beni il destino a loro rivelato dal testatore (art. 293 della Compilazione del diritto civile della Navarra).

(18) Art. 153 del Codice delle Successioni per causa di decesso nel diritto civile della Catalogna: “gli eredi e legatari fiduciari, fino a quando non hanno rilevato la fiducia, verranno considerati eredi o legatari, ed avranno delle facoltà dispositive per realizzare atti *inter vivos*, con le limitazioni stabilite nel testamento. Tuttavia, non potranno appropriarsi definitivamente dei beni dell’eredità né del legato o dei suoi surrogati, che rimarranno interamente separati dai loro beni. Una volta rivelata la confidenza, e tranne nel caso in cui il testatore preveda un’altra cosa, gli eredi e i legatari di confidenza verranno, rispettivamente, considerati esecutori universali o particolari” [trad. dell’a.]. Sulla posizione degli eredi di confidenza nel diritto della Catalogna, v. A. Bosch, *La gestión de los patrimonios fiduciarios*, in S. Nasarre – M. Garrido (curr.), *Los patrimonios fiduciarios y el trust* [supra, nota 14], 595, a p. 606; A. Serrano, *Trust y Derecho de sucesiones*, in E. Arroyo (cur.), *El trust en el derecho civil* [supra, nota 14], 60, a p. 79.

Art. 291 della Compilazione del diritto civile della Navarra: “fino a quando l’erede di confidenza non rivela questa (la confidenza), può esercitare tutti i diritti tipici di un proprietario. Una volta espressa la confidenza, sarà considerato, nei confronti dei beni compresi nell’istituzione, come esecutore della volontà del testatore, con tutte le facoltà di un esecutore, perito liquidatore nominato dal tribunale e rappresentante dell’eredità, che potrà esercitare senza limitazioni temporali, tranne nel caso in cui il testatore abbia indicato un termine”. Sull’eredità di confidenza nel diritto di Navarra: T. Hualde, *Comentario a las leyes 289 a 295*, in E. Rubio (cur.), *Comentarios al Fuero Nuevo* [supra, nota 14], a p. 886.

(19) Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2), 9 giugno 2005, JUR 2005/240230 (la sentenza sarà pubblicata sul prossimo numero della Rivista). Nello stesso senso, v. Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 2), 13 ottobre 2005, JUR 2005/273774.

suo obbligo, come soggetto passivo, in una terza parte dei redditi mobiliari ottenuti dall'eredità. Afferma di non essere un comproprietario, ma un semplice mandatario e che dunque non è corretta l'applicazione, fatta dal Fisco, dell'articolo 12.1 della legge del 8 settembre 1978, n. 44 (BOE n. 46, del 22 gennaio 1978)(20). Secondo questo articolo, si devono attribuire ai soci, eredi, etc., i redditi ottenuti dalle entità previste nell'articolo 33 della legge del 28 dicembre 1963, n. 230 (BOE n. 313 del 31 dicembre 1963)(21). Detto altrimenti, i redditi ottenuti dalle "eredità giacenti, comunità di beni ed altre entità che, pure non avendo personalità giuridica, costituiscono un'unità economica o un patrimonio separato suscettibili d'imposizione" (articolo 33 LGT) [trad. dell'a.].

Dopo successivi ricorsi, presentati prima dall'erede di confidenza, e dopo la sua morte, dai suoi propri eredi, la Audiencia Nacional conferma l'obbligo tributario degli eredi di confidenza circa l'imposta sui redditi delle persone fisiche. Comincia definendo "l'eredità di confidenza" come "un incarico confidenziale, fatto dal testatore, sul destino che deve essere dato al suo patrimonio, in modo che il vero successore del testatore non sia l'erede o gli eredi di confidenza, ma un terzo che rimane nascosto e al quale si dovranno consegnare i beni dell'eredità" (considerando ottavo) [trad. dell'a.].

E, aggiunge, "l'insieme di attivi che costituiscono l'eredità di confidenza forma un'unità economica od un patrimonio separato che non ha personalità giuridica, ma che è suscettibile d'imposizione fiscale in conformità con l'articolo 33 della Legge Generale Tributaria [...]. Infatti, i beni che costituiscono l'eredità di confidenza rappresentano un insieme a parte dei beni che costituiscono il patrimonio personale degli eredi di confidenza, e costituiscono un patrimonio separato suscettibile d'imposizione fiscale in conformità con l'articolo 33 della legge citata, dato che, da una parte, non hanno personalità giuridica e, dall'altra parte, pure essendo un patrimonio ereditario, non si trovano in situazione di giacenza perché l'incarico è già stato accettato dall'erede di confidenza, che è l'erede formale fino a quando non si conosce il vero successore; infine, non è una comunità di beni in senso stretto, ottenendo tuttavia dei redditi che [...] non possono rimanere al margine del sistema impositivo" (considerando nono) [trad. dell'a.].

Inoltre, afferma il tribunale, "Gli eredi di confi-

denza, anche se devono inserire questi (redditi) nella loro base imponibile, possono ottenere un risarcimento del costo che rappresenta questa carica perché l'aumento del loro tributo personale riguardo alla situazione in cui si troverebbero se non avesse accettato l'incarico deve essere considerato come una spesa o un esborso realizzato nell'adempimento del loro incarico, perciò potranno risarcirsi sul patrimonio ereditario, come autorizza l'articolo 119 della Compilazione" (considerando nono) [trad. dell'a.].

Per quanto riguarda gli obblighi dell'erede di confidenza, come amministratore dei beni, fino al momento in cui dovrà dar loro il destino previsto dal testatore, "durante il periodo temporale intermedio (mentre l'erede ha accettato l'incarico e fino a quando non lo rivela o esegue), che può essere indeterminato, l'erede o il legatario di confidenza è considerato come un erede o legatario, con facoltà di disporre per effettuare atti *inter vivos* con le limitazioni stabilite nel testamento, e possibilità di risarcirsi delle spese ed esborsi dovuti all'adempimento del suo incarico. Potrà anche ricevere, a tempo debito, la relativa remunerazione. Da questa considerazione provengono le relative conseguenze civili e tributarie" (considerando ottavo) [trad. dell'a.].

Questi ampi poteri di gestione sono anche menzionati (anche se non è l'oggetto del litigio) dalla sentenza della Corte d'Appello di Barcellona del 28 marzo 2006(22). Uno degli architetti della Sagrada Familia aveva lasciato i suoi beni, nel suo testamento, a tre eredi di confidenza. Dopo la sua morte, i suoi eredi rivelano la disposizione fiduciaria ed indicano la volontà del testatore a che tutto il suo patrimonio, compresi i diritti di proprietà intellettuale ed industriale sulla Sagrada Familia, fosse destinato ai lavori del Tempio che è in fase di costruzio-

#### Note:

(20) L. 8 settembre 1978, n. 44, dell'Imposta sul Reddito delle Persone Fisiche, BOE n. 46, del 22 gennaio 1978.

(21) L. 28 dicembre 1963, n. 230, Generale Tributaria, BOE n. 313 del 31 dicembre 1963. Oggi, questa materia è regolata dall'articolo 8.3 della L. 28 novembre 2006, n. 35, BOE n. 285 del 29 novembre 2006: "non avranno la considerazione di contribuenti le società civili, con o senza personalità giuridica, le eredità giacenti, le comunità di beni ed altre entità cui si riferisce l'articolo 35.4 della legge del 17 dicembre 2003, n. 58, Generale Tributaria".

(22) Audiencia Provincial Barcelona (Sección 15), 28 marzo 2006, AC 200671723.

ne. Per eseguire la sua volontà, gli eredi trasferiscono i beni alla fondazione "Comitato Costruttore del Tempio La Sagrada Familia". L'oggetto del litigio è la legittimazione processuale della citata fondazione per difendere i diritti di proprietà intellettuale del testatore, lesi da Cover Productions SL che divulga, senza autorizzazione, informazioni riguardo progetti, piani, prototipi, etc., del tempio. Nella sua definizione dell'eredità di confidenza, il tribunale afferma che "gli eredi di confidenza ricevono una titolarità fiduciaria che ostentano fino al momento in cui trasferiscono l'eredità o il legato ai veri successori. L'erede di confidenza è istituito nello stesso modo del resto degli eredi e, nei confronti di terzi, gode della stessa considerazione" (considerando quinto) [trad. dell'a.].

Dal punto di vista funzionale, la somiglianza ai *semi-secret trust* è evidente(23). La Corte di Cassazione spagnola descrisse, nella sentenza del 30 ottobre 1944(24), l'eredità di confidenza esistente nel diritto della Navarra come una figura la cui origine si trova nel fedecommesso segreto, oggi proscritta dal diritto spagnolo, ma che continua ad essere usata in alcune regioni di diritto speciale, e "dove i testatori, non volendo a volte, per un motivo o per l'altro, formulare o precisare la loro ultima volontà nel proprio testamento, istituiscono come eredi una o varie persone di loro fiducia (erede di confidenza), con l'incarico di destinare i beni della loro eredità ai fini che sono stati loro comunicati o che saranno loro comunicati, sotto forma di istruzioni specifiche oppure in termini generali, di modo che questi li svolgano e applichino secondo i criteri della loro coscienza" (considerando quarto) [trad. dell'a.].

In questo caso, la testatrice aveva nominato due eredi di confidenza, il suo parroco e il suo medico, di modo che tutti e due insieme o ciascuno di loro disgiuntamente, dessero esecuzione all'eredità e adempissero quanto stabilito in una possibile memoria testamentaria. I parenti collaterali di quarto grado ingiungono agli eredi di confidenza che diano notizia della memoria cui il testamento fa riferimento e, non ottenendo soddisfazione, chiedono che il testamento sia dichiarato inefficace dal momento che i convenuti sarebbero decaduti dalle funzioni loro assegnate. La Corte di Cassazione distingue l'oggetto del litigio dell'eredità di confidenza, "il regime giuridico della fiducia offre caratteristiche molto diverse e speciali quando il testatore, invece che affidare all'erede fiduciario le istruzioni

riservate (orali o scritte) relative alla destinazione dei beni, si rimetta - come nel caso di questo processo - a quelle che possano essere contenute in qualche scritto o memoria testamentaria senza che si possa affermare che l'intenzione del testatore abbia voluto stabilire un legame essenziale o di reciproca condizionalità fra l'istituzione a favore del fiduciario e le istruzioni determinanti dell'applicazione dei beni ereditari, dato che in questi casi - che in realtà rimangono fuori dal senso stretto, tipizzato dalla dottrina, dell'eredità di confidenza - la posizione del fiduciario si allontana radicalmente da quella del mero esecutore, avvicinandosi, invece, a quella dell'erede stabilito con clausola modale" (considerando sesto) [trad. dell'a.].

Tuttavia, il tribunale considera che "dato che non c'è memoria testamentaria ed esistono invece le istruzioni verbali che i fiduciari riceverebbero dalla testatrice, e che la Sezione considera provati, a loro saranno soggetti suppletivamente detti eredi, ragion per cui l'istituzione diventa, almeno analogicamente e praticamente, un'eredità di confidenza" (considerando decimo) [trad. dell'a.].

### "I fiduciari-commissari"

L'altro caso di fiducia successoria che presenta analogie con l'istituto di *common law*, e nella fattispecie con il trust in cui sono stati concessi poteri discrezionali al trustee, è quello dei "fiduciari-commissari" esistente in Navarra(25), Catalogna(26), Ara-

#### Note:

(23) Sulla relazione fra l'eredità di confidenza e l'istituto del trust, v. J. Arespacocaga, *El trust, la fiducia y figuras afines*, Barcelona, 2000; S. Cámara, *La fiducia sucesoria secreta*, Madrid, 1996; M. Lupoi, *Aspetti gestori e dominicali, segregazione: "trust" e istituti civilistici*, Foro it., 1998, I, 3391.

(24) Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), 30 ottobre 1944, RJ 1944/1180 in questa Rivista, 2007, 464.

(25) Articoli da 281 a 288 della Compilazione del diritto civile della Navarra. V. S. Cámara, *Comentario a las leyes 281 a 288*, in E. Rubio (cur.), *Comentarios al Fuero Nuevo [supra, nota 14]*, a p. 831.

(26) Articoli 148 e 149 del Codice delle Successioni per causa di decesso nel diritto civile della Catalogna. Sull'articolo 148, v. E. Arroyo, *L'estatut jurídic del curador en el Código de Successions*, Barcelona, Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia, Barcelona, 2001, pp. 347-354, pp. 372-380. Sull'articolo 149, v. A. Vaquer, *L'encàrrec fiduciari als dos parents més pròxims*, in A. Vaquer (cur.), *El Dret privat del Pallars Sobirà*, Lleida, Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia, Barcelona, 2001, 159.

gona(27) Biscaglia(28) e le Isole Baleari(29)(30). Il testatore rimette al fiduciario (che riceve normalmente il nome di fiduciario-commissario – oppure “eredi-distributori” nelle Baleari) la decisione relativa alla scelta dei suoi eredi. Dunque, a differenza dell’erede di confidenza, il fiduciario-commissario non deve distribuire i beni secondo le istruzioni riservate ricevute dal testatore; è lui che sceglie quali sono gli eredi destinatari finali dei beni e/o la loro parte nella distribuzione dei beni, fra il circolo di soggetti precedentemente indicato dal testatore. In alcuni territori, come ad esempio nella Catalogna, il fiduciario-commissario e i destinatari finali dei beni devono necessariamente formare parte del nucleo familiare; diversa è la situazione, invece, in Navarra o nell’Aragona(31), dove il testatore può affidare questo compito a qualsiasi persona e a favore di chiunque.

Il fiduciario non può trarre vantaggio dai beni che riceve e che deve gestire fino al momento in cui li rimetterà ai beneficiari ma, in questo caso, i beni gestiti dal fiduciario non sono considerati di sua proprietà; gli sono affidati i massimi poteri di gestione, compresi quelli di disporre dei beni, ma il fiduciario-commissario non è considerato proprietario. Per questo motivo è preferibile parlare di patrimonio autonomo. È una sorta di eredità giacente in cui si applica il principio di surrogazione reale e dove non si sa ancora chi saranno gli eredi. Tuttavia, a differenza dell’eredità giacente, in questo caso la delazione dell’eredità è differita al momento in cui il fiduciario-commissario nomina gli eredi(32).

Questa particolarità, e il fatto che non vi sia un soggetto che riceve la proprietà dei beni fino al momento in cui vengono scelti i destinatari finali, è evidenziata dalla sentenza pronunciata dal Tribunale Superiore di Giustizia dell’Aragona, il 21 aprile 2003(33), riguardo al trattamento fiscale della fiducia testamentaria di Aragona nell’imposta sulle successioni e sulle donazioni. L’oggetto della controversia è l’articolo 54.8 del Regolamento dell’Imposta sulle successioni e sulle donazioni, dell’8 novembre 1991 (BOE n. 61, del 12 marzo 1991)(34), secondo il quale, “Nella fiducia dell’Aragona, fatta salva la liquidazione che deve essere girata al coniuge sopravvissuto, devono essere girate altre (liquidazioni), per quanto riguarda il resto del patrimonio, agli eredi, a titolo provvisorio e secondo le loro condizioni patrimoniali e di parentela con il dante causa e sulla base risultante della divisione, fra tutti ed in parti uguali, della massa ereditaria. Nel momento della formaliz-

zazione dell’istituzione dal Commissario, si gireranno le liquidazioni complementari se c’è bisogno, ma se le liquidazioni esigibili avessero un importo minore di quello soddisfatto a titolo provvisorio, si potrà chiedere la relativa restituzione” [trad. dell’a.].

Sulla base di questa norma, i tre figli del testatore erano stati obbligati a pagare la citata imposta prima che la loro madre, nominata fiduciaria-commissaria, esercitasse la sua facoltà di scelta fra loro, come previsto nel testamento. I tre titolari di questa mera prospettiva sui beni agiscono quindi contro l’amministrazione tributaria e la Corte dà loro ragione.

Per quanto riguarda gli aspetti di diritto sostanzia-

#### Note:

(27) Articoli da 124 a 148 della L. 24 febbraio 1999, n. 1, sulle Successioni per causa di decesso (BOA n. 26, del 4 marzo 1999). V. J. A. Serrano, Los patrimonios fiduciarios en el derecho civil aragonés, in S. Nasarre – M. Garrido (curr.), Los patrimonios fiduciarios y el trust [supra, nota 14], 595, a p. 245; A. Calatayud, La nueva regulación de la fiducia aragonesa y la empresa [supra, nota 14], 223, a p. 228.

(28) Articoli da 32 a 48 della L. 1° luglio 1992, n. 3, sul diritto civile del Paese Basco, BOPV n. 153, del 7 agosto 1999.

(29) Articoli da 18 a 23 del D. Lgs. 6 settembre 1990, n. 79, con il quale si approva il testo modificato della Compilazione del diritto civile delle Isole Baleari, BOCAIB, n. 120, del 2 ottobre 1990. V. F. Lodrà, El patrimoni ereditari sotmès a distribució a la compilació balera com a patrimoni fiduciari, in S. Nasarre – M. Garrido (curr.), Los patrimonios fiduciarios y el trust [supra, nota 14], 267.

(30) Questa istituzione è anche nota nelle province meridionali d’Italia, e precipue nel napoletano, con il nome di “confidenze”. Sulle confidenze napoletane v. Corte di Cassazione di Roma, 5 maggio 1897, in questa Rivista, 2007, 456.

(31) Dopo la nuova regolamentazione introdotta dalla L. 24 febbraio 1999, n. 1.

(32) Articolo 133 della L. 24 febbraio 1999, n. 1, sulle Successioni per causa di decesso (di Aragona): “1. A tutti gli effetti legali, la delazione dell’eredità non si produrrà fino al momento dell’esecuzione della fiducia o della sua estinzione. 2. Fino a quando l’eredità non è differita, sarà considerata in situazione di eredità giacente, e la sua amministrazione e rappresentanza sarà soggetta a quanto stabilito nel seguente capitolo”. Articolo 138: “Il fiduciario potrà disporre a titolo oneroso dei beni e diritti ereditari soggetti alla fiducia se è stato autorizzato dal committente, o se è per pagare gli obblighi ed oneri indicati nell’articolo 136, oppure quando lo consideri conveniente per sostituirli con altri [...]”. Art. 287 della Compilazione del diritto civile della Navarra: “Ogniquelvolta i fiduciari sono il coniuge o gli ascendenti del dante causa, fino a quando non hanno adempiuto interamente il loro incarico, avranno facoltà di amministrazione e disposizione dei beni di cui non hanno ancora disposto. Quando si tratta di altri fiduciari, si applicheranno le regole della comunità ereditaria fra i citati, ma se qualcuno di questi è minorenne o incapace, sarà necessario il consenso degli aggiudicatari per realizzare atti di disposizione”.

(33) Tribunal Superior de Justicia de Aragón (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2), 21 aprile 2003, JT 2003/1595 (la sentenza sarà pubblicata sul prossimo numero della Rivista).

(34) R. D. n. 1629 dell’8 novembre 1991, con il quale si approva il Regolamento dell’Imposta sulle successioni e sulle donazioni.

le, il tribunale afferma che “la fiducia successoria, come altre istituzioni del diritto dell’Aragona, risponde a delle esigenze socio-economiche peculiari del territorio storico dell’Aragona, che oggi si inserisce nella nostra Regione Autonoma e che, lungi dall’essere un’istituzione vetusta o in disuso, costituisce un’istituzione amata ed utilizzata frequentemente dagli aragonesi nelle loro disposizioni testamentarie. [...] Per ciò che ci riguarda, fino a quando il fiduciario – che non acquisisce in quanto tale nessun diritto di contenuto patrimoniale sull’eredità, ma soltanto la funzione di soddisfare l’ultima volontà del dante causa – non sceglie l’erede o fa assegnazione specifica di beni, non si può affermare che esista una delazione successoria, nella misura in cui non esiste nemmeno vocazione ereditaria, di modo che nessuno dei possibili beneficiari della fiducia abbia un diritto effettivo sull’eredità fino al momento in cui il fiduciario non faccia uso delle sue facoltà” (considerando quarto) [trad. dell’a.].

Per quanto riguarda gli aspetti di diritto fiscale, il tribunale allega diverse imperfezioni nell’articolo 54.8 del Regolamento (l’unico riferimento al coniuge vedovo come fiduciario, l’inquadramento fra i fedecommissi di una figura che non ha niente a che vedere con le sostituzioni fedecommissarie, il riferimento a “tutti gli eredi”, quando nella fiducia testamentaria non esistono proprio eredi fino al momento in cui si esercita la fiducia) e soprattutto, la violazione dell’articolo 24.3 della legge del 18 dicembre 1987, n. 29 (BOE. n. 303 del 19 dicembre 1987), secondo il quale “Qualsiasi acquisto di beni la cui effettività è sospesa a causa dell’esistenza di una condizione, termine, fedecommissato o qualsiasi altra limitazione, sarà considerato realizzato il giorno in cui tali limitazioni scompaiono” (considerando primo) [trad. dell’a.].

In seguito a questa sentenza, il Tribunale Superiore di Giustizia dell’Aragona ha sottoposto la questione di legittimità dell’articolo 54.8 alla Corte di Cassazione spagnola che, peraltro, lo ha dichiarato valido nella sentenza del 31 marzo 2004(35): “L’articolo 24.3 non è applicabile alla fiducia dell’Aragona perché questa non è una condizione, un termine, un fedecommissato né una limitazione accessoria simile [...]. Se si posticipa il pagamento dell’imposta (al momento in cui si esegue la fiducia), sorgeranno problemi di prescrizione per possibili trasmissioni, da parte del fiduciario, non dichiarate al fisco e perfino, in alcuni casi, gravi frodi fiscali. Invece, nell’articolo 54.8

non sembra che si possano generare situazioni ingiuste, giacché la liquidazione provvisoria iniziale è corretta da una successiva liquidazione aggiuntiva complementare, rivolta a sborsare o a restituire, superando in questo modo l’apparente distorsione fra l’elemento obiettivo del fatto imponibile (gravare un incremento lucrativo) e l’elemento temporale (gravarlo al momento del decesso)” (considerando terzo) [trad. dell’a.](36).

Dal punto di vista funzionale, la figura permette, nello stesso modo dei trust in cui sono stati concessi poteri discrezionali al trustee, di posticipare la scelta dei destinatari finali dei beni. Così, nella sentenza del 20 giugno 2006(37), dove si discusse la conformità della scelta fatta dalla fiduciaria-commissaria, con le indicazioni stabilite nel testamento, il Tribunale Superiore di Giustizia della Navarra descrisse questa fiducia testamentaria come “un istituto che serve alla preservazione del patrimonio familiare, evitandone la dispersione, con la nomina di un solo erede, e che cerca di favorire la migliore elezione possibile dell’erede dei beni, fra quelli chiamati alla successione, e consente di posticipare la nomina al momento più adeguato. Con la sua scelta si cerca di evitare, insieme a delle scelte affrettate e inconvenienti, che per causa della morte dei genitori senza che sia stato nominato un erede si spezzi l’unità della Casa a causa della divisione del patrimonio in conseguenza dell’apertura della successione legale” (considerando sesto) [trad. dell’a.].

Nelle loro convenzioni matrimoniali, entrambi i coniugi conferivano a quello che sarebbe sopravvissuto all’altro la facoltà di scegliere, *inter vivos* o *mortis causa*, fra i loro quattro figli, chi sarebbe stato l’unico erede del dante causa. Dopo la morte dello spo-

#### Note:

(35) Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2), 31 marzo 2004, RJ 2004/2682.

(36) La Corte di Cassazione fa anche riferimento, nel considerando quarto, alla legge del 27 dicembre 2000, n. 13 dell’Aragona sulle Misure Tributarie e Amministrative, BOA n. 156, del 30 dicembre 2000, non in vigore nel momento in cui si sono verificati i fatti, e secondo la quale “per coadiuvare a risolvere il principale problema fiscale della fiducia – fare pagare le imposte a chi non può nemmeno essere considerato parte della successione – si consente il pagamento del debito, a carico del patrimonio rimasto in attesa di esecuzione fiduciaria; in questo modo, non si trasferisce la carica tributaria al patrimonio del soggetto passivo e si elimina buona parte dei casi denunciati dalla dottrina come ingiustificabili” (considerando terzo) [trad. dell’a.].

(37) Tribunal Superior de Justicia Comunidad Foral de Navarra (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1), 20 giugno 2006, RJ 200676415.

so, la vedova testa, a suo nome e in qualità di commissario del marito, ma non rispetta la limitazione stabilita nelle convenzioni matrimoniali secondo la quale il coniuge superstite doveva scegliere un unico erede per i beni. Per questo motivo, i quattro figli decidono di considerare nullo l'ultimo testamento della madre e di lasciare i beni al figlio nominato erede nel suo primo testamento. Dopo la morte dei quattro figli, i discendenti di uno di quelli nominati nel secondo testamento fanno causa contro la moglie del loro zio che ha ricevuto i beni.

Il tribunale dichiara, da una parte, che l'invalidità della scelta fatta dalla fiduciaria non incide sulla validità del testamento stesso. L'ultimo testamento è valido ed i quattro figli dei testatori non hanno il potere di resuscitare il primo testamento. Tuttavia, il tribunale considera valido il risultato raggiunto dai quattro figli del dante causa; non perché il primo testamento fosse valido, ma perché applica, sussidiariamente, all'invalidità della fiducia così come eseguita dalla fiduciaria, la soluzione prevista nei casi in cui si verifica l'impossibilità di scelta. Detto altrimenti, attribuisce l'esecuzione della fiducia testamentaria ai *Parientes Mayores*, che avevano già manifestato il loro consenso nei confronti della scelta del figlio nominato erede nel primo testamento<sup>(38)</sup>.

## ■ Conclusioni

Le sentenze citate non lasciano alcun dubbio circa l'attualità di queste fiducie testamentarie, che trovano la loro origine nel diritto romano e nel diritto consuetudinario di alcuni territori spagnoli. La loro sopravvivenza, nonostante un trattamento fiscale poco vantaggioso, costituisce la prova evidente della loro utilità al di là di possibili benefici fiscali. Abbiamo anche osservato la presenza, nel loro regime giuridico, delle due principali caratteristiche dell'istituto anglosassone: 1) l'esistenza di un patrimonio separato - configurato come un'eredità giacente con una delazione differita nel caso dei fiduciari-commissari vincolato alla realizzazione della volontà del testatore e 2) la sua amministrazione a beneficio di un terzo. Le due figure divergono, invece, per quanto riguarda la titolarità dei beni confidati. Nel caso dell'eredità di confidenza, la loro proprietà è trasmessa alla persona incaricata di dargli il destino rivelato dal testatore; nel caso dei fiduciari-commissari, i beni sono trasferiti ad un patrimonio senza proprietario, amministrato da chi riceve l'incarico di distribuirli, sul-

la base della confidenza ricevuta dal testatore. Entrambe le possibilità presentano vantaggi ed inconvenienti se si volesse generalizzare la fiducia al di là dell'ambito successorio. Tuttavia, i principî soggiacenti rappresentano basi solide per un avvicinamento al trust.

### Nota:

(38) I "Parientes Mayores" sono i due parenti maggiorenni e domiciliati in Navarra, più vicini al testatore (articolo 138).

# La riforma della *Charity Law* inglese

di Arturo Pironi

Il settore *non profit* ha un ruolo fondamentale nella società e nell'economia inglese: al suo interno, la realtà delle *charities* ne costituisce il cuore pulsante. Tuttavia, a fronte del crescente interesse che ha caratterizzato le *charities* nell'economia anglosassone, la *charity law* si è evoluta con un passo decisamente più lento. Consapevole di tale evidente scarto tra realtà socio-economica e dato normativo, il legislatore inglese - attraverso il *Charities Act 2006* - ha inteso ammodernare la disciplina esistente intervenendo su alcuni punti chiave: l'oggetto della *charity law*; l'organizzazione delle *charities*; l'accesso ed il controllo dell'attività *charitable*.

## ■ Premessa

Il termine "Charity" ha una valenza polisemica assolutamente peculiare: le *charities* sono, in via generale, le istituzioni benefiche che - pur muovendosi nel mondo *non profit* della *common law* - non lo esauriscono. Tale carattere polisemico si manifesta appieno sul piano giuridico, ove - complice la mancanza fino al 2006 di una precipua *statutory definition* - la *common law* anglosassone ha attribuito la "patente" di ente *charitable* a figure giuridiche che perseguono varie e determinate finalità, ritenute particolarmente meritevoli di attenzione(1).

L'attribuzione di tale qualifica comporta l'accesso ad una disciplina particolareggiata e, non ultimo, l'applicazione di un trattamento fiscale nettamente più favorevole rispetto alle altre istituzioni *non profit*(2).

Anche per tale motivo, il settore *charitable* è stato protagonista di un rapido ed esponenziale incremento nella società e nell'economia anglosassone: a dispetto di tale evidente sviluppo, tuttavia, la *charity law* inglese si è evoluta nel corso degli ultimi quattro secoli con un passo decisamente più lento.

Nell'ambito del crescente interesse incontrato dal settore *non profit* in Inghilterra, il numero delle *charities* registrate era, al 2006, di circa 200.000 unità.

Per non parlare delle altre organizzazioni (più di 600.000) che, pur non essendo registrate, perseguono scopi riconducibili al settore volontaristico(3). Dietro questi numeri si nasconde ovviamente un volume di affari a dir poco imponente(4).

Il peso di tali dati, unitamente ad altri fattori ed eventi (quale, ad esempio, l'attacco terroristico alle torri gemelle) ha indotto il governo Blair nel 2001 a dare il via ad un processo di riforma radicale della *charity law*. Processo che in varie fasi e dopo diverse

Arturo Pironi - Assegnista di ricerca dell'Università di Foggia

Note:

(1) J. Warburton, *Tudor on Charities*, Londra, 2003, p. 1, fa riferimento ad alcune definizioni di "charity" offerte dal *case law*: "Sir William Grant M.R., said of the word "charity" that in its widest sense it denotes "all the good affections that men ought to bear towards each other; in its most restricted and common sense it denotes relief of the poor". Lord Macnaghten said of "charity", "of all words in the English language bearing a popular as well as a legal signification I am not sure that there is one which more unmistakably has a technical meaning in the strictest sense of the term, that is a meaning clear and distinct, peculiar to the law as understood and administered in this country, and not depending upon or coterminous with the popular or vulgar use of the word".

Per l'evoluzione storica della *charity law*, v. P. Luxton, *The Law of Charities*, Oxford, 2001, pp. 3-7.

(2) M. Lupoi, *Trusts*, II ed., Milano, 2001, p. 210, rileva proprio che "La ragione dell'esistenza di questa categoria sta nella favorevole disciplina fiscale, che in alcuni Stati è la medesima per tutti gli enti" *non profit*.

(3) Solo in dieci anni, il numero delle *charities* registrate è aumentato in maniera rilevante, passando dalle circa 98.000 del 1991 alle oltre 190.000 del 2006 (J. P. da Costa - H. Harvie, *Tolley's Guide to the Charities Act 2006*, Londra, 2007, p. 1).

(4) Più analiticamente, sull'indotto delle *charities* nonché sul loro costante incremento nel corso degli anni, v. R. Pearce - J. Stevens, *The Law of Trusts and Equitable Obligations*, Oxford, 2006, p. 479 s.: "Charity and charitable giving is a growth area. Both the number of charities and the income they receive is increasing, indicating a continued expansion of the charitable sector. The number of charities has been expanding rapidly. When the Nathan Committee reported in 1952 there were some 111,000 charitable trusts, but by 1986 this had grown to 157,902 registered charities, with a suspected further 110,000 unregistered. By 2005 there were 189,531 registered charities (an increase of just under 1,000 since the previous year), with an annual income of over £36bn, almost 600,000 paid staff and around 900,000 trustees. 6279 new charities were registered during the year. This sector is dominated by a small number of large charities and by a large number of small charities. The largest 500 charities account for over 46% of total charitable income and approximately 7% of charities receive nearly 90% of recorded income. Conversely, two-thirds of registered charities have an annual income of £10,000 or less, and account for less than 1% of recorded income".

consultazioni ha condotto nel 2006 all'approvazione del Charities Act 2006(5).

Lo scopo del Charities Act 2006 è di svecchiare la disciplina esistente al fine di colmare il *gap* precedentemente segnalato tra disciplina della materia e continuo evolversi delle realtà *charitable* nella società: proprio il continuo dinamismo del settore ha ispirato alcuni punti chiave della riforma legislativa.

In primo luogo, la riforma ribadisce la tradizionale definizione di "charity", intesa quale "an institution which a) is established for charitable purposes only, and b) falls to be subject to the control of the High Court in the exercise of its jurisdiction with respect to charities"(6).

Con il termine "institution" si intende "an institution whether incorporated or not, and includes a trust or undertaking"(7).

In secondo luogo, si opera una risistemazione dell'elenco di finalità *charitable* che devono fondare ed ispirare le *charities*, attraverso una cristallizzazione normativa ad ampio respiro degli orientamenti della giurisprudenza e dei Charity Commissioners sul punto. Contemporaneamente, il nuovo Act rivitalizza il requisito del *public benefit*, che assurge con la riforma a criterio discrezionale essenziale nel processo di selezione degli interessi e delle finalità, quali *charitable* o meno.

Altra novità di rilievo attiene al problema delle concrete forme legali attraverso le quali il perseguimento dell'attività c.d. *charitable* può correttamente esplicarsi: discorrendo di *charities*, l'attenzione va immediatamente allo strumento del *charitable trust* che presenta numerosi tratti discretivi rispetto al *private trust*. Ma anche sul piano associativo, negli anni si è attinto a numerosi strumenti al fine di veicolare la finalità *charitable* prescelta (tra questi, le *companies limited by guarantee* e le *unincorporated associations*).

E, tuttavia, la più autorevole dottrina inglese e gli operatori del settore hanno sempre lamentato la mancanza di una figura *ad hoc* per lo svolgimento dell'attività *charitable*. La riforma introduce tale nuova figura, la c.d. *charitable incorporated organisation* (CIO), peculiarmente destinata all'attività *charitable*, che va ora ad aggiungersi ai tradizionali strumenti giuridici, mutuati da altri settori e da sempre utilizzati per perseguire tali scopi.

La procedura di riconoscimento (la c.d. *registration*) è stata snellita anche in relazione ai requisiti richiesti per accedere alla disciplina speciale. Con ri-

guardo, poi, all'amministrazione delle *charities*, la riforma ha previsto dei mutamenti sul piano remunerativo per invogliare i professionisti più preparati sul mercato ad occuparsi della gestione degli istituti *charitable*, prevedendo la remunerabilità dei trustee per lo svolgimento della propria attività.

Novità sono state introdotte anche in riferimento alle forme di controllo pubblico e di vigilanza: la Charity Commission, nuova istituzione avente *corporate form*, ha preso il posto dei Charity Commissioners. I poteri dei commissari, già molto invasivi, sono stati ulteriormente potenziati. Di contro, è stata prevista l'istituzione di un tribunale speciale, il c.d. Charity Tribunal, deputato a risolvere le controversie tra la Charity Commission ed i soggetti interessati all'attività *charitable*, che si sostituirà alla High Court of Justice nel decidere della materia.

Prima di analizzare più compiutamente nel merito la nuova *charity law* alla luce della riforma del 2006, altre due notazioni sembrano necessarie.

Nonostante l'importanza e la concreta incidenza dei profili di riforma sulla disciplina delle *charities*, il legislatore inglese – anziché introdurre *ex novo* uno *statute* compiuto, che sostituisse totalmente la disciplina previgente – ha preferito modificare il Charities Act 1993, che quindi rimane il testo normativo

#### Note:

(5) In J. P. da Costa – H. Harvie, Tolley's Guide [*supra*, nota 3], p. 2, si rileva che il governo, nel 2001, "commissioned a review of the law and regulation of charities and other not-for-profit organisations, which was carried out by the Prime Minister's Strategy Unit. The results of the review were published in September 2002 in a document entitled 'Private Action, Public Benefit'. The report identified the strengths and weakness of the existing legal and regulatory framework, and made a series of recommendations for reform. As a result of the review the Government initiated a public consultation from September 2002 to January 2003 to invite the public, and in particular interested organizations, to comment on the recommendations contained within the review. The results of this consultation were published by the Home Office in July 2003 in a paper entitled 'Charities and Not-for-Profits: A Modern Legal Framework', in which the Government confirm its acceptance of most of the recommendations contained within the original review and their proposals on implementation".

(6) Tale definizione riprende quanto statuito solo in via interpretativa, in sede di disposizioni supplementari, dal Charities Act 1993, ove si stabilisce che "In this Act, except in so far as the context otherwise requires – "charity" means any institution, corporate or not, which is established for charitable purposes and is subject to the control of the High Court in the exercise of the court's jurisdiction with respect to charities" (*section* 96.1).

La *section* appena citata ha dato adito negli anni a numerosi problemi interpretativi (particolarmente, in relazione alla *jurisdiction* su *charities* straniere operanti nel Regno Unito), a cui la riforma del 2006 ha dato delle risposte chiarificatrici.

(7) CA 2006, *section* 78(5).

di riferimento(8). Tale scelta strategica è fortemente criticabile sul piano della chiarezza e dell'organicità del dato normativo(9).

Il Charities Act 2006 è stato approvato in data 8 novembre 2006, ma la sua concreta entrata in vigore è stata spalmata su diversi stadi temporali tra il 2007 ed il 2008, al fine di consentire ai protagonisti del settore di prepararsi adeguatamente a tali cambiamenti(10).

### ■ L'oggetto della *charity law*: evoluzione e cristallizzazione dei *charitable purposes* fino alla riforma del Charities Act 2006

Stante la mancanza di una vera e propria *statutory definition of charity*, assunta quale criterio selettivo generale, il problema definitorio è stato sempre risolto indirettamente attraverso la selezione degli interessi meritevoli di tutela ed idonei a giustificare la speciale disciplina della *charity law*. In sostanza, si è attribuita una rilevanza fondante all'oggetto dell'attività *charitable*, quale elemento discretivo essenziale ai fini dell'individuazione e definizione del termine "charity".

Sotto tale aspetto, hanno giocato un ruolo fondamentale – alla luce di un famoso provvedimento normativo del XVII secolo – tanto il *case law*, quanto l'attività dei Charity Commissioners.

La consolidazione in chiave laica della *charity law* viene tradizionalmente e storicamente identificata con l'emanazione del Charitable Uses Act 1601 (Statute of Elizabeth I)(11). Con tale Statute, Elisabetta I intendeva porre fine alle situazioni di corruzione ed abuso che si erano verificate nell'amministrazione di trust dalla natura *charitable*(12). Se il reale intento era quello di intervenire sull'amministrazione di tali trust, l'effetto più dirompente si ebbe, invece, sul piano definitorio ed interpretativo, in quanto il Preambolo dello Statuto – contenente una lista di scopi c.d. *charitable* – assunse per i secoli successivi il ruolo di guida fondamentale nella selezione degli interessi meritevoli di tutela(13).

L'elenco delle finalità considerate *charitable* nel Preambolo ha avuto un effetto vincolante sull'atti-

#### Note:

(8) Secondo A. MacLennan, Blackstone's Guide to The Charities Act 2006, Oxford, 2007, p. 80: "Although the Charities Act 2006 contains some innovative and fundamental changes to the law, it is essentially a modernization of the existing law [...] the Charities Act 1993 remains as the bedrock of the statutory provisions concerning charities".

(9) In tal senso, la critica di A. MacLennan, Blackstone's Guide [supra, nota 8], p. 80: "The system of amending, inserting, and, if necessary, substituting parts of the Charities Act 1993, has the effect of making the Charities Act 2006 difficult to read or understand in isolation from the 1993 Act". Pertanto, sarebbe meglio che "a consolidation statute will follow, so that there will be one Act containing the provisions of both the Charities Act 1993 and the Charities Act 2006".

(10) Con riferimento all'entrata in vigore della riforma, v. J. Dollimore, The Charities Act 2006: Part 1, P.C.B. 2007, 2, 153, a p. 153: "Although the Act is on the statute books, it will be some time before all of its provisions are in force. In its recently issued "Charities Act 2006: Implementation Plan", the Office of the Third Sector has set out a provisional plan for implementation of the Act which indicates that it will be 2008 before many of the more significant provisions can come into force. 2007 will see the establishing of a new framework for the Charity Commission, roadshows and a guide to explain the Act to charities, and consultation on the public benefit test. It is expected to be three years before all parts of the Act are in force".

(11) M. Lupoi, Trusts [supra, nota 2], p. 210, sottolinea che in Inghilterra "i *charitable uses* si affermarono nel secolo XVI, incoraggiati dalla Chiesa". V., inoltre, M. Stalteri, Enti non profit e tutela della fiducia, Torino, 2002, p. 44, il quale rileva come – alla luce dell'Act 1601 – in una prospettiva laica fosse invece fondata la concessione da parte del Sovrano inglese ai privati di "una delega tacita al raggiungimento di obiettivi sociali, comunque estranei rispetto a quelli acquisibili dal mercato in senso stretto".

(12) P. Luxton, The Law of Charities [supra, nota 1], p. 6: "The Statute of Elizabeth 1601, which re-enacted a statute of 1597, was designed to provide a better system for the administration of charities". In argomento, pure, J. McGhee, Snell's Equity, Londra, 2005, p. 513 s.

(13) Il Preambolo di tale Statute recita: "Whereas Lands, Tenements, Rents, Annuities, Profits, Hereditaments, Goods, Chattels, Money and Stocks of Money, have been heretofore given, limited, appointed and assigned, as well by the Queen's most excellent Majesty, and her most noble Progenitors, as by sundry other well disposed Persons; some for Relief of aged, impotent and poor people, some for the Maintenance of sick and maimed Soldiers and Mariners, Schools of learning, Free Schools, and scholars in universities, some for the Repair of Bridges, Ports, Havens, Causeways, Churches, Sea-banks and Highways, some for the education and Preferment of Orphans, some for or towards Relief, Stock or Maintenance for Houses of Correction, some for the Marriages of poor Maids, some for Supportation, Aid and Help of young Tradesmen, Handicraftsmen and persons decayed, and others for Relief or redemption of prisoners or Captives, and for Aid or ease of any poor Inhabitants concerning payments of Fifteens, setting out of Soldiers and other Taxes; which Lands, Tenements, Rents, Annuities, profits, Hereditaments, Goods, Chattels, Money and Stocks of Money, nevertheless have not been employed according to the charitable Intent of the givers and Founders thereof, by reason of Frauds, Breaches of Trust, and Negligence in those that should pay, deliver and employ the same: For Redress and Remedy whereof, Be it enacted" (Statute of Charitable Uses 1601, 43 Eliz, c 4).

Da più parti è stata evidenziata la netta somiglianza di tale Preambolo con un poema del XIV secolo, The Vision of Piers Plowman, in cui la *Truth* consigliò ad alcuni ricchi mercanti – desiderosi della remissione dai peccati e di andare incontro ad una morte felice – di indirizzare le proprie fortune ad alcune finalità *charitable*, tra cui "repair hospitals; help sick people; mend bad roads; build up bridges that had broken down; find food for prisoners and poor people; put scholars to school or to some other craft; help religious order and ameliorate rents or taxes" (secondo H. Picarda, The Law and Practice Relating to Charities, Londra, Dublino, Edinburgo, 1999, p. 9, tale *enumeration* è *so close* rispetto a quella contenuta nel Preambolo che "it is difficult to believe that the draftsman of the Act did not draw on it"; in tal senso, pure, J. Willard, Illustration of the Origin of Cy-Pres, (1894-5) 8 Harv. L.R. 69, a p. 70 s.; G. W. Keeton – L. A. Sheridan, Keeton & Sheridan's The Modern Law of Charities, Chichester, 1992, p. 58; P. Luxton, The Law of Charities [supra, nota 1], p. 112, n. 4; J. Warburton, Tudor [supra, nota 1], p. 3, n. 17. In senso contrario, B. Bromley, 1601 Preamble: The State's Agenda for Charity,

(segue)

vità giurisprudenziale successiva. Infatti, i giudici, cui spettava il compito di selezionare gli interessi meritevoli di tutela e valutazione sul piano *charitable*, hanno attinto a piene mani dall'elencazione del Preambolo al fine di vagliare la natura *charitable* o meno delle *institutions* che, di volta in volta, si sottoponevano al loro esame(14).

A partire dal XIX, poi, la prassi di riferirsi all'elenco del Preambolo come *guidance* diventò *a rule of law*(15).

Con la conseguenza che – in presenza di finalità non rientranti in tale elencazione – il prudente lavoro di creazione giurisprudenziale così impostato ha portato i giudici ad ammettere alla speciale disciplina solo le *institutions* i cui *purposes* fossero comunque in linea con il concetto di “spirit and intendment” del Preambolo, vero e proprio *benchmark* interpretativo(16).

E tuttavia, l'attenzione del formante giurisprudenziale è stata sempre nel senso di armonizzare gli esempi ricavabili dall'elencazione del 1601 con i bisogni sociali mutevoli nel corso degli anni. Ciò ha comportato una stretta ed intima connessione tra i mutamenti dei *charitable purposes* ed i mutamenti del sentire sociale, con la conseguenza che “a purpose regarded in one age as charitable may in another be regarded differently”(17).

Allo stesso modo, la circostanza che una particolare finalità non sia stata considerata *charitable* in un determinato periodo storico non esclude che – in presenza di adeguati mutamenti sociali – la stessa finalità possa successivamente essere ritenuta tale.

Tale attività giurisprudenziale, consolidatasi nei secoli, è alla base dell'ultrattività del Preambolo citato, pur essendo stato abrogato nel 1888 lo Statute che lo conteneva(18). Proprio alla luce di una rispettosa, ma non pedissequa applicazione del Preambolo, la giurisprudenza è giunta ad una semplificazione ed estrema razionalizzazione delle finalità *charitable* in due *cases* del XIX secolo.

In *Morice v Bishop of Durham* (1805), Sir Romilly propose una classificazione sulla base di quattro *charitable heads*, rilevando quanto segue: “There are four objects, within one of which, all charity, to be administered in this Court, must fall: 1st, relief of the indigent; in various ways: money: provisions: education: medical assistance; etc.; 2dly, the advancement of learning; 3dly, the advancement of religion; and 4thly, which is the most difficult, the advancement of objects of general public utility”(19).

In *Commissioners for Special Income Tax v Pemsel* (1891), i giudici della House of Lords rilevarono la

necessità di allontanarsi dal *popular meaning* dei *charitable purposes* per individuare una concezione che si accordasse maggiormente col *technical legal meaning* di tali finalità(20). In ottemperanza a tale esigenza, uno dei giudici del *case* citato, Lord Macnaghten, – mutuando appieno l'impostazione di Romilly – propose una classificazione *in its legal sense*, suddivisa in quattro *principal divisions*: “trusts for the relief of poverty, trusts for the advancement of education, trusts

#### Note:

(continua nota 13)

(2002) 7.3. C.L & P.R. 209, a p. 214: “The wording of Langford's poem is very similar to that of the Preamble, and the notion that an epic religious poem inspires the Preamble's creation has a romantic appeal. However, I believe that the true sources of the Preamble are to be found amongst the titles and provisions of the public statutes of the Tudor monarchs [...] In addition to the public statutes, many of these objects can also be found in the titles of the private acts passed by the Elizabethan Parliaments”).

(14) M. Stalteri, Enti non profit [*supra*, nota 11], p. 44, rileva – con riferimento al Preambolo – come quella normativa abbia “inaugurato una tecnica metodologica di selezione, che affida alla giurisprudenza la decisione se accogliere o meno la natura *charitable* di una determinata organizzazione”. Di qui, la conseguenza che “la natura privilegiata del singolo ente non rappresenta più un beneficio ottriato dall'ordinamento, bensì un vero e proprio diritto soggettivo dei privati a sviluppare la propria attività grazie (anche) ai benefici fiscali acquisiti”.

(15) *Morice v Bishop of Durham* (1804) 9 Ves 399.

(16) R. Pearce – J. Stevens, *The Law of Trusts* [*supra*, nota 4], p. 515. *Williams' Trustees v IRC* [1947] AC 447, per Lord Simonds, p. 455: “The first is that it is still the general law that a trust is not charitable and entitled to the privileges which charity confers, unless it is within the spirit and intendment of the preamble to the Statute of Elizabeth”. Sul concetto di “spirit and intendment of the preamble” v., più recentemente, *Attorney General of the Cayman Islands v Wahr-Hansen* [2001] 1 AC 75. V., pure, J. Warburton, *Tudor* [*supra*, nota 1], p. 3, il quale – in relazione al *limiting effect* del Preambolo sull'attività dei giudici – sottolinea: “How limiting has depended on the circumstances in which the courts have been called upon to determine if a particular purpose was charitable”.

(17) *National Anti-Vivisection Society v IRC* [1948] A.C. 31, p. 74.

(18) Il riferimento è al Mortmain and Charitable Uses Act del 1888. V'è da dire, tuttavia, che tale ultrattività è stata garantita nel corso dei secoli anche dal legislatore: sul punto, J. Warburton, *Tudor* [*supra*, nota 1], p. 3 s., evidenzia che il Preambolo fu “preserved by s.13(2) of the Mortmain and Charitable Uses Act 1888”; nonostante l'Act del 1888 e le previsioni in esso contenute che preservavano il Preambolo furono sostituite esplicitamente dalla *section 39* del Charities Act 1960, lo stesso provvedimento del 1960, nella *section 38*, “provided that any reference in any enactment or document to a charity within the meaning, purview or interpretation of the Statute of Elizabeth I or the preamble to it shall be construed as a reference to a charity within the meaning which the word bears as a legal term according to the law of England and Wales”. Ciò costituisce un chiaro ed inequivocabile riferimento al *case law* “built upon the foundation of the preamble. It follows that the Charities Act 1960 did nothing which changes the substantive law of charity”.

(19) *Morice v Bishop of Durham* (1805) 10 Ves. 522, p. 531; in questa Rivista, 2004, 606.

(20) *Commissioners for Special Income Tax v Pemsel* [1891] AC 531.

for the advancement of religion, and trusts for other purposes beneficial to the community not falling under any of the preceding heads”(21).

Il punto più problematico della classificazione di Macnaghten è ovviamente l'ultimo, concernente gli “other purposes beneficial to the community”, non rientranti nelle precedenti tre categorie: in particolar modo, la maggiore difficoltà interpretativa è stata individuata nel distinguere tra le finalità *beneficial to the community* che sono qualificabili *charitable* e quelle che, pur essendo *beneficial to the community*, non sono qualificabili come tali(22).

Il criterio interpretativo usato dalla giurisprudenza per risolvere tale problema è lo “spirit and intendment” del Preambolo, cui i giudici devono attenersi nella valutazione di finalità che non siano assimilabili alle prime tre categorie(23). Tuttavia, nel corso dei secoli, le corti hanno palesato differenti modi di approcciarsi al Preambolo e, quindi, al concetto di “spirit and intendment” dello stesso, al fine di estendere le maglie della quarta categoria residuale.

Autorevole dottrina ne individua almeno tre(24).

Il primo orientamento segue un approccio assolutamente aperto, evitando di adottare alcun procedimento analogico e negando il *charitable status* solo in presenza di specifiche motivazioni che ne consiglino l'esclusione(25). Il secondo orientamento fa leva su un approccio analogico, attribuendo tale *status* alle *institutions* che perseguono finalità riconducibili in chiave analogica al contenuto del Preambolo ovvero alle altre finalità riconosciute come *charitable* all'interno della quarta categoria(26). Il terzo richiede che la nuova finalità sia generalmente riconducibile, in via di *broader analogy*, ai *charitable purposes* riconosciuti nel *case law*(27).

Oltre al Preambolo ed all'attività di razionalizzazione della giurisprudenza, deve attribuirsi ai Charity Commissioners un ruolo fondamentale nella determinazione dei *charitable purposes*: ruolo tanto più rilevante ove si tenga conto dell'esiguo numero di *cases* concernenti l'attribuzione di *charitable status*, che raggiungono le corti(28). Si aggiunga, poi, che il procedimento di accesso al *charitable status* è stato negli anni fortemente incentrato nelle mani dei Commissioners, attraverso la procedura di *registration*(29).

Nel corso degli anni, le decisioni dei commissari hanno costituito – e costituiscono tuttora – il vero motore fondante lo sviluppo contenutistico della *charity law*: nello svolgere questa attività di individuazione dei *charitable purposes*, i commissari adotta-

no un duplice test, basato sull'utilizzo dello strumento analogico e sulla valutazione del requisito del *public benefit*(30). Si tenga altresì conto che i Commissioners appaiono meglio attrezzati e preparati ad adeguare l'oggetto della *charity law* ai continui mutamenti sociali(31).

Tale ruolo fa della Commissione un vero e proprio organo paragiudiziario con funzioni di *making-law*.

#### Note:

(21) *Commissioners for Special Income Tax v Pemsel* [supra, nota 20], p. 544.

J. Warburton, Tudor [supra, nota 1], p. 13 s., sottolinea alcuni tratti discretivi tra la classificazione di Romilly e quella di Lord Macnaghten. Innanzitutto una maggiore accuratezza linguistica in quest'ultima, laddove si sostituisce il termine “learning” con “education”. In secondo luogo, il quarto *head* di Macnaghten sembra avere una valenza contenutistica più ampia.

(22) G.W. Keeton – L.A. Sheridan, Keeton & Sheridan's [supra, nota 13], p. 10. Secondo J. McGhee, Snell's Equity [supra, nota 12], p. 518: “The expression “other purposes beneficial to the community” is vague, but it must not be taken to include every object of general public utility”. Sul punto, v. l'opinione di Andrews L. C. J. in *Trustees of the Londonderry Presbyterian Church House v Commissioners of Inland Revenue* [1946] N.I. 178, p. 187 s.; v. pure l'opinione di Russell L. J. in *Incorporated Council of Law Reporting for England and Wales v Att-Gen* [1972] Ch. 73, p. 87 s.

(23) *Re Macduff* [1896] 2 Ch. 451, p. 466; *Re Strakosch* [1949] Ch. 529; *IRC v Baddeley* [1955] A.C. 572; *Scottish Burial Reform and Cremation Society Ltd v Glasgow Corporation* [1968] AC 138.

(24) J. Warburton, Tudor [supra, nota 1], pp. 5-7; v. pure R. Pearce – J. Stevens, *The Law of Trusts* [supra, nota 4], p. 516 s.

(25) *Incorporated Council of Law Reporting for England and Wales v Att-Gen* [supra, nota 22], p. 88.

L'utilità di tale approccio interpretativo, proposto da Russell L. J., si può misurare in relazione alle fattispecie in cui si riscontri una finalità che – pur essendo pienamente in linea con il requisito del *public benefit* – non può essere ricondotta in via analogica a nessuno dei *purposes* già individuati, quali *charitable*. Tale approccio, pienamente critico nei confronti della valenza dello “spirit and intendment of Preamble”, permetterebbe così di dare attenzione a finalità non riconducibili, *prima facie*, in chiave analogica al sostrato esistente in tema di *charitable activity*. Sul punto, v. R. Pearce – J. Stevens, *The Law of Trusts* [supra, nota 4], p. 516 s.

(26) *Barralet v Att-Gen* [1980] 3 All E.R. 918, p. 926.

(27) *Re Strakosch* [supra, nota 23], p. 538.

Più in generale, sul problema dell'individuazione del criterio analogico in relazione ai parametri del Preambolo: Viscount Simonds, in *IRC v Baddeley* [supra, nota 23], p. 583; ancora Viscount Simonds, in *Gilmour v Coats* [1949] A.C. 426, p. 448 s.; Lord Sterndale M.R., in *Re Tetley* [1923] 1 Ch. 258, p. 266 s.; Chitty J., in *Re Foveaux* [1895] 2 Ch. 501, p. 504.

(28) P. Luxton, *The Law of Charities* [supra, nota 1], p. 26.

(29) G. Watt, *Todd and Watt's Cases and Materials on Equity and Trusts*, Oxford, 2007, p. 246 s.

(30) Sono state tuttavia esplicitate delle critiche sullo svolgimento di tale attività da parte dei Commissioners, in quanto gli stessi avrebbero operato, negli ultimi anni, sulla base di valutazioni soggettive, anziché alla luce di principi legali: H. Picarda, *Charity Review Is a Review Too Far*, (1998) 12 *Lawyer* 9, 22.

(31) P. Luxton, *The Law of Charities* [supra, nota 1], p. 26.

La più attenta dottrina inglese ha manifestato nel corso degli anni una sempre più pressante esigenza di chiarificazione della materia, resa troppo frammentaria ed incerta dall'attivismo delle corti e dalla vivace opera di selezione messa in atto dai Charity Commissioners(32). Le commissioni di riforma, chiamate in anni diversi a dare una risposta a questo problema, si sono soffermate sulla necessità o meno di introdurre una *statutory definition* che inquadrasse in maniera chiara e scevra da ogni incertezza il *legal meaning* del termine "charity"(33). Nel fare ciò, vi erano due principali preoccupazioni di senso opposto: da un lato, si temeva il rischio che una definizione statutaria di *charity*, attraverso la determinazione analitica del suo contenuto, imbavagliasse il sistema, impedendogli di evolversi in base ai mutamenti della società. Sotto tale aspetto, invece, la determinazione dei *charitable matters* attraverso il *case law* e l'attività dei Charity Commissioners si era rilevata assolutamente adatta ad affrontare questi problemi di flessibilità del dato normativo. Dall'altro lato, *a contrario*, l'introduzione di una definizione troppo succinta e neutra, che non tenesse conto in via analitica degli approdi raggiunti negli anni sull'oggetto dell'attività *charitable*, prestava il fianco a futuri rischi di *overlitigation* su che cosa dovesse rientrare o meno nel concetto di attività *charitable*(34).

La riforma del 2006 opera una risistemazione del *case law* esistente in tema di *charitable purposes*, introducendo nuovi profili di valutazione e di revisione dei rapporti di forza tra le tradizionali fonti della *charity law*. Come sottolineato, in base al Charities Act 2006, la definizione di *charity* è strettamente connessa al profilo contenutistico e finalistico di tale attività, attinente ai *charitable purposes*.

La *section 2(1)* dà quindi una definizione di "charitable purpose", prevedendo un duplice requisito: che il *purpose* rientri tra quelli indicati nell'elenco predisposto dalla *section 2(2)*; che lo stesso sia inquadrabile alla luce del concetto di *public benefit*.

Preme rilevare che la *charity law* viene definitivamente affrancata dall'influenza in chiave interpretativa del Preambolo, in quanto la *section 1(3)* dispone: "A reference in any enactment or document to a charity within the meaning of the Charitable Uses Act 1601 (c. 4) or the preamble to it is to be construed as a reference to a charity as defined by subsection (1)".

Del resto, la stessa giurisprudenza aveva saggiamente rilevato – in tempi non sospetti – che "the spirit and intendment of the preamble to the Statute of

Elizabeth have been stretched almost to breaking point"(35).

Il Charities Act 2006 ha introdotto – nella *section 2(2)* – un articolato elenco di *charitable purposes*, in cui vengono sostanzialmente riportati sul piano normativo gli approdi della giurisprudenza e dei Commissioners nel corso degli anni sulle finalità ritenute *charitable*(36). Così facendo, il legislatore inglese ha

#### Note:

(32) Su tale problema, N. Bentwich, *The Wilderness of Legal Charity* (1933) 49 L.Q.R. 187; J. Brunyate, *The Legal Definition of Charity* (1945) 61 L.Q.R. 268; G. Cross, *Some Recent Developments in the Law of Charity* (1956) 72 L.Q.R. 187; G. W. Keeton, *Some Problems in the Reform of the Law of Charities* (1960) 13 C.L.P. 22; S. Bright, *Charity and Trusts for the Public Benefit – Time for a Re-Think?* (1989) *Conveyancer* 28; C. Mitchell, *Redefining Charity in English Law* (1999) 13 *Trust Law Int* 21.

(33) Le posizioni sul punto erano varie: nel Centris Report "Voluntary Action" del 1993 si propose di eliminare totalmente il *legal concept* di *charity*; il Deakin Report del 1996 – pur consigliando di conservare tale *legal concept* – si soffermò sulla necessità di eliminare la tradizionale definizione di *charity*, ricavata dal combinato riferimento al Preambolo ed al *Pemsel case*, e di sostituirla attraverso una definizione neutra ed ampia, assimilabile ad una sorta di clausola generale, che fosse *clear, workable and flexible*. Tale definizione fu individuata nel concetto di "benefit to the community".

In maniera meno innovativa, il Nathan Report del 1956 propose di dare valenza statutaria alla classificazione enucleata in *Pemsel*. Più approfonditamente, il Goodman Report del 1976 propose una soluzione che – di lì a trent'anni – sarebbe stata sostanzialmente adottata con la riforma del 2006: riconoscendo che non poteva prescindere dall'elaborazione giurisprudenziale e dei Commissioners relativamente ai *charitable purposes*, si propose di adottare una classificazione più ricca di quella contenuta in *Pemsel*, dando veste statutaria agli approdi del *case law* e della Commissione in tema di riconoscimento dei *charitable purposes* ed aggiornando l'elencazione del Preambolo.

(34) P. Luxton, *The Law of Charities* [supra, nota 1], p. 25.

(35) In tal senso, l'*opinion* di Lord Upjohn in *Scottish Burial Reform and Cremation Society Ltd v Glasgow Corporation* [supra, nota 23], p. 138. V., pure, R. Pearce – J. Stevens, *The Law of Trusts* [supra, nota 4], p. 515, ove si rileva che "the preamble cannot possibly anticipate the needs of society in the 21st century, and is an inadequate vehicle for determining charitable status".

(36) I *charitable purposes* indicati nella *section 2(2)* del Charities Act 2006 sono tredici: "a) The prevention or relief of poverty; b) the advancement of education; c) the advancement of religion; d) the advancement of health or the saving of lives; e) the advancement of citizenship or community development; f) the advancement of the arts, culture, heritage or science; g) the advancement of amateur sports; the advancement of human rights, conflict resolution or reconciliation or the promotion of religious or racial harmony or equality and diversity; h) the advancement of environmental protection or improvement; i) the relief of those in need by reason of youth, age, ill-health, disability, financial hardship or other disadvantage; j) the advancement of animal welfare; h) the promotion of the efficiency of the armed forces of the Crown, or of the efficiency of the police, fire and rescue services or ambulance services; l) any other purposes within subsection 4".

Alla luce di tale ultimo riferimento, i *purposes* ulteriori sono quelli "[...] a) recognised as charitable purposes under existing charity law or by virtue of section 1 of the Recreational Charities Act 1958; b) [...] that may reasonably be regarded as analogous to, or within the spirit of, any pur-

(segue)

dato autonoma dignità a *purposes* già riconosciuti e ricompresi in via interpretativa nelle quattro categorie enucleate in *Pemsel*: si pensi alla tutela della salute ed alla assistenza sanitaria, prima del 2006 ricondotte nell'ambito del sostegno ai poveri; ovvero all'attività sportiva amatoriale, da sempre inquadrata alla luce dello sviluppo dei servizi educativi; od ancora alla tutela dell'ambiente ed alla salute degli animali, categorie precedentemente ricavate dalla categoria residuale degli "other purposes beneficial to the community".

La novità è di quelle rilevanti per due ordini di ragioni: da un lato, con tale ampia e varia elencazione, viene cristallizzata in un impianto normativo l'evoluzione del *case law* esistente e degli approdi dei Charity Commissioners, con l'ovvia conseguenza di chiarire che cosa l'ordinamento intende per *charitable purpose*.

Dall'altro lato, l'introduzione di una vera e propria *statutory list* – che va a sostituire l'elencazione del 1601 che, in quanto contenuta in un preambolo di una legge, non aveva carattere normativo, nonché quella giurisprudenziale del *case Pemsel* – comporta che i *purposes* contenuti nella stessa potranno essere modificati in futuro esclusivamente attraverso un provvedimento legislativo.

Nonostante la analitica specificazione dei *purposes* meritevoli di tutela, il sistema resta aperto ai mutamenti ed alle novità sul piano sociale attraverso l'ultima categoria che funge, come quella corrispondente nella classificazione di Macnaghten, da *catch-all head*. V'è da notare che il provvedimento di riforma, nella *section 2(4)*, lett. b) e c), prevede esplicitamente in via statutaria l'utilizzo dello strumento dell'analogia per arricchire ulteriormente la pur già varia lista di *charitable objects*: analogia che potrà operare sia con riferimento alla *ratio* che fonda la natura *charitable* dei *purposes* esplicitamente elencati nella *section* citata (lett. b), sia con riferimento alla *ratio* che fonda in via *charitable* questi ultimi *purposes* richiamati (lett. c).

Lo strumento dell'analogia assurge dunque a meccanismo essenziale per adeguare la lista dei *charitable purposes* ai c.d. *future developments*, consentendo altresì – in via più immediata – di comprendere all'interno dell'ultima categoria degli "any other purposes" anche quelle finalità che sono state sorprendentemente dimenticate dal legislatore, nella redazione della *statutory list*(37).

## ■ La rilevanza del *public benefit*

Il requisito del *public benefit* è stato sempre assun-

to a criterio essenziale per affermare il carattere di *charitable purpose*(38). Si deve alla Court of Chancery la prima formulazione di tale requisito: in un *case* del XVIII secolo, la corte ha stabilito che un trust – per essere qualificato come *charitable* – deve avere un *public character*(39). In altre parole, l'attività del trust deve essere finalizzata al "benefit of the community or an appreciably important section of the community"(40).

È evidente la stretta inerenza di tale requisito ai benefici di carattere fiscale di cui gode una *institution* che sia qualificata *charitable*: "Broadly speaking, it is the fact that charitable purposes are beneficial to the public, and therefore directly or indirectly save public money, that justifies the trust law and fiscal 'privileges' that charities enjoy"(41).

Senonché la giurisprudenza ed i Commissioners hanno sempre avuto un approccio differenziato in merito al rispetto del *public benefit*, a seconda del tipo di *purpose* a cui si chieda di riconoscere natura *charitable*: tradizionalmente, nell'ottica della quadripartizione di Macnaghten, le prime tre categorie (*relief of poverty, advancement of religion, advancement of education*) hanno sempre goduto di una presunzione legale, in virtù della quale un'*institution* finalizzata al raggiungimento di un *purpose* riconducibile ad una delle tre categorie richiamate superava solo per tale motivo il *public benefit test*. In altre parole, è sempre spettato a chi avesse voluto contestare o negare il carattere *charitable* dell'*institution* richiedente l'onere di provare che la stessa non rispettava il requisito del *public benefit*.

Tale regime di favore non ha trovato applicazione

Note:  
(continua nota 36)

poses falling within any of those paragraphs or paragraph (a) above; c) [...] that may reasonably be regarded as analogous to, or within the spirit of, any purposes which have been recognised under charity law as falling within paragraph (b) above or this paragraph".

(37) In J. P. da Costa – H. Harvie, Tolley's Guide [*supra*, nota 3], p. 19, si fa riferimento, in via esemplificativa, ad alcune finalità omesse nell'elenco, ossia "the prevention of crime, the provision of social housing and the relief of unemployment".

(38) P. S. Atiyah, Public Benefit in Charities, (1958) 21 Mod. L. Rev. 138.

(39) *Jones v Williams* (1767) Amb. 651, p. 652.

(40) J. Warburton, Tudor [*supra*, nota 1], p. 7.

(41) G. Watt, Todd and Watt's Cases and Materials [*supra*, nota 29], p. 229; v. pure A. MacLennan, Blackstone's Guide [*supra*, nota 8], p. 12.

in relazione alla quarta categoria di *Pemsel*: spettava alle *institutions* operanti nell'ambito degli *other purposes beneficial to the community* – per ottenere la qualificazione di soggetto *charitable* – l'onere di provare il rispetto del *public benefit*.

La riforma del 2006 è intervenuta radicalmente su tale tradizionale impostazione, forse alla luce di una più sentita esigenza di giustificare il trattamento di favore fiscale in capo alle *charities*. Come già sottolineato, il nuovo *Charities Act* definisce *charitable* un *purpose* che – oltre a rientrare nell'elenco predisposto dalla *section 2(2)* – rispetti il requisito del *public benefit*. È la prima volta che il requisito in esame viene esplicitato in un provvedimento legislativo.

Con l'entrata in vigore della riforma, il punto di radicale cambiamento rispetto al modo tradizionale di intendere la rispondenza della finalità al c.d. *public benefit* sta nella necessità per una *institution* – che richieda il riconoscimento del carattere *charitable* – di provare la sussistenza di tale requisito, indipendentemente dal *purpose* che si voglia perseguire. Su tale aspetto, la *section 3(2)* è chiara: nel determinare se il requisito del *public benefit* “is satisfied in relation to any such purpose, it is not to be presumed that a purpose of a particular description is for the public benefit”.

È stata, quindi, eliminata la presunzione di sussistenza del *public benefit* che tradizionalmente si riconosceva solo in relazione al perseguimento del *relief of poverty*, dell'*advancement of religion* ed *education*(42).

Tale innovazione non ha carattere retroattivo: la necessità di provare il rispetto del *public benefit* riguarderà solo le nuove registrazioni. E, tuttavia, le *charities* già registrate sono comunque colpite dalla riforma in quanto il *public benefit test* non si esaurisce con esclusivo riferimento alla fase iniziale della *registration*, ma diventa un criterio che deve essere rispettato (e la cui sussistenza deve essere dimostrata) dalla *charity* nel corso della sua attività.

Il riconoscimento della *charitable activity* in capo ad una *institution* viene, dunque, assoggettato al rigido rispetto di un *two-steps test*: accanto alla riconducibilità, diretta o per analogia, della finalità perseguita nella *statutory list*, è altresì richiesto che si dimostri che la finalità indicata persegua il *public benefit*.

Pur valorizzando il requisito in esame, la riforma non ne offre una definizione, né tantomeno chiarisce come lo stesso debba essere provato, limitandosi a disporre quanto segue: “In this Part any reference to the public benefit is a reference to the public benefit

as that term is understood for the purposes of the law relating to charities in England and Wales”(43).

Si attribuisce, poi, alla Charity Commission l'obbligo di attivarsi e promuovere “awareness and understanding of the operation of the requirement”(44). La Commission ha recentemente dato positivo riscontro a tale obbligo, attraverso la pubblicazione della *guidance* “Charities and Public Benefit”(45).

Occorre dunque muovere da tale recente pubblicazione, nonché dagli approdi tradizionali del *case law*, per chiarire sul piano contenutistico e probatorio il concetto di *public benefit*.

Il primo aspetto problematico è stato individuato con riferimento alla necessità di chiarire il concetto di *identifiable benefit* ed il concetto di *public* cui tale *benefit* deve indirizzarsi. Sotto il primo punto di vista, ci si è chiesti quale criterio interpretativo (soggettivo od oggettivo) debba adottare la Charity Commission ovvero i giudici nel determinare ed identificare il *benefit* perseguito.

L'orientamento preponderante si è indirizzato verso una determinazione del *benefit* in chiave prettamente oggettiva: in *National Anti-Vivisection Society v IRC*, l'*House of Lords* ha stabilito – in relazione ad un *gift* nei confronti della comunità – che il carattere *charitable* non può essere determinato indagando, sul piano soggettivo, l'effettiva volontà del *donor*(46). L'intenzione del *donor* è irrilevante, dovendosi, invece, accertare, con un'operazione di costruzione interpretativa prettamente oggettiva, se l'oggetto del *gift* abbia natura *charitable* o meno. Di conseguenza, in presenza di un oggetto *charitable*, è irrilevante che il *donor* abbia agito per motivi non *charitable*.

#### Note:

(42) In J. P. da Costa – H. Harvie, *Tolley's Guide* [supra, nota 3], p. 23 – in relazione alla soppressione della presunzione in questione – si rileva che la vera intenzione del legislatore era, soprattutto, di colpire le c.d. *fee charging charities* (molto numerose, specie nel settore scolastico privato), sottolineando che “It is estimated that there are around 1,000 independent schools [...] Indeed, Ministers were explicit in expressing the view that these types of charities would have to produce strong evidence of a wide public benefit in order to retain their charitable status”.

(43) *Section 3(3)*, CA 2006.

(44) *Section 4(2)*, CA 2006.

(45) Charity Commission, *Charities and Public Benefit*, January 2008, consultabile sul sito internet della Charity Commission, all'indirizzo <http://www.charity-commission.gov.uk/publicbenefit/>.

(46) [1948] A.C. 31, p. 44 s.; nello stesso senso, *Re Hummeltenberg* [1923] 1 Ch. 237, p. 242; *Re Pinion* [1965] Ch. 85, p. 106; *Skegness UDC v Derbyshire Miners' Welfare Committee* [1959] A.C. 807, p. 823 s.; *Hoare v Hosborn* (1866) L.R. 1 Eq. 585, p. 588.

Più specificamente, sul piano dell'individuazione di tale *benefit*, l'onere della prova è soddisfatto dimostrando che "tangible and objective benefits will flow from the particular purpose"(47).

L'altro aspetto attiene alla corretta individuazione del *public* cui tale *benefit* deve inerire: il principio tradizionalmente confermato in tema di *charities* e *public benefit* è che l'*institution* non deve indirizzarsi verso il beneficio di pochi, ma al contrario deve tendere al beneficio della comunità ovvero di un determinato settore pubblico. Al principio testé richiamato, che statuisce il carattere non *charitable* di scopi tesi al perseguimento del beneficio di pochi individui, ha sempre fatto eccezione il trust od altra *institution* che persegue il *relief of poverty*: in tale ipotesi, è stato stabilito il carattere *charitable* di trust ristretti al beneficio di soggetti riconducibili ad una determinata cerchia(48).

La corretta individuazione della *beneficiary class* sfugge ad una logica sistematica ed è affidata all'attività di integrazione ed interpretazione delle corti. In ogni caso, in merito alla individuazione di una *ratio* discrezionale adeguata è stato rilevato quanto segue: "Whilst the distinction is not an easy one, its underlying rationale is to distinguish those organizations which look outward and seek to provide public benefits from those which are inward looking and self-serving"(49).

In *Oppenheim v Tobacco Securities Trust Co Ltd* (1951), Lord Simonds ha enucleato un importante principio al fine di qualificare una *class of beneficiaries* quale *sector of public* e, di conseguenza, sottoporre il trust o l'*institution* al *charity law*: è la c.d. *personal nexus rule*(50). Una *class of beneficiaries*, per divenire rilevante ai fini *charitable*, non deve essere numericamente trascurabile; inoltre, i suoi membri non devono essere identificabili in virtù di un *personal nexus*, ossia "the quality which distinguishes them from other members of the community, so that they form by themselves a section of it, must be a quality which does not depend on their relationship to a particular individual"(51).

Strettamente connesso al requisito del *public benefit* è il tradizionale obbligo delle *charities*, per essere qualificate tali, di avere ad oggetto attività dalla natura esclusivamente *charitable*. Tradizionalmente, tuttavia, le *charities* sono state sempre ammesse ad esercitare in via incidentale e supplementare – accanto alla primaria e fondamentale attività *charitable* – un'attività non *charitable*, purché questa abbia carattere sussidiario rispetto all'attività principale(52).

Tale aspetto prefigura un ulteriore ed interessante profilo di indagine a cui qui si intende solo accennare: il rapporto tra finalità *charitable* ed attività d'impresa.

Il problema dello svolgimento di attività d'impresa da parte di una *charity* è strettamente connesso all'obbligo di gestione in chiave fruttifera del patrimonio (reale o personale che sia), destinato al perseguimento della finalità *charitable*(53).

L'esperienza inglese contemporanea non ha mai posto in contraddizione la finalità *charitable* con lo svolgimento di attività di impresa: al contrario il c.d. lucro soggettivo si realizza attraverso la gestione di un'attività finalizzata alla distribuzione degli utili in chiave egoistica, ovvero di quanto resta del patrimonio al momento dello scioglimento dell'ente. Tali possibilità, anche in via parziale, vengono assolutamente negate dal sistema.

La differenza sostanziale tra scopo di lucro in chiave soggettiva ed attività di impresa è alla base della possibilità, per gli enti *charitable*, di accedere secondo varie forme alla seconda per addivenire meglio al soddisfacimento del loro scopo *charitable*.

L'attività di impresa può essere piegata, quindi, al

#### Note:

(47) J. Warburton, Tudor [*supra*, nota 1], p. 8, rileva, inoltre, che – in presenza di *intangible benefits* – le corti richiedono affinché sia riconosciuto il *charitable status* che vi sia consenso e approvazione sociale in relazione all'oggetto in esame.

(48) Per i trust in favore di soggetti riconducibili alle *relations of the donor*, v. *Re Scarisbrick* [1951] Ch. 622; *Re Cohen, Cowan v Cohen* [1973] 1 W.L.R. 415; *Re Segelman* [1996] Ch. 171; per quelli in favore di *employees* di un *employer* e dei loro familiari, v. *Gibson v South American Stores (Gath & Chaves) Ltd* [1950] Ch. 177; per quelli in favore di membri di un club, *Re Young, Westminster Bank Ltd v Sterling* [1955] 1 W.L.R. 1269.

(49) J. Warburton, Tudor [*supra*, nota 1], p. 10, sottolinea come tale attività di selezione muti a seconda della categoria *charitable* in esame: "Thus what is a sufficient section of the community to support a valid trust under one head will not necessarily be sufficient to support a trust under another head".

(50) *Oppenheim v Tobacco Securities Trust Co Ltd* [1951] A.C. 297.

(51) *Oppenheim v Tobacco Securities Trust Co Ltd* [*supra*, nota 50], p. 306. V., inoltre, R. Pearce – J. Stevens, *The Law of Trusts* [*supra*, nota 4], p. 530: "The rationale behind the test is understandable, namely that purely private groups should not receive the tax privileges enjoyed by charities".

(52) Sul punto, v. pure J. McGhee, *Snell's Equity* [*supra*, nota 12], p. 524 s.; R. Pearce – J. Stevens, *The Law of Trusts* [*supra*, nota 4], pp. 539-541.

(53) Proprio dalla strenua avversione dei *common lawyers* verso le forme di "manomorta" deriva l'obbligo in capo ai trustee – stante, come vedremo, la perpetuità del *charitable trust* – di gestire il patrimonio in maniera fruttifera, al fine di destinare tali frutti alle finalità di solidarietà (M. Stalteri, *Enti non profit* [*supra*, nota 11], p. 134).

fine *charitable* attraverso peculiari modalità operative(54).

## ■ Le forme dell'organizzazione: dal *charitable trust* alla *charitable incorporated organization*

È stato acutamente osservato in dottrina: "Charity law refers essentially to the law relating to charitable status, regardless of an institution's legal structure"(55).

E, tuttavia, la *charitable activity* non può svolgersi se non all'interno di una tra le *legal structures* messe a disposizione dei privati per raggiungere i citati fini *charitable*. Sotto tale aspetto, sembra interessante ripercorrere le motivazioni che hanno condotto all'individuazione delle *legal structures* idonee a fungere da forme organizzative dell'attività *charitable*.

Tradizionalmente, la *legal structure* più utilizzata a fini *charitable* è il trust: in particolare, l'utilizzo del peculiare *charitable trust* si affermò già nel XVI secolo contemporaneamente allo sviluppo ed alla consolidazione dei *charitable uses*. Nel tempo si è tuttavia affermato anche l'utilizzo di forme legali a struttura associativa quali, ad esempio, le *unincorporated associations*. Verso la fine del XIX secolo, poi, la necessità di adottare una forma organizzativa che consentisse ai suoi amministratori di usufruire di una *limited liability* indirizzò l'attenzione del mondo *charitable* verso le *companies*, con peculiare riferimento a quelle *limited by guarantee*(56).

In virtù di tale evoluzione storica e giuridica, preme rilevare due notazioni fondamentali.

In primo luogo, il quadro complesso appena segnalato ha come peculiare risultato che le *charitable institutions* scontano l'applicazione di un doppio regime disciplinare: quello concernente il *charitable status* e quello relativo alla *legal structure* prescelta(57).

In secondo luogo, bisogna evidenziare che – sul piano dell'amministrazione e dell'organizzazione – la disciplina della *charity law* è essenzialmente disciplina del *charitable trust*. In altre parole, il trust, costituendo la figura più importante attraverso cui può esplicarsi la *charitable activity*, influenza ampiamente non solo l'organizzazione della *charity law*, ma anche il linguaggio e le terminologie adoperate in tale settore(58). Basti pensare al Charities Act 1993, nel quale i soggetti incaricati dell'amministrazione della *charitable institution* sono indicati quali "charitable trustee" indipendentemente dalla circostanza che la

*legal structure* utilizzata sia un trust ovvero una *company* od una *association*(59).

Il *charitable trust* è una peculiare variante del trust tradizionalmente inteso (c.d. *private*), dal quale si differenzia – oltre che per alcuni aspetti applicativi – per la circostanza che nel primo (al contrario del secondo) non individuiamo un beneficiario specifico, ma un vincolo c.d. di scopo, teso alla redistribuzione delle risorse del trust nei confronti di una determinata attività *charitable*(60). Ciò costituisce piena ecce-

### Note:

(54) L'attività d'impresa potrà essere esercitata secondo due fondamentali modalità che si sostanziano nel *trading by charities* e nel *trading by subsidiaries*. Si aggiunga, inoltre, che l'esercizio di attività d'impresa da parte delle *charities* gode di una serie di agevolazioni fiscali non di poco conto (Charity Commission, Trustees, trading and tax. How Charities may lawfully trade, CC35, Londra, aprile 2007).

Lo svolgimento di attività d'impresa da parte della *charity* tradizionalmente più diffuso è proprio quello *by subsidiary*: la costituzione di una società commerciale (*trading company* o *subsidiary*) alla quale imputare l'attività speculativa concernente *non-primary purposes* ad alto rischio. In tal caso, i proventi dell'attività speculativa, incassati dalla controllata, saranno poi trasferiti alla controllante per destinarli alla finalità *charitable*. I benefici derivanti dalla costituzione di un ente separato da destinare allo svolgimento di attività d'impresa sono: la separazione dei profili di responsabilità da cui deriva la piena salvaguardia dell'assetto patrimoniale della controllante avente finalità *charitable*; l'accesso ad una fiscalità agevolata.

(55) P. Luxton, The Law of Charities [*supra*, nota 1], p. 16.

(56) J. Warburton, Tudor [*supra*, nota 1], p. 131.

(57) P. Luxton, The Law of Charities [*supra*, nota 1], p. 16.

(58) A.W. Scott – W.F. Fratcher, The Law of Trusts, IVA, Boston, 1989, p. 9: "Certainly many of the principles applicable to charitable trusts are applicable to charitable corporations".

(59) CA 1993.

Con riferimento alla natura ibrida delle *charitable companies*, v. E. J. Mockler, Charitable Corporations: A Bastard Legal Form (1966) C.B.A. Papers 229: "As the common law has developed, numerous situations have arisen in which legal forms have been interbred; purity has been lost to expediency and the needs of the day have spawned some curious results. Forms, once strangers to each other, have been joined out of wedlock and the result has been the birth of a nullius filius. Of all the bastard legal form it is my contention that the charitable corporation ranks to the top of the list. It has strains of both corporation law and trusts and on the paternal side one sees shades of the Chancellor's foot!". Più recentemente, v. M. C. Cullity, The Charitable Corporation: a "Bastard" Legal Form Revisited, (2006) CL & PR 9.2., 19.

Ma v., pure, P. Luxton, The Law of Charities [*supra*, nota 1], p. 17: "The powerful influence of the trust has also led to confusion in some areas over whether the appropriate law should be that which relates to status or which relates to structure, an example concerns the fiduciary duties of directors of charitable companies: should they be judged by the fiduciary standards laid down for trustees in the strict sense, or by those laid down for company directors generally? [...] The case law provides no clear answers".

(60) Sul punto, v. M. Lupoi, Trusts [*supra*, nota 2], p. 211. Ma v. pure A. W. Scott – W. F. Fratcher, The Law of Trusts [*supra*, nota 58], p. 7: "A charitable trust is a relationship with respect to property".

Sulla differenza tra tecnica del patrimonio separato e tecnica della soggettivazione, in relazione al rapporto tra *charitable trust* e fondazione, v.

(segue)

zione al c.d. *beneficiary principle*, in base al quale i trust privi di beneficiari sono affetti da nullità. I *charitable trust* costituiscono l'unico esempio di *purpose trust* pienamente valido e, data la rilevanza di tale eccezione, autorevole dottrina ha sottolineato come – a seguito di essa – sia da porre in dubbio lo stesso fondamento del principio in esame(61).

Per definizione, il *charitable trust* costituisce sempre un negozio a titolo gratuito, sostanziando un vincolo di destinazione del patrimonio oggetto di disposizione per fini di solidarietà(62). Ciò al contrario del *private trust*, la cui gratuità non è una costante, potendo il disponente, ad esempio, istituire un trust a proprio ed esclusivo beneficio(63).

Al contrario del *private trust*, il trust di scopo *charitable* non deve rispettare il principio della *certainty of objects*: non si richiede la certezza del *purpose* perseguito, ma che quelli potenzialmente perseguibili siano *charitable*(64). Pertanto, anche in presenza di una disposizione che non identifichi perfettamente i *purposes* cui è destinata, il trust sarà ugualmente valido grazie all'attività di integrazione ed interpretazione della Commission e delle corti, le quali applicheranno un apposito schema attraverso il *cy-près* per indirizzare i fondi nell'ambito dei *charitable purposes*(65).

Altra caratteristica fondamentale del trust con fini di solidarietà è la sua tendenziale perpetuità: la destinazione del patrimonio ad un *charitable purpose* comporta la necessità di proiettare la sua gestione in una dimensione diacronica, alla luce di una prospettiva che valorizzi l'amministrazione fruttifera del patrimonio destinato anche nel futuro. Di conseguenza, i principî sulla *duration* e sulla *perpetuity* non si applicano ai *charitable trust*(66).

Pertanto, a meno che il disponente – all'atto della istituzione – non predisponga esplicitamente un termine finale, la perpetuità del vincolo patrimoniale teso al fine *charitable* sarà garantita dall'istituto del c.d. *permanent endowment*. Le risorse che rientrano nel *permanent endowment* costituiscono la parte di patrimonio soggetta ad un vincolo di conservazione tendenzialmente inviolabile(67). Questo spiega perché il rispetto di tale vincolo costituisca la migliore garanzia della perpetuità temporale cui fisiologicamente sono destinati i *charitable trust*.

È stato rilevato come l'influenza della *trust law* nella disciplina delle *charities* sia in parte dovuta alla mancanza di una figura peculiarmente ed esclusivamente dedicata al settore *charitable*(68). In effetti, ciascuna figura tradizionalmente applicata e modellata

per soddisfare le finalità *charitable* (che sia *trust*, *company* od *unincorporated association*) presenta dei profili problematici sul piano operativo: si pensi alla circostanza per cui i trustee di un trust ovvero di una *association* non godono dell'ombrello protettivo della *limited liability*, per l'attività che pongono in essere. Né le polizze assicurative possono fungere da completa panacea per tale problema. L'utilizzo della *company limited by guarantee*, d'altra parte, ha sempre comportato un maggiore aggravio sul piano della gestione e dei controlli, visto l'assoggettamento di tale disciplina sia al Companies Act, sia alla *charity law*(69).

A tal proposito, la riforma del 2006 ha introdotto

**Note:**

(continua nota 60)

A. Gambaro, voce "Trust", Dig. disc. priv., Sez. Civ., vol. XIX, Torino, 1999, 449, a p. 459 s.

In merito alla istituzione di *trust for charitable purposes*, v. J. G. Ross Martyn – S. Bridge – M. Oldham, *Theobald on Wills*, Londra, 2001, pp. 461-488.

(61) M. Lupoi, *Trusts* [supra, nota 2], p. 206 s.

V. pure R. Pearce – J. Stevens, *The Law of Trusts* [supra, nota 4], p. 482, secondo cui "since a mechanism for the enforcement of charitable trusts is provided by the state, the chief objection to purpose trusts (ie that there is nobody in whose favour the court can decree performance of the trust) does not apply. Charitable trusts are enforced by the Charity Commission or by the Attorney General in the name of the Crown".

(62) In J. G. Ross Martyn – S. Bridge – M. Oldham, *Theobald on Wills* [supra, nota 60], p. 462, si sottolinea: "In order to be charitable, a trust must possess two characteristics: (i) an element of benefit to the community, trusts for the relief of poverty being regarded as exempt from, or as easily satisfying, this requirement; and (ii) a purpose which came within either the express terms or the "spirit and intendment" of the preamble to the Charitable Uses Act 1601 or within the terms of the Recreational Charities Act 1958".

(63) M. Stalteri, *Enti non profit* [supra, nota 11], p. 129.

(64) J. Warburton, *Tudor* [supra, nota 1], p. 141.

(65) Sulla *Doctrine of cy-près*, v. A. W. Scott – W. F. Fratcher, *The Law of Trusts* [supra, nota 58], pp. 384 ss.; J. G. Ross Martyn – S. Bridge – M. Oldham, *Theobald on Wills* [supra, nota 60], pp. 489-496.

(66) Al contrario, la *rule against remoteness of vesting* si applica secondo particolari modalità: M. Lupoi, *Trusts* [supra, nota 2], p. 215, n. 252; R. Pearce – J. Stevens, *The Law of Trusts* [supra, nota 4], p. 482 s.

(67) La definizione di *permanent endowment*, contenuta nella *guidance* della Charity Commission su tale argomento, è chiara ed esaustiva: "Permanent endowment means property of the charity (ie land, buildings, investment or cash) which the trustees may not spend as if it were income. It must be held permanently, sometimes it is to be used in furthering the charity's purposes, sometimes to produce an income for the charity" (Charity Commission, *Guidance on Expenditure and Replacement of Permanent Endowment*, Londra, 2005).

(68) P. Luxton, *The Law of Charities* [supra, nota 1], p. 17.

(69) P. Luxton, *The Law of Charities* [supra, nota 1], p. 19, rivela che "There is a distinct advantage in charities being able to choose a corporate form without having to become enmeshed in the complexities and commercial orientation of the Companies Act 1985".

una nuova e peculiare figura di *company*, destinata ad innovare sul piano organizzativo la realtà delle forme di aggregazione sociale tese al perseguimento di *charitable purposes*. Si tratta della *charitable incorporated organization* (CIO): una figura *corporate*; soggetta ad una procedura di registrazione unica presso l'organo di controllo delle *charities*; munita di una soggettività giuridica distinta e separata rispetto a quella dei suoi membri(70).

Con tale nuova *company* si introduce una forte semplificazione in tema di *registration* rispetto alla disciplina della *charitable company*: infatti, nel sistema tradizionale, l'ente – per esercitare attività finalizzata allo scopo sociale e per godere ad un tempo dei benefici propri delle *companies by guarantee* – doveva sottoporsi ad un doppio vaglio di registrazione. Il primo relativo al controllo della Charity Commission; il secondo presso la Companies House territorialmente competente. Tale ultimo controllo e la relativa registrazione garantivano l'acquisizione del beneficio della responsabilità patrimoniale limitata di soci ed amministratori.

Con l'introduzione della CIO, le problematiche relative alla necessità di un doppio vaglio sono state quanto meno mitigate, destinando la competenza in relazione al controllo dei requisiti della *company* alla Charity Commission, per quanti decideranno in futuro di costituire una CIO ovvero di trasformare la preesistente *institution* nella nuova figura.

La riforma ha, infatti, introdotto una serie di facilitazioni per la trasformazione delle preesistenti *charitable companies* nella nuova CIO, senza tuttavia prevedere un obbligo specifico in tal senso.

È prevedibile che la CIO prenderà agevolmente il posto delle *companies* e delle *unincorporated associations*, in quanto maggiormente flessibile ed adatta all'attività *charitable*: rispetto alle prime, infatti, presenta una disciplina più semplificata; rispetto alle seconde, consente ai trustee di godere del beneficio della *limited liability* per l'attività svolta. Sembra, invece, quanto meno dubbio che la stessa possa scalzare e sostituire il *charitable trust*, il quale è sicuramente strumento più avvezzo nella tradizione della *common law* alla gestione di patrimoni affrancati dall'apporto personalistico in chiave associativa.

## ■ Le novità in tema di accesso, controllo e tutela dei diritti: la Charity Commission ed il Charity Tribunal

A presidio dei vincoli di destinazione patrimoniale

e degli obblighi di carattere fiduciario relativi alla corretta amministrazione delle *charities*, l'esperienza inglese pone una autorità indipendente, di origine governativa, ma pienamente autonoma rispetto al potere politico: i Charity Commissioners(71).

Nel 1597, Elisabetta I – volendo predisporre un organo capace di sorvegliare la corretta gestione dei trust destinati a fini di solidarietà – individuò in tale strumento la via ideale per sopperire alla mancanza di poteri ed iniziative processuali dei beneficiari dell'attività di solidarietà. Tuttavia, tale organo – fortemente osteggiato dal mondo religioso, geloso delle proprie prerogative in merito – presentava ancora i caratteri della temporaneità.

Il Charitable Trusts Act 1853, in una prospettiva pienamente innovativa, fissò in via generale i caratteri che riscontriamo attualmente: da tale data, vi sono stati almeno altri tre interventi legislativi che hanno modificato compiti, fisionomia e struttura dell'organo di vigilanza. L'ultimo intervento – in ordine di tempo – è rappresentato dalla riforma del 2006.

Il Charities Act 2006 ha attribuito alla Commission una *corporate form*, affidandole una serie di poteri più incisivi, volti a regolare e correggere, ove necessario, la gestione dei trustee; ciò in spregio a quanto stabilito dalla *section 1* del Charities Act 1993, secondo cui “the Commissioners shall not themselves have power to act in the administration of a charity”(72).

Nonostante tale disposizione, infatti, i commissari possono intervenire pesantemente sulla gestione dell'ente, obbligando il trustee od i suoi dipendenti a porre in essere le azioni specifiche che gli stessi ritengono necessari per gli interessi della *charity*.

Un potere molto invasivo è quello che consiste nella possibilità, sempre riconosciuta alla Commission, di accesso ai documenti della *charity*.

Una ulteriore prerogativa della Commission, di grande utilità per i trustee, consiste nel potere di consultazione in merito a tutti gli aspetti dell'amministrazione dell'ente. In tal senso l'attività di *guidance*

### Note:

(70) J. Dollimore, The Charities Act 2006: Part 2, P.C.B 2007, 3, 229, a p. 232.

Più estensivamente, A. MacLennan, Blackstone's Guide [supra, nota 8], pp. 53-60; J. P. da Costa – H. Harvie, Tolley's Guide [supra, nota 3], pp. 27-42.

(71) H. Picarda, The Law and Practice [supra, nota 13], pp. 578-601.

(72) J. Dollimore, The Charities Act 2006: Part 2 [supra, nota 70], p. 231. Il Charities Act 2006 delinea le singole *functions* della Commission nella *Section 1C* del *Chapter 1, Part 2*.

della Commission è molto proficua ed articolata. Spetta poi alla Charity Commission un potere di integrazione della *membership* dell'ente.

Sono state altresì enunciate una serie di *new responsibilities* in capo alla Charity Commission, che si focalizzano verso una vera e propria attività promozionale del settore *charitable* in relazione ad alcuni obiettivi specifici: "1. The public confidence objective. 2. The public benefit objective. 3. The compliance objective. 4. The charitable resources objective. 5. The accountability objective"(73).

La prerogativa più importante è, tuttavia, quella inerente al potere di registrazione dell'*institution* che voglia svolgere attività *charitable*.

Con la riforma del 2006, il vaglio sui requisiti richiesti per la *registration* spetta esclusivamente alla Charity Commission, in virtù dell'introduzione delle nuove *charitable incorporated organizations*. Nello svolgimento di tale attività, come sottolineato, la Commission ha avuto un ruolo essenziale con riferimento alla integrazione ed alla ulteriore specificazione dei *charitable purposes*(74).

In relazione alla procedura di registrazione presso il Charity Register, sussisteva un obbligo specifico di sottoporsi al vaglio della *registration* in capo agli enti titolari dei seguenti requisiti, anche in via alternativa: 1) patrimonio di destinazione i cui frutti fossero destinati ad attività di solidarietà; 2) patrimonio costituito da beni immobili; 3) un reddito lordo di entrate pari o superiore a 1.000 sterline.

La riforma del 2006 ha espunto i primi due criteri, concentrando esclusivamente l'obbligatorietà della registrazione sul terzo criterio dell'*annual income*, incrementato però a 5.000 sterline(75).

Preme rilevare che la procedura di registrazione è deputata al rispetto di un pieno rapporto di integrazione ed informazione tra la Commission ed il soggetto che richiede la registrazione, con la possibilità di adottare per quest'ultimo – su suggerimento dell'organo di vigilanza – i necessari cambiamenti al fine di ottenere la registrazione.

In ogni caso, in opposizione al rifiuto della Commission l'*institution* potrà ricorrere all'autorità giudiziaria che – prima della riforma 2006 – era la Chancery Division della High Court. Con la riforma testé citata, il legislatore ha voluto intervenire su di un punto spesso oggetto di critiche e sollecitazioni, la mancanza di una Corte deputata a risolvere esclusivamente le controversie sorte in tema di *charities*.

Varie iniziative di riforma avevano sollecitato

l'introduzione di un giudice con compiti specifici in merito alla materia *charitable*: il Deakin Report aveva proposto l'introduzione di un Charity Appeal Tribunal, con una peculiare competenza e posizione in materia di *charities* "at a level between the Charity Commissioners and the High Court"(76). Anche l'Expenditure Committee del 1975 sostenne la necessità di introdurre una corte che avesse peculiari competenze in tema di *charity law* e che fosse collocata come giudice di appello delle decisioni formulate dai Charity Commissioners(77). Era, poi, strenua convinzione del Goodman Report che la High Court dovesse fungere da arbitro finale delle decisioni in merito alla natura *charitable* o meno del *purpose* di volta in volta esaminato.

Tenendo conto di queste sollecitazioni, il legislatore della riforma ha così istituito il Charity Tribunal, con la specifica funzione, non solo di giudice di seconda istanza in relazione ai provvedimenti della Commission, ma anche di giudice con funzioni suppletive nelle ipotesi in cui la Commission stessa abbia ommesso di adottare i provvedimenti opportuni(78).

Resta, tuttavia, la consapevolezza che l'organo di controllo più adatto ad esaminare la natura *charitable* di un trust o di altra *institution* è la Commission. Compito fondamentale del nuovo Tribunal sarà quello di fungere da organo di revisione e controllo delle risultanze della Charity Commission e ciò, inoltre, consentirà di ridurre i costi ed i tempi derivanti dalla instaurazione di un giudizio ordinario direttamente presso la High Court.

#### Note:

(73) Section 7(1B)(2), CA 2006.

La riforma specifica, poi, ulteriormente che "1. The public confidence objective is to increase public trust and confidence in charities. 2. The public benefit objective is to promote awareness and understanding of the operation of the public benefit requirement. 3. The compliance objective is to promote compliance by charity trustees with their legal obligations in exercising control and management of the administration of their charities. 4. The charitable resources objective is to promote the effective use of charitable resources. 5. The accountability objective is to enhance the accountability of charities to donors, beneficiaries and the general public" (section 7(1B)(3), CA 2006).

(74) *Supra*, § L'oggetto della *charity law*: evoluzione e cristallizzazione dei *charitable purposes* fino alla riforma del *Charities Act* 2006.

(75) *Charities Act* 2006, Part 2, Chapter 3, "Registration of Charities".

(76) P. Luxton, *The Law of Charities* [*supra*, nota 1], p. 28.

(77) Expenditure Committee, *Charity Commissioners and their accountability* 10th Report, HC Paper (1975) no 495-I, § 79-85.

(78) CA 2006, Part 1A, sections 2A – 2D.

# Il trust nell'ordinamento giuridico statunitense con particolare riguardo allo Stato di New York

di Gisella Levi Caroti

**Il trust, strumento diffusamente impiegato negli Stati Uniti tanto per finalità personali e familiari, quanto per finalità commerciali, non costituisce oggetto di disciplina federale, bensì è rimesso alla regolamentazione statale: presentiamo qui di seguito i principî generali della disciplina dello Stato di New York.**

Il trust è il più originale ed uno dei più importanti istituti giuridici dell'ordinamento americano e deve la sua importanza alla grande flessibilità che lo contraddistingue e ne consente l'utilizzo nelle più svariate situazioni.

Attraverso tale istituto il disponente trasferisce taluni beni o diritti a favore del trustee che li amministra nell'interesse di un'altra persona, detto beneficiario, o per il raggiungimento di un fine determinato. L'oggetto del trust è detto *trust estate* o *trust property*.

Il rapporto che lega il trustee al beneficiario è un rapporto di tipo fiduciario. Alla base del trust vi è, infatti, la fiducia riposta dal disponente nel trustee che, avendo accettato l'incarico, assume l'obbligo di non dipartire da esso. I diritti del beneficiario si fondano pertanto sull'obbligo che incombe sul trustee di eseguire gli obblighi imposti dal disponente.

Negli Stati Uniti il trust è materia di competenza dei vari Stati. Pertanto, ciascuno stato disciplina autonomamente l'istituto e le relative controversie in linea di principio sono affidate alle corti statali.

La presente trattazione, pur esponendo principî comuni ai sistemi giuridici dei diversi Stati dell'Unione, verte sulla disciplina del trust nello Stato di New York(1).

## ■ Natura giuridica e funzioni del trust

Caratteristica essenziale del trust è il fatto di essere un patrimonio separato (un *fund*): i beni vincolati

in trust non possono essere assoggettati ad esecuzione da parte dei creditori personali del trustee, e nello stato di New York, di regola, neanche da parte dei creditori del beneficiario.

In base alla cosiddetta New York *spendthrift rule*, infatti, e contrariamente a quanto previsto nella maggior parte degli altri Stati dell'Unione, l'interesse del beneficiario è caratterizzato dalla intrasferibilità e non può essere oggetto di esecuzione da parte dei creditori del medesimo, salvo che tale caratteristica sia espressamente esclusa dallo stesso disponente. La *spendthrift rule* non si applica a favore del disponente che sia anche beneficiario del trust.

La possibilità di sottoporre l'*estate* ad esecuzione da parte dei creditori sussiste tuttavia nei casi seguenti:

1. Crediti che si fondano su un provvedimento giudiziale (nei limiti del 10% del beneficiary's interest).
2. Crediti alimentari e di mantenimento di minori.
3. Crediti di soggetti che forniscono beni di prima necessità (cure mediche, cibo, canone di locazione, ecc.).
4. Crediti di tasse da corrispondersi al governo federale.
5. Indipendentemente dal tipo di credito, può essere oggetto di esecuzione quella parte dell'interesse del beneficiario che eccede quanto necessario per il mantenimento e l'istruzione; tuttavia in questo caso il creditore deve dimostrare di aver esperito inutilmente gli altri rimedi a suo favore per la soddisfazione del suo credito.
6. In ogni caso la protezione è esclusa qualora i

Gisella Levi Caroti – Avvocato, Herzfeld & Rubin, P.C., New York.

Il testo riproduce la relazione, con modificazioni, presentata al 20° Congresso e assemblea annuale dei soci - "Trust" organizzato dall'Associazione Internazionale dei Giuristi di Lingua Italiana, svoltosi in Roma dal 27 al 30 settembre 2007.

Nota:

(1) La New York Est., Powers & Trusts Law (CLS 2007) contiene sia la normativa sulle successioni che quella sul trust, normative strettamente collegate tra di loro.

creditori siano in grado di provare che il trust è stato concluso con il proposito di frodare i creditori stessi.

Anche l'intrasferibilità da parte del beneficiario è limitata. Egli, infatti, può disporre gratuitamente, per iscritto, a favore del coniuge o di uno o più parenti (definiti dalla legge senza limiti di grado, a partire dai nonni, includendo tutti i loro discendenti) della parte di reddito derivante dal trust che eccede i \$10.000,00 (diecimila dollari). Peraltro anche tale limitata trasferibilità può essere esclusa da un'espressa disposizione del disponente.

È infine importante rilevare che il trust si ricollega alla *law of property*, ma non rientra nella figura del contratto. Costituisce un istituto autonomo e, come tale, ad esso non si applica, tra l'altro, il requisito della *consideration*, elemento essenziale nella disciplina del *contract* secondo la *common law*. Inoltre, la *breach of trust* non costituisce un *tort* né una *breach of contract*, bensì un tipo di illecito a sé.

È virtualmente impossibile enumerare tutte le possibili funzioni del trust. Esso viene comunemente usato in sostituzione di donazioni e legati modali; può assicurare la conservazione di beni di una successione vacante e quella del patrimonio di un assente. Il trustee, inoltre, svolge spesso il ruolo che la *civil law* attribuisce al curatore di un interdetto o comunque è utilizzato per proteggere gli interessi degli incapaci e delle associazioni prive di personalità giuridica.

Il trust può essere altresì utilizzato per dispensare il disponente dal creare una garanzia reale; egli otterrà lo stesso risultato trasferendo il bene destinato a garantire il suo debito a un trustee incaricato di assicurare il pagamento degli interessi, l'ammortamento ed il rimborso del capitale.

In generale il trust può essere utilizzato per qualsiasi fine che non sia illegale o contrario all'ordine pubblico.

Sempre più spesso il trust viene oggi impiegato come ente economico ("commercial trust") in una serie di transazioni commerciali e finanziarie. Viene cioè utilizzato ad esempio per creare un fondo di investimento o pensionistico. In effetti alcune caratteristiche del trust sono comuni alle società: la separazione tra proprietà e amministrazione, i *fiduciary duties* a carico del *management*, la responsabilità limitata di colui che amministra i beni (il beneficiario del trust, tranne il caso di *breach of trust*, può avanzare pretese solo nei confronti dei beni oggetto del trust e, allo stesso modo, i creditori personali del trustee non possono aggredire i beni oggetto del trust).

Nel caso del *commercial trust* la somiglianza con la

struttura societaria è ancora maggiore. A differenza che nel trust ordinariamente inteso, nel *commercial trust* il disponente, tipicamente a sua volta una società o un istituto finanziario, riceve sempre un corrispettivo per i beni vincolati in trust. Inoltre egli conserva sempre un interesse residuale, si riserva cioè il diritto di acquisire i beni rimasti dopo l'esaurimento della funzione per cui il trust è stato istituito.

La principale differenza tra il *commercial trust* e una società risiede nella *governance*: il primo è infatti un'entità statica, caratterizzata da un'amministrazione passiva, mentre nell'ambito societario gli amministratori agiscono con grande iniziativa ed aggressività al fine di perseguire un maggior profitto. Ciò deriva dal fatto che, mentre nella società sussiste un intrinseco conflitto tra l'interesse dell'azionista e quello del creditore, nel trust tale conflitto o non sussiste o non è mai problematico. Inoltre sul trustee grava il dovere di agire come un prudente investitore e di trattare con imparzialità i diversi beneficiari. Nel caso del *commercial trust*, in particolare, se anche teoricamente tale conflitto sussiste poiché all'interesse del beneficiario si contrappone sempre quello residuale del disponente, da un punto di vista pratico tale conflitto è minimo poiché l'aspettativa del disponente è quella di preservare il valore dei beni oggetto del trust e non perseguire il massimo profitto da tali beni. Pertanto, l'elemento che maggiormente differenzia il *commercial trust* dalla società è il livello di rischio a cui vengono sottoposti i beni al fine di soddisfare l'interesse del creditore residuale/azionista.

Un esempio di utilizzo del *commercial trust* si ha quando una società istituisce un trust trasferendogli dei fondi in cambio di *trust certificates* e del diritto a percepire il reddito residuo. La società, quindi, vende i *certificates* ad investitori i quali si aspettano di vedere ripagato l'investimento incrementato dell'interesse previsto nel *certificate*. Una volta rimborsati gli investitori e completata la funzione del trust, la società/disponente percepisce il reddito residuo.

## ■ Le principali categorie del trust

I trust si dividono essenzialmente in due tipi:

1. *Express trust*, che deriva dall'espressa manifestazione di volontà del proprietario del bene di voler dar vita a tale rapporto. Esistono diversi tipi di *express trust*:
  - a. *Private trust* - È il tipo più comune di trust, disposto dal disponente a favore di una o più persone determinate.
  - b. *Charitable trust* - È istituito per fini di beneficenza, non a favore di determinati individui.

c. *Lifetime trust* - Anche detto *inter vivos trust*, è creato durante la vita del disponente e si caratterizza per il fatto che la sua creazione, a differenza del *testamentary trust*, non coinvolge l'intervento del Tribunale, anche quando è utilizzato per trasferire i beni di un soggetto a favore dei suoi successori. La successione tramite *will* o *testamentary trust*, infatti, richiede sempre l'intervento della Surrogate Court, nel caso del testamento per verificare la legittimità del documento, nel caso del *testamentary trust* per supervisionare l'esecuzione del trust.

d. *Testamentary trust* - Previsto nel testamento del disponente, viene istituito tramite un procedimento dinanzi la Surrogate Court, la quale ha il ruolo di supervisionare la creazione e l'esecuzione del trust.

2. *Implied trusts*, non sono veri e propri trust, ma istituti previsti dalla legge sulla base della presunta volontà del disponente. Sono anche detti *passive trust* in quanto sul trustee non gravano obblighi di compiere determinati atti ed il beneficiario è titolare sia del *legal* che dell'*equitable estate*:

a. *Resulting trust* - È un rimedio giudiziale, che si basa sulla presunta volontà del disponente, volto a salvaguardare l'interesse del disponente o del beneficiario. Principalmente si ricorre a tale rimedio in due situazioni:

i. Nei casi in cui il trust è dichiarato nullo o è inefficace (ad esempio perché il beneficiario è indeterminabile).

ii. Quando il disponente trasferisce la titolarità di un bene, con l'intenzione di riservarsi il *beneficial interest*, ma senza manifestare espressamente la volontà di trasferire i beni in trust.

In entrambi i casi, qualora l'intenzione del disponente emerga in modo sufficientemente inequivocabile, la corte ha, in alcuni casi, il potere di dichiarare l'esistenza di un trust implicito.

b. *Constructive trust* - È uno strumento dell'*equity* utilizzato tutte le volte in cui si ha un trasferimento illegale, in cui, cioè, l'atto è viziato (errore, violenza, dolo). In altre parole, quando sussiste un obbligo di restituzione o di trasferimento di una cosa, colui che è obbligato viene considerato un trustee. È pertanto uno strumento giuridico generale, utilizzato in un vasto numero di situazioni nelle quali l'elemento comune è l'imposizione da parte della corte ad una persona di un obbligo di detenere beni a beneficio di un'altra persona a cui danno il profitto è stato realizzato. Nell'ambito del trust, il *constructive trust* costituisce in primo luogo un mezzo col quale viene impedito ai tru-

stees di usare l'oggetto del trust a loro vantaggio personale. L'eventuale utile derivante dalla violazione dei loro doveri è in tal modo considerato come tenuto in trust per il beneficiario. A titolo di ulteriore esempio, detiene i beni quali *constructive trustee* l'acquirente in mala fede o a titolo gratuito nei casi di trasferimenti illegali che danno luogo al diritto di restituzione del bene ed il socio di una società commerciale che usa il capitale sociale a fini personali (in tal caso oggetto del *constructive trust* saranno gli utili realizzati).

Pur non costituendo un tipo particolare di trust è opportuno menzionare alcuni utilizzi del *lifetime trust* particolarmente diffusi.

Il *lifetime trust*, pur essendo creato durante la vita del disponente, può avere ad oggetto, in tutto o in parte, beni attribuiti tramite disposizione contenuta in un testamento, il cosiddetto *pour-over will*. Unico requisito previsto dalla legge è che il trust sia istituito prima o contemporaneamente al testamento, il quale deve chiaramente identificare il trust. La revoca o lo scioglimento del trust prima della morte del testatore determinano l'inefficacia della disposizione testamentaria, tranne che il testatore abbia disposto per tale ipotesi. Non influisce invece sulla validità della disposizione testamentaria il fatto che il trust venga modificato dopo la redazione del testamento.

Un'altra figura spesso utilizzata è il *life insurance trust*, che può essere un *lifetime* o *testamentary trust*. In questo tipo di trust il trustee viene designato quale beneficiario di un'assicurazione sulla vita del disponente. Pertanto, oggetto del trust sarà il capitale corrisposto dalla società assicuratrice a seguito del decesso del disponente.

## ■ *Lifetime e testamentary trust*

Nel caso dell'*express trust* il disponente, che deve avere la capacità di agire, trasferisce la titolarità dei beni oggetto del trust a favore del trustee con l'intenzione di creare un rapporto fiduciario per effetto del quale il trustee custodisce, amministra e gestisce tali beni nell'interesse del soggetto designato come beneficiario. Il disponente può essere il trustee. Il trust deve avere uno scopo lecito e non richiede un corrispettivo.

Creazione del trust. Il *lifetime trust* deve essere perfezionato per iscritto, sottoscritto dal disponente e da almeno un trustee (tranne se il disponente è il solo trustee) e autenticato da un notaio, ovvero perfezionato in presenza di due testimoni i quali sottoscrivono a loro volta l'atto.

Requisito essenziale del *lifetime trust* è il formale trasferimento dei beni oggetto del trust, nel rispetto delle formalità previste a seconda del tipo di bene, essendo la mera espressione di volontà insufficiente a dar vita al trust.

Non esistono formule specifiche per la creazione di un trust, ma è necessaria la manifestazione di volontà di imporre un obbligo coercitivo.

L'utilizzo di un linguaggio che non esprime chiaramente la volontà di creare un trust, ma indica piuttosto un desiderio, una speranza, non è di per sé sufficiente a dar vita ad un trust, ma non preclude al giudice la possibilità di riconoscere la istituzione di un valido trust qualora, esaminando le parole e la condotta del disponente, nonché eventuali circostanze esterne, giunga alla conclusione che tale era l'intento del disponente.

La istituzione del trust non richiede la conoscenza dell'esistenza del trust o l'accettazione da parte del beneficiario, il quale, tuttavia, deve essere un soggetto determinato o determinabile, o una classe di persone, altrimenti il trust è inefficace. Tale regola non si applica ai *charitable trust* creati per il perseguimento di un fine di beneficenza o a favore di un ente benefico.

Nel caso del *testamentary trust*, non possono ricoprire il ruolo di trustee i soggetti minori di età o incapaci d'intendere e di volere, coloro che sono stati condannati per un reato o dichiarati incapaci dalla corte per alcolismo o disonestà e, salvo in alcuni casi, gli stranieri non residenti negli Stati Uniti. Tali limitazioni non si applicano al *lifetime trust* per il quale il disponente non ha alcun vincolo nella nomina del trustee. Il trust in ogni caso non viene meno per mancanza del trustee. Se il medesimo muore, rinuncia all'incarico o viene rimosso ed il disponente non ha provveduto a nominare un sostituto, la corte provvede a nominare il soggetto che svolgerà il ruolo di trustee. La nomina di un sostituto trustee è esclusa solo nel caso in cui emerga che l'attribuzione dei poteri da parte del disponente fosse dettata da ragioni di natura personale. In tal caso il trust si estingue.

Oggetto del trust devono essere beni determinati e adeguatamente descritti di proprietà del disponente. Non è ammesso conferire in trust beni futuri. In generale, può essere oggetto di trust qualsiasi proprietà di cui il disponente abbia il potere di disporre.

Il riferimento a tutte le proprietà del disponente è sufficiente per la istituzione di un trust testamentario.

La revoca del trust. Il *lifetime trust* è irrevocabile, salvo il disponente si sia espressamente riservato il

diritto di revocarlo o modificarlo. Comunque ogni modifica o revoca deve essere effettuata per iscritto e sottoscritta alla presenza di due testimoni (a meno che il trust preveda diverse formalità), tranne se compiuta attraverso un'espressa previsione del testamento del disponente.

Un trust irrevocabile può comunque essere estinto con il consenso di tutti i beneficiari. Tuttavia, nel caso in cui il beneficiario sia un minore o un incapace, il trust non può essere revocato poiché il tutore o curatore non ha il potere di prestare il consenso, neanche con l'autorizzazione del giudice.

Per quanto riguarda i trust testamentari, la *Claflin Doctrine* prevede che tale tipo di trust possa estinguersi solo con il consenso di tutti i beneficiari e se l'estinzione non è contraria all'intento del disponente. Tuttavia, poiché nello Stato di New York l'interesse del beneficiario è caratterizzato dalla indisponibilità ed intrasferibilità, l'estinzione di un trust testamentario sarà ammissibile solo nei casi in cui il disponente ha espressamente caratterizzato l'interesse del beneficiario come disponibile e trasferibile.

Con l'estinzione del trust che, in caso il disponente abbia stabilito un termine finale, avviene automaticamente con la scadenza di tale termine, il *legal estate* ed il *beneficial interest* si congiungono e sono assegnati a favore del soggetto designato nel trust e l'autorità del trustee è limitata agli atti necessari per chiudere la gestione dei beni. Qualora manchi nel trust l'indicazione della persona designata come beneficiario, il trustee conserva i beni per conto del disponente o dei suoi eredi.

Il trustee, una volta accettato l'incarico, non può rinunciare, salvo che ciò sia espressamente stabilito nell'atto di istituzione del trust o il giudice autorizzi la rinuncia all'incarico per giusta causa.

Il trustee può essere rimosso (i) per avere inadempito alle direttive del trust o minacciato di contravvenire alle stesse, (ii) per insolvenza o imminente insolvenza, o (iii) per inidoneità a svolgere il ruolo di trustee. Il beneficiario del trust, salvo che sussista una delle fattispecie elencate, non può disporre la rimozione del trustee tranne che a ciò sia espressamente autorizzato dal disponente.

In casi particolari il trust può essere oggetto di modifiche giudiziali.

In particolare, in base alla dottrina detta *Equitable Deviation Doctrine*, la Corte ha il potere di invalidare una disposizione di un trust se, a causa di circostanze non note al disponente al momento della creazione

del trust, l'esecuzione di tale disposizione determina un risultato in contrasto con la volontà del disponente. Un esempio tipico è quello della disposizione che vieta l'alienazione di azioni societarie, il cui profitto è volto al mantenimento del beneficiario, quando le azioni perdono valore al punto tale da lasciare il beneficiario senza reddito. In tal caso la Corte può autorizzare la vendita dei titoli in violazione di un'espressa disposizione del trust se tale vendita è volta a fornire un maggior reddito per il beneficiario.

La legge di New York, inoltre, autorizza il giudice a modificare i trust che prevedono l'attribuzione al beneficiario, per il suo mantenimento, dei profitti derivanti da un determinato capitale che sarà poi distribuito ad un terzo soggetto dopo la morte del beneficiario. Infatti, qualora i profitti non siano più sufficienti a mantenere il beneficiario, il giudice ha il potere discrezionale di "invadere" il capitale e distribuirlo in parte al beneficiario, se ciò è conforme all'intento primario del disponente ed il capitale non era destinato ad un ente di beneficenza.

Invalidità del trust. Il trust è invalido se:

1. La sua realizzazione comporta la commissione di un reato;
2. Viola l'ordine pubblico;
3. È creato per frodare i creditori del disponente;
- o
4. Si basa su un corrispettivo illegale.

Il trust è altresì invalido, ed il beneficiario riceve il bene privo da vincoli, quando subordina l'interesse del beneficiario al fatto che il medesimo non contragga matrimonio e tale condizione non è dettata da alcun ragionevole motivo.

Allo stesso modo è invalido, perché contrario all'ordine pubblico, il trust che incoraggia il divorzio o la separazione del beneficiario.

È opportuno rilevare che limitati condizionamenti del matrimonio sono validi (ad esempio la condizione che il beneficiario sposi una donna ebrea), così com'è ammissibile il trust subordinato alla condizione risolutiva delle seconde nozze.

Sul trustee gravano diversi doveri (*fiduciary duty*) che rendono la sua posizione particolarmente delicata. Il medesimo è infatti legato dai doveri di onestà e diligenza, caratteristiche essenziali del rapporto fiduciario. Il trustee ha altresì l'obbligo di prendere possesso e preservare i beni oggetto del trust e di fornire il conto periodico della gestione. Egli ha inoltre l'obbligo di investire e rendere produttivi i beni oggetto del trust sulla base della regola del prudente investi-

tore: deve agire come agirebbe una persona prudente con discrezione e intelligenza al fine di perseguire un profitto ragionevole e preservare il capitale. Naturalmente la prudenza deve essere valutata facendo riferimento al momento in cui l'investimento è stato fatto, non sulla base del risultato, e tenendo conto solo delle informazioni che il trustee aveva in suo possesso. Inoltre, per stabilire se il trustee ha agito con prudenza, deve essere considerato l'intero *trust estate* e non il singolo investimento. In generale il trustee deve tenere conto di una serie di elementi nel determinare la strategia di investimento del capitale: l'ammontare del capitale, la durata del rapporto fiduciario, le condizioni economiche generali, i possibili effetti dell'inflazione, le tasse connesse con le diverse scelte di investimento, la eventuale necessità di liquidità e i bisogni dei beneficiari.

In genere le plusvalenze sono attribuite al capitale, ma in base all'Uniform Principal and Income Act, il trustee ha il potere di distribuire il profitto complessivo tra capitale e reddito. I fattori che il medesimo deve tenere in considerazione nell'esercizio di tale *power of adjustment* sono diversi: la prevista durata del trust e l'intento del disponente rispetto agli interessi dei diversi beneficiari, l'ammontare netto del reddito ordinario e dei profitti dell'investimento, la necessità di liquidità e regolarità del reddito e di mantenimento ed apprezzamento del capitale, eventuali aumenti o riduzioni del valore del capitale, conseguenze fiscali e, infine, l'attribuzione espressa di tale potere da parte del disponente.

I poteri del trustee nell'amministrazione del trust sono molto ampi. In linea generale, il trustee può compiere qualsiasi atto nell'interesse del trust e dei beneficiari che non importi un conflitto di interessi o che sia espressamente vietato dal New York Fiduciary Powers Act, la legge che disciplina l'esercizio dei poteri fiduciari da parte dei trustee, degli esecutori testamentari ed amministratori di patrimoni.

In particolare, il trustee ha, per espressa previsione legislativa, il potere di:

1. Alienare beni mobili e immobili, tramite asta pubblica o trattativa privata, tranne se il bene era stato oggetto di disposizione testamentaria;
2. Contrarre ipoteca su beni immobili;
3. Concedere in locazione i beni per una durata non superiore ai dieci anni;
4. Provvedere all'ordinaria manutenzione;
5. Costituirsi in giudizio nell'ipotesi di contenzioso e transigere controversie;

6. Distribuire redditi derivanti dal trust, per conto del beneficiario di minore età, a favore dei genitori o del tutore, per un importo non superiore a \$ 10,000.00.

Al trustee è invece espressamente proibito compiere atti in cui il medesimo si venga a trovare in una posizione di conflitto d'interessi. Inoltre il trustee non può, salvo autorizzazione del giudice o espressa previsione nell'atto istitutivo del trust:

1. Prendere in prestito del denaro;
2. Proseguire l'esercizio di un'azienda già iniziata;
3. Compiere riparazioni straordinarie o miglioramenti;
4. Abbandonare o demolire un bene immobile;
5. Delegare i propri compiti o impiegare un agente;
6. Mantenere dei fondi non investiti;
7. Pagare debiti prescritti;
8. Concedere in prestito al trust denaro di sua proprietà o anticipare denaro al beneficiario.

Il divieto di compiere atti in conflitto di interessi è caratteristica essenziale della posizione del trustee, sul quale grava il dovere di fedeltà nei confronti del trust e dei beneficiari. I casi più ricorrenti di operazioni vietate al trustee poiché caratterizzate dal cosiddetto *self-dealing* sono:

1. L'acquisto e la vendita di beni oggetto del trust a favore di se stesso;
2. Ottenere in prestito fondi del trust, anche se le condizioni sono eque;
3. La concessione di prestiti a favore del trust da parte del trustee. Qualsiasi interesse maturato deve essere restituito al trust ed è invalida qualsiasi forma di garanzia;
4. La confusione dei fondi personali con i beni oggetto del trust. In caso di violazione di tale dovere, se un bene acquistato dal trustee perde valore si presume che lo stesso fosse stato acquistato con fondi personali del trustee. Al contrario, se il bene acquista valore, si presume fosse stato acquistato con i beni oggetto del trust.
5. Conseguire un profitto nell'esercizio del ruolo di trustee, ad esempio utilizzando informazioni confidenziali acquisite nella qualità di trustee. Il trustee può tuttavia ricevere un compenso per l'attività svolta.

Naturalmente, il divieto si estende al caso di prestiti e alienazioni da parte o a favore di parenti del trustee o entità nell'ambito delle quali il trustee ricopre il ruolo di amministratore, impiegato o socio.

In caso di violazione dei *fiduciary duty* (transazioni in conflitto di interessi, violazione dei doveri nel compiere investimenti, eccesso di potere), il beneficiario può agire giudizialmente nei confronti del trustee

per *breach of trust*, al fine di ottenere la sua rimozione. Inoltre egli può ratificare gli atti compiuti dal trustee, ovvero agire per il risarcimento del danno o per rientrare in possesso dei beni. In ogni caso il beneficiario non ha l'onere di provare la negligenza del trustee e la buona fede non costituisce una difesa invocabile. In particolare, nel caso di *self-dealing*, il beneficiario non ha l'onere di dimostrare che il trustee abbia effettivamente abusato della sua posizione o abbia perseguito un profitto. Unico elemento che deve essere provato è l'esistenza di un danno.

La legge protegge l'acquirente in buona fede o il creditore del trustee che abbia fatto affidamento sull'apparente proprietà dei beni in capo al trustee. D'altra parte, gli acquirenti in buona fede e i creditori che sono a conoscenza dell'esistenza del trust non sono protetti in caso di atti del trustee che eccedono i suoi poteri, poiché si presume che siano a conoscenza dei limiti del potere del trustee.

A tutela del beneficiario ed in considerazione della sua posizione di debolezza, il termine di prescrizione per l'esercizio dell'azione nei confronti del trustee non decorre sino a quando si conclude il rapporto fiduciario, ovvero il trustee fornisce un conto della sua attività da cui emergono i fatti che costituiscono la base dell'azione.

In relazione alla responsabilità del trustee è importante sottolineare che l'atto istitutivo del trust può contenere una clausola che dispensa il trustee dal divieto di compiere atti in conflitto di interessi o, più in generale, esclude la sua responsabilità per atti o omissioni, tranne che per negligenza grave, mala fede o frode. Tuttavia la clausola di esclusione della responsabilità per negligenza ordinaria non può essere contenuta in un trust testamentario e, in ogni caso, viene interpretata restrittivamente dalle corti.

Per quanto riguarda la responsabilità contrattuale, il trustee è, in linea generale, personalmente responsabile per i contratti conclusi per conto del trust, tranne che il linguaggio utilizzato renda chiaro alla controparte che il trustee non risponde personalmente delle obbligazioni contrattuali. Così, ad esempio, l'utilizzo di un linguaggio quale "A, as trustee and not individually", ovvero "B Trust, by C, trustee" esclude la responsabilità personale del trustee.

Peraltro il trustee, anche qualora sia personalmente responsabile per le obbligazioni contrattuali, ha diritto ad essere rimborsato dal trust se il contratto stipulato rientra nei suoi poteri e il trustee ha agito nell'ambito della regolare amministrazione del trust.

# Forme giuridiche simili al trust nel diritto tedesco

di **Carsten René Beul**

**Il diritto tedesco non conosce il trust: ciò non di meno, gli effetti propri di un trust possono, sovente, essere conseguiti per mezzo dell'istituto della fondazione, ed in particolare della c.d. fondazione privata non autonoma.**

## ■ Introduzione

Il trust è un istituto giuridico sconosciuto sotto questa denominazione nell'ordinamento giuridico tedesco. Né esistono norme giuridiche che consentono la trasformazione della sede o il riconoscimento interno di un trust estero nel territorio tedesco, come è previsto, ad esempio, dalla Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985 per Australia, Canada, Hong Kong, Italia, Lussemburgo, Malta, Paesi Bassi, Regno Unito, San Marino e, di recente, anche per la Svizzera, oppure dalla legislazione del Principato di Monaco. Il diritto tedesco conosce, tuttavia, strumenti similari e, in specie, la fondazione. La figura quasi totalmente equiparabile al trust è la fondazione non autonoma. Le seguenti considerazioni sono volte a fornire un quadro generale, che non ha la pretesa di essere completo, delle strutture fondamentali. Per illustrare il meccanismo della fondazione non-autonoma è opportuno prima approfondire il regolamento della fondazione autonoma.

## ■ Fondazione autonoma

### Natura giuridica

La fondazione autonoma è un istituto giuridico che acquista la forma di persona giuridica con il riconoscimento statale. Da tale riconoscimento consegue, altresì, una vigilanza da parte dello Stato. Il fondatore, quale figura centrale della legislazione sulle fondazioni, deve manifestare formalmente, nell'atto costitutivo della fondazione, la volontà di realizzare uno scopo determinato.

Nel prosieguo, comunque, saranno considerate solamente le fondazioni di diritto civile (§§ 80 ss. BGB, codice civile tedesco), non, invece, fondazioni di diritto pubblico per la realizzazione di compiti pubblici, tra cui si possono annoverare anche le fondazioni di diritto canonico. A seconda dello scopo della fondazione, è possibile distinguere tra la fondazione di pubblica utilità (senza scopo di lucro) e la fondazione di famiglia. Scopo della fondazione di famiglia "pura" è quello di conservare il patrimonio di una famiglia e di bloccare l'accesso allo stesso da parte dei membri della famiglia medesima. I beneficiari sono i membri della famiglia designati dal fondatore, che, nella maggior parte dei casi, coincidono con i discendenti.

## Costituzione della fondazione

La fondazione può essere costituita dal fondatore mediante atto notarile: in tale occasione viene redatto anche lo statuto della fondazione. La fondazione può peraltro essere costituita anche per mezzo di un testamento. In tal caso, però, tra la morte e l'effettiva costituzione può trascorrere un periodo di tempo non irrilevante.

L'atto di costituzione della fondazione, unitamente allo statuto, deve essere sottoposto all'Autorità di vigilanza affinché la costituzione della fondazione venga autorizzata. Con l'autorizzazione la fondazione viene ad esistenza come persona giuridica.

## Organi della fondazione, vigilanza

La fondazione è gestita dagli amministratori (può trattarsi di un organo unipersonale o di un Consiglio d'Amministrazione) ai quali è affidata l'attività di ge-

**Carsten René Beul** – Docente dell'Università di Coblenza.

Il testo riproduce la relazione, con modificazioni, presentata al 20° Congresso e assemblea annuale dei soci - "Trust" organizzato dall'Associazione Internazionale dei Giuristi di Lingua Italiana, svoltosi in Roma dal 27 al 30 settembre 2007.

stione ordinaria e la rappresentanza della fondazione nei confronti dei terzi.

Accanto al Consiglio Direttivo viene, di regola, costituito un Comitato Consultivo che può svolgere anche funzioni di codecisione e di vigilanza (c.d. Consiglio di fondazione o Comitato consultivo) e deve, di regola, prestare il consenso alle deliberazioni straordinarie che vadano oltre l'attività ordinaria. Tutto ciò può essere disciplinato in maniera flessibile nell'ambito dello statuto della fondazione ed essere definito in conformità alla volontà del fondatore. Il fondatore stesso può, infine, riservarsi un diritto di decisione finché in vita, ma a condizione che le sue decisioni siano compatibili con lo statuto della fondazione, ed in ogni caso escluso il potere di chiedere liberamente la restituzione del patrimonio donato. Il fondatore, comunque, è libero di non spossessarsi completamente del patrimonio, attribuendo alla fondazione il solo compito di amministrarlo.

L'attività della fondazione autonoma è sottoposta al controllo dell'Autorità di vigilanza sulle fondazioni, la cui disciplina è rimessa alle leggi dei singoli "laender" federali, ed ha il compito di controllare la regolarità dell'amministrazione del patrimonio della fondazione e del rendiconto.

### **Patrimonio della fondazione, partecipazione d'impresa, esercizio d'impresa**

Il patrimonio della fondazione deve essere sufficiente per perseguire lo scopo della fondazione e ne deve essere salvaguardata l'integrità. Per la realizzazione dello scopo della fondazione possono essere utilizzate anche solamente le rendite; e sono comunque ammesse ridistribuzioni del patrimonio.

Il patrimonio della fondazione può essere rappresentato anche da partecipazioni. Ciò significa che il controllo su società di capitali può avvenire, senza problemi, attraverso la fondazione. Pur essendo controverso se la fondazione stessa possa essere soggetto imprenditore, esistono, in pratica, costruzioni di questo tipo (cfr. Lidl & Schwarz Stiftung & Co KG).

La forma della fondazione è molto appropriata per assicurare anche a lungo termine l'autonomia di un'impresa, in quanto il trasferimento delle partecipazioni d'impresa ad una fondazione esclude che i discendenti possano cedere l'impresa stessa, che così perde la propria autonomia. Noti esempi di questo ti-

po di fondazioni, solo per citarne qualcuna, sono la Bosch Stiftung, Krupp-Stiftung (ThyssenKrupp), Carl-Zeiss-Stiftung und Ernst-Abbe-Stiftung (Zeiss, Schott).

### **Fondazione di pubblica utilità (senza scopo di lucro)**

Qualora la fondazione persegua fini di pubblica utilità (v. §§ 52 ss. disposizioni generali sulle leggi tributarie: in breve "AO"), è indispensabile il riconoscimento da parte dell'Autorità finanziaria competente. Gli scopi di pubblica utilità possono essere della più svariata natura, per esempio la promozione della ricerca scientifica, o scopi culturali, artistici, ecclesiastici, caritatevoli (assistenza a persone bisognose), ecc. Occorre adempiere alle finalità di pubblica utilità in modo esclusivo, diretto e disinteressato, non solo con riferimento a quelle previste dallo statuto della fondazione, ma anche con riguardo all'effettiva attività della fondazione. La fondazione di pubblica utilità è esente da ogni imposta diretta. Le donazioni sono, inoltre, esenti dall'imposta di successione. Oltre a ciò, il fondatore e ogni altro soggetto donante possono dedurre il valore delle donazioni dal proprio reddito imponibile al momento del calcolo della base imponibile. Di conseguenza, si riducono anche le imposte sul reddito da pagare. La normativa attuale consente tale deduzione per il primo anno fino ad una donazione di € 307.000, negli anni successivi la deduzione è consentita fino ad un massimo di € 20.450 annui. È prevista, al riguardo, una modifica della norma nel senso che potrà essere dedotto in generale e per tutte le donazioni, nei primi 10 anni, l'importo di € 750.000; mentre successivamente potrà essere dedotto annualmente il 20% dei redditi.

Il rispetto della normativa fiscale relativa alla pubblica utilità viene controllato ogni 3 anni ed accertato con atto amministrativo da parte dell'Amministrazione finanziaria. Tale atto costituisce anche il presupposto per poter rilasciare ricevute attestanti la donazione stessa.

### **Fondazione di famiglia**

Ai fini fiscali, la fondazione di famiglia non è di pubblica utilità né gode, quindi, dei privilegi dell'esonero dalle imposte dirette e dall'imposta di successione. È inoltre soggetta all'imposta di successione ad intervalli regolari di 30 anni (§1, comma 1, n. 4, leg-

ge sull'imposta di successione), ovvero l'intero patrimonio della fondazione viene assoggettato all'imposta di successione ad intervalli di 30 anni. Il vantaggio di una fondazione di famiglia sta nel fatto che non possono verificarsi casi di successione imprevisti che diano luogo all'imposta di successione (ad esempio per la morte prematura del *de cuius*) e che è possibile provvedere ad una pianificazione sicura e continuativa delle imposte. Ai fini dell'ottimizzazione fiscale è possibile redistribuire il patrimonio in modo che, al momento della scadenza dell'imposta di successione, sia dovuta un'imposta più bassa possibile. Ciò diventa problematico quando il patrimonio della fondazione è sostanzialmente costituito da partecipazioni di imprese, essendo, in questo caso, ridotta la possibilità di intervenire sul momento in cui l'imposta di successione diventa esigibile. Esiste inoltre il rischio che il patrimonio venga investito solo per motivi di risparmio dell'imposta di successione, trascurando considerazioni di carattere economico-aziendale.

## Modelli combinati

Esistono modelli combinati che permettono di ottenere i vantaggi della fondazione di pubblica utilità e, allo stesso tempo, di consentire alla famiglia di continuare a detenere il controllo del patrimonio della fondazione oppure di consentire ai membri della famiglia di ricevere rendite.

## Fondazione di pubblica utilità con riferimenti familiari

Secondo i principî fiscali è possibile distribuire una parte (al massimo un terzo) dei proventi della fondazione ai membri della famiglia. La fondazione non perde il suo carattere di pubblica utilità e soprattutto non viene assoggettata ad imposizione fiscale. Trattasi di una deroga, disciplinata dalla legge (§§ 58 n. 5 AO), del requisito di esclusiva dell'attività quale presupposto della pubblica utilità. I soggetti destinatari delle distribuzioni devono assoggettarle all'imposta sul proprio reddito. Gli altri proventi devono essere devoluti a favore di scopi di pubblica utilità ed essere utilizzati anche per tali scopi. Nello statuto della fondazione può essere stabilita l'influenza dei membri di famiglia sulle decisioni della fondazione ed, in particolare, le modalità di distribuzione dei mezzi ai soggetti destinatari.

## Doppia fondazione

Un'altra possibile combinazione consiste nell'istituzione di una doppia fondazione che è di particolare rilevanza quando si detengono partecipazioni d'impresa.

In questo caso una fondazione di pubblica utilità detiene sostanzialmente il patrimonio e quindi anche il diritto di percepire i dividendi derivanti dalle partecipazioni all'impresa, mentre la fondazione di famiglia, costituita accanto alla prima, detiene solo una piccola partecipazione patrimoniale e comunque la maggioranza dei diritti di voto. In questo modo è garantito che le rendite della fondazione – nella misura in cui vengano distribuite dall'impresa alla fondazione – sono devolute a scopi di pubblica utilità e quindi ottengono i privilegi fiscali (esonero da imposte dirette e da imposta di successione), rimanendo, peraltro, conservata l'influenza della famiglia sull'impresa attraverso l'influenza della fondazione di famiglia.

## ■ Fondazione non autonoma

### Natura giuridica

La fondazione non autonoma è l'istituto giuridico che, per quanto attiene alla sua configurazione e ai suoi effetti giuridici, è quasi totalmente equiparabile al trust. Pur essendo sconosciuto il termine "trust" al legislatore tedesco, nella fondazione non autonoma la legge dispone quasi gli stessi meccanismi giuridici. Il principio esiste anche nel diritto canonico (can. 1303 CIC). In questo caso il fondatore trasferisce un patrimonio ad un amministratore fiduciario che, a sua volta, potrà essere una persona fisica o giuridica. L'amministratore della fondazione diventa proprietario di tutti i beni della fondazione e titolare di tutti i diritti di credito della fondazione. Può tuttavia amministrare detto patrimonio solo separatamente dal proprio patrimonio come patrimonio separato e deve aver cura affinché, in caso di insolvenza dell'amministratore, il patrimonio non rientri nell'attivo fallimentare. L'amministrazione del patrimonio da parte dell'amministratore è effettuata secondo i principî del contratto fiduciario di fondazione, vale a dire del rapporto fiduciario contrattuale con il fondatore.

Del resto, nella prassi la struttura della fondazione non autonoma viene adeguata a quella della fondazione autonoma, assumendo l'Amministratore fiduciario la funzione dell'Organo (Consiglio d'Ammini-

strazione). Nella prassi viene regolarmente costituito – sebbene non sia obbligatorio come nella fondazione autonoma – anche un organo consultivo che può avere funzioni di codecisione e vigilanza (Consiglio di fondazione o Comitato consultivo) e deve, di regola, dare il proprio consenso a determinazioni straordinarie, cioè che vadano oltre l'attività ordinaria.

Poiché la struttura della fondazione non autonoma si avvicina ampiamente a quella della fondazione autonoma, risultano solo poche differenze nel funzionamento pratico. La differenza sostanziale sta nel fatto che non si tratta del patrimonio di una persona giuridica autonoma, ma unicamente di un patrimonio separato, gestito fiduciariamente e quindi equiparabile ad un trust anglosassone.

### **Pubblica utilità**

Anche la fondazione non autonoma può essere amministrata come una fondazione di pubblica utilità. In proposito, il riconoscimento della pubblica utilità non dipende dal fatto che si tratti di una persona giuridica autonoma (fondazione autonoma). A tale riguardo vale quanto è già stato detto sopra.

### **Fondazione di famiglia**

Anche la fondazione di famiglia può essere gestita sotto forma di una fondazione non autonoma. Gli effetti fiscali sono gli stessi di quelli previsti nella fondazione autonoma.

### **Combinazioni internazionali**

La configurazione della normativa tedesca sulle fondazioni e la sua flessibilità consentono di istituire fondazioni non autonome anche al di fuori della Germania, che vengono sottoposte al diritto tedesco. Ciò presuppone la possibilità di scegliere il diritto applicabile. Il vantaggio è quello di combinare l'applicabilità di un istituto giuridico dell'Europa continentale con una flessibilità identica a quella di un trust di diritto anglosassone, senza dover scontare gli svantaggi delle lacune normative del diritto anglosassone.

Una fondazione non autonoma costituita secondo il diritto tedesco all'estero (per esempio in Lussemburgo o Svizzera), secondo i principi della Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985 può, a sua volta, detenere partecipazioni in società *holding* (per esempio

in Lussemburgo, Svizzera, Slovacchia, Irlanda etc.) per ivi coordinare le partecipazioni in società operative. Ciò è possibile perché secondo la citata Convenzione la fondazione non autonoma risponde ai criteri necessari per essere riconosciuta come trust.

Quando si debba riconoscere la pubblica utilità alla fondazione (senza scopo di lucro), occorre ovviamente chiarirlo con le rispettive Autorità competenti secondo il diritto nazionale.

Italia - Corte Suprema di Cassazione

## Sostituzione giudiziale di trustee

**Trust - revoca e sostituzione giudiziale dei trustee - "munus" di diritto privato - tutela dell'interesse di figli minorenni**

Deve essere rigettato il ricorso avverso la sentenza d'appello di conferma della sentenza di primo grado con la quale sono stati revocati e sostituiti giudizialmente i trustee di un trust di diritto inglese istituito in favore delle figlie minorenni dei trustee stessi, per aver questi agito in *breach of trust*, che sia motivato a partire dalla circostanza che i giudici di merito avrebbero tenuto in considerazione non solo gli specifici fatti dedotti in giudizio, ma anche il più generale comportamento scorretto e negligente dei trustee, non specificatamente dedotto da alcuna delle parti, in quanto il principio che la domanda fondata sull'allegazione di fatti sia eterodeterminata e, pertanto, non possa essere accolta per ragioni diverse da quelle prospettate, si deve correlare con l'oggetto specifico del contendere, rappresentato, nel presente giudizio, dalla richiesta di revoca giudiziale da un *munus* di diritto privato finalizzato, peraltro, alla tutela di interessi di figli minori trascendenti la libera disponibilità delle parti.

■ **Corte Suprema di Cassazione, Sez. Prima Civ., C. Carnevale, Pres., U.R. Panebianco, A. Ceccherini, G. Gilardi, Conss., R. Bernabai, Cons. Rel., 13 giugno 2008, n. 16022 [L.R. c. I.F.]**

**TESTO DELLA SENTENZA**

## SENTENZA

sul ricorso proposto da:

R.L., elettivamente domiciliato in Roma ..., presso l'avvocato P.F., rappresentato e difeso dall'avvocato D.A., giusta procura in calce al ricorso; - ricorrente -  
contro

FI.; - intimata -

e sul 2° ricorso n° 09888/05 proposto da:

FI., elettivamente domiciliata in Roma ..., presso l'avvocato S.G., che la rappresenta e difende unitamente agli avvocati C.C., G.A., giusta procura in calce al controricorso e ricorso incidentale; - controricorrente e ricorrente incidentale -

contro

R.L., elettivamente domiciliato in Roma ..., presso l'avvocato P.F., che lo rappresenta e difende unitamente agli avvocati V.A., S.E., giusta procura a margine del controricorso al ricorso incidentale; - controricorrente al ricorso incidentale -

avverso la sentenza n. 2198/04 della Corte d'Appello di Milano, depositata il 20/07/04;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica

udienza del 14/04/2008 dal Consigliere Dott. R.B.;

udito, per il ricorrente, l'Avvocato P.F. che ha chiesto l'accoglimento del proprio ricorso;

udito, per la controricorrente e ricorrente incidentale, l'Avvocato C.C. che ha chiesto il rigetto del ricorso principale e l'accoglimento del ricorso incidentale;

udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. A.G. che ha concluso per il rigetto di entrambi i ricorsi.

## SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione notificato il 7 Aprile 1999 il sig. R.L. conveniva dinanzi al Tribunale di Milano la ex moglie FI., esponendo

- che, a seguito di divorzio dichiarato in Inghilterra, luogo di residenza familiare, in data 23 settembre 1997, era stato costituito in favore delle figlie minori il "Trust O. and M." per l'amministrazione della casa familiare sita a Londra, con nomina congiunta dei genitori a coammini-

Riproduciamo il testo della sentenza dal suo originale.

La sentenza della Corte d'Appello di Milano, 20 luglio 2004, impugnata, può leggersi in questa Rivista, 2005, 87. La sentenza di primo grado del Tribunale di Milano, 20 ottobre 2002, può leggersi ivi, 2003, 265.

stratori (*trustees*), la cui convenzione istitutiva era stata poi modificata nel 1998 quando la F., insieme con le figlie, si era trasferita dapprima a Roma e poi a Milano;

- che la convenuta aveva violato le più elementari norme di correttezza amministrativa, conducendo in locazione un appartamento lussuoso, le cui spese, senza documentazione, addebitava al trust.

Tutto ciò premesso, chiedeva la dichiarazione di decadenza dell'ex moglie dalla carica di coamministratrice, con nomina di altro trustee, o in subordine, l'accertamento dell'obbligo di osservare scrupolosamente gli obblighi di buona amministrazione.

Costituitasi ritualmente, la F. eccepiva la carenza di giurisdizione e l'incompetenza del giudice adito e contestava, nel merito, la fondatezza della domanda. In via riconvenzionale, chiedeva la rimozione dell'attore dal ruolo di coamministratore, lamentando che egli avesse rifiutato di collaborare alla gestione del trust.

Con sentenza 20 Ottobre - 21 Novembre 2002 il Tribunale di Milano revocava sia l'attore, che la convenuta dall'incarico di coamministratori del trust, nominando in loro vece due avvocati del foro di Milano; rigettava ogni ulteriore domanda *hinc et inde* proposta e compensava per intero le spese di giudizio.

Motivava che entrambi i genitori avevano violato gli obblighi di lealtà e correttezza, nella specie particolarmente intensi in tema di amministrazione fiduciaria, attuando una serie di comportamenti pregiudizievoli per le posizioni soggettive delle figlie minori: con particolare riguardo all'obbligo di conservazione dell'immobile (lasciato vuoto ed infruttifero, invece che locato a terzi), di tenere un'adeguata contabilità (con omesse dichiarazioni fiscali ed inadempimento degli obblighi di corrispondere gli onorari professionali agli avvocati inglesi che avevano prestato assistenza legale) ed imparzialità dando prova, entrambi, di esasperata conflittualità nel disattendere il suggerimento del giudice di delegare a terzi i poteri di amministrazione, come suggerito dal giudice.

La Corte d'appello di Milano con sentenza 7-20 Luglio 2004 rigettava il successivo gravame del R. e quello incidentale della F., con compensazione integrale delle spese di giudizio.

Motivava

- che nessuna delle parti aveva offerto la prova dell'altrui responsabilità esclusiva per le inadempienze accertate. Rilevava, quanto al R., che la corrispondenza prodotta proveniva da lui stesso o dal suo difensore; che egli non aveva censurato l'addebito di violazione dell'obbligo di imparzialità ed aveva positivamente violato il ruolo fiduciario, mostrando di non tenere in considerazione la posi-

zione di cobeneficiaria del trust spettante alla ex moglie. Quest'ultima, a sua volta, non aveva assolto l'onere della prova liberatoria dalla presunzione di corresponsabilità ed era colpevole dell'omessa locazione dell'appartamento londinese per il periodo successivo al 18 Dicembre 2000.

Avverso la sentenza proponeva ricorso per cassazione il R., illustrato da successiva memoria, deducendo

1) la violazione dell'articolo 112 cod. proc. civ. per mancata corrispondenza tra chiesto e pronunziato e carenza di motivazione perché la Corte d'Appello di Milano aveva ritenuta la sua corresponsabilità in base a fatti non allegati dalla controparte, dato che la domanda riconvenzionale di revoca dell'amministrazione era stata fondata unicamente sulla affermata inadempienza di obblighi di natura economica, senza riferimento ad ulteriori regole di correttezza.

2) la violazione degli articoli 112 cod. di rito e 1362 e 1366 cod. civ. e la motivazione insufficiente e contraddittoria, per omesso esame di documenti decisivi che dimostravano che egli si era, per contro, diligentemente attivato per eliminare le inadempienze accertate nella gestione del trust. Queste erano invece dovute esclusivamente all'ostruzionismo della coamministratrice, del cui ruolo egli aveva tenuto conto, proprio invocando inutilmente un atteggiamento collaborativo, contrariamente a quanto affermato dalla corte territoriale.

3) La violazione degli articoli 91 e 92 cod. proc. civ. per omessa condanna alla rifusione delle spese processuali e dell'ausiliario di giustizia esperto di *common law*, incaricato dal Tribunale di Milano di illustrare i principi di diritto inglese in tema di trust.

Resisteva con controricorso la F., che proponeva altresì ricorso incidentale, ex art. 360, nn. 4 e 5, cod. proc. civile, per violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunziato e del regime delle preclusioni processuali, data la novità inammissibile dei fatti posti tardivamente a sostegno della domanda attrice, accolta in sentenza.

All'udienza del 14 aprile 2008 il Procuratore generale e i difensori precisavano le rispettive conclusioni come da verbale, in epigrafe riportate.

#### MOTIVI DELLA DECISIONE

Va preliminarmente disposta la riunione del ricorso incidentale (n. 9888 R.G. 2005) al ricorso principale (n. 6666 R.G. 2005), essendo entrambi proposti avverso la stessa sentenza (art. 335 cod. proc. civ.).

Il primo motivo del ricorso principale e il motivo unico del ricorso incidentale devono essere esaminati con-

giuntamente, concernendo la medesima questione di diritto, sia pure proposta da angoli visuali speculari. Entrambe, infatti, censurano il vizio di ultrapetizione per mancata corrispondenza tra chiesto e pronunziato nella dichiarazione di decadenza dalla carica di coamministratore rispettivamente irrogata per violazione degli obblighi di correttezza nella gestione del trust: sotto il profilo che la Corte d'Appello di Milano, confermando la decisione di primo grado, avrebbe posto a base dell'accertamento fatti diversi da quelli *hinc et inde* allegati come *causa petendi* delle reciproche domande di revoca.

La doglianza si rivela infondata.

Il principio che la domanda fondata sull'allegazione di fatti sia eterodeterminata e pertanto non possa essere accolta per ragioni diverse da quelle prospettate si deve correlare con l'oggetto specifico del contendere, rappresentato, nel presente giudizio, dalla richiesta di revoca giudiziale da un *munus* di diritto privato finalizzato, peraltro, alla tutela di interessi di figli minori trascendenti la libera disponibilità delle parti.

Tale incarico non si sostanzia ed esaurisce nel compimento di un singolo atto giuridico (come nel mandato), bensì in una attività multiforme e continua che deve essere sempre improntata a principi di correttezza e diligenza. Non a caso, le norme di cui agli articoli 334, in tema di usufrutto legale, e 183 in tema di comunione legale, contemplano la possibilità della revoca per aver "male amministrato": formula, necessariamente generica e lata, che può concretarsi non solo per effetto di specifiche violazioni di legge, ma anche quando l'assolvimento della funzione non sia, nel complesso, improntato alla diligenza richiesta dalla natura fiduciaria dell'incarico, così da riuscire lesivo degli interessi che l'istituto mira a proteggere. In quest'ottica l'allegazione di singoli fatti si configura quale prova della negligenza – o, come nella specie, della mancanza di collaborazione tra coamministratori, ridondante perfino in ostruzionismo – piuttosto che quale *causa petendi* di un diritto eterodeterminato (come, tipicamente, un diritto di credito) la cui variazione comporti *mutatio libelli*.

Ciò premesso in sede concettuale, la lettura critica dell'atto di citazione in primo grado disvela un ampio spettro di violazioni a sostegno della domanda di revoca, per cattiva gestione del trust; corredato del riferimento analogico alle norme giuridiche, sopra ricordate, in tema di amministrazione di beni in regime di comunione. Sono chiaramente prospettati, tra l'altro, addebiti di conflitto di interessi e di omesso rendiconto, di depauperamento del patrimonio separato e di rifiuto di informazioni dovute al coamministratore.

Non diversa, qualitativamente, appare la descrizione

delle condotte poste a base della domanda riconvenzionale della F, volta, reciprocamente, alla dichiarazione di decadenza dell'ex coniuge dalla carica di coamministratore per violazione di obbligo fiduciario (*breach of trust*), che, seppur concisamente, fa riferimento alla renitenza del R. ad una collaborazione leale nella gestione, ostativa alla realizzazione delle finalità del trust, nell'interesse dei figli minori.

Appare quindi esatta la conclusione trattata dalla Corte d'Appello di Milano che il ventaglio di censure attinenti alla *causa petendi* della corretta gestione patrimoniale (concetto essenzialmente unitario) non si debba frantumare nell'analitica specificazione dei singoli episodi: come tale, insuscettibile d'integrazione, a pena d'inammissibile *mutatio libelli*.

(*omissis*)

Entrambi i ricorsi vanno dunque respinti, con compensazione integrale delle spese di questo grado di giudizio.

P.Q.M.

- Riunisce i ricorsi e li rigetta entrambi;
- Compensa integralmente tra le parti le spese del giudizio di cassazione.

Italia - Tribunale di Lecce

# Rinuncia a mandato fiduciario e iscrizione nel Registro delle Imprese

## Mandato fiduciario - intestazione di quote a s.r.l. - rinuncia al mandato - Registro delle Imprese - iscrizione

Il trasferimento di quote di s.r.l. a società fiduciaria si configura come un vero e proprio mandato, in luogo di un più generico negozio fiduciario, laddove le parti abbiano così qualificato il loro rapporto, i poteri attribuiti alla fiduciaria corrispondano a quelli propri di un mandatario, sia fatto obbligo alla fiduciaria di attenersi alle istruzioni del fiduciante, il contratto stipulato dalle parti non possa essere ceduto, e, infine, sia previsto il divieto di sostituzione.

Ne consegue che la società fiduciaria è mera intestataria di quote delle quali ha la sola proprietà formale, mentre la proprietà sostanziale resta in capo al fiduciante. La rinuncia al mandato fiduciario è atto unilaterale recettizio, non sottoposto alla forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata, che può essere iscritto nel Registro delle Imprese in quanto atto assimilabile agli atti di trasferimento di titoli iscrivibili ex art. 2470, Il comma, cod. civ.

■ **Tribunale di Lecce, Sez. Comm., V. Brancato, Pres., M. Oriando, G. Rel., G. Erede, 18 marzo 2008, n. 831 [Soc. X c. Conservatore del Registro delle Imprese di Lecce]**

### TESTO DELL'ORDINANZA

(omissis)

#### 1. PREMESSA

1.1 Il 24.01.01 L.C. (nato a ... il ...) e L.G.A. (nato a ... il ...) stipulavano con spa X due distinti mandati fiduciari in forza dei quali conferivano incarico alla spa X di "assumere a Vostro nome ed a sue esclusive spese l'amministrazione fiduciaria dei titoli e valori" della srl Z con sede in ..., via ..., del capitale di £ 20.000.000.

Rispettivamente, L.G. e L.G.A. erano proprietari di £ 4.000.000 e £ 12.000.000.

Il contratto prevedeva espressamente l'intestazione fiduciaria delle quote della spa X.

1.2 Il 03.11.04 la spa X ha rinunciato ad entrambi i mandati fiduciari, lamentando che i signori L. non hanno adempiuto alle obbligazioni rinvenienti a loro carico, "omettendo di versare le dovute commissioni".

1.3 Con domanda 22.04.05, prot. n. ..., REA n. ..., la spa X ha chiesto di inserire "nell'elenco soci l'annotazione della rinuncia al mandato fiduciario da parte della società fiduciaria X spa".

1.4 Il 03.11.05, il Registro delle Imprese ha respinto la domanda, in quanto "l'eventuale reintestazione dei diritti societari deve essere effettuata con atto pubblico ovvero scrittura privata autenticata, ai sensi della Lg. 310/93".

1.5 Con ricorso depositato il 14.11.05, la spa X chiedeva al Giudice del Registro di ordinare al Conservatore del Registro delle Imprese la annotazione richiesta, "trattandosi di semplice annotazione e non di trasferimento della titolarità delle quote in questione", aggiungendo che "la necessità dell'annotazione è avvertita dalla scrivente, quale indefettibile esigenza di pubblicità che renda noto che il rapporto fiduciario è ormai cessato pur in assenza di un ritrasferimento della titolarità delle quote a causa dell'irreperibilità della contro parte".

1.6 Con decreto del 16.01.07/15.05.07, il Giudice del Registro respingeva il ricorso, osservando che "la intestazione fiduciaria di quote di srl realizza un negozio fiduciario in virtù del quale il soggetto in posizione di fiduciario acquista la titolarità delle quote e si impegna a trasferirle al fiduciante su sua richiesta" e riteneva quindi che "la rinuncia da parte del

Riproduciamo il testo dell'ordinanza dal suo originale. L'ordinanza costituisce oggetto della Circolare di Assofiduciaria del 26 maggio 2008 che può leggersi *infra*, 561.

fiduciario al mandato fiduciario comporta necessariamente il trasferimento delle quote sociali in favore del fiduciante e conseguentemente deve essere realizzata nelle forme richieste dal codice civile”.

1.7 Con ricorso ex art. 2192 c.c. la spa X chiedeva la riforma del decreto del Giudice del registro, osservando:

- che al Registro delle Imprese è precluso “un controllo in ordine alla validità sostanziale dell’atto di cui si chiedeva l’annotazione”

- che “il controllo preventivo di legittimità sostanziale va considerato non come la regola ma come l’eccezione da applicarsi in casi particolari aventi rilevanti conseguenze nei confronti dei terzi (si pensi all’acquisto della personalità giuridica, ovvero alla sollecitazione all’investimento propria dell’emissione obbligazionaria o di un aumento di capitale)”

- che “la esclusione del controllo di validità dal novero dei poteri dell’ufficio del registro” è coerente con il compito di garantire la tempestività dell’informazione (art. 86 legge 580/93)

- che l’art. 17 del contratto di mandato fiduciario prevede espressamente l’esonero dall’obbligo di riservatezza in tutti i casi in cui alla fiduciaria possa derivarne danno

- che l’art. 2189 comma 2 c.c. prevede il potere di controllare:

(l’autenticità della sottoscrizione

(il concorso delle condizioni richieste dalla legge per l’iscrizione

- che l’art. 11 del dpr 581/95 “specifica in cinque distinte lettere il contenuto dell’indagine”

- che l’espressione “concorso delle altre condizioni richieste dalla legge per l’iscrizione” non può essere estesa a “profili di legittimità sostanziale”

- che la firma apposta in calce alla rinuncia al mandato era autenticata da notaio e che la rinuncia stessa era stata notificata a mezzo ufficiale giudiziario

- che il controllo preventivo di validità è proprio del procedimento di omologazione degli atti societari ed è demandato al tribunale e non al registro delle imprese

- che il Giudice del Registro non può esprimere una valutazione sulla legittimità della rinuncia ove la stessa non sia accompagnata dal trasferimento delle quote

- che la rinuncia “è un atto unilaterale recettizio che produce i suoi effetti non appena sia stato comunicato nelle forme di legge al destinatario”

- che “la richiesta di annotazione della rinuncia al mandato fiduciario risponde alla indefettibile esigenza di rendere pubblico che il rapporto fiduciario è ormai cessato prima e a prescindere dal ritrasferimento della titolarità delle quote che attiene ad un momento successivo e che può essere ritardato per irreperibilità della controparte”

- che “le istruzioni per il deposito degli atti presso il Registro delle Imprese prevedono che vanno trascritti tutti gli atti preliminari di cessione tra i quali rientra anche la disdetta al mandato fiduciario trattandosi di retrocessione e cioè di restituzione della titolarità della quota ferma restando sempre la proprietà della stessa in capo alla cliente (c.d. fiduciante)”

- che “pur ove si dovesse ritenere illegittima la rinuncia da parte del fiduciario al mandato fiduciario senza il trasferimento delle quote, ciò non giustifica il rifiuto di annotazione della relativa iscrizione”.

## 2. PANORAMICA GIURISPRUDENZIALE

Appare opportuno riportare alcune pronunce che si sono occupate di società fiduciarie:

“Nella società fiduciaria, i fiducianti – dotati di una tutela di carattere reale azionabile in via diretta ed immediata nei confronti di ogni consociato – vanno identificati come gli effettivi proprietari dei beni da loro affidati alla società ed a questa strumentalmente intestati: il mandato dei fiducianti ad investire il denaro, anche quando rimetta alla discrezione professionale della società fiduciaria l’opzione tra le diverse ipotesi di investimento considerate nel mandato, è diretto a costituire patrimoni separati da quello della società stessa ed intangibili dai creditori di quest’ultima. Ne consegue che l’eventuale “mala gestio” dei beni dei fiducianti, da parte degli amministratori e dei sindaci della società, non comporta lesione all’integrità del patrimonio sociale, sicché i commissari liquidatori sono privi di legittimazione ad agire per far valere la responsabilità degli amministratori e dei sindaci nei confronti non della generalità dei creditori (per avere compromesso la funzione di generica garanzia del patrimonio sociale, ledendone l’integrità), bensì dei fiducianti, ai quali soltanto (come ai terzi danneggiati) spetta la legittimazione in ordine all’azione individuale di cui all’art. 2395 c.c.”: Cass. 4943/99.

“Non vi sono ostacoli a che una società di capitali fiduciaria assuma la veste di accomandate in una s.a.s., atteso che il rapporto giuridico intercorrente tra la società fiduciaria e le persone fisiche dei fiducianti è da ricondurre alla cd. fiducia germanistica, la quale non comporta (a differenza della romanistica “fiducia cum amico”) il trasferimento della piena proprietà dei beni al fiduciario ed il sorgere in capo a questi di un semplice rapporto obbligatorio interno col fiduciante in ordine alla destinazione ed alla gestione dei beni, bensì determina il permanere della proprietà in capo al fiduciante, verificandosi una scissione tra la titolarità del diritto (che permane al fiduciante) e legittimazione all’esercizio di esso (che trapassa alla società fiduciaria)”: App. Torino 20.07.98, in Nuova giur. civ. commentata 1999, I, 135 nota VAIRA.

“Anche prima dell’entrata in vigore della l. n. 1 del 1991,

era legittimamente applicabile il principio della separazione dei valori mobiliari affidati dal privato ad una fiduciaria (pur in mancanza di una specifica "individuazione" di detti beni) rispetto al patrimonio proprio della società sempre che l'esistenza del rapporto fiduciario risultasse da una scrittura avente data certa e la sua riferibilità ai titoli formalmente intestati alla fiduciaria fosse, sia pure in termini meramente quantitativi, del tutto inequivoca sostanziandosi il rapporto intercorrente tra società fiduciaria e fiducianti nella mera intestazione, alla prima, di beni appartenenti, effettivamente, ad altri proprietari (così che la proprietà della società, pur non potendo dirsi fittizia, viene ad assumere, purtuttavia, connotazione meramente "formale", per avere il patto fiduciario carattere meramente obbligatorio, poiché la divergenza del mezzo rispetto al fine perseguito dalle parti non assume rilevanza sul piano giuridico in quanto il fiduciante, nonostante la formale intestazione del bene alla fiduciaria, ne conserva la proprietà "sostanziale" ed è, quindi, in grado di disporre direttamente, senza necessità di alcun formale ritrasferimento dei titoli da parte della società). Ne consegue che, anche per il periodo precedente all'entrata in vigore della citata L. n. 1 del 1991, al fiduciante va riconosciuto il diritto di far valere, nei confronti degli organi dell'eventuale procedura concorsuale medio tempore instauratasi nei confronti della società, il diritto alla restituzione dei beni in precedenza ad essa affidati, dovendo ritenersi all'uopo, sufficiente la dimostrazione di una situazione idonea ad impedire che la cosa della quale si reclama la restituzione si sia confusa con il patrimonio del fallito, (rectius, del sottoposto a liquidazione coatta) per essere entrata a far parte dei beni di sua proprietà: pur occorrendo, perché si realizzi una situazione siffatta, in linea di principio, che la res sia "determinata" nella sua specifica e precisa individualità (art. 103 l. fall.), non va per contro, obliterato che, per l'acquisto della proprietà da parte di chi riceve in deposito una quantità di denaro o di altre cose fungibili, è pur sempre necessario che, alla semplice detenzione, si aggiunga (quanto meno implicitamente) la facoltà di servirsi di tale bene, non essendo la sua natura fungibile sufficiente, di per sé sola, a determinare il prodursi di tale effetto, mentre le società fiduciarie, non potendo disporre o, comunque, utilizzare nel proprio interesse i beni loro affidati, risultano, in concreto, mere depositarie di beni costituenti una massa patrimoniale distinta, a tutti gli effetti, dal loro personale patrimonio e, come tale, sottratta alle azioni esecutive degli eventuali creditori. Il permanere, in capo ai fiducianti, della proprietà dei beni affidati alla fiduciaria è, così, sufficiente a giustificare l'accoglimento, da parte degli organi deputati alla procedura concorsuale, della domanda di restituzione dei titoli avanzata ex art. 103 l. fall., non essendo neanche l'eventuale commistione dei conti tra più fiducianti idonea, di per sé, ad impedire il riconoscimento della separatezza dei beni inte-

stati alla società nell'interesse di tali soggetti (poiché detta commistione non coinvolge i rapporti tra fiducianti e fiduciaria, ma è limitata a quelli che intercorrono tra i singoli fiducianti nell'ambito di una massa patrimoniale composta da beni dei quali questi ultimi sono i proprietari "effettivi"), e del pari privo di rilevanza essendo che i fiducianti domandino (come nella specie) la restituzione di un numero di azioni inferiore a quello indicato come ad essi spettante dalla banca depositaria, posto che nulla vieta all'attore di circoscrivere l'oggetto delle proprie richieste ad una parte soltanto dei beni cui avrebbe astrattamente diritto": Cass. 10031/97.

"Il "proprium" del rapporto intercorrente tra la società fiduciaria ed i fiducianti consiste nella intestazione di beni appartenenti effettivamente ad altri proprietari per cui la proprietà della società fiduciaria ha carattere formale anche se, essendo voluta, non può dirsi fittizia e comporta obblighi di gestione e di garanzia degli "effettivi titolari". La separazione dei beni conferiti dai fiducianti rispetto al patrimonio della società fiduciaria è principio vigente nel nostro ordinamento fino dalla emanazione della disciplina della società fiduciaria. Nel rapporto con la società fiduciaria al fiduciante è riconosciuto lo "status" di "effettivo proprietario", in virtù del quale gli è attribuita una tutela di carattere reale, azionabile in via diretta ed immediata nei confronti di ogni consociato": Cass. 10031/97.

"Le partecipazioni societarie acquistate dalla società fiduciaria entrano direttamente nel patrimonio del fiduciante che ne è il proprietario effettivo": Cass. 9355/97.

### 3. DECISIONE

La dottrina che si è occupata della questione ha evidenziato che la società fiduciaria introduce una scissione tra titolarità e legittimazione, propria della c.d. "fiducia germanistica".

Ha anche fatto notare che la suddetta scissione si attaglia particolarmente al "settore dei titoli di credito [...] ed in genere nel campo mobiliare, anche in applicazione dei principi in tema di mandato, che già prevedono, in questo particolare campo, la possibilità per il mandante di rivendicare direttamente presso i terzi la proprietà dei beni acquistati dal mandatario senza rappresentanza in nome proprio, ma per conto del mandante (art. 1706 c.c.)".

La legge n. 1966 del 23.11.39 non contiene alcuna disciplina del negozio fiduciario.

Il Tribunale ritiene che si tratti di un vero e proprio mandato, perché:

- questo è il nomen juris assegnato dalle parti (cfr. la documentazione in atti)
- i poteri conferiti alla fiduciaria spa X sono tipici del mandato (e cioè ogni atto di amministrazione, tra cui

partecipare alle assemblee, ritirare i dividendi, rendiconto annuale)

- il mandatario (e cioè la fiduciaria X spa) si deve attenere alle istruzioni del fiduciante (in conformità a quanto prescrive per il mandato l'art. 1711 c.c.)

- non cedibilità del contratto e divieto di farsi sostituire (art. 1717 c.c.).

Questa conclusione è avvallata dalla sentenza n. 4943/99, che fa espresso riferimento al "mandato dei fiduciari".

La intestazione delle quote della srl Z alla spa X (invece che ai loro effettivi proprietari L.G.A. e L.G.) trova quindi la sua fonte nei due distinti contratti di mandato.

Orbene, il contratto di mandato si estingue (anche) per rinuncia del mandatario, ai sensi dell'art. 1722 n. 3 c.c., e cioè tramite un atto unilaterale recettizio.

Ed è quello che è avvenuto nel caso di specie, atteso che con la lettera del 03.11.04 la X ha comunicato ai due fiduciari di "rinunciare al mandato fiduciario".

Posto che la intestazione fiduciaria trae origine in un mandato e che questo può cessare anche per atto unilaterale del mandatario, ne deriva la erroneità della tesi del Registro delle Imprese, secondo cui "l'eventuale reintestazione dei diritti societari deve essere effettuata con atto pubblico ovvero scrittura privata autenticata, ai sensi della L.g. 310/93".

Infatti, la legge 310/93 ha modificato il regime di circolazione dei titoli di partecipazione in società di capitali, richiedendo appunto l'atto pubblico o la scrittura privata.

Ma nel caso di specie non vi è alcun trasferimento della titolarità delle quote della srl Z, che al contrario sono sempre state di effettiva proprietà dei due fiduciari (sig.ri L.), come si desume dalle sentenze n. 10031/97 e n. 9355/97 su riportate.

Alla fiduciaria spa X spetta solo la proprietà formale e la legittimazione ad amministrare i beni.

Va ora esaminata la questione relativa alla iscrivibilità nel Registro delle Imprese della rinuncia al mandato fiduciario.

Vige nell'ordinamento il principio di tipicità delle iscrizioni stabilito dall'art. 2188 c.c. e dall'art. 7, comma 2, lett. b, dpr 581/95.

Nessuna norma disciplina espressamente l'obbligo di iscrivere l'estinzione del rapporto fiduciario.

Tuttavia, per le considerazioni che precedono, la rinuncia al mandato fiduciario fa venir meno la scissione tra titolarità effettiva e titolarità formale (questa essendo la terminologia con cui si esprime la giurisprudenza di legittimità).

Si tratta di una vicenda assimilabile alla circolazione

dei titoli (anche se essi sono stati in realtà sempre di proprietà dei signori L.) e quindi si può applicare in via analogica l'art. 2470 comma 2 c.c. (che prevede l'iscrizione nel Registro delle Imprese dell'atto di trasferimento).

In conclusione, la rinuncia al mandato fiduciario è un atto che va assimilato al trasferimento dei titoli ed è quindi iscrivibile ai sensi dell'art. 2470 comma 2 c.c.

Infine, per quanto concerne la forma, va rammentato che l'art. 11 comma 4 dpr 581/95 dispone:

"L'atto da iscrivere è depositato in originale, con sottoscrizione autenticata, se trattasi di scrittura privata non depositata presso un notaio".

Nel caso di specie, le due rinunce sono state autenticate dal notaio F.D. di Taranto.

Non sussiste quindi alcun ostacolo alla iscrizione nel Registro delle Imprese.

P.Q.M.

Visto l'art. 2192 c.c.

In riforma del decreto del 16.01.07/15.05.07 del Giudice del Registro ordina al Registro delle Imprese di iscrivere la rinuncia al mandato fiduciario da parte della spa X (a far data dalla domanda del 22.04.05) per una quota di € 6.197,00 intestata a L.G.A. e per una quota di € 2.066,00 intestata a L.G. relativamente alla srl Z.

Inghilterra e Galles - High Court of Justice

## Trust sham e responsabilità del trustee per breach of trust

**Trust - “sham” - “breach of trust” - condotta del trustee - momento rilevante per l’acertamento della natura del trust**

Un trust che nasca valido ed efficace non può divenire *sham* in un momento successivo alla sua istituzione avuto riguardo ad una condotta acquiescente che il trustee tenga nei confronti del disponente e dei desideri che questi manifesti (in termini incompatibili con la natura e l’esistenza stessa del trust), dovendosi più correttamente configurare una responsabilità del trustee per violazione delle obbligazioni fiduciarie (*breach of trust*) su di lui gravanti. Eccezione è rappresentata dall’acquiescenza del trustee ai desideri di tutti i beneficiari del trust.

Un trust che nasca *sham* può trasformarsi in un trust validamente istituito, genuino ed *enforceable* in un momento successivo alla sua istituzione qualora la condotta del trustee primo nominato sia comunque onesta e rispettosa delle obbligazioni fiduciarie proprie dell’ufficio ricoperto, indipendentemente dall’intenzione del disponente, ovvero qualora il trustee secondo nominato agisca parimenti e nella convinzione di essere stato nominato trustee di un trust valido, genuino ed *enforceable*.

■ **High Court of Justice, Family Division, Munby, J., 29 gennaio 2007 [A v A and St George Trustees Limited and others]**

### NOTE

La tematica dello “sham trust” non è nuova alle pagine di questa Rivista: vi torniamo ora in occasione di una recente sentenza della High Court of Justice inglese con la quale sono stati fissati alcuni importanti punti nel senso di una progressiva enucleazione dei principi regolatori la materia(1).

La fattispecie che ha condotto alla sentenza è alquanto complessa e articolata, tanto che il giudice ha impiegato molto tempo prima di poter addivenire ad una decisione, ma può essere sommariamente riassunta nei termini che seguono. A seguito di una crisi coniugale, moglie e marito intendono divorziare. Il patrimonio familiare, da suddividere tra i coniugi, è limitato, ed anche i beni personali del marito appaiono di circoscritta consistenza; peraltro, il marito risulta essere il beneficiario di due trust, alquanto ricchi, aventi ad oggetto le azioni di alcune società della propria famiglia di origine, istituiti rispettivamente dai genitori e dal fratello per i discendenti della famiglia stessa.

La moglie, ritenendosi lesa nei propri diritti economici di coniuge, agisce quindi in giudizio affinché

il giudice, dichiarati i trust *sham* sulla base di un presunto controllo che il beneficiario eserciterebbe di fatto sul trustee, accerti la reale consistenza del patrimonio del coniuge (ben superiore alla apparente), e quindi ne tenga conto in sede di attribuzioni economiche conseguenti al divorzio.

La sentenza si segnala in quanto il giudice pone alla base del proprio ragionamento il principio per il quale un trust che non nasca, sin dall’inizio, quale trust *sham*, non possa, per alcun motivo, diventare tale successivamente: allorquando un trust è propriamente istituito, tipicamente mediante il trasferimento dei beni al trustee e l’esercizio da parte di questi dei poteri fiduciarî attribuitigli dall’atto istitutivo, la circostanza che di tali beni il trustee disponga in favore di un beneficiario è del tutto irrilevante nella misura in cui ciò rientri nell’ambito del dettato legi-

Riproduciamo il testo della sentenza da [2007] EWHC 99 (Fam).

### Nota:

(1) Si v. M. Lupoi, Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciarî, Padova, 2008, pp. 70-73.

slativo o dell'atto istitutivo: in difetto, non si potrà parlare di "trust sham", bensì più propriamente di *breach of trust* del trustee.

Da tale assunto il giudice fa discendere un'importante conseguenza: il trustee che abbia in buona fede accettato l'ufficio assume su di sé obbligazioni fiduciarie delle quali non si può liberare per mezzo di azioni non consone alla funzione rivestita: qualora egli abbia assunto l'incarico responsabilmente e senza intenzione di rendersi parte di un *trust sham*, non è possibile che la condotta che successivamente tenga, eventualmente acquiescente con il disponente ed in violazione delle obbligazioni fiduciarie, renda il trust validamente istituito un *trust sham*. L'unico effetto di ciò, pertanto, è di esporre il trustee al rischio di una responsabilità per *breach of trust*, ed il disponente, eventualmente, ad una responsabilità per *knowing assistance* nella violazione.

La medesima considerazione vale anche per il caso che il trustee primo nominato e di buona fede sia stato successivamente sostituito con un secondo trustee la cui nomina sia palesemente preordinata a rendere il trust, per il futuro, *sham*.

L'unica eccezione a tale principio è data dall'ipotesi in cui l'acquiescenza del trustee si manifesti nei confronti della volontà di tutti i beneficiari del trust di considerare il trust stesso *sham*.

Per contro, il giudice si pone anche il problema inverso, ovvero se un trust che nasca *sham* possa, successivamente, perdere tale natura: ciò che è possibile ad esempio nel caso in cui venga nominato un nuovo trustee il quale agisca nel pieno rispetto delle obbligazioni fiduciarie dell'ufficio e nel convincimento di agire in conformità ad un atto istitutivo genuino, valido, così adempiendo scrupolosamente al proprio incarico.

La conclusione alla quale il giudice perviene è pertanto nel senso di escludere la sussistenza di un trust *sham* tutte le volte in cui il trustee originario, ovvero il trustee successivamente nominato, non siano stati parte dello *sham* al momento della rispettiva assunzione di incarico. Nel primo caso, infatti, il trust non potrà mai divenire *sham*; nel secondo caso, invece, il trust potrà trasformarsi in un trust genuino, valido ed *enforceable* a partire dalla data della nomina del nuovo trustee.

Fissati questi principî, il giudice conclude nel senso di non ritenere che la richiesta di dichiarazione di *sham* avanzata dall'attrice fosse supportata validamente da alcuna prova, e ciò soprattutto avuto ri-

guardo al fatto che i trustee dei trust oggetto di controversia secondi nominati avevano sempre agito in buona fede, onestamente e coscienziosamente nell'adempiimento delle rispettive obbligazioni fiduciarie.

(E. B.)

## TESTO DELLA SENTENZA

(*omissis*)

### The background

2. The husband and the wife (as I shall for convenience refer to them) were born in 1942 and 1948 respectively. Their relationship began in 1982. They married on 26 October 1984. The marriage seems to have come under significant strain in 1997. They separated in 2001, though for a time continuing to live under the same roof. The wife petitioned for divorce on 22 May 2001. The decree nisi followed on 23 August 2001. The wife served her Form A on 10 July 2003. There was more than the usual amount of interlocutory skirmishing. On 18 November 2003 Pauffley J granted the wife a freezing order against the husband, continued by an order made by Bennett J on 25 November 2003. On 18 February 2005 Singer J adjourned the final hearing, which had been fixed for 28 February 2005, to 12 December 2005. The final hearing did indeed start before me on that day but, for reasons explained below, did not conclude until 10 November 2006. I now (29 January 2007) hand down judgment.

3. There are no children of the marriage. Both the husband and the wife were previously married. By his first marriage the husband had two children, Simon and Zara. Simon is married to Melinda. The wife's children by her first marriage include a daughter, Jane.

4. Although, as I have said, the parties married in 1984 that was before the ancillary relief proceedings arising out of the husband's first marriage had been concluded. They came to an end only on 17 December 1985 when Mr Registrar Turner gave judgment and made a final order.

5. There are three family companies: HDC, CWM and FHP:

i) HDC was set up many years ago by the husband's now deceased father (he died on 16 April 1985). It owns and operates a chicken processing plant. HDC has 5,000 shares. The husband has 1,150 shares (23%), the wife has 1,149 shares (22.98%) (transferred to her by the husband on 2 December 1988) and Simon has 1 share (0.02%). The remaining 2,700 shares (54%) are held by the interveners, as the trustees of two separate trusts ("the trusts").

ii) CWM was set up in 1990 by the wife to market a fitness aid she had invented. Her case is that she has since given CWM to her daughter Jane, who is now running the business full-time, and that she no longer has any interest in it. The husband disputes this.

iii) FHP was incorporated on 4 December 2003. There are two shares, one each held by Simon and Melinda. FHP also deals in chicken.

6. I must add a little detail about the trusts. Each of the trusts was created by a deed dated 9 November 1984 – that is, it will be noted, *before* Mr Registrar Turner had given judgment in the ancillary relief proceedings arising out of the husband's first marriage. Each of the trusts is governed by English law. One trust (which I shall refer to as the Parents' Discretionary Trust) was created by the husband's parents and holds 1,700 of the shares in HDC (34%). The other trust (which I shall refer to as Anthony's Discretionary Trust) was created by the husband's unmarried brother, Anthony, and holds the remaining 1,000 shares (20%). Subject to the fact that, in the usual way, Anthony, as settlor, is excluded from benefit under Anthony's Discretionary Trust, the beneficiaries under both trusts are the children and remoter issue of the husband's parents then living or born at any time before 9 November 2064. The beneficiaries thus include Anthony, the husband, his children (Simon and Zara) and their children and grandchildren. It is important to note, therefore, that the beneficiaries are not a closed class all of whom are ascertained and *sui juris*.

7. Initially the trustees of the Parents' Discretionary Trust were two professionally qualified English accountants, Mr Halton and Mr Luder. The trustees of Anthony's Discretionary Trust were a Mr Pickard and a Mr Jolly. In October 1989 all four trustees retired and were replaced, as trustees of both trusts, by the husband and the wife. In 1991 the husband and the wife retired as trustees and were replaced by a trust company, Credit Suisse Trustees (Guernsey) Limited ("CSTGL") which, as its name would suggest, was based in Guernsey. In 1996 CSTGL was replaced as trustee by the interveners, who are based in Jersey. The first intervener is a trust company used as a vehicle for such purposes by the second and third interveners who are also trustees, along with the first intervener, of both trusts. The second intervener (Mr St George) and the third intervener are both professionally qualified accountants. It is to be noted that although the current trustees are based in Jersey, and are therefore personally responsible to the Jersey regulatory authorities, the trusts continue to be governed by English law and not by Jersey law.

8. The matrimonial assets, apart from the wife's jewellery, two motor cars, the contents of the former matrimonial home, some money in a bank account and some quoted shares worth approximately £13,500, consist of:

i) The shares in HDC, CWM and (as the wife would have it) FHP.

ii) The former matrimonial home, a property called Drum Grange, purchased in 1993 in the names of HDC and CWM, the purchase monies having ostensibly been provided as to 75% by HDC and 25% by CWM. It has now been sold for £2,700,000.

iii) The husband's pension fund, worth £717,576.

There is also a holiday property in Antigua, purchased by the husband and the wife in 1997 for US\$160,000, but owned by HDC.

#### The issues

9. But for a number of issues raised by the wife, the case would be fairly straight-forward. It has been made much more complex because of the wife's allegations (i) that the trusts are shams – with the consequence, so the wife would say, that the husband is to be treated as owning not 1,150 (23%) of the shares in HDC but 3,850 shares (77%), (ii) that the shares in HDC held by the trusts are in any event to be treated as available to the husband in accordance with the principle in *Thomas v Thomas* [1995] 2 FLR 668, and (iii) that the value of HDC has been artificially reduced by the husband (a) skimming off substantial sums in cash and (b) diverting its business to FHP. To a much more limited extent the case has also been made more complex because of the husband's allegation that the wife still has an interest in CWM.

10. In these circumstances the following issues arise in addition to those which would have to be considered in any claim for ancillary relief:

- i) the allegation of sham in relation to the trusts;
  - ii) the *Thomas v Thomas* claim;
  - iii) the allegation that cash has been skimmed off from HDC;
  - iv) the allegation that HDC's business has been diverted to FHP;
  - v) the value of the shares in HDC; and
  - vi) the ownership of the shares in CWM.
- I shall deal with them in turn.

#### Sham - the forensic context

11. Mr Charles Howard QC, on behalf of the husband,

was justifiably scathing about what he says was the muddled and confused way the allegation of sham was being put even as late as the first day of the final hearing. It would seem that the allegation finds its origin in findings made by Mr Registrar Turner in 1985. The allegation was made in terms, using the word “sham”, in an affidavit the wife swore on 18 November 2003. In the wife’s Form E (sworn on 10 September 2003), and in the very detailed Chronology prepared on her behalf by Mr Philip Moor QC and Mr Christopher Wood, it was said that the husband was “the de facto controller and beneficiary” of the trusts. It was further asserted in the Chronology that “the reason for placing the shares in trust was because [the husband] was in the process of divorcing from his first wife and wished to present himself as a minority shareholder in that dispute” and that “in practice” the husband “controlled those shares.” In the Case Summary they prepared for the final hearing, Mr Moor and Mr Wood asserted that the husband “set out to do everything in his power to defeat his first wife’s claims against him, including the creation of the off-shore trusts as an integral part of the campaign.” Mr Howard’s acerbic comment is that the husband did not create the trusts and that they were not initially off-shore.

12. I have to confess that a careful pre-reading of all the relevant papers had nonetheless left me wholly unclear as to how exactly the case was being put by the wife. I raised this matter with Mr Moor on the first day of the hearing and indicated that I wanted written clarification of exactly how the wife was putting her case. That was provided on 15 December 2005.

13. Before turning to see exactly how Mr Moor puts his case it is convenient first to survey the relevant legal landscape.

#### Sham - the legal context

14. Because of the way the wife’s case has evolved and has been argued I think it best to start with some basic principles of law.

15. A number of different principles, rules or doctrines (call them what you will) may come into play if it is said that some document or transaction is not in truth entirely what it purports to be. The following list is not intended to be exhaustive, but what I have in mind would include, for example:

i) The principle that the court looks to the substance rather than the label: *Street v Mountford* [1985] AC 809.

ii) The approach adopted by the court when faced with a pre-ordained series of transactions or a composite

transaction which includes an artificial step inserted for no commercial purpose: *W T Ramsay Ltd v Inland Revenue Commissioners* [1982] AC 300, *Furniss v Dawson* [1984] AC 474 and *Craven v White* [1989] AC 398.

iii) The principle that in certain circumstances the court can ‘pierce the corporate veil’: see most recently *Mubarak v Mubarak* [2001] 1 FLR 673 (not affected on this point by the decision on appeal, [2001] 1 FLR 698).

iv) The approach adopted by the court when faced with the assertion that property conveyed to another is in fact held on a resulting trust for the transferor: see, for example, *Tinker v Tinker* [1970] P 136.

v) The doctrine of sham as defined in *Snook v London and West Riding Investments Ltd* [1967] 2 QB 786 at page 802 [in questa Rivista, 2006, 286, n.d.r.].

vi) The various statutory provisions entitling the court to set aside conveyances or other transactions entered into with intent to defeat or defraud creditors. Conceptually analogous to such provisions is the provision familiar to practitioners in this Division, section 37 of the Matrimonial Causes Act 1973, which enables the court to set aside transactions intended to prevent or reduce financial relief under the Act.

vii) The approach adopted by the matrimonial court when faced with the assertion that the “financial resources” available to a spouse within the meaning of section 25(2)(a) of the Matrimonial Causes Act 1973 include some asset which is either not the property of the spouse (for example, an expectation of future bounty from a friend or relative) or in relation to which he has less than an absolute interest (for example, the interest of the beneficiary of a discretionary trust): see *Thomas v Thomas* [1995] 2 FLR 668 and, most recently, *Charman v Charman* [2005] EWCA Civ 1606, [2006] 2 FLR 422 [in questa Rivista, 2007, 61, n.d.r.].

16. I draw attention to these various different types of case in part to make the point that conceptually they proceed on very different - and in some cases completely inconsistent - bases. There is, I suppose, no difficulty, other than possible forensic embarrassment, in pleading inconsistent cases in the alternative, but it is important to recognise that due to their analytical inconsistency many of these doctrines can operate only as alternatives. I shall return to this point below.

17. I wish also to make the point that, even in the Family Division, a spouse who seeks to extend her claim for ancillary relief to assets which appear to be in the hands of someone other than her husband must identify, and by reference to established principle, some proper basis for doing so. The court cannot grant relief merely be-

cause the husband's arrangements appear to be artificial or even 'dodgy'.

18. In the course of his submissions on behalf of the wife, Mr Moor referred me to Coleridge J's observation in *J v V (Disclosure: Offshore Corporations)* [2003] EWHC 3110 (Fam), [2004] 1 FLR 1042 at para [130]:

"these sophisticated offshore structures are very familiar nowadays to the judiciary who have to try them. They neither impress, intimidate, nor fool any one. The courts have lived with them for years."

I agree entirely with Coleridge J that the court should adopt a robust, questioning and, where appropriate, sceptical approach. As I said myself in *Re W (Ex Parte Orders)* [2000] 2 FLR 927 at page 938:

"the court will not allow itself to be bamboozled by husbands who put their property in the names of close relations in circumstances where, taking a realistic and fair view, it is apparent that the recipient is a bare trustee and where the answer to the real question – Whose property is it? – is that it remains the husband's property."

And I went on to refer to:

"the robustness with which the Family Division ought to deal in appropriate cases with husbands who seek to obfuscate or to hide or mask the reality behind shams, artificial devices and similar contrivances. Nor do I doubt for a moment the propriety and utility of treating as one and the same a husband and some corporate or trust structure which it is apparent is simply the alter ego or creature of the husband."

19. But this does not mean, and I am sure that Coleridge J did not intend to suggest, that the court can simply ride roughshod over established principle, least of all where there are, or appear to be, third party interests involved. As I went on to comment in *Re W* at page 938:

"On the other hand, and as *Nicholas v Nicholas* [1984] FLR 285 ... demonstrates, the court does not – in my judgment cannot properly – adopt this robust approach where, for example, property is held by a company in which, although the husband has a majority shareholding, the minority shareholdings are what Cumming-Bruce LJ at 287G called 'real interests' held by individuals who, as Dillon LJ put it at 292G, are not nominees but business associates of the husband."

Bodey J said much the same thing in *Mubarak v Mubarak* [2001] 1 FLR 673 at page 682:

"I would suggest that the Family Division can make orders directly or indirectly regarding a company's assets where (a) the husband (as I am assuming) is the owner and controller of the company concerned and (b) where there are no adverse third parties whose position or inter-

ests would be likely to be prejudiced by such an order being made. I include as third parties those with real minority interests in the company and (where relevant on the facts) creditors and directors."

20. There is one other preliminary point that I wish to emphasise. In deciding whether or not, and, if so, in what manner, these principles operate in any particular case, the court will of course have regard to the particular context and to the particular factual matrix. Thus it may be easier, for example, to 'pierce the corporate veil' in the context of a small family company than in some larger-scale or more purely commercial context. Similarly, the inferences that can properly be drawn in the case of an asserted resulting trust may differ, even in a family context, depending upon the nature of the relationship between the parties; an inference appropriate in the case of a married couple may not be appropriate in the case of an unmarried couple, whilst an inference appropriate in the case of a couple (whether married or unmarried) may be wholly inappropriate as between siblings.

21. In this sense, and to this limited extent, the typical case in the Family Division may differ from the typical case in (say) the Chancery Division. But what it is important to appreciate (and too often, I fear, is not appreciated at least in this Division) is that the relevant legal principles which have to be applied are precisely the same in this Division as in the other two Divisions. There is not one law of 'sham' in the Chancery Division and another law of 'sham' in the Family Division. There is only one law of 'sham', to be applied equally in all three Divisions of the High Court, just as there is but one set of principles, again equally applicable in all three Divisions, determining whether or not it is appropriate to 'pierce the corporate veil.'

22. Putting the point more generally, I entirely agree with what Mr Nicholas Mostyn QC, sitting as a Deputy Judge, said in *TL v ML and others (Ancillary Relief: Claim against Assets of Extended Family)* [2005] EWHC 2860 (Fam), [2006] 1 FLR 1263, at para [34]. Having referred to what Lord Denning MR had said in *Tebbutt v Haynes* [1981] 2 All ER 238 at page 241, he continued:

"It is to be emphasised, however, that the task of the judge determining a dispute as to ownership between a spouse and a third party is, of course, completely different in nature from the familiar discretionary exercise between spouses. A dispute with a third party must be approached on exactly the same legal basis as if it were being determined in the Chancery Division."

23. The Deputy Judge recorded, at para [35], the complaint of counsel in that case that the issues had never

been “properly defined, pleaded or particularised” and went on to suggest, at para [36], how such issues should in future be handled by way of appropriate case management. I am sympathetic to the approach being suggested by the Deputy Judge, though I would not wish to be quite so prescriptive as he appears to be. Vigorous judicial case management in such cases is vital, but the appropriate directions to be given in any particular case must reflect the case managing judge’s appraisal of how, given the forensic realities of the particular case, the issues can best be resolved in the most just, effective and expeditious manner.

24. I do, however, entirely share the Deputy Judge’s view that directions should normally be given for such issues to be properly pleaded by points of claim and points of defence. In the present case the muddle, confusion and ambiguities in the wife’s case would have been more pitilessly exposed, and at a much earlier stage in the proceedings, had the presentation of her case been exposed to the intellectual discipline which is one of the advantages of any system of pleading. Moreover, if the wife had been required to plead her case everyone would have had a much clearer idea, and at a much earlier stage, as to exactly what she was or was not asserting and as to exactly what the husband and the interveners were or were not saying by way of defence. As it was, matters were wholly unclear even as late as the first day of the final hearing.

#### Sham - the nature of the wife’s case

25. In the present case, Mr Moor has now nailed his colours firmly to the mast. He relies upon two, and only two, of the principles or doctrines to which I have referred. First, he relies upon the doctrine of sham. Secondly, he says that this is a case where the principle in *Thomas v Thomas* [1995] 2 FLR 668 applies.

26. True it is that in the document dated 15 December 2005 in which the wife’s case is set out, the allegation is repeated that “as a matter of fact, [the husband] controls HDC and can do with it as he wishes,” but it is clear, not least from the document itself, that this is intended as no more than an evocation of the principle in *Thomas v Thomas*, no doubt on the basis that if, in accordance with *Thomas v Thomas*, the shares in HDC held by the trusts are treated as being available to the husband, he will on this approach either own or have access to 77% of the shares. What is clear is that it is not being asserted by the wife that the corporate veil should be pierced – indeed, I have not been taken to any of the extensive case-law on that topic. This is an important point to which I will have to return.

27. Mr Moor is, of course, entitled to put his case in this way, but it must be appreciated that the two cases he seeks to make are quite inconsistent with each other. The first proceeds explicitly on the basis that the trusts are both shams. The second proceeds on the basis that the trusts are not shams, in other words that they are genuine.

28. In *W T Ramsay Ltd v Inland Revenue Commissioners* [1982] AC 300 at page 323, Lord Wilberforce drew a helpful distinction between the genuine and the sham:

“It is for the fact-finding [tribunal] to find whether a document, or a transaction, is genuine or a sham. In this context to say that a document or transaction is a “sham” means that while professing to be one thing, it is in fact something different. To say that a document or transaction is genuine, means that, in law, it is what it professes to be, and it does not mean anything more than that.”

In that sense, most of the principles or doctrines which I have referred to above involve documents or transactions which are perfectly genuine. For example, in the first and second types of case I mentioned, the court is merely concerned to ascertain the legal nature or effect of what is accepted to be entirely genuine. So also, in a case founded on section 37 or analogous statutory provisions, the court is concerned with a document or transaction which is entirely genuine. After all, the purpose of the transferor is to do the very thing which the transaction purports to achieve, to divest himself of some asset and put it beyond the reach of his creditor or spouse (as the case may be). The presence of the statutorily defined vitiating feature merely entitles the court to set aside a transaction which is otherwise entirely genuine.

29. More importantly for present purposes, a *Thomas v Thomas* application (for example in respect of a spouse who is the beneficiary under a discretionary trust) usually proceeds on the assumption that the trust is entirely genuine, that the trustees are conscientiously acting in that capacity and that they will exercise their fiduciary powers bona fide and in a lawful manner. As Wilson LJ said in *Charman v Charman* [2005] EWCA Civ 1606, [2006] 2 FLR 422, at para [12]:

“On the evidence so far assembled in the present case, as in most cases, there seems no reason to doubt that the duties of the trustee are being, and will continue to be, discharged properly. In his written argument in this court, Mr Pointer QC, on behalf of the wife, at one point referred to the possible ‘unity of interest’ between the husband and Codan; and in his written argument before the judge he tentatively described Codan as ‘quasi-agents’ of the husband. Both phrases imply that Codan is not asserting, or would not assert, the independence that its duties require

of it; and, in my view, on the present evidence, it was wise of Mr Pointer in oral argument to withdraw them. A trustee – in proper ‘control’ of the trust – will usually be acting entirely properly if, after careful consideration of all relevant circumstances, he resolves in good faith to accede to a request by the settlor for the exercise of his power of advancement of capital, whether back to the settlor or to any other beneficiary.”

Lloyd LJ made the same point at para [60]:

“Under this settlement ... it is open to the trustee to appoint all or part of the capital to the settlor under cl 4(b). Moreover, there is, on the face of it, no reason to suppose that, if they were to do so, they would not be acting entirely properly as trustees and in accordance with the obligations incumbent on them as regards the exercise of discretionary powers. It is, therefore, unnecessary for the petitioner, wishing to establish that the respondent has access to the trust funds ... to allege any improper conduct or attitude on the part of the trustees. It was unwise to use language which implied that such a case was made.”

Mr Moor’s primary case, that the trusts are shams, involves the diametrically different assertion that the trustees are not in truth acting as such but are simply the husband’s stooges.

30. Mr Howard submits that these two quite separate issues have become muddled in the wife’s presentation of her case, that arguments pertinent to the *Thomas v Thomas* issue have been prayed in aid illegitimately to support the sham argument and that the reality, however Mr Moor professes to articulate her case, is that the wife is not so much contending that the trusts are shams in the legal sense as urging the court to adopt a *Thomas v Thomas* approach. With studied delicacy he submits that it is “regrettable” that the wife has not dropped the sham allegation but indeed placed increasing reliance upon it. Mr Christopher Wagstaffe, on behalf of the interveners, was more robust, saying that frankly the allegation ought not to have been pursued.

31. I must return to *Thomas v Thomas* in due course. For the moment I focus on sham.

#### Sham - the law of sham

32. What is a ‘sham’? The classic definition was given by Diplock LJ in *Snook v London and West Riding Investments Ltd* [1967] 2 QB 786 at page 802:

“it means acts done or documents executed by the parties to the “sham” which are intended by them to give to third parties or to the court the appearance of creating between the parties legal rights and obligations different

from the actual legal rights and obligations (if any) which the parties intend to create.”

This accords with Lord Wilberforce’s description in *Ramsay* at page 323 of a document or transaction as being a sham if “while professing to be one thing, it is in fact something different.” Diplock LJ continued with the following passage which is at the heart of the issue in the present case:

“one thing, I think, is clear in legal principle, morality and the authorities ... that for acts or documents to be a “sham,” with whatever legal consequences follow from this, all the parties thereto must have a common intention that the acts or documents are not to create the legal rights and obligations which they give the appearance of creating. No unexpressed intentions of a “shammer” affect the rights of a party whom he deceived.”

Diplock LJ’s statement of the law, which as Mr Moor points out was cited with approval by Lord Fraser of Tullybelton in *Ramsay* at page 337, has always been treated as canonical.

33. The most recent general analysis of the doctrine of sham was undertaken by Arden LJ (with whom Sir Martin Nourse and May LJ agreed) in *Hitch and others v Stone (Inspector of Taxes)* [2001] EWCA Civ 63, [2001] STC 214. Having referred to *Snook* she continued at paras [63]-[69]:

[63] ... It is of the essence of this type of sham transaction that the parties to a transaction intend to create one set of rights and obligations but do acts or enter into documents which they intend should give third parties, in this case the Revenue, or the court, the appearance of creating different rights and obligations. The passage from Diplock LJ’s judgment ... has been applied in many subsequent decisions and treated as encapsulating the legal concept of this type of sham ...

[64] An inquiry as to whether an act or document is a sham requires careful analysis of the facts and the following points emerge from the authorities.

[65] First, in the case of a document, the court is not restricted to examining the four corners of the document. It may examine external evidence. This will include the parties’ explanations and circumstantial evidence, such as evidence of the subsequent conduct of the parties.

[66] Second, as the passage from *Snook* makes clear, the test of intention is subjective. The parties must have intended to create different rights and obligations from those appearing from (say) the relevant document, and in addition they must have intended to give a false impression of those rights and obligations to third parties.

[67] Third, the fact that the act or document is uncommercial, or even artificial, does not mean that it is a

sham. A distinction is to be drawn between the situation where parties make an agreement which is unfavourable to one of them, or artificial, and a situation where they intend some other arrangement to bind them. In the former situation, they intend the agreement to take effect according to its tenor. In the latter situation, the agreement is not to bind their relationship.

[68] Fourth, the fact that parties subsequently depart from an agreement does not necessarily mean that they never intended the agreement to be effective and binding. The proper conclusion to draw may be that they agreed to vary their agreement and that they have become bound by the agreement as varied ...

[69] Fifth, the intention must be a common intention (see *Snook*)."

34. The need for there to be a common intention applies not just where there is a bilateral transaction of the kind which featured in *Snook* and in *Hitch v Stone*. It applies equally to transactions such as a settlement of property or the creation of a trust. That, in my judgment, is clearly established by the decisions of Knox J in *Chase Manhattan Equities Ltd v Goodman and others* [1991] BCLC 897, of the Deputy Bailiff of the Royal Court of Jersey in *In the Matter of the Esteem Settlement (Abacus (CI) Limited as Trustee), Grupo Torras SA and Culmer v Al Sabah and four others* [2003] JRC 092, 2003 JLR 188, [2004] WTLR 1 [in questa Rivista, 2004, 414, n.d.r.], and of Rimer J in *Shalson and others v Russo and others (Mimran and another, Part 20 claimants)* [2003] EWHC 1637 (Ch), [2005] Ch 281 [in questa Rivista, 2006, 275, n.d.r.].

35. In *Chase Manhattan Equities Ltd v Goodman and others* [1991] BCLC 897, shares in a company were registered in the name of nominees. A director of the company, as the beneficial owner of the shares, which were subject to a charge, executed a deed of gift purporting to give the shares to his cohabitee. An issue subsequently arose as to whether the gift was a sham. Having quoted Diplock LJ's remarks in *Snook*, Knox J said at page 921:

"Immediately before the deed of gift was executed Mr Goodman was the beneficial owner in equity, subject to the rights of Nat West Bank by way of charge, of the shares in question ... On its face the transaction effected by the deed of gift was an outright gift to Mrs Fitzgerald of that beneficial interest. The deed of gift can only be a sham in my judgment if it is shown that the parties to it intended that Mr Goodman should remain the beneficial owner of the shares comprised in it."

He went on at page 923:

"I return therefore to the question whether the deed of gift was indeed a sham in the sense that neither Mr Good-

man nor Mrs Fitzgerald intended it to deprive Mr Goodman of beneficial ownership or confer it upon Mrs Fitzgerald. How the parties acted after it was executed is relevant to this inquiry although it would not be relevant to any question of construction."

36. The same point arose in the Royal Court of Jersey in *In the Matter of the Esteem Settlement (Abacus (CI) Limited as Trustee), Grupo Torras SA and Culmer v Al Sabah and four others* [2003] JRC 092, 2003 JLR 188, [2004] WTLR 1. The Deputy Bailiff set out the issue at paras [45]-[46]:

"[45] All the parties before us accepted that the doctrine of sham is capable of applying to trust deeds just as much as to contracts or conveyances of property. But there agreement ended. Abacus, supported by the defendants, asserts that, in accordance with the authorities which we have described above, the plaintiffs must prove that both Sheikh Fahad and Abacus did not intend at the time of the creation of the Settlement that Abacus should hold the assets upon the trusts set out in the trust deed.

[46] However, the plaintiffs contend that, in the case of a trust deed, there is no requirement for a common intention on the part of the settlor and the trustees that the true position should be otherwise than as set out in the trust deed. It is sufficient if the settlor alone has such an intention. They say that Diplock LJ's remarks were made in the context of a bilateral transaction such as a contract; but a trust is essentially a unilateral transaction whereby the settlor intends to transfer the beneficial interest in the assets in question."

37. Having considered a number of authorities, including *Snook*, *Chase Manhattan* and *Hitch v Stone*, the Deputy Bailiff concluded at paras [53]-[54]:

"[53] In our judgment, in order for a trust deed to be a sham, both the settlor and the trustee must intend that the true arrangement is otherwise than as set out in the trust deed ...

[54] For the above reasons we conclude that the principles laid down in *Snook* and *Hitch v Stone* are applicable to settlements where there is a settlor and a trustee. Accordingly, in order to find a sham, the court must find that both the settlor and the trustee had the intention that the true position should be otherwise than as set out in the trust deed which they both executed."

38. This decision was followed by Rimer J in *Shalson and others v Russo and others (Mimran and another, Part 20 claimants)* [2003] EWHC 1637 (Ch), [2005] Ch 281. Having gone through *Snook*, *Hitch v Stone* and *Re Esteem*, Rimer J said at para [188]:

"After a careful consideration of the authorities, the

Royal Court of Jersey held in *In re Esteem Settlement* 2003 JLR 188 ... that the like principle applies to an allegedly sham settlement: both the settlor and the trustee must intend the settlement to be a sham, and they rejected the proposition that all that counts is the settlor's intention."

39. He continued at para [190]:

"I respectfully regard the approach adopted by the Royal Court of Jersey in *In re Esteem Settlement* 2003 JLR 188 as correct. It is not only squarely in line with the guidance given by the Court of Appeal in *Snook v London and West Riding Investments Ltd* [1967] 2 QB 786 and *Hitch v Stone* [2001] STC 214, it also appears to me to be correct in principle. When a settlor creates a settlement he purports to divest himself of assets in favour of the trustee, and the trustee accepts them on the basis of the trusts of the settlement. The settlor may have an unspoken intention that the assets are in fact to be treated as his own and that the trustee will accede to his every request on demand. But unless that intention is from the outset shared by the trustee (or later becomes so shared), I fail to see how the settlement can be regarded as a sham. Once the assets are vested in the trustee, they will be held on the declared trusts, and he is entitled to regard them as so held and to ignore any demands from the settlor as to how to deal with them. I cannot understand on what basis a third party could claim, merely by reference to the unilateral intentions of the settlor, that the settlement was a sham and that the assets in fact remained the settlor's property. One might as well say that an apparently outright gift made by a donor can subsequently be held to be a sham on the basis of some unspoken intention by the donor not to part with the property in it. But if the donee accepted the gift on the footing that it was a genuine gift, the donor's undeclared intentions cannot turn an ostensibly valid disposition of his property into no disposition at all. To set that sort of case up the donee must also be shown to be a party to the alleged sham. In my judgment, in the case of a settlement executed by a settlor and a trustee, it is insufficient in considering whether or not it is a sham to look merely at the intentions of the settlor. It is essential also to look at those of the trustee."

40. I respectfully agree both with Rimer J's decision and with his reasoning.

41. In the present case there have been, from time to time, a number of different trustees of the trusts. The question therefore arises as to which of the trustees' intentions are relevant for this purpose. Put somewhat differently, the question arises as to whether a trust which is not a sham can subsequently become a sham and, conversely, whether a trust which is a sham can subsequently lose that charac-

ter. I need to take some time to analyse this issue because, as we shall see in due course, it is in fact, in my judgment, determinative in the final analysis of the wife's claim insofar as it is based on sham.

42. It seems to me that as a matter of principle a trust which is not initially a sham cannot subsequently become a sham. The reason is that elaborated by Rimer J in the passage in *Shalson and others v Russo and others (Mimran and another, Part 20 claimants)* [2003] EWHC 1637 (Ch), [2005] Ch 281, at para [190] which I have just set out. Once a trust has been properly constituted, typically by the vesting of the trust property in the trustee(s) and by the execution of the deed setting out the trusts upon which the trust property is to be held by the trustee(s), the property cannot lose its character as trust property save in accordance with the terms of the trust itself, for example, by being paid to or applied for the benefit of a beneficiary in accordance with the terms of the trust deed. Any other application of the trust property is simply and necessarily a breach of trust; nothing less and nothing more.

43. A trustee who has bona fide accepted office as such cannot divest himself of his fiduciary obligations by his own improper acts. If therefore, a trustee who has entered into his responsibilities, and without having any intention of being party to a sham, subsequently purports, perhaps in agreement with the settlor, to treat the trust as a sham, the effect is not to create a sham where previously there was a valid trust. The only effect, even if the agreement is actually carried into execution, is to expose the trustee to a claim for breach of trust and, it may well be, to expose the settlor to a claim for knowing assistance in that breach of trust. Nor can it make any difference, where the trust has already been properly constituted, that a trustee may have entered into office - may indeed have been appointed a trustee in place of an honest trustee - for the very purpose and with the intention of treating the trust for the future as a sham. If, having been appointed trustee, he has the trust property under his control, he cannot be heard to dispute either the fact that it is trust property or the existence of his own fiduciary duty.

44. The only way, as it seems to me, in which a properly constituted trust which is not, ab initio, a sham could conceivably become a sham subsequently would be if all the beneficiaries were, with the requisite intention, to join together for that purpose with the trustees (see *Saunders v Vautier* (1841) 4 Beav 115 [in questa Rivista, 2004, 294, n.d.r.] and *In re Smith, Public Trustee v Aspinall* [1928] Ch 915). But since that would require the participation of all the beneficiaries (see *Berry v Geen* [1938] AC 575 at page 582), and since, as I have already pointed out, not all the

beneficiaries in the present case are ascertained and sui juris, the possibility cannot here arise, and I therefore say no more about it.

45. I turn to consider the converse case. Can a trust which is initially a sham subsequently lose that character? I see no reason in principle why that should not be possible. The situation is best explained by an example. S has purportedly vested property in T1 as trustee of a trust which is in fact, consistently with their common intention, a sham from the outset. T1 now wishes to retire as "trustee." S, executing all the appropriate documents, purports to appoint T2 as T1's successor and to transfer the "trust property" into T2's name. Now if T2 knows that the "trust" is a sham and accepts appointment as "trustee" intending to perpetuate the sham, then nothing has changed. The "trust" was a sham whilst T1 was the "trustee" and remains a sham even though T1 has been replaced by T2. But what if T2 does not know that the "trust" was a sham, and accepts appointment believing the "trust" to be entirely genuine and intending to perform his fiduciary duties conscientiously and strictly in accordance with what he believes to be a genuine trust deed? I cannot see any reason why, in that situation, what was previously a sham should not become, even if only for the future, a genuine trust.

46. On the contrary, principle argues compellingly that in such circumstances there is indeed, for the future, a valid and enforceable trust. After all, in the circumstances I have postulated, the trust property has been vested in someone who accepts that he holds the property as trustee on the trusts of a document which he believes to be a genuine instrument. He has no intention that the arrangement should be a sham. Conceptually, as it seems to me, the situation is, in reality, no different from that which was considered by Rimer J in the passage in *Shalson and others v Russo and others (Mimran and another, Part 20 claimants)* [2003] EWHC 1637 (Ch), [2005] Ch 281, at para [190] that I have already quoted.

47. Mr Wagstaffe, who appeared before me on behalf of the interveners, and for whose lucid and compelling submissions in relation to sham I am particularly grateful, put the point quite neatly when he submitted that, even if the earlier trustee was party to a sham, a new trustee cannot become an unknowing party to the sham. Once the new trustee becomes legal owner of the trust property, provided he exercises his powers and fulfils his duties in accordance with the terms of the trust instrument, the trust cannot be regarded as a sham, no matter what may have passed before. I agree.

48. In fact the point seems to have risen, albeit some-

what obliquely, in *Shalson and others v Russo and others (Mimran and another, Part 20 claimants)* [2003] EWHC 1637 (Ch), [2005] Ch 281, itself. It suffices to quote what Rimer J said at para [191]:

"In the present case, the settlement was in fact executed simply by Cantrust. In particular, Mr Russo was not a party to it. It took effect by way of a resettlement by Cantrust of assets held by it under the prior trusts. In creating the new settlement, Cantrust was exercising powers it regarded itself as having under those trusts, and no pleaded challenge is raised either to the validity of those trusts (it is not suggested they were shams) or to the exercise of the power to resettle their assets. Given those circumstances ... I am unable to accept the proposition that the settlement created in March 1999 was a sham. If the only person executing the document which created the settlement intended it to be a genuine settlement – as Cantrust did – the acts or intentions of others cannot have made it a sham ... [W]hatever may have been the private intentions of the Russo family, if Cantrust intended the settlement to be a genuine one the settlement must have resulted in the resettled assets becoming held on the trusts that Cantrust regarded itself as creating and which, on the face of it, it did create."

It will be appreciated that the issue which Rimer J was there addressing is not on all fours with the issue with which I am currently concerned, but Rimer J's analysis and decision on the point, with which I agree, seem to me to be not merely consistent with the view to which I have come but indeed to be supportive of it.

49. The corollary of all this can be stated very simply. Whatever the settlor or anyone else may have intended, and whatever may have happened since it was first created, a trust will not be a sham – in my judgment cannot as a matter of law be a sham – if either

- i) the original trustee(s), or
- ii) the current trustee(s),

were not, because they lacked the relevant knowledge and intention, party to the sham at the time of their appointment. In the first case, the trust will never have been a sham. In the second case, the trust, even if it was previously a sham, will have become a genuine - a valid and enforceable - trust as from the date of appointment of the current trustee(s).

50. There has been some debate in the authorities as to what is required to establish the requisite common *intention*. In *Midland Bank PLC v Wyatt* [1995] 1 FLR 696 [in questa Rivista, 2003, 299, n.d.r.], the Deputy Judge, Mr David Young QC, said at page 699 that:

"a sham transaction will still remain a sham transac-

tion even if one of the parties to it merely went along with the 'shammer' not either knowing or caring about what he or she was signing. Such a person would still be a party to the sham and could not rely on any principle of estoppel such as was the case in *Snook*".

Singer J said much the same thing in *Minwalla v Minwalla and DM Investments SA, Midfield Management SA and CI Law Trustees Ltd* [2004] EWHC 2823 (Fam), [2005] 1 FLR 771 [in questa Rivista, 2006, 273, n.d.r.], adopting at paras [54]-[55] the following statement of principle by a commentator:

"In order for a trust to be found to be a sham, both of the parties to the establishment of the trust (that is to say the settlor and the trustees in the usual case) must intend not to act on the terms of the trust deed. Alternatively in the case where one party intends not to act on the terms of the trust deed, the other party must at least be prepared to go along with the intentions of the shammer neither knowing or caring about what they are signing or the transactions they are carrying out."

51. Singer J's judgment in *Minwalla* gave rise to further proceedings in the Royal Court of Jersey, where the relevant trusts were located. In *CI Law Trustees Limited and another v Minwalla and others* [2005] JRC 099, [2006] WTLR 807 [in questa Rivista, 2006, 263, n.d.r.], the Bailiff pointed out at para [15] that Singer J appears not to have been referred to *Shalson v Russo* where, as the Bailiff correctly observed, the judgment of the Deputy Bailiff in *Re Esteem* had been cited and been regarded, as a matter of English law, as correct in principle. The Bailiff continued:

"In *re Esteem Settlement*, this Court held that, in order for a trust deed to be a sham, both the settlor and the trustee must subjectively have a common intention that the trust deed is not to create the legal rights and obligations which it gives the appearance of creating; it is not sufficient that the settlor alone has such an intention. *Re Esteem Settlement* has been followed in *MacKinnon v Regent Trust Company Limited* 2004 JLR 477 [in questa Rivista, 2006, 268, n.d.r.], a decision which was upheld by the Jersey Court of Appeal at [2005] JCA 066, [2005] WTLR 1367."

52. In *Re Esteem* the Royal Court had in fact been referred to *Wyatt*. The Deputy Bailiff in *Re Esteem* explained matters as follows:

"[58] ... In our judgment the court in *Wyatt* was simply confirming that a party who goes along with a sham neither knowing or caring what he is signing (ie, who is reckless) is to be taken as having the necessary intention.

[59] It follows that in our judgment, in order to suc-

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

I agree with that analysis. What is required is a common *intention*, but reckless indifference will be taken to constitute the necessary intention.

53. An allegation of sham is a serious matter. As Neuberger J said in *National Westminster Bank plc v Jones* [2001] 1 BCLC 98 at para [59]:

"there is a very strong presumption indeed that parties intend to be bound by the provisions of agreements into which they enter, and, even more, intend the agreements they enter into to take effect."

Moreover, and because as Neuberger J pointed out (see paras [40], [46] and [59]) "a degree of dishonesty is involved in a sham", it follows (see para [59]) that:

"there is a strong and natural presumption against holding a provision or a document a sham."

54. Moreover, it has to be borne in mind that a finding of sham may have serious implications, not least for trustees. As the Royal Court of Jersey said in *CI Law Trustees Limited and another v Minwalla and others* [2005] JRC 099, [2006] WTLR 807, at para [17]:

"It is a serious matter to find that a professional trustee in Jersey has been party to a sham. It is a finding moreover which might well have adverse consequences under the statutory regime which regulates the activities of professional trustees in Jersey and which, incidentally, is absent in England and Wales."

Not surprisingly both Mr St George, and Mr Wagstaffe on his behalf and on behalf of his co-trustees, laid some emphasis on this point.

55. So much for what a sham is. What is the effect of a finding that a transaction is a sham? The conventional answer is that a transaction which is a sham is simply void. As Arden LJ said in *Hitch v Stone* at para [87]:

"No authority has been cited to us which would suggest that a sham transaction could on its own be other than a void transaction. There being no statutory provision in point here, that consequence would in my judgment follow."

(I note for completeness that Arden LJ went on to consider the position if a third party in good faith and for valuable consideration enters into a transaction to acquire rights created by the sham transaction, saying that "He may well be able to rely on the doctrine of estoppel or be

protected by the law in some other way.” The point does not arise here, so I say no more about it.)

56. Mr Wagstaffe submitted that the matter may not necessarily be as simple as this. He suggested that there may, at least in the context of trusts, be two different situations, which I can best illustrate by means of examples:

i) S has purportedly vested property in T as trustee of a trust, ostensibly for the benefit of B, but in fact, as both S and T have agreed, for the benefit of S – in other words, both S and T intend that S shall in reality remain the real owner of the property. That is a classic case of sham. The declaration of trust in favour of B is meaningless and has no legal effect whatsoever. It is, as Mr Wagstaffe puts it, simply a piece of paper, for neither S nor T intends that T will act on the trusts set out in the declaration of trust. A finding of sham, in such a case, simply confirms that ownership of the assets purportedly placed in trust has at all times remained with S. If the property has actually been vested in T he presumably holds it (subject to any question of illegality) on a resulting trust for S.

ii) S has purportedly vested property in T as trustee of a trust, ostensibly for the benefit of B1, but in fact, as both S and T have agreed, for the benefit of B2. In this situation, Mr Wagstaffe suggests, the transaction is not wholly devoid of legal effect. The declaration of trust setting out the ostensible terms may not be of any effect, but that does not mean, he says, that there is no enforceable arrangement between the parties at all. He suggests that in this situation the court has to determine, on the evidence, what the real terms of the transaction are and then, as I understand his argument, to give effect to it.

Mr Wagstaffe characterises the first case as one where there is no intention that any rights or obligations between the parties should be created at all; the second case as one where the parties intend that certain rights and obligations as between themselves should arise, but different from those apparent on the face of the instrument. In the first case there is no more than a resulting trust in favour of S; in the second case there is, so it is suggested, an enforceable trust for the benefit of B2.

57. Now leaving altogether on one side any problems that may arise out of the operation of section 53 of the Law of Property Act 1925 and other analogous provisions, there are, as it seems to me, various difficulties standing in the way of Mr Wagstaffe’s analysis; not least the decision of the Court of Appeal in *Hitch v Stone*. Had the point required decision in the present case I would have wanted to hear further argument. But since, on the facts as I find them, the point does not arise I need say no more about it.

58. Before parting with the law, there is one final point

to be made. I do not see how, considering the nature of a sham, a transaction can be a sham for one purpose but not for another. A transaction is either genuine or it is a sham. If it is genuine, then in principle the function of the court is simply to ascertain its legal nature and effect and enforce it accordingly. If it is a sham, then it is in principle ineffective, indeed void, according to Arden LJ in *Hitch v Stone*. There is, in my judgment, no possible middle course, no third alternative. So, for example, a transaction cannot be genuine as between a husband and the Revenue whilst being at the same a sham as between him and his wife. The point is analogous to that which arises when a husband puts the matrimonial home in the name of his wife to protect it from his creditors in the event of him becoming bankrupt. The point was put with characteristic clarity by Lord Denning MR in *Tinker v Tinker* [1970] P 136 at page 141:

“the husband cannot have it both ways. So he is on the horns of a dilemma. He cannot say that the house is his own and, at one and the same time, say that it is his wife’s. As against his wife, he wants to say that it belongs to him. As against his creditors, that it belongs to her. That simply will not do. Either it was conveyed to her for her own use absolutely: or it was conveyed to her as trustee for her husband. It must be one or other.”

I should add that the principle that a *transaction* is either a sham or not a sham does not prevent a *document* being in part a sham and in part genuine, though this is possible if, and in my judgment only if, the document reflects a transaction divisible into separate parts: see *Hitch v Stone* at para [85].

(omissis)

61. In summary the wife’s case is that:

i) The husband and the original trustees (Messrs Halton, Luder, Pickard and Jolly) were all “fully involved” in the sham. The “parties” to the sham were, it is said, the husband, his father, his brother (Anthony) and the four trustees. The trusts were set up “as a device” to hold the shares until after the divorce and were intended to give the court (Mr Registrar Turner) the appearance that they were genuine discretionary trusts, when in fact the shares were the husband’s.

ii) If the arrangement was a sham, then not merely will there be no trust at all; the legal effect, submits Mr Moor, is that the shares were a gift to the husband.

iii) A trust that was a sham at its inception cannot become a legal entity at a later stage. It follows that the sole issue is whether the trusts were a sham at their inception.

iv) It is not therefore necessary for the wife to prove dishonesty against the interveners, who were not in any way involved in establishing the trusts. Nevertheless, the husband has behaved throughout as if the trust deeds were shams and, so Mr Moor puts it, “as though the trust structure was non-existent.” Moreover, according to Mr Moor, it is clear that Mr St George “has looked to [the husband] in all respects as though [the husband] were the true owner of the shares.” He adds: “Although the Jersey trustees were not parties to the original sham, they clearly took on the role on the basis that the real owner of the shares was [the husband]. They have looked to him throughout.”

(omissis)

#### Sham - discussion

63. I agree with Mr Wagstaffe that there are two fundamental legal flaws in the way in which Mr Moor puts the wife’s case on sham.

64. The first relates to Mr Moor’s submission that if the trusts were a sham then the legal effect is that the shares were a gift to the husband. Mr Wagstaffe’s submission is brutal, blunt and, in my judgment, quite plainly correct: this proposition (for which, as he points out no authority was cited) is simply wrong in law.

(omissis)

71. Before addressing Mr Moor’s submissions in detail there are a couple of preliminary points to be made. The first reflects a submission made by Mr Howard in relation to the setting up of the trusts in 1984. There are two aspects to this:

i) In the first place, as Mr Howard pointedly observes, there is nothing illegitimate or sham-like about a settlor who creates a trust because he does not want his soon-to-be former daughter-in-law to be able to claim his assets which he is contemplating transferring to his son, her husband. It is not, as he says, a sham for a settlor, even if he is the husband, to put assets into a trust to distance himself from them in divorce proceedings. The trust itself would be perfectly legitimate albeit, if the husband was the settlor, susceptible to challenge under section 37 of the Matrimonial Causes Act 1973.

ii) Moreover, even assuming that the intention of both the husband’s father and his brother was to put the shares in trust, rather than gifting them to the husband, because of worries about divorce, that of itself is of no consequence, for such a decision would not be susceptible to

any application under section 37, the transactions having been effected not by the husband (who never owned the shares that were put into the trusts) but by his father and brother: see the language of section 37(2).

72. The other preliminary point reflects a submission made by Mr Wagstaffe. As he correctly observed, the mere fact that a trustee complies with a request from the settlor (or, for that matter, a request from a beneficiary) to exercise his discretion in a particular way provides no basis at all for the suggestion that the trust is a sham. As Wilson LJ observed in *Charman v Charman* [2005] EWCA Civ 1606, [2006] 2 FLR 422, at para [12]:

“A trustee – in proper ‘control’ of the trust – will usually be acting entirely properly if, after careful consideration of all relevant circumstances, he resolves in good faith to accede to a request by the settlor for the exercise of his power of advancement of capital, whether back to the settlor or to any other beneficiary”.

In other words, the mere fact that a trustee happens to agree with a settlor or beneficiary that a particular course of action is appropriate (whether, for example, making a loan available to a subsidiary company, advancing capital to a particular person or, as in this case, waiving a dividend) cannot without more justify the conclusion that the trustee has not exercised his independent discretion. On the contrary, submits Mr Wagstaffe, the wife’s case here depends in large measure upon conduct on the part of the trustees which is, at least on the face of it, to use Wilson LJ’s words, “entirely proper”.

73. Mr Wagstaffe accepts, as he must, that there have been times when the trustees have complied with requests from the husband, but that, he asserts, praying Mr St George’s evidence in aid, was always after independent consideration by the trustees. Indeed, he is able to point to the fact that on at least one occasion (in 2004) the trustees took independent legal advice. There is, he submits, absolutely no direct evidence that the trustees have ever acted otherwise than independently, and Mr St George, in both his written and his oral evidence, specifically rejected the allegation. At least as against the current trustees – the interveners – the wife’s case depends in truth, he submits, upon the inferences which she invites me to draw, inferences which, he says, I cannot possibly draw given that there is, as he would have it, a reasonable and innocent explanation for everything the trustees have done or (as the case may be) not done.

74. Mr Howard adds, and I agree, that the letter from the husband to Mr St George dated 2 March 2001 and Mr St George’s reply dated 30 March 2001 by which Mr Moor sets so much store are wholly consistent with the trusts be-

ing genuine and not shams and, indeed, wholly consistent with that being the understanding of both the husband and Mr St George. And the same goes, he says, and I agree, for the letter to the Inland Revenue dated 7 May 1997 similarly relied upon by Mr Moor. Moreover, as Mr Howard points out, the allegation that the trustees looked solely to the husband and used him as their channel of communication with Anthony is not entirely accurate: Anthony visited Guernsey to meet CSTGL and Simon travelled to Jersey to see Mr St George; and the letter from CSTGL dated 18 February 1994 was in fact written to Anthony.

75. Thus, as Mr Wagstaffe correctly submits, the trustees' decision to waive the dividend was plainly one which the trustees were entitled to take having regard to the overall best interests of the beneficiaries: had they refused to waive the dividend, significant tax liabilities would have been created to the detriment of the HDC shares (shares in HDC being of course the only asset held by the trusts); moreover Mr St George's unchallenged evidence was that dividend monies would in any event probably have been invested in one form or another and probably not been distributed to the beneficiaries. The trustees' decision, he says, plainly fell well within the ambit of the discretion they were entitled to exercise. This example, latched upon by the wife as an instance of the trustees being under the husband's control, provides, he submits, no support whatsoever for the suggestion that the trustees are simply the husband's 'yes-men.' On the contrary, as both Mr Howard and Mr Wagstaffe point out, the proposal was put to the trustees and considered by them on the merits – and their agreement to what was proposed was not an automatic assent; Mr St George required to be persuaded that what was being proposed was indeed in the overall interests of the beneficiaries.

(omissis)

86. In my judgment the wife's case on sham fails for all the reasons identified by Mr Howard and Mr Wagstaffe. At the end of the day, and boiling the matter down to essentials, her case on sham fails on two quite separate grounds:

i) As a matter of fact the wife cannot make good any case of sham against the current trustees, the interveners. I have no hesitation whatever in accepting Mr St George's evidence. He was patently honest and sincere when he asserted, as I unhesitatingly accept, that he and his co-trustees have at all times acted in good faith as professional persons conscientiously performing their fiduciary du-

ties as the trustees of the two trusts. In the light of that finding the entire case of sham necessarily collapses as a matter of law, whatever may have gone on before.

ii) But further, and in any event, the wife, for reasons which I have already explained, cannot as a matter of fact make good her case against the original trustees. The wife has not even begun to make good her case that the four original trustees were knowing parties to a sham. There is not a shred of evidence to justify a finding of sham against any of these four professional men.

As a matter of law either finding is, for reasons I have explained, fatal to the wife's case on sham. Taken together they mean that her case on sham must fail even if I am wrong in my analysis of the law in paragraphs [41]-[49] above.

87. The wife's case on sham is and probably always was quite hopeless. In my judgment it should probably never have been brought. And even if it was properly brought it should not have been pursued. I cannot help thinking that it was always doomed to complete failure. Certainly, and for all the reasons given by Mr Wagstaffe, it was doomed the moment Mr St George's witness statement was filed and it became apparent that he was prepared to go into the witness box to defend himself. At that point the wife and her advisers were faced with a simple if stark choice: they could either accept Mr St George's evidence – which would have been the end of their case – or they could, if they thought they had the material to justify such an attack, have mounted a frontal attack on Mr St George's credibility and professional integrity. Understandably, Mr Moor shrank from the latter course. But a case which, as I have said, should probably never have been brought, was allowed to continue, limping on to inevitable defeat and, in the process, significantly increasing both the length and the cost of the proceedings.

(omissis)

Inghilterra e Galles - House of Lords

# Applicazione delle norme comunitarie in tema di competenza giurisdizionale

**Trust - regolamento comunitario n. 44/01 - ambito di applicazione - “resulting trust” - “constructive trust” - domicilio del trust - beneficiario del trust - trustee - soggetti della relazione fiduciaria**

Deve escludersi l'applicabilità del criterio che consente di individuare il foro competente per la risoluzione delle controversie giudiziali disciplinato dall'art. 5, n. 6, del regolamento comunitario n. 44/01 in relazione a controversie concernenti *resulting* o *constructive trust*, e ciò in conformità ad una lettura letterale della norma per la quale questa si riferisce ai soli trust istituiti in applicazione di una legge, ai trust aventi forma scritta, oppure istituiti oralmente, ma dei quali sussista prova scritta. Sempre ai fini del regolamento comunitario n. 44/01, onde determinare se un trust possa essere considerato domiciliato in uno Stato Membro dell'Unione, e quindi sottoposto alla relativa giurisdizione, è necessario avere riguardo alle norme interne di diritto internazionale privato. Ne consegue che un trust può essere considerato domiciliato in Inghilterra quando la legge regolatrice alla quale esso è sottoposto, richiamata nell'atto istitutivo, sia la legge inglese, e ciò a prescindere dalla rilevanza di un collegamento con un altro Stato (nel caso di specie il Liechtenstein), dal quale il trust venga amministrato e la cui normativa disciplini alcuni aspetti particolari della vita del trust. Sebbene un trust possa essere considerato domiciliato in Inghilterra, e quindi possa ritenersi sussistente la giurisdizione inglese in virtù del criterio di cui all'art. 5, n. 6, del regolamento comunitario n. 44/01, ciò non di meno tale giurisdizione non sussiste, per difetto degli altri presupposti ivi indicati, qualora venga instaurata una controversia nei confronti di un soggetto che, pur rivestendo la qualifica di “beneficiario del trust”, abbia agito al di fuori dei poteri e delle prerogative spettantigli, perdendo egli in tal modo la qualità di soggetto del rapporto fiduciario, ovvero la controversia sia stata instaurata nei confronti di un soggetto che, sebbene titolare di poteri fiduciari non sia trustee del trust, mancando, anche in tale contesto, la qualità di soggetto del rapporto fiduciario nascente dal trust.

■ **High Court of Justice, Chancery Division, Morgan, J., 18 febbraio 2008 - [Gomez v Gomez- Monche Vives]**

## TESTO DELLA SENTENZA

### Introduction

1. On 26<sup>th</sup> June 2007, the Claimants issued the Claim Form in this action. The Claim Form named four defendants. It contained a statement, on behalf of the Claimants, that the High Court of England and Wales had power under Council Regulation (EC) 44/2001 of 22<sup>nd</sup> December 2000 to hear the claim. The proceedings were duly served on the First Defendant. On 18<sup>th</sup> October

2007, the First Defendant applied for an order whereby the court would declare that it did not have jurisdiction, alternatively, would not exercise its jurisdiction, to try the claim. The application continued by seeking an order that the Claim Form be set aside or the proceedings be stayed. The ground put forward for the application were that the court did not have jurisdiction over the First Defendant under Council Regulation (EC) 44/2001, alternatively be-

Riproduciamo il testo della sentenza da [2008] EWHC 259 (Ch).  
Manca il Sommario perché i fatti sono narrati nel corso del commento di G. Contaldi, *supra*, 469.

cause Liechtenstein was a more appropriate forum in which to hear this claim.

2. The application involves the interpretation of Council Regulation (EC) 44/2001 of 22<sup>nd</sup> December 2000 (“the Judgments Regulation”). In particular, the application requires the court to consider and to apply Article 5 (6) of the Judgments Regulation which, so far as material, is in these terms:

“A person domiciled in a Member State may, in another Member State, be sued: [...] (6) as settlor, trustee or beneficiary of a trust created by the operation of a statute, or by a written instrument, or created orally and evidenced in writing, in the courts of the Member State in which the trust is domiciled; [...]”

3. In addition to the questions as to the interpretation and application of Article 5(6), the First Defendant contends that even if the court has jurisdiction to determine the Claimants’ claim against the First Defendant, the court has power to decline jurisdiction and should do so in favour of the claim being tried in Liechtenstein, which is said by the First Defendant to be a more appropriate forum.

#### The issues

4. The issues which arise can be summarised as follows:

(1) What trust or trusts are identified by the Claimants in the present case which come within the words of Article 5(6) which refer to: “[...] a trust created by the operation of a statute, or by a written instrument, or created orally and evidenced in writing [...]?”

(2) Is the relevant trust domiciled in England?

(3) In relation to the first part of the Claimants’ claim against the First Defendant, is the First Defendant “sued [...] as beneficiary [...]?”

(4) In relation to the second part of the Claimants’ claim against the First Defendant, is the First Defendant “sued [...] as [...] trustee [...]?”

(5) If the court has jurisdiction under Article 5(6) in relation to all or part of the Claimants’ claims, is it open to the court to decline jurisdiction on the grounds of *forum non conveniens*?

(6) If the answer to (5) is “yes”, should the court decline jurisdiction on that ground?

#### The declaration of trust

5. There was a written declaration of trust in this case on 11<sup>th</sup> June 1984. The effective settlor of that declaration of trust was Alfredo Gonzalez Diez. The settlor died

on the 16<sup>th</sup> September 1991, intestate and domiciled in Spain. The First Defendant is the widow of the settlor. The First Defendant is domiciled in Spain. The settlor and the First Defendant had five children, all sons, and the Claimants are three of those sons.

6. The original trustee under the declaration of trust was Fidei Trust Company Limited, a corporation incorporated under the law of Jersey. The principal asset of the trust was certain shares in Gonzalez Byass & Co Limited a corporation incorporated under the law of the Cayman Islands. Gonzalez Byass is the well known producer of sherry. It is believed that the original trustee, Fidei Trust Company Limited no longer exists.

7. On 16<sup>th</sup> September 1999, the party named as the Second Defendant in these proceedings, GB Investment Holdings Limited, a corporation incorporated under the law of the British Virgin Islands and the party named as the Fourth Defendant in these proceedings, Ansbacher Trustees (Jersey) Limited, a corporation incorporated under the law of Jersey, were appointed trustees of the trusts declared by the declaration of trust in place of Fidei Trust Company Limited. At that time, Ansbacher Trustees (Jersey) Limited was called St Helier Trust Company Limited. On 23<sup>rd</sup> December 2002, the party named as the Third Defendant in these proceedings, WalPart Trust Registered, a corporation incorporated under the law of Liechtenstein, was appointed trustee of the trust declared by the declaration of trust in place of Ansbacher Trustees (Jersey) Limited. Accordingly, from 23<sup>rd</sup> December 2002, the trustees of the trust declared by the declaration of trust have been GB Investment Holdings Limited and WalPart Trust Registered.

8. I was told that these proceedings have not been served on the Second, Third and Fourth Defendants and, indeed, the time permitted for service of the Claim Form on those defendants has now expired. Subject to an application to extend time for service which was made before that expiry.

9. The declaration of trust refers to Fidei Trust Company Limited as “the Trustee” and to Mr Gonzalez Diez as “the Settlor”. The declaration of trust recites that at the direction of the Settlor certain shares in Gonzalez Byass were transferred into the name of the Trustee to hold the same on the trusts of the declaration of trust, which the Trustee then proceeded to make.

10. The material terms of the declaration of trust are the following:

(omissis)

11. The definition, in clause 1.1 of the declaration of trust, of the Beneficiaries refers to Article 28(B) of the Articles of Association of Gonzalez Byass. The Particulars of Claim plead that this Article included the following persons:

“Any lineal descendant (both male and female) of any male whose surname is Gonzalez Gordon [...]”

#### The claim

12. The Particulars of Claim pleads that the three Claimants are lineal descendants of a male whose surname was Gonzalez Gordon. The Claim Form also gives the addresses of the First, Second and Third Claimants as being addresses in Spain, Portugal and the United States of America, respectively. Accordingly, they plead that they are Beneficiaries under the declaration of trust.

13. The Claim Form pleads that the First Defendant “is beneficially interested” in the trusts pursuant to the declaration of trust of 11<sup>th</sup> June 1984. However, at the hearing, the Claimants wished to reserve their position on the question whether the First Defendant was a Beneficiary within the definition in clause 1.1 of the declaration of trust. Nonetheless, the Claimants wished the court to proceed on the basis that the First Defendant was beneficially interested in the trusts under the declaration of trust. These points were not explored in argument before me. I am not wholly clear as to the extent of the reservation as to whether the First Defendant is a Beneficiary within clause 1.1 of the declaration of trust. Nor do I know what that issue will ultimately turn on. Nor am I clear whether the pleading in the Claim Form that the First Defendant is “beneficially interested” in the trusts of the declaration of trust was intended to be a reference to the First Defendant being a Beneficiary as defined in clause 1.1 of the declaration of trust or whether her interest is as a beneficiary under a resulting trust arising out of the declaration of trust and in relation to which the First Defendant is beneficially interested under the Spanish law of succession. Nonetheless, the Claimants wish to proceed on the basis that, as they plead, the First Defendant is beneficially interested in the trusts of the declaration of trust. Given that one of the issues I have to determine at this stage is whether the First Defendant is “sued as beneficiary” within Article 5(6) of the Judgments Regulation, it might have been relevant for the First Defendant to require the Claimants to say one way or the other whether they were contending or were not contending that the First Defendant was a beneficiary under the trusts rather than the Claimants reserving their position on that point. Howev-

er, the First Defendant did not raise a difficulty of that kind and accordingly, notwithstanding the present lack of clarity as to the precise position, I will proceed on the basis, as currently pleaded in the Particulars of Claim, that the First Defendant is indeed beneficially interested in the trusts created by the declaration of trust.

14. The Particulars of Claim plead that on 27<sup>th</sup> May 1997, the First Defendant purported to appoint herself as Appointor, as defined in clause 1.4 of the declaration of trust. The Particulars of Claim then proceed to set out the Claimants’ contention that it was not open to the First Defendant to appoint herself as Appointor.

15. It is convenient at this point to refer to two other documents which are in evidence and which are referred to in the Particulars of Claim.

16. The first such document is a deed of appointment dated 16<sup>th</sup> May 2001 between the then trustees of the 1984 declaration of trust and the First Defendant referred to in the deed as “the Appointee”. Recital (D) of the deed of appointment stated that the Appointee was one of the Beneficiaries of the settlement created by the declaration of trust. Recital (E) stated that the trustees wished to exercise powers of appointment and advancement of capital said to be conferred upon them by clause 4.1 of the settlement created by the declaration of trust in order to appoint trust assets amounting to 6,654,648 Spanish pesetas to the First Defendant. By clause 1 of the deed of appointment, purportedly in exercise of powers conferred on the trustees by clause 4.1 of the declaration of trust, and of every and any other enabling power contained in that declaration of trust, the trustees irrevocably appointed and declared that the fund of Spanish pesetas referred to should with immediate effect be held upon trust for the First Defendant absolutely and should be transferred to the First Defendant, or as she should direct. Clause 3 of the deed of appointment stated that the parties to it submitted to the non-exclusive jurisdiction of the courts of the Island of Jersey in all matters arising out of or in connection with the deed of appointment or the declaration of trust. The Claimants were not a party to the deed of appointment and it is not suggested that this non-exclusive jurisdiction clause is material for present purposes.

17. On the 28<sup>th</sup> April 2003 the then trustee of the settlement created by the declaration of trust resolved to distribute the sum of €435,000 to an account with Citibank Jersey, which account appears to be connected to the First Defendant. The resolution referred to earlier deeds of appointment (in the plural) and to the deed of 16<sup>th</sup> May 2001 in particular. The appointment made by the resolution of 28<sup>th</sup> April 2003 was expressed to be on the same

conditions and with the benefit of the same covenants from the First Defendant as appointee as set out in the deed of 16<sup>th</sup> May 2001. The resolution contains a covenant by the First Defendant which refers to her being the Appointor under the declaration of trust.

18. In their Particulars of Claim, the Claimants set out their contentions as to the operation of the trusts under the declaration of trust in some detail. I will quote the contentions as they appear in the Particulars of Claim. (Throughout the Particulars of Claim the First Defendant is referred to as "EGM".)

(omissis)

### The claim

19. The Claimants allege that the trustees have acted in breach of trust. The relevant paragraphs of the Particulars of Claim are now set out.

15. *GB, WalPart, Ansbacher and Fidei have acted in breach of trust as follows.*

16. *None of GB, WalPart, Ansbacher or Fidei during its trusteeship has paid any income of the Trust Fund to any of the Settlor's children.*

17. *Each of them during its trusteeship has paid the whole income of the Trust Fund (subject only to trustees' remuneration) to EGM or to nominees of hers. Under the trusts of the declaration of trust EGM is entitled to only one-third of that income, either from 11th June 2005 or alternatively from the Settlor's death. The best particulars which the Claimants can give of those payments are as follows (bold type denoting the currency of payment):*

(omissis)

20. The Particulars of Claim continue by explaining the Claimants' case against a defendant trustee where the Claimants allege that, on taking up appointment as trustee, it was the duty of the newly appointed trustee to consider the lawfulness of payments earlier made by the trustees and to sue earlier trustees for orders that they restore the trust fund.

21. The Particulars of Claim then proceed to identify two separate claims against the First Defendant.

22. The first claim against the First Defendant is expressed in the following terms.

24. *EGM is liable for all those breaches of trust and is similarly bound to reinstate the Trust Fund by reason that:*

(1) *She received the income and capital so paid to her as a volunteer;*

(2) *She did so with both notice and knowledge of the declaration of trust (and in particular was a signatory to the deed of appointment of 16th May 2001 and the resolution of 28th April 2003);*

(3) *Any such breach of trust on the part of GB occurring between 1999 and 2002 (part of the period during which she controlled GB) was one which she procured GB to commit.*

25. *EGM holds all the income and capital so paid to her as constructive trustee and not for her own benefit. So far as necessary, the Claimants will contend that in the premises it would be unconscionable for her to retain that income and capital.*

23. The claim in paragraph 24(3) of the Particulars of Claim is no longer pursued.

24. The claims against the First Defendant are carried into the prayer for relief where the Claimants claim against the First Defendant an account of all property subject to the trusts of the declaration of trust received by her and of her dealings therewith, an order for payment or transfer to the trustees of the declaration of trust of all such property received by her or the property now representing the same, compensation for breach of trust and interest on such compensation.

25. The second part of the claim against the First Defendant relates to her appointment or purported appointment of herself as Appointor as defined in clause 1.4 of the declaration of trust. The claim is expressed as follows.

(omissis)

### Discussion

32. I have set out the relevant paragraphs from the Particulars of Claim and the exposition by the Claimant's Counsel of the legal basis for those claims in some detail. This is because it is necessary to understand the basis of the claim in order to determine, for jurisdictional purposes, the capacity in which the First Defendant is being sued in these proceedings.

33. Whilst it is, or may be, important to understand the nature of the claim and to identify the capacity in which the First Defendant is being sued, it is not, in my judgment, necessary in this case to form any view as to the strength or weakness of the claims made and, much less, to decide whether they are well founded. The First Defendant contends that the powers of the Appointor under the declaration of trust are not fiduciary powers. In my judgment, it is neither necessary nor appropriate for me to form any view on the rival submissions as to whether the powers are, or are not, fiduciary powers. The question which may be material at this jurisdiction stage relates to

the capacity in which the First Defendant is sued not whether the claim is likely to succeed or will succeed. In the relevant respect, the claim against the First Defendant is that she is the donee of a fiduciary power and the Judgments Regulation must be applied to such a claim. Whichever court ultimately has jurisdiction will then decide the issue raised by the First Defendant as to whether the power is or is not a fiduciary power. If that court holds that the power is a fiduciary power then on the present pleading, the court will have to consider whether it has power to grant the Claimants the remedy they seek of removing the First Defendant as Appointor and, if so, whether that remedy should in all the circumstances be granted to the Claimants.

34. Before addressing the specific issues raised on this present application, I will say something of a more general character as to the court's approach to the interpretation and application of the Judgments Regulation.

35. Article 5(6) identifies a number of ingredients which must exist in a particular case to enable it to be governed by Article 5(6). In particular, Article 5(6) applies to a trust created by a written instrument. Article 5(6) applies only where the trust is domiciled in the State in which jurisdiction is being asserted. Article 5(6) only applies where the person being sued is domiciled in a Member State. Article 5(6) only applies where the person being sued is sued as settlor, trustee or beneficiary. On whom does the burden of proof or the burden of persuasion lie when these matters are in issue before a court at the stage when jurisdiction is in question? What standard of proof or degree of persuasion is appropriate? Fortunately, the parties are not in dispute as to these questions.

36. For present purposes, I can take the law as conveniently summarised by Lawrence Collins J in *Chellaram v Chellaram (No. 2)* [2002] 3 All ER 17, in particular at [133] to [136]. The Claimant must establish a good arguable case that the court has jurisdiction. When the question of jurisdiction depends on domicile, the Claimant must establish what it asserts to the standard of a good arguable case. Where the question of jurisdiction depends not on domicile but on other free-standing questions under the relevant provisions, the Claimant must again establish the requisite elements of jurisdiction to the standard of a good arguable case. The test of good arguable case for the element of domicile and other necessary elements was laid down by the House of Lords in *Canada Trust Co v Stolzenberg (No. 2)* [2002] 1 AC 1 and see *Seaconsar Far East Limited v Bank Markazi Jomhuri Islami Iran* [1994] 1 AC 438. In *Carnoustie v ITF* [2002] 2 All ER (Comm) 657, the court reviewed the authorities and re-

ferred, in particular, to the judgment of Waller LJ in the Court of Appeal in the *Stolzenberg* case, where he described the standard of "good arguable case" as involving one side having a much better argument than the other on the material available. In *Carnoustie* at [47], the deputy judge referred to the Claimant being required to demonstrate that it had much the better argument on the material available.

37. In *Chellaram (No. 2)* at [136], Lawrence Collins J referred to cases where the question of jurisdiction depended on a question of law or construction where the court would decide the question of law or construction rather than apply the good arguable case test. In my judgment, that passage does not mean, in the present case, that I should determine whether the power of a Appointor under the declaration of trust is a fiduciary power or not. The question of jurisdiction does not depend on whether the power is a fiduciary power or not but turns on whether the First Defendant is "sued as trustee". The claim against the First Defendant is that she is a fiduciary. I have to decide whether a claim against the First Defendant in the capacity of a fiduciary is a claim against her "as trustee" but I do not have to decide whether she is or is not a fiduciary.

38. There is one other general point to which I need to refer. This concerns the approach of the court to the interpretation of the language of Article 5, and in particular Article 5(6), of the Judgments Regulation. The approach, in relation to Article 5, has been the subject of decisions in the European Court of Justice and was considered in detail by the House of Lords in *Kleinwort Benson Limited v Glasgow City Council* [1999] 1 AC 153. The principal issue in that case was whether a claim for restitution of monies paid under a purported contract, subsequently accepted by both parties as being void ab initio, fell within Article 5(1) of the Brussels Convention, which is in the same terms as Article 5(1) of the Judgments Regulation. The point provoked a considerable difference of judicial opinion. The Court of Appeal was split on the point and they were reversed by the House of Lords, by a majority of three to two. At page 163G to 164B, Lord Goff of Chieveley said:

"The first point which is clearly established in the European jurisprudence is that the basic principle is to be found in article 2. This is the principle of domicile, viz., that a person domiciled in a part of the United Kingdom shall be sued in the courts of that part. This principle is expressed to be subject to the provisions of Title II, which includes the special jurisdiction in Section 2. Article 5, which falls within Section 2, states that a person domi-

ciled in a part of the United Kingdom may be sued in another part of the United Kingdom in the circumstances specified in the paragraphs of the article, including of course article 5(1) with which we are here concerned. But it is clearly recognised that article 5 is in derogation from the basic principle of domicile in article 2 (see *Martin Peters Bauunternehmung G.m.b.H. v Zuid Nederlandse Aannemers Vereniging* (Case 34/82) [1983] E.C.R. 987, 1001), and that as a result the provisions of article 5 are to be construed restrictively (see *Kalfelis v Bankhaus Schröder, Münchmeyer, Hengst and Co.* (Case 189/87) [1988] E.C.R. 5565, 5585, para. 19). In this connection, it is not to be forgotten that the defendant can always be sued in the courts of his domicile”.

At page 165D, Lord Goff commented that attempts to broaden the scope of Article 5(1) had generally not succeeded. At page 166G, Lord Goff referred again to the decision of the European Court of Justice in *Kalfelis v Bankhaus Shroder Munchmeyer Hengst & Co* [1988] ECR 5565, at paragraph 19, where the court had stressed that the “special jurisdictions” in Articles 5 and 6 must be interpreted restrictively and pointed out that a Claimant was always entitled to bring his action in its entirety before the courts of the Defendant’s domicile (i.e. under Article 2). At page 169F, when considering the contrary views of the majority in the Court of Appeal, Lord Goff commented that the approach of the majority offended against the fundamental principle that the special jurisdiction in Article 5 was in derogation from the general jurisdiction in Article 2 and so fell to be construed restrictively. The view of the majority of the Court of Appeal was rejected because it constituted “an expansion of the special jurisdiction” in Article 5(1). At page 171D to F, Lord Goff again stated that the view of the majority of the Court of Appeal depended upon the Article being construed broadly and that was not permissible.

39. Lord Mustill and Lord Nicholls of Birkenhead dissented. Lord Mustill did not deliver a speech of his own. Although Lord Nicholls dissented, he fully acknowledged, at page 173B to D, that Article 5, as a derogation from the basic provision in Article 2, should be construed restrictively.

40. Lord Clyde stated at page 179F to H that the approach to the interpretation of Article 5 should be narrow rather than generous. At page 180B to D he held that the rules of jurisdiction should not be construed so as to favour the wishes of the Claimant who could always rely upon the basic jurisdiction provision in Article 2. At page 180H Lord Clyde said:

“The language of the Article should provide the solution.”

He then drew attention to the fact that there was no direct reference in Article 5(1) to restitution or quasi contract.

41. At page 188, Lord Hutton drew attention to the *Kalfelis* case and paragraph 19 of the judgment of the court in that case, which referred to Article 5 being construed restrictively. At page 189 Lord Hutton, referring to authority, stated that “a wide and multifarious interpretation of the exceptions to the general rule of jurisdiction contained in article 2 must be avoided”. At page 195, Lord Hutton referred to the fact that as a matter of legal analysis there might be fine distinctions between a contract which is void and a contract which is voidable or unenforceable but nonetheless Lord Hutton recognised an all important distinction between a case where one party claims that the contract is or was in existence and the other party claims that the contract never existed or has ceased to exist and cases such as *Kleinwort Benson* itself where both parties accepted before the commencement of the action that the contract was void ab initio.

#### The Schlosser Report

42. Finally, before dealing with the issues which arise, I ought to refer to the Schlosser Report, as some of the discussion in that Report is material to more than one of the issues with which I am concerned. The Schlosser Report is a report by Professor Peter Schlosser, a German professor. The report is dated 9<sup>th</sup> October 1978. The Report was in relation to the 1978 Accession Convention by which the United Kingdom acceded to the 1968 Brussels Convention. The Accession Convention introduced Article 5(6) into the Brussels Convention. Section 3(3) of the Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982, dealing with the interpretation of the Brussels Convention, stated that the Schlosser Report could be considered in ascertaining the meaning or effect of any provision of the Brussels Convention and should be given such weight as is appropriate in the circumstances. There is no express statutory provision such as this which links the Schlosser Report to the Judgments Regulation. However, both parties addressed me on the basis that I could, and should, take into account the Brussels Convention (and presumably the Lugano Convention) and the Schlosser Report, when considering the Judgments Regulation.

43. The Schlosser Report dealt with trusts at paragraphs 109 to 120. Paragraph 109 was in these terms:

“A distinguishing feature of United Kingdom and Irish

law is the trust. In these two States it provides the solution to many problems which continental legal systems overcome in an altogether different way. The basic structure of a trust may be described as the relationship which arises when a person or persons (the trustees) hold rights of any kind for the benefit of one or more persons (the beneficiaries) or for some object permitted by law, in such a way that the real benefit of the property accrues, not to the trustees, but to the beneficiaries (who may, however, include one or more of the trustees) or other object of the trust. Basically two kinds of legal relationships can be distinguished in a trust; they may be defined as the internal relationships and the external relationships.”

44. Paragraph 110 of the Schlosser Report referred to external relationships. An example would be a case where a trustee contracts to sell to a third party. The relationship between the trustee and the third party is external to the trust and no adjustment to the Brussels Convention was thought to be necessary for this external relationship.

45. Paragraph 111 of the Schlosser Report stated:

“Problems arise in connection with the internal relationships of a trust, i.e. as between the trustees themselves, between persons claiming the status of trustees and, above all, between trustees on the one hand and the beneficiaries of a trust on the other. Disputes may occur among a number of persons as to who has been properly appointed as a trustee; among a number of trustees doubts may arise as to the extent of their respective rights to one another; there may be disputes between the trustees and the beneficiaries as to the rights of the latter to or in connection with the trust property, as to whether, for example, the trustee is obliged to hand over assets to a child beneficiary of the trust after the child has attained a certain age. Disputes may also arise between the settlor and other parties involved in the trust.”

46. Paragraph 113 of the Schlosser Report stated that the original provisions of the Brussels Convention were not always well adapted to the institution of a trust. To base jurisdiction on the domicile of the defendant trustee would not be appropriate in trust matters. It was pointed out that a trust had no legal personality as such. There was then a reference to an action being brought against a defendant “in his capacity as trustee”. It was also pointed out that legal relationships between trustees *inter se* and between the trustees and the beneficiaries were not of a contractual nature.

47. Paragraphs 114 to 120 of the Schlosser Report came under the heading “the solution proposed”. Paragraph 114 addressed the issue of how to identify the domicile of a trust. It was pointed out that at any rate in Scot-

tish law the concept of a trust having a domicile was not unknown and reference was made to the matters which would be taken into account under Scottish law in determining the domicile of a trust. Professor Schlosser pointed out that these notions about the domicile of a trust were developed mainly for the purpose of determining the legal system to be applied, usually English law or Scottish law. However, it was suggested that the principal characteristics which led to determining the domicile of a trust for that purpose could also be used as the basis for founding jurisdiction. It was stated in paragraph 114 that the proposed Article 5(6) did not, strictly speaking, create a special jurisdiction as it covered “only a very limited number of cases” and was therefore added to Article 5 rather than to Article 2.

48. In paragraph 116 of the Report it was pointed out that the concepts of “trust”, “trustee” and “domicile” had not been translated into the other community languages since they related to a distinctive feature of United Kingdom and Irish law. It was stated that Member States could give a more detailed definition of the concept of a trust in their national language in the legislation implementing the Accession Convention. It will be seen that, in England, the question of a domicile of a trust was dealt with in a statutory instrument but no further guidance was given as to the concept of a trust or a trustee.

49. Paragraph 117 of the Schlosser Report stated:

“The phrase created by the operation of a statute, or by a written instrument, or created orally and evidenced in writing is intended to indicate clearly that the new rules and jurisdiction apply only to cases in which under United Kingdom or Irish law a trust has been expressly constituted, or for which provision is made by Statute. This is important, because these legal systems solve many problems with which continental systems have to deal in a completely different way, by means of so called constructive or implied trusts. Where the latter are involved, the new Article 5(6) is not applicable, as for instance where, after conclusion of a contract of sale, but prior to the transfer of title, the vendor is treated as holding the property on trust for the purchaser.... Trusts resulting from the operation of a statutory provision are unlikely to fall within the scope of the 1968 Convention. Since in the United Kingdom, for example, children cannot own real property, a trust in their favour arises by operation of statute, if the circumstances are such that adult persons would have acquired ownership.”

50. Paragraph 119 of the Report discussed the rules which might apply to determine the domicile of a trust. This paragraph principally deals with continental Member

States, rather than the United Kingdom and Ireland. It was pointed out that the courts of continental Member States would have to evolve appropriate rules but two possibilities existed. One was that the domicile of a trust should be determined by the legal system to which the trust is subject.

51. Paragraph 120 of the report discussed the relationship between the new Article 5(6) and the exclusive jurisdiction provided for by Article 16 of the Brussels Convention. Article 16 dealt with, amongst other things, proceedings which had as their object rights in rem in immoveable property. Article 16 is not of particular relevance in the present case but in the Schlosser Report there is a discussion of two cases which Professor Schlosser seemed to think might raise a question as to the relationship between Article 5(6) and Article 16. The second example is of a case where a declaration is sought that a particular person is a trustee of a particular trust which includes certain property. It was stated that Article 16 would not become applicable merely because the property included immoveable property. That would clearly, in my view, be a case where the defendant was being sued "as trustee". The first case envisaged by Professor Schlosser concerned a dispute between two people as to which of them was trustee of certain property. If one of them instituted proceedings against the other in a German court claiming the cancellation of the entry in the Land Register showing the defendant as the owner of the property and the substitution of an entry showing the plaintiff as the true owner, it was said that a German court would have exclusive jurisdiction under Article 16(1) or (3). What is not wholly clear is whether Professor Schlosser thought that such a claim would be a claim against the defendant "as trustee". It might be objected that the claim was not against the defendant "as trustee" when the claimant's assertion was that the defendant was not a trustee.

Whilst dealing with the antecedents of the Judgments Regulation, it is right to point out that Article 5(6) of the Brussels Convention is in the same terms as Article 5(6) of the Judgments Regulation but Article 5(6) of the Lugano Convention includes the words "in his capacity" in the phrase "sued in his capacity as settlor, trustee or beneficiary".

#### The first issue

53. The first issue is:

"What trust or trusts are identified by the Claimants in the present case which come within the words of Article 5(6) which refer to: ... a trust created by the operation of

a statute, or by a written instrument, or created orally and evidenced in writing ...?"

54. It is, of course, obvious that the trust created by the written declaration of trust dated 11<sup>th</sup> June 1984 was a trust created by a written instrument. However, the questions arise: what is the position in relation to the resulting trust pleaded in paragraphs 11 and 13 of the Particulars of Claim and the constructive trust pleaded in paragraph 25 of the Particulars of Claim?

55. The question in relation to the resulting trust was not much explored in the course of the oral hearing. It may be that, for other reasons to which I will later refer, the outcome of this application does not depend on the answer to this question. Nonetheless, it may assist if I briefly express my views on this point.

56. The resulting trust which is asserted to exist in the present case is a resulting trust which came into existence automatically as a matter of law because the Settlor had failed to dispose of the whole beneficial interest, namely, the income from the trust assets, which income was not permitted to be accumulated. A resulting trust of that kind, coming into existence in that way, is described and analysed in Lewin on Trusts, 18<sup>th</sup> Edition at paragraphs 7.05, 7.06 and 8.02.

57. Taking the language of Article 5(6) literally, it is difficult to say that the resulting trust contended for in the Particulars of Claim was created by the written instrument, i.e. the declaration of trust of 11<sup>th</sup> June 1984. The more accurate legal analysis would be to say that the resulting trust is created by operation of law because the written instrument did not provide for what was to happen in a certain event. It is also right to draw attention to the fact that the words "the operation of" do not govern "a written instrument". If Article 5(6) had referred to a trust created by the operation of a written instrument then one could see the argument that the resulting trust was created by the operation of a written instrument in so far as the written instrument declared trusts but did not exhaust all the possibilities.

58. In my judgment, the resulting trust contended for in the Particulars of Claim is not a trust within Article 5(6). I reach this conclusion by analysing the nature of the resulting trust contended for and by applying Article 5(6) in a literal way. I am also somewhat encouraged to reach that conclusion by reason of Professor Schlosser's distinction between expressly declared trusts and implied trusts. Further, and importantly, this conclusion appears consistent with the repeated exhortation of the courts to construe the derogations in Article 5 in a narrow or restrictive way.

59. The next point to address is whether Article 5(6) applies to a constructive trust. Although the First Defendant developed a detailed argument as to why Article 5(6) did not extend to constructive trusts, that basic principle was not in dispute. In general, a constructive trust is not created by a written instrument, nor created orally and evidenced in writing. I also draw attention to what Professor Schlosser said on the subject of constructive trusts in paragraph 117 of his Report. In *Chellaram (No. 2)* [2002] 3 All ER 17, it was said, succinctly, at [138] that Article 5(6) did not apply to constructive trusts. However, the generality of those statements should not be allowed to disguise the fact that there could be a claim which was within Article 5(6) where a beneficiary sued a trustee, in circumstances where the trustee had made a personal gain from exploiting the trust's property and where the trustee held the gain on a constructive trust for the beneficiary. In such a case, in my judgment, the Defendant would be sued "as trustee".

60. In any event, the claim in paragraph 25 of the Particulars of Claim that the First Defendant is a constructive trustee does not lead the Claimants to say that this part of their claim is brought against the First Defendant "as trustee" within Article 5(6). The Claimants' case is that, in relation to that part of their claim, they are suing the First Defendant "as beneficiary". I will deal with that claim in due course.

#### The second issue

61. The second issue is:

"Is the relevant trust domiciled in England?"

62. This court only has jurisdiction by reason of Article 5(6) if the trust is domiciled in England. Article 60(3) of the Judgments Regulation states:

"In order to determine whether a trust is domiciled in the Member State whose courts are seized of the matter, the court shall apply its rules of private international law."

63. It is agreed that the relevant rule of private international law, for present purposes, is contained in the Civil Jurisdiction and Judgments Order 2001. Article 3 of that Order provides that Schedule 1 to the Order has effect. Paragraph 1(1) of Schedule 1 defines "part of the United Kingdom" as meaning England and Wales, Scotland or Northern Ireland. Paragraph 12(1) of schedule 1 to the 2001 Order provides the rules required by Article 60(3) for determining where a trust is domiciled. By paragraph 12(2) a trust is domiciled in the United Kingdom if and only if it is by virtue of subparagraph (3) domiciled in a part of the United Kingdom. Paragraph 12 (3) provides:

"A trust is domiciled in a part of the United Kingdom

if and only if the system of law of that part is the system of law with which the trust has its closest and most real connection."

64. In view of the submissions addressed to me, I ought also to refer to the Recognition of Trusts Act 1987. That Act enabled the United Kingdom to ratify the Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition. By Section 1(1), the provisions of the Hague Convention, set out in the schedule to the 1987 Act, were to have the force of law in the United Kingdom. By section 1(2) the provisions of the Convention were, so far as applicable, to have effect not only in relation to the trusts described in Articles 2 and 3 of the Convention but also in relation to any other trusts of property arising under the law of any part of the United Kingdom, or by virtue of a judicial decision whether in the United Kingdom or elsewhere.

65. By Article 1 of the Hague Convention, it was provided that the Convention specified the law applicable to trusts and governed their recognition. Article 2 defined the term "trust" for the purposes of the Convention. The term was defined to refer to the legal relationship created by the settlor when assets were placed under the control of a trustee for the benefit of a beneficiary or for a specified purpose. Article 2 described certain characteristics of a trust. These characteristics referred to the assets constituting a separate fund where title stood in the name of the trustee or the name of another person, on behalf of the trustee, and the trustee had the power and the duty to manage, employ or dispose of the assets in accordance with the terms of the trust and the special duties imposed upon him by law. The reservation by the settlor of certain rights and powers and the fact that the trustee might himself have rights as a beneficiary were not necessarily inconsistent with the existence of a trust. By Article 3 of the Convention, the Convention applied only to trusts created voluntarily and evidenced in writing.

66. Article 6 of the Hague Convention provided:

"A trust shall be governed by the law chosen by the settlor. The choice must be express or be implied in the terms of the instrument creating or the writing evidencing the trust, interpreted, if necessary in the light of the circumstances of the case.

Where the law chosen under the previous paragraph does not provide for trusts or the category of trust involved the choice shall not be effective and the law specified in Article 7 shall apply."

67. Article 7 of the Hague Convention applies where no applicable law has been chosen. In that case, the trust is governed by the law with which it is most closely con-

nected. In ascertaining the law with which a trust is most closely connected, reference is made in particular to four matters. In summary, these were the place of administration of the trust designated by the settlor, the situs of the assets of the trust, the place of residence or business of the trustee and the objects of the trust and the places where they are to be fulfilled.

68. Article 8 of the Hague Convention stated that the law specified by Article 6 or Article 7 should govern the validity of the trust, its construction, its effects and the administration of the trust. Article 8 then went on to provide for nine matters which, in particular, were stated to be governed by that governing law. Article 9 recognised that a severable aspect of the trust, such as matters of administration, might be governed by a different law.

69. In the present case, the declaration of trust states in terms that the proper law is English law.

(*omissis*)

72. In my judgment, this trust is domiciled in England. Paragraph 12 of schedule 1 to the 2001 Order requires one to identify “the system of law” with which the trust has its closest and most real connection, not the geographical location nor the jurisdiction with which it has its closest and most real connection. *Prima facie*, the system of law with which a trust has its closest and most real connection is the governing system of law. That view is only fortified by considering that a trust consists of rights and obligations and powers and duties which in this case are governed by English legal principles. On the facts of this case, there did not appear to be any other candidate for a system of law which had a closer connection with the trust than English law. In the course of argument, I raised the question whether the trust had a connection with the Liechtenstein system of law given that the trust appears to be administered from Liechtenstein and it may be there are some controls under Liechtenstein law on acts of administration within Liechtenstein. However, there was no material before the court to give very much substance to this supposition, although I recognise there is a possibility of some connection with Liechtenstein law in this way. Another suggestion raised in argument stemmed from the fact that the principal trust assets, the shares in Gonzalez Byass, were shares in a company incorporated in the Cayman Islands. Accordingly, could it be said that the trust had a close connection with the system of law of the Cayman Islands because the company would have been governed by Cayman Island company law? Again, there was no real material before the court which would give much

substance to this supposition. Accordingly, without hesitation on the material before me, I adhere to the view that the system of law with which the trust has its closest and most real connection is English law.

(*omissis*)

The third issue

75. The third issue is:

“In relation to the first part of the Claimants’ claim against the First Defendant, is the First Defendant sued [...] as beneficiary [...]?”

76. This issue arises in relation to the first claim made by the Claimants against the First Defendant, rather than the second claim. I have set out the relevant parts of the Particulars of Claim and the first claim is essentially contained in paragraphs 24 and 25 of that pleading, which I have quoted. I also bear in mind the submissions made by Counsel for the Claimants as to the legal basis of the claim.

77. Article 5(6) only applies where a defendant is sued “as settlor, trustee or beneficiary”. The Claimants contend that this claim is brought against the First Defendant “as beneficiary”.

78. It is the Claimants’ case that the First Defendant is a beneficiary under the declaration of trust of 11<sup>th</sup> June 1984. I will proceed on that basis although I have already referred to the Claimants’ reservation of position at least to some extent on this point.

79. Counsel for the Claimants submitted that the First Defendant was being sued as a beneficiary under the 1984 trust. He submitted that Article 5(6) is intended to deal with cases which are concerned with “the internal relationships of a trust”: see the Schlosser Report at paragraph 111. He said that this case was about the internal relationships of this trust and, in particular, it raised issues as to whether the First Defendant, as a beneficiary under the trust, was, or was not, entitled to take the benefits conferred upon her by the trustees of the trust. The First Defendant was paid the sums in question, he submitted, as a “purported beneficiary” so that she could defend her receipt and retention of these sums only by asserting she was entitled to do so under the terms of the trust.

80. These submissions were developed at the hearing by giving examples of cases where a Defendant is sued “as settlor”, “as trustee” or “as beneficiary”. Counsel for the Claimants accepted that there would be cases, which were clearly within Article 5(6) where there was no issue as to whether a defendant was a settlor, or a trustee, or a bene-

ficiary and he gave examples of such claims. In the case of a settlor who had covenanted with trustees to transfer assets to the trustees to be held on trust, a claim by the trustees against the settlor, requiring him to perform his covenant, would plainly be a claim against him "as settlor". A claim against trustees for breach of trust would be a claim against them "as trustees".

81. A claim by trustees against the beneficiaries for declaratory relief to resolve differences between them as to the powers and duties arising under the trust would be a claim brought against the defendants "as beneficiaries". But it was further submitted on behalf of the Claimants that the case would also be within Article 5(6) if the issue was whether the defendant was a beneficiary. Thus, the Claimants said, a claim by a trustee for a declaration that the defendant *was not* a beneficiary would be within Article 5(6) in the same way as a claim by a trustee for a declaration that a defendant *was* a beneficiary. Similarly, a claim by a trustee which asked the court whether the Defendant *was or was not* a beneficiary would be within Article 5(6). It was sufficient, it was submitted, if there was an issue as to the capacity of the defendant and whether the defendant was or was not a beneficiary. The Claimants drew attention to the Schlosser Report at paragraph 111 where there was a reference to disputes between "persons claiming the status of trustees" and to a dispute "as to who has been properly appointed as a trustee". I have also drawn attention to paragraph 120 of the Schlosser Report which refers to a dispute where the relief claimed appeared to turn on an allegation by a claimant that the defendant was not a trustee.

82. Thus the question arises whether the fact that the First Defendant is a beneficiary under the declaration of trust, and the circumstances in which payments have been made to her by the trustees, ostensibly to her in her capacity as a beneficiary entitled to receive those payments, makes the claim by the Claimants against the First Defendant a claim against her "as beneficiary".

83. The principal difficulty I have with the Claimants' submission on this issue is that the relief they seek against the First Defendant depends upon the Claimants showing that the First Defendant was not entitled to the monies now claimed. In short, the Claimants say that the First Defendant was not a beneficiary in relation to those monies. This is made all the more clear by the use of the words "as a volunteer" and "as constructive trustee" in paragraphs 24 and 25 of the Particulars of Claim. Further, the submissions made by Counsel for the Claimants, as to the legal basis of this claim, correctly accepted that the legal basis of the claim was available

where a defendant was someone who was not entitled under the trust in question at all, just as it was against someone who was a beneficiary under the trust but who was not entitled to the receipt in question. In my judgment, it is much easier to say that the claim against the First Defendant is in her capacity as someone not entitled to the monies received, or in her capacity as a stranger to the trust, rather than in her capacity as a beneficiary under the trust.

84. I accept, certainly on the material at present available, that the trustees paid monies to the First Defendant on the basis that she was a permissible recipient of those monies as a beneficiary under the trust. But that basis is denied by the claim made by the Claimants. Accordingly, the basis on which the monies were paid to the First Defendant (the Claimants say wrongly) does not seem to me to be much help in determining the capacity in which the Claimants are suing the First Defendant.

85. There was discussion at the hearing as to the approach to be adopted where the Claimants were saying that a defendant was not a beneficiary and the defendant was expected to defend on the basis that he or she was a beneficiary. Counsel for the Claimants accepted that Article 5(6) was to be applied to the claim made by a claimant and was not to be governed by the nature of the defence run by a defendant. That seems to me to be entirely right. In any event, when a jurisdiction point arises in a case such as this, one may not know precisely what defence will be run. Indeed in the present case, as I understand it, the First Defendant has not yet identified the nature of her defence. It is conceivable that a claim of the present kind would be met by a defendant who does not challenge that he or she was not entitled to the money initially, but who wishes to run a limitation defence. The whole question of jurisdiction might be contested because the defendant's ability to run a limitation defence may be greater in one Member State than in England: see the relevance of limitation in *Kleinwort Benson Limited v Glasgow City Council* [1999] AC 153.

86. The Claimants' argument, as set out above, nonetheless has some force. I can see some sense in the Regulation being drafted so that it spelt out what was meant by disputes as to "the internal relationships of a trust" and providing that all such disputes were within a special rule as to jurisdiction, based on the domicile of the trust. I can also understand the criticism that it is not sensible to apply one rule as to jurisdiction where the claimant seeks a declaration that the defendant is a beneficiary but a different rule as to jurisdiction where the claimant seeks a declaration that the defendant is not a

beneficiary, or even where the claimant asks the court to determine whether the defendant is or is not a beneficiary.

(omissis)

87. Nonetheless, my conclusion is that the natural meaning of the words used in Article 5(6) requires one to examine the claim made against the defendant and to ask: is the claim brought against the defendant in his or her capacity as a beneficiary? The answer to that question is not affected by any prediction as to whether the defendant will assert in his or her defence that he or she is a beneficiary and indeed the assertions in any defence will not always be known when the question of jurisdiction has to be addressed. Further, based on the very clear authorities to which I have referred, I ought not to read the words used in Article 5(6) in an expansive way in an attempt to produce a rule as to jurisdiction which it might be said was a better rule, or one which drew the line in a more sensible place.

88. In the end, I come to the conclusion that this claim against the First Defendant is not a claim against her “as beneficiary”. I reach that conclusion essentially on the basis of the Claimants’ own analysis of the nature of the underlying claim coupled with my conclusion that the words “as a beneficiary” require the Claimants to show that they are suing the First Defendant in her capacity as a beneficiary rather than in her capacity as someone not beneficially entitled to the monies which are claimed. In my judgment, the words “as beneficiary” naturally mean: “in the capacity of beneficiary”. That conclusion is supported by the words used in the Lugano Convention, apparently without intending to change the meaning from the words used in the Brussels Convention. Like Lord Clyde in the *Kleinwort Benson* case, it seems to me that I should find the solution to the problem in the language of the Article. The construction urged upon me on behalf of the Claimant cuts across what was described as a fundamental principle requiring me to construe Article 5(6) narrowly or restrictively.

89. Accordingly, in relation to the third issue I hold that the personal and proprietary claims against the First Defendant are not claims against the First Defendant “as beneficiary” and are therefore not within Article 5(6) of the Judgments Regulation.

The fourth issue

90. The fourth issue is:

“In relation to the second part of the Claimants’ claim

against the First Defendant, is the First Defendant sued [...] as [...] trustee [...]?”

91. This part of the Claimants’ claim concerns the First Defendant’s status as Appointor and, more particularly, the claim for an order removing the First Defendant as Appointor and replacing her with a fit and proper person.

92. I have explained earlier in this judgment the basis on which the Claimants put forward this claim. For the purposes of Article 5(6) of the Judgments Regulation, the Claimants say that they are suing the First Defendant in this respect “as trustee”.

93. I have already drawn attention to the fact that paragraph 28 of the Particulars of Claim asserts that the First Defendant was not able to appoint herself as Appointor but the pleading does not claim a declaration that the purported appointment was a nullity. If the Claimants intend in this claim to claim a declaration that the First Defendant is not the duly appointed Appointor, then it seems to me to be difficult for them to say that they are suing her as Appointor and that as an Appointor she is in a position akin to that of a trustee so that they can say she is sued “as trustee” for the purposes of Article 5(6).

94. However, in this judgment I will concentrate on the claim, that is undoubtedly made by the Claimants, that if the First Defendant is an Appointor then the court can remove her and appoint another in her stead. This case is based upon the Appointor being the donee of a power, which is said to be a fiduciary power with the result, it is said, that the donee is in a position sufficiently analogous to that of a trustee so that the words “as a trustee” in Article 5(6) can expand to cover that type of case.

95. Although I have indicated that it is not necessary for present purposes to rule on whether the Appointor’s power under Clause 4.2 is fiduciary power, it is helpful to consider two of the authorities cited to me for the purpose of considering whether the First Defendant is sued “as trustee” within Article 5(6).

96. In *Mettoy Pension Trustees Limited v Evans* [1990] 1 WLR 1587 at 1613 to 1614, Warner J set out his summary of detailed submissions made by Robert Walker QC (as he then was) which dealt with the classification of certain powers. Mr Walker had identified four categories. Category 1 comprised any power given to a person to determine the destination of trust property without that person being under any obligation to exercise the power or to preserve it. Typical of powers in that category was a special power of appointment given to an individual where there was a trust in default of appointment. In such a case the donee of the power owed a duty to the beneficiaries under that trust not to misuse the power, but he owed no duty to the

object of the power. He might therefore release the power but he might not enter into any transaction that would amount to a fraud on the power; a fraud on the power being a wrong committed against the beneficiaries under the trust in default of appointment. The learned judge said that where the donee of the power was the only person entitled under the trust in default of appointment, the power was not a fiduciary power at all because the donee owed no duty to anyone.

97. Category 2 comprised a power conferred on the trustees of property, or on any other person, as a trustee of the power itself. This was “a fiduciary power in the full sense”. A power in that category could not be released; the donee of it owed a duty to the objects of the power to consider, as and when may be appropriate, whether and if so how he ought to exercise it; and he was to some extent subject to the control of the courts in relation to its exercise.

98. Category 3 comprised any discretion which was really a duty to form a judgment as to the existence or otherwise of particular circumstances giving rise to particular consequences.

99. Category 4 comprised discretionary trusts where someone, usually but not necessarily the trustees, was under a duty to select from among a class of beneficiaries those who are to receive, and the proportions in which they are to receive, income or capital of the trust property.

100. At page 1614F, Warner J referred to Mr Walker’s submission that he should eschew the phrases “trust power”, “power coupled with a duty”, “power coupled with a trust” and “power in the nature of a trust” which were said to have been used to cover different cases from categories 2, 3 and 4. I infer that those phrases were regarded as lacking the necessary precision for the purposes of clear categorisation of the various types of power. In the *Mettoy Pension Trustees* case, Warner J’s ultimate conclusion was that the court could intervene and control the exercise of a fiduciary power even where circumstances were not that of a discretionary trust. Warner J relied upon a passage in the speech of Lord Wilberforce in *Re Baden’s Deed Trusts* [1971] AC 424 at 456 to 457.

101. *Rawcliffe v Steele* [1993-1995] MLR426 is a decision of the Staff of Government Division, in the Isle of Man. At pages 495 to 499, Acting Deemster Hegarty identified a three fold classification of powers. The first category he called “trust powers in the strict sense”. This category comprised, or was akin to, a discretionary trust. The second category was that of fiduciary powers. The third category was a mere power or a bare power, which

was not a fiduciary power. The learned judge discussed fiduciary powers, in particular, at pages 496 to 498 of the judgment. There was a second judgment, from Acting Deemster Smith who agreed with Acting Deemster Hegarty.

102. Based on the detailed analysis of the differences between mere powers, fiduciary powers and trusts in the two cases I have cited, I conclude that there are considerable differences between the office or the capacity of a trustee and the position of a donee of a fiduciary power. In some circumstances, it might conceivably be right to react to the word “trustee” in an instrument, or even in a statutory provision, by holding that the parties to the instrument or the enacting authority intended to embrace not just trustees properly so called but also persons who had fiduciary duties where those duties were, in the wide spectrum of fiduciary duties, close enough to be regarded as analogous to or akin to the duties of a trustee.

103. However, I have no doubt that that liberal or expansive approach to the word “trustee”, which might conceivably be possible in some contexts, is not appropriate in the present context. I have already referred to the restrictive approach which I am required to adopt to the derogation provisions in Article 5(6). It seems to me it would be quite inconsistent with that restrictive approach to read the words “as trustee” in the present case in the expansive way, in which they would have to be read, to produce a result in favour of the Claimants.

104. Accordingly, in relation to the fourth issue, I hold that the second claim made against the First Defendant, in her role as Appointor, is not a claim against her “as trustee” and is therefore not within Article 5(6) of the Judgments Regulation.

#### The fifth issue

105. The fifth issue is:

“If the court has jurisdiction under Article 5(6) in relation to all or part of the Claimants’ claims, is it open to the court to decline jurisdiction on the grounds of *forum non conveniens*?”

106. Because of the answers I have given to the earlier issues, the fifth issue does not arise. However, the fifth issue was fully argued and I will deal with it, although more concisely than might have been appropriate, if it had been a decisive issue.

107. The Claimants contend that this issue is to be determined in their favour by reason of the decision of the European Court of Justice in *Owusu v Jackson* [2005] QB 801, a case on the Brussels Convention. Both sides before

me accepted that there was no relevant distinction between the Brussels Convention and the Judgments Regulation for present purposes but the First Defendant contends that this decision is distinguishable on other grounds.

108. The particular Article of the Brussels Convention relied on in *Owusu v Jackson* was Article 2. It will be remembered that Article 2 is the general provision as to jurisdiction and Article 5 is a derogation from it. In substance, Article 2 directs that persons domiciled in a Member State shall, whatever their nationality, be sued in the courts of that Member State. Article 5(6) provides that a person domiciled in a Member State may in another Member State be sued as settlor, trustee or beneficiary etc.

109. In *Owusu v Jackson*, the Defendant was domiciled in the United Kingdom so was the Claimant. The Claimants sued the Defendant in the United Kingdom and joined a number of other Defendants who were not so domiciled. The subject matter of the dispute related to events which had happened in Jamaica. The Defendant, who was domiciled in the United Kingdom, invited the court to decline jurisdiction on the grounds that Jamaica was a more appropriate forum, in other words on the grounds of *forum non conveniens*. The first issue considered by the European Court of Justice was whether the Brussels Convention applied in a case where the suggested alternative forum was not a Member State. The court held that the Convention applied even though the suggested appropriate alternative forum was not a member state, in that case Jamaica. At paragraphs 37 to 46 of the judgment of the court, the court considered the general compatibility of the *forum non conveniens* doctrine with the Brussels Convention. It was pointed out that Article 2 of the Brussels Convention was mandatory in nature and there could be no derogation from the principle it laid down, except in the cases expressly provided for by the Convention. No exception on the basis of *forum non conveniens* was provided for by the authors of the Convention, though the question had been discussed by them. Respect for the principle of legal certainty would not be fully guaranteed if the court having jurisdiction under the Convention (the United Kingdom in that case) was to be allowed to apply the *forum non conveniens* doctrine. The preamble to the Brussels Convention indicated that the intention was to lay down common rules on jurisdiction to guarantee certainty as to the allocation of jurisdiction among the various national courts before which proceedings in a particular case might be brought. Legal certainty required that the jurisdictional rules which derogated from the general rule laid down in Article 2 should be interpreted in such a

way as to enable a normally well informed defendant reasonably to foresee before which courts, other than those of the state in which he is domiciled, he might be sued. Application of the *forum non conveniens* doctrine which allowed the courts seised of a matter a wide discretion was liable to undermine the predictability of the rules of jurisdiction laid down by the Brussels Convention, in particular the rule in Article 2, and to undermine the principle of legal certainty. A defendant would not be able reasonably to foresee before which other courts he could be sued. Allowing for *forum non conveniens* in the context of the Brussels Convention would be likely to affect the uniform application of the rules of jurisdiction contained in it, in so far as that doctrine was recognised only in a limited number of contracting states. Although there were genuine difficulties in that case about the proceedings being dealt with in the English courts, and those difficulties were precisely those which would be taken into account when *forum non conveniens* was considered, those difficulties were not such as to call into question the mandatory nature of the fundamental rule of jurisdiction contained in Article 2 of the Brussels Convention.

110. Article 2 of the Judgments Regulation was intended to ensure, in the general run of cases, that the defendant would be sued in the courts of the State in which he was domiciled. In *Owusu*, the defendant was domiciled in the United Kingdom but it was the defendant who wanted the court to decline jurisdiction. The effect of the ruling of the European Court of Justice was that Article 2 was interpreted to mean that the claimant was entitled to sue the defendant, against the defendant's wishes, in the United Kingdom. In the present case, if Article 5(6) had applied, the effect of Article 5 would be to entitle the Claimants to sue the First Defendant against the First Defendant's wishes in the English courts.

111. The First Defendant submitted that the decision in *Owusu* can be distinguished in the present case. It was pointed out that *Owusu* concerned Article 2 whereas the present case potentially involved the engagement of Article 5(6). It was pointed out that Article 2 is "mandatory" and Article 5 is "permissive".

112. Article 2 is mandatory in that the defendant can insist on being sued in the defendant's domiciled state (absent any derogation from Article 2 in the Judgments Regulation itself). However, as explained above, the way in which Article 2 applied in the *Owusu* case was that it permitted the claimant to sue the defendant against the defendant's wishes in the United Kingdom. Thus, in my judgment, there is no difference between the claimant in *Owusu* exercising the permission given by Article 2 to sue

the defendant in the United Kingdom and the Claimants in the present case exercising the permission in Article 5(6) (if it applied) to sue the First Defendant in England. What was “mandatory” in *Owusu* was that the rules laid down in the Judgments Regulation ruled out the possibility that a court of a Member State had a discretion to decline jurisdiction. That applies in a case under Article 5(6) just as much as it applies to a case under Article 2.

113. My conclusion on this point is that, if the case had come within Article 5(6), the court would not have the power to decline jurisdiction on *forum non conveniens* grounds.

114. My conclusion is in accordance with the discussion in Dicey, Morris & Collins, the Conflict of Laws 14<sup>th</sup> Edition at paragraph 12.020.

115. I have also considered the detailed discussion of *Owusu v Jackson* in Civil Jurisdiction and Judgments, Briggs & Rees, 4<sup>th</sup> edition, see at paras. 2.219 to 2.229. The authors find very great fault in the reasoning, or they would say the lack of reasoning, in that case. They discuss in detail cases in which the decision in *Owusu v Jackson* might conceivably not apply. However, I did not see anywhere the suggestion that a court which is given jurisdiction under Article 5 would be entitled to decline jurisdiction on *forum non conveniens* grounds.

116. I was also shown a number of academic articles and other judgments which explore the boundaries of the decision in *Owusu v Jackson* but none of them makes a distinction between an Article 2 case and an Article 5 case.

#### The sixth issue

117. The sixth issue is:

“If the answer to the fifth issue is yes, should the court decline jurisdiction on that ground?”

118. The sixth issue only arises if the fifth issue had arisen and if I had answered the fifth issue by holding that I had power to decline jurisdiction. In fact, I have held that the fifth issue did not arise and even if it had arisen I would not have had power to decline jurisdiction.

119. In these circumstances, I do not regard it as appropriate to consider the sixth issue and I do not do so.

#### The overall result

120. The result of the foregoing is that I have held that the first part of the Claimants’ claim against the First Defendant is not a claim against her “as beneficiary” and I have also held that the second part of the Claimants’ claim against the First Defendant is not a claim against her “as

trustee”. It follows that the entirety of the Claimants’ claim against the First Defendant is outside Article 5(6) of the Judgments Regulation.

121. The only basis on which the Claimants contend that this court has jurisdiction to hear this claim is Article 5(6). As I have held that the Claimants’ claim does not come within Article 5(6) it must follow that I should declare that the court has no jurisdiction to hear this claim.

Italia

## Intestazione di quote sociali a società fiduciaria del Lussemburgo

■ Agenzia delle Entrate, Direzione Centrale Normativa e Contenzioso, Risoluzione 19 maggio 2008, n. 201/E

**OGGETTO:** Istanza di interpello - ALFA. - Legge 27 luglio 2000, n. 212.

**Adempimenti società fiduciarie estere**

**Articolo 4 decreto del Presidente della Repubblica 22 luglio 1998, n. 322.**

Con l'interpello specificato in oggetto, concernente l'interpretazione dell'articolo 4 del decreto del Presidente della Repubblica 22 luglio 1998, n. 322 è stato esposto il seguente

### QUESITO

ALFA, è una società residente in Lussemburgo e priva di stabile organizzazione in Italia, la stessa, ai fini dell'istanza di interpello in esame, ha indicato quali rappresentanti il Prof. X, il Dr. Y e il Prof. Z ed ha eletto domicilio presso lo Studio di Consulenza BETA Via....., Roma.

La società istante, che svolge attività fiduciaria secondo quanto disposto dalla legislazione del Granducato del Lussemburgo in materia, ha ricevuto la richiesta di intestazione fiduciaria di talune quote di una società di persone italiana, sulla base di un contratto conforme alla legge lussemburghese in materia di contratti fiduciari.

La società richiedente ha fatto presente che i principi generali della legislazione lussemburghese in tema di intestazione fiduciaria sono equivalenti a quelli della legislazione italiana in tale materia.

In particolare, dal punto di vista fiscale, la legge lussemburghese dispone che i redditi derivanti dai beni intestati fiduciariamente siano imputati al fiduciante.

La società ALFA chiede istruzioni in merito agli adempimenti che deve compiere in esito all'assunzione del predetto incarico, con particolare riferimento agli accorgimenti necessari affinché i redditi prodotti dalla società di persone, le cui quote sono detenute fiduciariamente, vengano correttamente imputati ai soggetti fiducianti.

### SOLUZIONE INTERPRETATIVA PROSPETTATA DAL CONTRIBUENTE

L'istante ritiene che nella fattispecie oggetto dell'interpello la società fiduciaria estera debba presentare il mo-

dello 770 ordinario indicando i fiducianti nell'ultima sezione del quadro SK secondo le indicazioni contenute nella risoluzione 7 dicembre 2006, n. 136/E.

### PARERE DELL'AGENZIA DELLE ENTRATE

Con riferimento alla qualificazione del rapporto fiduciario, il richiedente riferisce che "la valenza giuridica e gli effetti 'sostanziali' del rapporto di intestazione fiduciaria che si verrebbe ad instaurare secondo la legge lussemburghese sarebbero, a fini fiscali, in tutto analoghi allo schema contrattuale previsto e disciplinato dalla legge italiana".

In effetti, la normativa lussemburghese, riportata in una traduzione non ufficiale nel quesito, dispone che "Per la soggettività passiva d'imposta valgono, in assenza di altre determinazioni, le seguenti disposizioni: - I beni trasferiti a titolo fiduciario sono attribuiti al fiduciante. I beni acquisiti fiduciariamente da un fiduciario per un fiduciante sono attribuiti al fiduciante."

Peraltro, la normativa lussemburghese citata dispone, relativamente alle imposte sul reddito, che il fiduciario "ha l'obbligo di indicare a chi appartengono i diritti o i beni. Resta impregiudicato il diritto dell'Ufficio finanziario di accertare la relazione giuridica effettiva".

In una fattispecie analoga a quella prospettata nel quesito in esame la risoluzione n. 136/E del 2006 sopra citata ha riassunto il quadro giuridico desumibile dalla normativa nazionale italiana vigente. L'unica diversità sostanziale riscontrabile nel caso trattato nella predetta risoluzione rispetto alla fattispecie oggetto del quesito è la residenza in Italia della società fiduciaria.

In particolare, con la predetta risoluzione, è stato evidenziato come l'istituto dell'intestazione fiduciaria non modifica il soggetto di imposta passivo identificabile sempre e comunque nel fiduciante.

Si ricorda infatti che, secondo una tradizionale lettura del rapporto fiduciario, che fa riferimento alla cosiddetta "fiducia romanistica", il fiduciante trasferisce al fiduciario un diritto reale con un obbligo che ha efficacia solo tra le parti.

Tuttavia, a questa teoria si contrappone una diversa concezione della fiducia, cosiddetta "fiducia germanistica", in base alla quale con il negozio fiduciario non si realizza l'effettivo trasferimento del diritto di proprietà in capo al fiduciario, il quale rimane solo intestatario del bene. Questi ha la mera legittimazione a disporre, nei limiti delle pattuizioni sottostanti, del bene che rimane di proprietà del fiduciante. La recente circolare n. 28/E del 7 marzo 2008 ha utilizzato tale ultima ricostruzione giuridica proprio per determinare il trattamento fiscale nel caso di "intestazione fiduciaria di azioni e quote"(1).

Peraltro, si rileva che il legislatore nazionale, disponendo in materia di società fiduciarie, da lungo tempo aveva prefigurato un sorta di separazione tra proprietà ed intestazione: nell'articolo 1, ultimo comma, del regio decreto 29 marzo 1942, n. 239, è infatti previsto che: "le società fiduciarie che abbiano intestato al proprio nome titoli azionari appartenenti a terzi sono tenute a dichiarare le generalità degli effettivi proprietari dei titoli stessi".

A conferma di tale impostazione la circolare n. 49/E del 22 novembre 2004, nell'ambito dell'applicazione degli articoli 115 e 116 del TUIR (cosiddetta "trasparenza fiscale"), ha affermato che in caso di partecipazioni detenute tramite società fiduciaria, "attraverso il cosiddetto rapporto fiduciario, la società dispone dei beni affidatigli nell'interesse del socio fiduciante, nei limiti dell'accordo-mandato con questi concluso". Di seguito, richiamando la sentenza n. 4943 del 21 maggio 1999 della Cassazione Civile, il citato documento di prassi sottolinea che "i fiducianti, vanno identificati come gli effettivi proprietari dei beni affidati alla fiduciaria ed a questa strumentalmente intestati".

Ne consegue che l'immediata riferibilità dei diritti alla sfera giuridica dei soci - e non della fiduciaria - identifica i soci effettivi quali soggetti cui deve essere imputato il reddito distribuito dalla società partecipata.

Peraltro, il legislatore fiscale italiano ha anch'esso emanato norme che sembrano basarsi su tale impostazione civilistica, dal momento che fanno riferimento ai fiducianti quali effettivi possessori dei redditi derivanti da beni formalmente intestati al fiduciario. Ad esempio, relativamente alle partecipazioni in società di capitali, l'articolo 1, comma 1, del DM 4 febbraio 1998 prevede che "i soggetti tenuti all'obbligo delle comunicazioni di cui alla legge 29 dicembre 1962, n. 1745 effettuano le stesse nel modello di dichiarazione del sostituto d'imposta con le modalità ed entro il termine stabilito dall'articolo 9 del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600". L'articolo 9 della citata legge n. 1745 del 1962 dispone che le società fiduciarie "devono comunicare (omissis) i nomi degli effettivi proprietari delle azioni ad esse intestate ed appartenenti a terzi, sulle quali hanno riscosso utili".

Le società fiduciarie sono, peraltro, incluse fra i sogget-

ti tenuti a compilare il quadro SK della dichiarazione del sostituto d'imposta - modello 770 - fornendo, con tale adempimento, all'Amministrazione finanziaria i dati relativi agli effettivi possessori dei redditi derivanti da partecipazioni ad essi fiduciarmente intestate.

Ciò posto, con particolare riferimento al quesito in esame, si evidenzia, innanzitutto, che il rapporto fiduciario è generalmente considerato sussistente nei casi in cui la partecipazione si sostanzia in una mera partecipazione al "capitale" delle società di persone ovvero in forme che non comportino una responsabilità illimitata del socio stesso e un'ingerenza nell'amministrazione della società (è il caso di partecipazioni in società in accomandita detenute da soci accomandanti).

In tali casi, non potendosi negare, in linea di principio, la sussistenza del rapporto fiduciario con tutte le conseguenti implicazioni di carattere fiscale sopra illustrate, il reddito delle società di persone partecipate tramite il rapporto fiduciario non può che essere imputato ai fiducianti.

Questi ultimi, nel caso in cui siano persone fisiche non operanti in regime d'impresa o professionale, in qualità di possessori del reddito da partecipazione, sono tenuti ad indicare il predetto reddito prodotto in forma associata nel modello Unico Persone Fisiche, quadro RH, indicando i dati identificativi della società partecipata e non di quella fiduciaria dal momento che lo schermo fiduciario rileva nei rapporti con i terzi solo per la società partecipata e non per il socio.

Secondo quanto asserito nella predetta risoluzione n. 136/E del 2006, la società partecipata può indicare i dati della società fiduciaria nel quadro RK del modello Unico Società di Persone in luogo di quelli dei fiducianti. La società fiduciaria, a sua volta, deve indicare i nominativi degli effettivi partecipanti della società di persone ed i redditi a questi attribuiti nell'apposita sezione del quadro SK del modello 770 ordinario.

In conclusione, quindi, la società fiduciaria lussemburghese può utilizzare il modello 770, secondo le modalità sopra indicate, per effettuare le comunicazioni richieste dalla normativa italiana.

D'altra parte, secondo quanto disposto dall'articolo 4, comma 1 del DPR 22 luglio 1998, n. 322, alla presentazione di tale modello di dichiarazione sono tenuti tutti "i soggetti indicati nel titolo III del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600" (tra i quali sono da annoverare anche i soggetti non residenti) e, in particolare, "gli intermediari e gli altri soggetti che intervengono in operazioni fiscalmente rilevanti tenuti alla comunicazione di dati ai sensi di specifiche disposizioni normative".

#### Nota:

(1) Il testo della Circolare dell'Agenzia delle Entrate del 7 marzo 2008, n. 28/E può leggersi in questa Rivista, 2008, 338 [n.d.r.].

Come è agevole verificare non sono presenti nel testo specificazioni che escludano, in punto di diritto, che anche i soggetti non residenti possano presentare la dichiarazione dei sostituti d'imposta.

A tal fine deve essere nominato, ai sensi dell'articolo 4 del DPR n. 600 del 1973, un rappresentante per i rapporti tributari in Italia al quale competeranno gli adempimenti propri di tale figura nonché le responsabilità ad essa connesse.

D'altra parte, la circostanza che la società fiduciaria richiedente sia residente in un Paese membro dell'Unione Europea, fa ritenere che la stessa possa adempiere ai propri obblighi adottando gli stessi comportamenti cui è

tenuta una società fiduciaria italiana nelle stesse fattispecie.

Si fa presente, infine, che, nel caso in cui vi sia la necessità di acquisire informazioni da parte dell'Autorità Fiscale italiana, le stesse potranno essere legittimamente richieste anche direttamente all'Autorità Fiscale lussemburghese, ai sensi dell'articolo 27 della vigente Convenzione Italia-Lussemburgo per evitare le doppie imposizioni sui redditi, nonché della Direttiva del Consiglio del 19 dicembre 1977, n. 77/799/CE.

Le Direzioni Regionali vigileranno affinché i principi enunciati nella presente risoluzione vengano applicati con uniformità.

Italia

# Rinuncia a mandato fiduciario e iscrizione nel Registro delle Imprese

■ Assofiduciaria, Circolare del 26 maggio 2008, Com-2008-026

**OGGETTO:** “Legge 12 agosto 1993 n. 310 - Art. 1722 c.c.”

**Riferimento Analitico:** “Rinuncia al mandato fiduciario - Trascrizione presso il Registro delle Imprese - Sentenza del Tribunale di Lecce n. 831/2008”

In riferimento alle problematiche concernenti la rinuncia al mandato, relativamente ai casi di irreperibilità e/o inadempienza del fiduciante, si segnala la sentenza con cui il Tribunale di Lecce ha accolto l'istanza formulata da una Associata di iscrizione della rinuncia al mandato fiduciario nel Registro delle Imprese (*Allegato 1*).

La sentenza conferma la prassi invalsa presso alcuni Uffici del Registro delle Imprese di dare seguito, pur in assenza di un atto pubblico o di una scrittura privata autenticata ai sensi della legge 310/93, alla richiesta della società fiduciaria operante nell'ambito di un mandato conferito ex legge 1966/39 dell'annotazione nel Registro del recesso dal mandato a seguito della fornita evidenza dei dati dei soggetti effettivi titolari della partecipazione.

La predetta annotazione non è traslativa della titolarità della partecipazione, ma serve a salvaguardare la fiduciaria solo da responsabilità che potrebbero esserle addebitate in qualità di socio. La stessa ha identico valore delle annotazioni fatte in caso di pignoramento o sequestro delle quote ed essendo pubblica diviene ostativa in qualsiasi altra operazione per atto pubblico che la società dovesse compiere.

Sintetizzando i termini della questione:

- la Società nel 2005 ha fatto richiesta al Registro delle Imprese di inserire nell'elenco dei soci l'annotazione della rinuncia al mandato fiduciario nei confronti di due fiduciari inadempienti.

- Tale richiesta è stata respinta sia dal Conservatore del Registro delle Imprese, che dal Giudice del Registro delle Imprese, sulla base della considerazione per cui la rinuncia al mandato fiduciario comporterebbe necessariamente il trasferimento delle quote a favore del fiduciante con conseguente reintestazione per atto pubblico o scrittura privata come richiesto dalla legge 310/93.

- Il Giudice del Tribunale di Lecce, di fronte al quale la Società ha impugnato il decreto del Giudice del Registro, ha accolto invece l'istanza formulata dall'Associata di

iscrizione della rinuncia al mandato fiduciario nel Registro delle Imprese, delineando i tratti dell'istituto della rinuncia al mandato fiduciario.

La Corte, infatti, inquadra il “mandato fiduciario” all'interno della categoria codicistica del “contratto di mandato” dal momento che i poteri conferiti alla fiduciaria hanno i tratti tipici di ogni atto di amministrazione e dovendo, la fiduciaria/mandataria, attenersi al rispetto delle istruzioni del fiduciante/mandante.

Considerato che il “contratto di mandato” si può estinguere anche per “rinuncia del mandatario” ex art. 1722 n. 3 c.c. e che la “rinuncia” in quanto atto unilaterale recettizio produce i suoi effetti non appena viene comunicata nelle forme di legge al destinatario, la Corte, accogliendo l'impostazione germanistica della fiducia con separazione tra titolarità del diritto e legittimazione, afferma che nel caso di rinuncia al mandato non vi è trasferimento della titolarità delle quote, che sono e rimangono di effettiva proprietà dei fiduciari in quanto la fiduciaria ha la mera proprietà formale e la legittimazione ad amministrare i beni.

In relazione poi all'iscrivibilità nel Registro delle Imprese della rinuncia al mandato fiduciario la Corte afferma che in quanto atto assimilabile al trasferimento dei titoli è iscrivibile ex art. 2470 co. 2 c.c., da depositare in originale, con sottoscrizione autenticata, se si tratta di scrittura privata non depositata presso un notaio.

Si ringrazia l'Associata per aver dato l'opportunità di esporre una procedura operativa che, pur non essendo alternativa rispetto al mandato a reintestare, produce l'effetto di esplicitare presso il Registro delle Imprese che la partecipazione della società fiduciaria nella sua qualifica di mandatario-fiduciario è del fiduciante.

I passaggi salienti di questa procedura, che come detto non sostituisce la reintestazione, possono così essere sintetizzati:

1. **lettera assicurata al fiduciante di preavviso** di di-

**Nota:**

La sentenza del Tribunale di Lecce, 18 marzo 2008, n. 831, oggetto della Circolare, può leggersi *supra*, 525.

sdetta del mandato con intimazione ad adempiere alle obbligazioni inadempite entro un periodo congruo, non inferiore a 30 g.;

2. **lettera** assicurata al fiduciante **di disdetta** del mandato (cfr. fac-simile Allegato 2) qualora il termine indicato per l'adempimento dell'obbligazione da parte del fiduciante venga disatteso, contenente:

- l'indicazione della formale disdetta al mandato fiduciario;
- l'invito a fissare un appuntamento dal notaio per la retrocessione delle quote intestate;
- la diffida dall'utilizzo del nome della fiduciaria;
- la precisazione che l'intestazione fiduciaria rimane a mero titolo di deposito senza alcun obbligo;

3. **lettera** assicurata al fiduciante **di rinuncia** (cfr. fac-simile Allegato 3), generalmente con firma autenticata, contenente, oltre ad una sintesi dei vari passaggi che hanno portato alla rinuncia, la dichiarazione di rinuncia con effetto dal decimo giorno successivo al ricevimento dell'atto e un nuovo invito a fissare un appuntamento dal notaio per la retrocessione delle quote intestate entro breve termine;

4. **lettera** di invio al **Registro delle Imprese** (cfr. fac-simile Allegato 4) con richiesta di annotazione nell'elenco dei soci della rinuncia al mandato fiduciario con contestuale deposito di copia del mandato fiduciario e dell'at-

to di rinuncia con sottoscrizione autenticata ed evidenza dei dati degli effettivi titolari della partecipazione con eventuale specificazione che la situazione contingente è tale da esonerare comunque la fiduciaria dal disposto della normativa in materia di privacy;

5. **lettera** che il Registro delle Imprese fa alla società dell'avvio della procedura di annotazione d'ufficio della rinuncia al mandato fiduciario e dell'iscrizione d'ufficio del trasferimento della partecipazione societaria (cfr. fac-simile Allegato 5);

6. **annotazione** da parte del Registro delle Imprese, risultante da visura ordinaria camerale.

Si avverte, infine, che lo schema proposto non verrà necessariamente accolto presso tutti gli uffici territoriali del Registro, ma potrà comunque, essere un utile "surrogato" della rinuncia al mandato laddove tale procedura venga recepita, senza peraltro che possa costituire violazione della normativa sulla privacy.

Si allegano i documenti indicati.

I migliori saluti.

La Segreteria

(omissis)

Svizzera

# Il regime fiscale dei trust in Svizzera

■ Conferenza Fiscale Svizzera (CFS), Imposizione dei trust, Circolare 30 - del 22 agosto 2007

## Indice

- 1. Introduzione
- 2. Trust
  - 2.1. Tratti fondamentali del trust
  - 2.2. Distinzione dalla fondazione
  - 2.3. Distinzione dal mandato fiduciario
  - 2.4. Ente, fondazione e amministrazione fiduciaria del Liechtenstein
  - 2.5. Convenzione dell'Aia relativa alla legge applicabile ai trust ed al loro riconoscimento
- 3. Concetti
  - 3.1. Settlor
  - 3.2. Beneficiary
  - 3.3. Trustee
  - 3.4. Protector
  - 3.5. Trust deed
  - 3.6. Letter of wishes
  - 3.7. Revocable / irrevocable trust
    - 3.7.1. Revocable trust
    - 3.7.2. Irrevocable fixed interest trust
    - 3.7.3. Irrevocable discretionary trust
- 4. Trattamento fiscale del trust, del trustee e del protector
  - 4.1. Trattamento fiscale del trust
  - 4.2. Trattamento fiscale del trustee e del protector
- 5. Trattamento fiscale del settlor e del beneficiary
  - 5.1. Principi del trattamento fiscale
    - 5.1.1. Trattamento del settlor
    - 5.1.2. Trattamento del beneficiary
  - 5.2. Esempi
    - 5.2.1. Revocable trust
    - 5.2.2. Irrevocable fixed interest trust
    - 5.2.3. Irrevocable discretionary trust
- 6. Obbligo di informazione e di collaborazione
- 7. Indicazioni riguardanti l'imposta preventiva
  - 7.1. Redditi da sostanza provenienti dal patrimonio del trust
  - 7.2. Rimborso dell'imposta preventiva
    - 7.2.1. Revocable trust
    - 7.2.2. Irrevocable fixed interest trust
    - 7.2.3. Irrevocable discretionary trust
- 8. Indicazioni riguardanti le Convenzioni di doppia imposizione (CDI)

- 8.1. In generale
- 8.2. Rimborso dell'imposta preventiva svizzera
- 8.3. Rimborso delle imposte alla fonte estere
- 8.4. Accordo sulla fiscalità del risparmio con la CE

## 1. INTRODUZIONE

Con la crescente internazionalizzazione, sia i contribuenti che le autorità fiscali hanno ripetutamente espresso il bisogno di un trattamento fiscale unitario dei trust. L'eterogenea prassi fiscale adottata attualmente dai differenti Cantoni porta a problemi pregiudizievoli della trasparenza e della sicurezza giuridica.

La presente circolare ha lo scopo di armonizzare, attraverso una regolamentazione uniforme, le attuali prassi fiscali cantonali. Per via delle molteplici forme di trust, le spiegazioni che seguono si limitano alle caratteristiche essenziali necessarie per determinarne il trattamento fiscale. A questo scopo, saranno inizialmente spiegati la natura giuridica fondamentale di un trust, nonché i termini e concetti utilizzati per definirlo. Su questa base, in un secondo tempo, sarà esposto il trattamento fiscale da adottare.

## 2. TRUST

### 2.1. Tratti fondamentali del trust

Il termine definisce un rapporto giuridico che nasce quando la persona che lo istituisce (settlor) trasferisce, sulla base di un atto costitutivo (trust deed), determinati valori patrimoniali a una o più persone (trustees) con il compito di amministrarli e di utilizzarli a vantaggio del beneficiario, con effetto nei confronti di chiunque.

Il trust è un istituto giuridico di lunga data, che proviene originariamente dall'Inghilterra e dunque caratteristico dei Paesi di common law (Gran Bretagna, USA, Australia, Canada, Sudafrica, Nuova Zelanda). Istituti simili al trust si trovano però anche in altri Paesi, quali ad esem-

#### Nota:

Il testo della Circolare in lingua francese può leggersi in questa Rivista, 2008, 221.

pio Giappone, Panama, Liechtenstein, Messico, Colombia, Israele e Argentina.

In pratica, il trust risulta essere uno strumento estremamente flessibile e viene sovente impiegato in relazione alla pianificazione successorale e nella cosiddetta asset protection (tutela dei beni) delle persone fisiche. Inoltre, nell'area anglosassone i trust sono anche una presenza dominante nell'ambito delle istituzioni di utilità pubblica e nelle istituzioni di previdenza professionale, nonché uno strumento spesso utilizzato per attuare i piani di opzione dei collaboratori di società quotate in borsa. In considerazione della varietà delle possibili forme di trust, un elenco di tutti i tipi di trust rappresenterebbe un'impresa pressoché impossibile e sarebbe di scarsa utilità per illustrare il trattamento fiscale. Piuttosto, indipendentemente dal tipo di trust da valutare, devono essere stabiliti dei principi per il trattamento fiscale di strutture di trust.

Il trust può essere istituito tramite un negozio giuridico tra vivi oppure da una disposizione a causa di morte.

Anche se la sua impostazione ricorda quella di una fondazione di diritto svizzero, al trust manca una personalità giuridica propria. Da un punto di vista formale, il trustee è titolare, anche se solo a titolo fiduciario, della sostanza del trust. D'altro lato, il trust non è nemmeno un (semplice) contratto. Benché il trust sia originariamente istituito dal settlor, dopo la sua costituzione esso crea sostanzialmente un rapporto giuridico tra il trustee e i beneficiaries, disciplinato in primo luogo dall'atto costitutivo del trust e, in secondo luogo, dalle norme specifiche sui trust dell'ordinamento giuridico applicabile. Il settlor gode di una libertà relativamente ampia nell'organizzazione del trust. Ciononostante, una volta istituito il trust, e analogamente al caso del fondatore di una fondazione di diritto svizzero, il settlor ha in sostanza solo limitate possibilità d'influenza. Dopo l'istituzione del trust, il trustee è innanzitutto tenuto a tutelare gli interessi dei beneficiaries e non quelli del settlor.

Un'altra caratteristica tipica di un trust è la situazione giuridica complessa in relazione alla sostanza del trust. Secondo il diritto civile, il proprietario (common law: legal interest) della sostanza del trust è sì il trustee, egli deve però amministrare separatamente detta sostanza e, ad esempio in caso di decesso o di fallimento del trustee, tale sostanza non è considerata come di sua proprietà, bensì continua a soggiacere al diritto applicabile al trust e resta separata in favore dei beneficiari, rispettivamente del nuovo trustee da nominare.

## 2.2. Distinzione dalla fondazione

Analogamente al trust, la fondazione di diritto svizzero serve a destinare dei beni al conseguimento di un fine particolare (art. 80 CC). Attraverso la sua costituzione, la fondazione acquisisce la personalità giuridica. Per contro, al trust manca una personalità giuridica propria. Il trust non gode di capacità giuridica e non può dunque essere ti-

tolare di un patrimonio. A differenza del trust, la fondazione diviene proprietaria dei beni vincolati.

## 2.3. Distinzione dal mandato fiduciario

Il mandato fiduciario previsto dal diritto svizzero si basa su un contratto (un mandato secondo gli artt. 394 e segg. CO). Affinché esista un contratto, il fiduciario deve accettare il mandato. Per la creazione del trust non è per contro necessario il consenso del trustee. Di conseguenza, il settlor può designare come trustee una persona qualunque, attraverso un atto giuridico unilaterale oppure una disposizione a causa di morte. Una tale nomina equivale all'istituzione di un esecutore testamentario secondo il diritto successorio svizzero, che conferisce a quest'ultimo l'incarico (la funzione) di «fiduciario indipendente sui generis».

Il trust non è un (semplice) contratto. Benché il trust sia originariamente istituito dal settlor, dopo la sua istituzione diviene in sostanza un rapporto giuridico tra il trustee e i beneficiaries. Dopo la costituzione del trust, il trustee è innanzitutto tenuto a tutelare gli interessi dei beneficiaries e non quelli del settlor.

## 2.4. Ente, fondazione e amministrazione fiduciaria del Liechtenstein

Per via delle forme che assumono, gli enti, le fondazioni e le amministrazioni fiduciarie secondo il diritto del Liechtenstein si differenziano fortemente dall'istituto giuridico del trust. Per questo motivo non saranno ulteriormente trattati nella presente Circolare.

## 2.5. Convenzione dell'Aia relativa alla legge applicabile ai trust ed al loro riconoscimento

La Convenzione dell'Aia relativa alla legge applicabile ai trust ed al loro riconoscimento è entrata in vigore in Svizzera il 1° luglio 2007. Essa permette il riconoscimento di trust esteri sulla base di norme riconosciute a livello internazionale e mira in questo modo ad accrescere la sicurezza giuridica in questo ambito.

Il trattamento fiscale dei trust continuerà a dipendere esclusivamente dal diritto fiscale svizzero. L'art. 19 della Convenzione dell'Aia non prevede infatti deroghe alla competenza degli Stati contraenti in materia fiscale. La ratifica della Convenzione dell'Aia non ha quindi conseguenze sul trattamento fiscale dei trust.

## 3. CONCETTI

### 3.1. Settlor

Il settlor è la persona che istituisce un trust tra vivi o a causa di morte. Se crea un trust irrevocabile (irrevocable),

si impoverisce definitivamente e, di principio, non ha più alcun diritto né dovere per quanto riguarda la sostanza del trust. In alternativa, il settlor può costituire un trust revocabile (revocable). In questo caso egli conserva l'accesso alla sostanza del trust.

### 3.2. Beneficiary

Il beneficiary è la persona che beneficia delle prestazioni del trust. Il settlor può nominare come beneficiary sé stesso o qualsiasi altra persona fisica o giuridica in Svizzera o all'estero. I valori patrimoniali del trust possono essere trasmessi al beneficiary già mentre il settlor è ancora in vita oppure solo dopo la morte di quest'ultimo.

Il beneficiary può esigere mediante azione giudiziaria sia eventuali diritti a prestazioni derivanti dalla sostanza del trust sia la debita amministrazione del trust da parte dei trustee. Egli detiene la proprietà economica della sostanza del trust (common law: equitable interest). Inoltre, egli possiede un diritto alla separazione dei beni del trust dai beni del trustee in caso di fallimento di quest'ultimo. Il beneficiary dispone quindi non soltanto di un diritto che può far valere giuridicamente riguardo alle prestazioni attese, bensì anche di determinate facoltà di controllo e di vigilanza, ciò che ne fa a sua volta una sorta di organo. Se la sostanza del trust sfugge al controllo del trustee, il beneficiary può esigere che al trust, rispettivamente al trustee, siano restituiti i rispettivi valori patrimoniali.

### 3.3. Trustee

Con l'istituzione di un trust, determinati valori patrimoniali sono trasferiti a una o più persone fisiche o giuridiche (trustees), che devono amministrarli e utilizzarli per uno scopo prescritto dal settlor. Il trustee ha la piena facoltà di disporre (proprietà di diritto civile) della sostanza del trust, ma ha l'obbligo di amministrare detta sostanza a favore dei beneficiaries, conformemente alle disposizioni del trust. Quale soggetto giuridico indipendente, egli amministra e utilizza a proprio nome nei confronti di chiunque, ma separatamente dalla propria, la sostanza del trust nei limiti delle disposizioni del trust.

Il trustee è tenuto a concedere ai beneficiaries (e non al settlor), nonché a un eventuale protector (vedi qui di seguito), la visione delle registrazioni relative all'amministrazione e alla gestione.

### 3.4. Protector

Il protector è una persona fisica o giuridica che il settlor può scegliere di nominare affinché controlli che il trustee adempia i suoi obblighi come inteso dal settlor. Le competenze e le funzioni del protector possono essere più

o meno vaste, a discrezione del settlor. Esse risultano in dettaglio dalle disposizioni costituenti il trust.

### 3.5. Trust deed

Formalmente, il trust deve essere istituito tramite una decisione scritta relativa alla sostanza, la quale deve essere firmata dal settlor e dal trustee (per la costituzione del trust non è tuttavia necessario il consenso del trustee). In questo documento vincolante per il trustee («trust deed») sono stabilite le disposizioni relative all'amministrazione e alla conservazione del valore della sostanza del trust a favore dei beneficiary nominati.

### 3.6. Letter of wishes

Tramite un'eventuale letter of wishes, il settlor comunica al trustee il proprio volere e le sue disposizioni. Contrariamente al trust deed, questa dichiarazione d'intenti non è giuridicamente vincolante e rappresenta quindi soltanto un'idea di come il settlor vorrebbe che fosse amministrato il suo trust. La letter of wishes ha rilevanza pratica soprattutto nel caso di trust irrevocabili e discrezionali.

### 3.7. Revocable / irrevocable trust

Si deve distinguere tra revocable e irrevocable trust. Questi ultimi sono ulteriormente suddivisi in cosiddetti discretionary e fixed interest trust.

Per il trattamento fiscale è determinante definire se il settlor si "priva" definitivamente della sua sostanza tramite l'istituzione del trust oppure se, tramite provvedimenti giuridici o economici, si riserva anche in futuro l'accesso alla stessa.

Se il settlor costituisce un trust irrevocabile (irrevocable), si priva definitivamente della sostanza trasferita al trust e non ha più, di principio, alcun diritto né dovere relativi a questa sostanza. In alternativa, il settlor può istituire un trust revocabile (revocable). In generale, non si tratta di un'alienazione irrevocabile se il settlor nomina sé stesso quale trustee o beneficiary. Lo stesso vale nel caso in cui si può ipotizzare un altro tipo di eventuale influenza da parte del settlor sul trust. I seguenti indizi (elenco esemplificativo che fa riferimento alla prassi del Tribunale federale in merito alle fondazioni di famiglia) aiutano a distinguere tra revocable e irrevocable trust:

Il settlor beneficia

- di distribuzioni di capitale provenienti dalla sostanza del trust?
- di distribuzioni dei ricavi provenienti dalla sostanza del trust?

Il settlor ha il diritto

- di destituire il trustee e di nominarne uno nuovo?
- di designare nuovi beneficiaries o di provvedere affinché essi siano designati?

- di sostituire il protector, il quale dispone a sua volta di competenze pari a quelle di un trustee?
- di modificare rispettivamente far modificare l'atto costituente il trust?
- di revocare il trust?
- di chiedere la liquidazione del trust?
- di veto sulle decisioni del trustee relative agli attivi del trust?

Una risposta affermativa a una delle precedenti domande permette di qualificare il trust dal punto di vista fiscale come un revocable trust.

### 3.7.1. Revocable trust

Con il revocable trust, il settlor si riserva il diritto di revocare il trust in un secondo momento e di ritirare rispettivamente di riversare a un terzo la sostanza rimanente. Il settlor non si è quindi privato definitivamente della propria sostanza.

Per il trattamento fiscale non è determinante la denominazione del tipo di trust nell'atto costituente (trust deed), bensì le conseguenze economiche. Se il "trasferimento" della sostanza non è definitivo, anche un trust con la denominazione "irrevocabile" rientra nella categoria dei revocable trust.

I revocable trust diventano irrevocable trust alla morte del settlor, a meno che il diritto di revoca spetti o sia trasmesso a un'altra persona.

### 3.7.2. Irrevocable fixed interest trust

Nel caso di fixed interest trust, i dettagli relativi ai beneficiaries e ai rispettivi diritti risultano direttamente dall'atto di costituzione del trust (trust deed). Con questo tipo di trust, il trustee non dispone quindi di potere discrezionale nell'attribuzione dei proventi e/o dei valori patrimoniali del trust. Il trustee non trae benefici economici dalla sostanza del trust e non ha nemmeno facoltà di disporre autonomamente. Con l'istituzione di un irrevocable fixed interest trust, il settlor si priva definitivamente della propria sostanza.

Contrariamente al discretionary trust, nel quale i diritti del beneficiary sono semplicemente un'aspettativa, al beneficiary del fixed interest trust spetta una pretesa patrimoniale che può far valere giudiziariamente. Di conseguenza, il beneficiary di un fixed interest trust può essere equiparato all'usufruttuario.

### 3.7.3. Irrevocable discretionary trust

Nell'atto di costituzione del trust (trust deed) del discretionary trust sono di regola definite solo categorie ideali di beneficiaries. La decisione finale su chi dovrà beneficiare delle elargizioni del trust viene lasciata al trustee.

In un'eventuale letter of wishes, il settlor espone al trustee i motivi che lo hanno spinto a istituire un trust e gli

comunica in modo giuridicamente non vincolante come deve adempiere le proprie competenze.

Se il settlor attribuisce particolare valore a determinate questioni, nel trust deed è possibile prevedere che determinate decisioni del trustee richiedano il previo consenso di un protector.

Al momento dell'istituzione di un discretionary trust non vi è ancora un arricchimento del beneficiary, dato che non è ancora stato stabilito quali persone, in quale misura e a quale momento beneficeranno davvero un giorno di un'elargizione. I diritti di un beneficiary sono quindi semplicemente un'aspettativa.

## 4. TRATTAMENTO FISCALE DEL TRUST, DEL TRUSTEE E DEL PROTECTOR

### 4.1. Trattamento fiscale del trust

Il diritto estero non concede al trust una personalità giuridica. Facendo riferimento al diritto privato internazionale (LDIP, teoria dell'incorporazione), ciò non può essere previsto nemmeno dal diritto fiscale svizzero.

Un trust non è nemmeno una «persona giuridica straniera» ai sensi dell'art. 49 cpv. 3 LIFD e dell'art. 20 cpv. 2 LAID, dato che queste disposizioni legali concernono soltanto comunità di persone alle quali il diritto privato svizzero attribuisce personalità giuridica. Il diritto privato svizzero non attribuisce al trust alcuna personalità giuridica.

Secondo la dottrina dominante, un trust non rientra nemmeno nel campo d'applicazione degli artt. 11 LIFD e 20 cpv. 2 LAID. La qualifica fiscale autonoma prevista in queste disposizioni intende rilevare soltanto entità i cui membri formano un'"unione di persone". Si tratta in questi casi per esempio di comunioni ereditarie o anche di "partnership" del diritto anglosassone. Il carattere comunitario tipico di questi istituti non esiste nel trust.

Di conseguenza, nell'attuale diritto fiscale svizzero non esiste una base legale che permetterebbe di equiparare per scopi fiscali un trust estero a una persona giuridica. Si deve perciò partire dal presupposto che la questione dell'assoggettamento fiscale limitato o illimitato del trust (per esempio con la motivazione che uno o più trustees soggiornano in Svizzera) nemmeno si pone.

### 4.2. Trattamento fiscale del trustee e del protector

Di principio, le imposte sulla sostanza elargita al trust e sui proventi che ne derivano non devono essere pagate dal trustee. Questo approccio è conforme al principio dell'imposizione secondo la capacità economica. Secondo questo principio, a un contribuente non può essere attribuito un elemento di reddito o di sostanza sul quale egli

non ha il potere di disporre. Nonostante ne sia formalmente il proprietario dal punto di vista economico, il trustee non ha diritto ai beni(1). Inoltre, i rischi del trustee si collocano unicamente entro i limiti della responsabilità per una gestione diligente, analogamente a quanto prevede il contratto di mandato.

In considerazione della suddetta motivazione, non si pone nemmeno la questione del luogo dell'effettiva gestione, che nella dottrina viene più volte indicata quale motivo per negare l'assoggettamento fiscale del trustee.

Questi chiarimenti valgono anche per una persona fisica o giuridica con domicilio, sede statutaria o effettiva sede amministrativa in Svizzera che agisce in qualità di protector di un trust. Una persona che agisce unicamente quale protector non ha diritto giuridico o economico ai valori patrimoniali del trust, così come non lo ha il trustee. I suoi valori patrimoniali non possono di conseguenza esserle attribuiti.

Gli onorari e/o le fees che il trustee o il protector ricevono per la loro attività devono invece essere chiaramente registrati e dichiarati al fisco. Questi devono inoltre essere esposti dettagliatamente ed essere verificabili.

## 5. TRATTAMENTO FISCALE DEL SETTLOR E DEL BENEFICIARY

Le possibili implicazioni con un trust sono in pratica molto diversificate. È perciò impossibile riassumere un trattamento fiscale valido per tutte le possibili forme. Saranno pertanto presentati qui di seguito solo i principi per il trattamento individuale del settlor e del beneficiary. Si parte dal presupposto che si tratti di casi di pianificazione successorale o di una cosiddetta «asset protection» di una persona fisica (casi più frequenti).

### 5.1. Principi del trattamento fiscale

I valori patrimoniali e i proventi del trust (capitale, utili in capitale, proventi correnti) sono attribuiti ai fini dell'imposizione ai beneficiaries oppure al settlor (principio della trasparenza). Ciò risulta dal fatto che, secondo il vigente diritto fiscale svizzero, i rispettivi valori patrimoniali non possono essere attribuiti né al trust né al trustee(2).

Nel diritto fiscale svizzero, il reddito è definito in base alla cosiddetta teoria dell'aumento della sostanza netta, per cui il reddito comprende la totalità dei proventi (inclusi i diritti di godimento) che "affluiscono" al contribuente durante un determinato periodo. Il reddito è considerato come affluito non già al momento in cui ha origine, bensì solo al momento della sua realizzazione.

Secondo la dottrina e la prassi costante, il reddito viene di regola considerato affluito e conseguito nel momento in cui il contribuente riscuote una prestazione oppure ha acquisito una pretesa giuridica ferma su di essa, poten-

do effettivamente disporre, a meno che l'esecuzione della prestazione sia particolarmente incerta. In questo caso, ci si deve basare sul momento della realizzazione effettiva. Il presupposto affinché ci sia un reddito imponibile fiscalmente è quindi un'acquisizione del diritto, che può essere l'acquisizione di un credito o di una proprietà. Semplici aspettative e diritti condizionati non conducono invece a un reddito.

Di principio, tutte le prestazioni provenienti dal trust rappresentano un reddito imponibile del beneficiario in base alla clausola generale sul reddito (art. 16 cpv. 1 LIFD, art. 7 cpv. 1 LAID), a meno che si sia in presenza di una donazione (art. 24 lett. a LIFD e art. 7 cpv. 4 lett. c LAID).

Il termine donazione non corrisponde alle definizioni delle leggi cantonali non armonizzate sulle successioni e sulle donazioni. Esso è piuttosto definito a contrario in relazione alla determinazione di reddito (imponibile) secondo la LIFD e la LAID. Esso si fonda sul diritto civile, secondo il quale una donazione presuppone la realizzazione di quattro condizioni: una liberalità tra vivi, un arricchimento proveniente dal patrimonio di un terzo, la gratuità e la volontà di donare rispettivamente di procurare un vantaggio.

Secondo la dottrina e la giurisprudenza, nella procedura di valutazione vale il principio generalmente riconosciuto secondo cui l'onere di dimostrare i fatti determinanti un'imposizione compete all'autorità fiscale, mentre l'onere di dimostrare i fatti che annullano o riducono il debito fiscale è sopportato dai contribuenti.

Sono inoltre fatti salvi i casi di evasione fiscale e di abuso.

#### 5.1.1. Trattamento del settlor

##### 5.1.1.1. In generale

L'imposizione del settlor dipende dal fatto se egli ha costituito un revocable o un irrevocable trust. A differenza dell'irrevocable trust, con il revocable trust il settlor non si priva definitivamente della sostanza assegnata al trust. Vedi esempio alla cifra 5.2.

##### 5.1.1.2. Settlor domiciliato in Svizzera

Nella maggior parte dei casi, il settlor è residente all'estero al momento della costituzione del trust. Egli può comunque anche essere domiciliato in Svizzera. Se il settlor è domiciliato in Svizzera, secondo il diritto fiscale svizzero vi è un impoverimento del settlor soltanto se un altro sog-

#### Note:

(1) Vedi a questo proposito la distinzione tra "legal interest" ed "equitable interest" alle cifre 2 risp. 3.2.

(2) Vedi cifra 4.

getto fiscale viene arricchito. Ciò è il caso soltanto con l'istituzione di un irrevocable fixed interest trust (cfr. cifra 5.1.2). In tutti gli altri casi, la sostanza e il reddito da sostanza continueranno a essere attribuiti al settlor (cfr. anche art. 335 CC e la riserva generale dell'evasione fiscale). Questa attribuzione avviene con la riserva dell'imposizione secondo il dispendio (art. 14 LIFD e art. 6 LAID), dato che nel calcolo di controllo confluiscono soltanto la sostanza e i redditi patrimoniali da fonti svizzere (art. 14 cpv. 3 LIFD e art. 6 cpv. 3 LAID).

### 5.1.2. Trattamento del beneficiary

Nel caso degli irrevocable fixed interest trust, la cerchia dei beneficiari, l'ammontare e il momento delle liberalità ai beneficiari sono stabiliti. Per via dei diritti esistenti e conosciuti, è quindi possibile attribuire al beneficiary l'ammontare della sua partecipazione alla sostanza del trust. Per ciò che riguarda la liberalità, si deve verificare se si tratta di un reddito imponibile oppure di una donazione esente dall'imposta sul reddito (art. 24 lett. a LIFD; art. 7 cpv. 4 lett. c LAID).

I diritti dei beneficiari di irrevocable discretionary trust sono semplicemente un'aspettativa. Il momento e l'ammontare di eventuali liberalità non sono stabiliti, dato che dipendono dal margine di apprezzamento del trustee. Talvolta, i beneficiari non sono nemmeno a conoscenza di essere beneficiari di un trust. Per questo motivo, la liberalità può essere assoggettata all'imposta soltanto al momento del pagamento effettivo, considerato che si deve verificare se si tratta di un reddito imponibile oppure di una donazione esente dall'imposta sul reddito (art. 24 lett. a LIFD; art. 7 cpv. 4 lett. c LAID). Nel raro caso in cui l'ammontare e il momento della liberalità sono stati fissati in modo giuridicamente vincolante oppure avvengono con regolarità, si può procedere con lo stesso trattamento adottato per il fixed interest trust. Vedi esempio alla cifra 5.2.

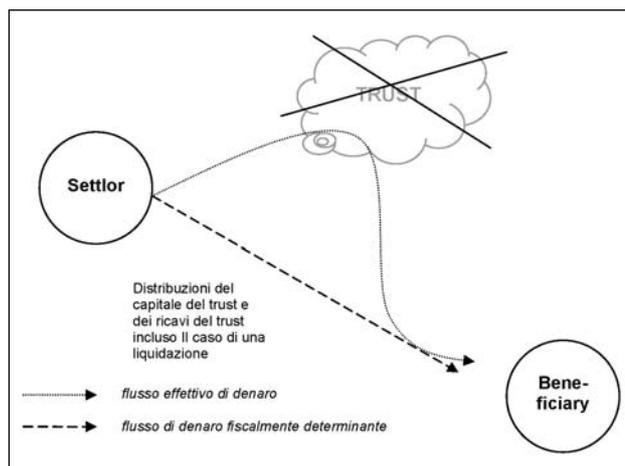
### 5.2. Esempi

Per via della grande varietà dei casi, gli esempi non possono comprendere tutte le varianti. Questi si limitano alla valutazione fiscale delle tre varianti di base (revocable trust, irrevocable fixed interest trust, irrevocable discretionary trust). La valutazione avviene in applicazione dei principi fiscali presentati in precedenza. Si parte dal presupposto che al momento dell'istituzione del trust, il settlor sia in vita (inter vivos trust) e che si tratti di un caso di pianificazione successoria o di un cosiddetto asset protection di una persona fisica (casi più frequenti). Deve inoltre essere osservata la riserva menzionata alla cifra 5.1.1.2.

#### 5.2.1. Revocable trust

Il trattamento fiscale è trasparente, dato che non vi è

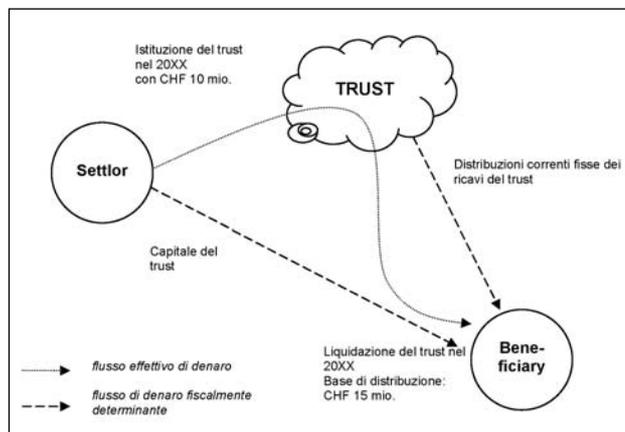
un'alienazione irrevocabile della sostanza del trust (attribuzione al settlor della sostanza e dei ricavi del trust). Da ciò risulta il trattamento fiscale seguente:



Durata del trust	Valutazione fiscale
Costituzione	Nessuna conseguenza fiscale. La sostanza e i relativi ricavi devono continuare a essere dichiarati al fisco dal settlor presso il suo domicilio.
Distribuzioni al beneficiary	Ci si trova di fronte a una donazione. La determinazione dell'aliquota fiscale è lasciata ai Cantoni.
Liquidazione	In caso di ritorno al settlor: nessuna imposizione. In caso di distribuzione al beneficiary: cfr. sopra, "distribuzioni al beneficiary"

#### 5.2.2. Irrevocable fixed interest trust

Il beneficiary del trust può essere equiparato all'usufruttuario (vedi al riguardo Archives de droit fiscal suisse, vol. 55, pagg. 657 e segg.), motivo per cui la sostanza e i ricavi del trust vengono fiscalmente attribuiti al beneficiary. Da ciò risulta il trattamento fiscale seguente:



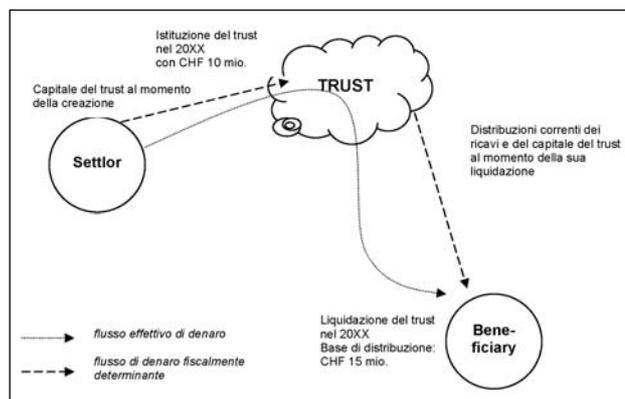
Durata del trust	Valutazione fiscale
Costituzione	Ci si trova di fronte a una donazione del settlor al beneficiary pari al capitale del trust (1). La determinazione dell'aliquota fiscale è lasciata ai Cantoni.
Distribuzioni al beneficiary	Le distribuzioni al beneficiary rappresentano di principio un reddito imponibile (art. 16 cpv. 1 LIFD, art. 7 cpv. 1 LAID). Il reddito è considerato come affluito nel momento in cui il beneficiary ha acquisito una pretesa giuridica ferma ai ricavi del trust o al momento in cui egli riscuote la distribuzione. Il beneficiary è assoggettato all'imposta sulla sostanza per la parte di sostanza del trust che detiene. Se questa parte non può essere determinata, il reddito può venire capitalizzato (2). Dall'attribuzione fiscale al beneficiary dei beni del trust risulta che la distribuzione di utili in capitale (qualora si tratti di patrimonio privato) e del capitale del trust apportato sono esenti da imposte (art. 16 cpv. 3 LIFD e art. 7 cpv. 4 lett. b LAID risp. art. 24 lett. a LIFD e art. 7 cpv. 4 lett. c LAID). Se non può essere provato il fatto che nel caso concreto ci si trova di fronte a un utile in capitale esente da imposte o a una distribuzione del capitale del trust, fa stato il principio generale secondo il quale l'intero afflusso rappresenta un reddito imponibile. Per sua natura giuridica, il trust è una struttura duratura, cosicché il capitale del trust apportato può essere distribuito soltanto dopo che sono stati distribuiti tutti i ricavi del trust.
Liquidazione	Per il trattamento del ricavato della liquidazione vedi sopra "Distribuzioni al beneficiary".
<p>(1) Se può essere ammessa la sovranità fiscale secondo la legislazione cantonale.</p> <p>(2) Per esempio applicando i tassi di capitalizzazione stabiliti secondo i listini dei corsi editi dall'AFC.</p>	

### 5.2.3. Irrevocable discretionary trust

Se il settlor è domiciliato in Svizzera al momento del-

la costituzione del trust, i beni e il reddito della sostanza continueranno a essere attribuiti al settlor (cfr. cifra 5.1.1.2.). Ne risultano perciò le medesime conseguenze fiscali del revocable trust (cfr. cifra 5.2.1.).

Se il settlor è domiciliato all'estero al momento della costituzione del trust, i beni del trust non possono essere attribuiti né al settlor né al beneficiary (in merito alla domanda se si tratti veramente di un irrevocable discretionary trust, cfr. sopra la cifra 3.7.). Ne risultano i seguenti principi di trattamento fiscale:



Durata del trust	Valutazione fiscale (fatto salvo la cifra 5.1.1.2.)
Costituzione	Il trasferimento della sostanza dal settlor al trust rispettivamente ai trustees è considerato come una donazione da parte del settlor pari all'ammontare della sostanza del trust.
Distribuzioni al beneficiary	Il beneficiary non è soggetto imposto per ciò che concerne l'imposta sulla sostanza sui beni del trust. Le distribuzioni della sostanza del trust al beneficiary possono essere tassate soltanto al momento dell'afflusso rispettivamente al momento dell'ottenimento di una pretesa giuridica ferma alla prestazione. Le distribuzioni devono di principio essere considerate reddito del beneficiary (art. 16 cpv. 1 LIFD, art. 7 cpv. 1 LAID). L'imposizione del reddito sottostà alla riserva concernente la prova che, al momento dell'afflusso, non si tratta di un reddito o che questo è soltanto parziale (prova che il capitale del trust introdotto è già stato considerato come (segue)

	<p>donazione al momento del suo trasferimento al trust; art. 24 lett. a LIFD e art. 7 cpv. 4 lett. c LAID; questa osservazione si riferisce tuttavia soltanto al capitale immesso al momento della costituzione o successivamente; l'onere della prova spetta al contribuente).</p> <p>Si deve inoltre osservare che, per sua natura giuridica, il trust è una struttura duratura, cosicché il capitale del trust apportato può essere distribuito soltanto dopo che sono stati distribuiti tutti i ricavi del trust.</p> <p>In assenza di attribuzione fiscale della sostanza del trust al beneficiary, la distribuzione non può essere esentata né interamente né parzialmente dalla tassazione quale utile in capitale privato del beneficiary.</p>
Liquidazione	Per il trattamento del ricavato della liquidazione vedi sopra "Distribuzioni al beneficiary".

## 6. OBBLIGO DI INFORMAZIONE E DI COLLABORAZIONE

In base agli articoli 126 LIFD rispettivamente 42 LAID, i settlor, trustees o beneficiaries assoggettati in Svizzera devono fornire tutte le informazioni e inoltrare tutti i giustificativi, documenti o attestazioni di terzi necessari per comprovare il trust e le prestazioni valutabili in denaro e le relative spese.

Rimane da aggiungere che, in caso di esame delle condizioni a seguito di una revisione fiscale esterna, il trustee non può appellarsi al segreto professionale. Egli deve rendere noto il trust con tutti i documenti. Questo vale anche per i casi in cui il trustee è un avvocato, dato che l'amministrazione di un trust non è un'attività propria di un avvocato.

## 7. INDICAZIONI RIGUARDANTI L'IMPOSTA PREVENTIVA

La prassi dell'Amministrazione federale delle contribuzioni (AFC) è riportata qui di seguito.

### 7.1. Redditi da sostanza provenienti dal patrimonio del trust

Le liberalità del trust ai beneficiaries non possono essere assoggettate all'imposta preventiva, poiché i trust non sono menzionati all'art. 4 cpv. 1 LIP.

### 7.2. Rimborso dell'imposta preventiva

In assenza di una personalità giuridica, il trust non può chiedere in prima persona il rimborso dell'imposta preventiva. Il trust non può nemmeno essere considerato una società commerciale senza personalità giuridica avente diritto al rimborso(3). L'art. 55 lett. c OIPrev non è applicabile al trust, siccome il trust non rappresenta una "massa patrimoniale".

Nelle relazioni internazionali, sono fatte salve le spiegazioni espresse alla cifra 8 ("Indicazioni riguardo alle Convenzioni di doppia imposizione").

#### 7.2.1. Revocable trust

Dal punto di vista fiscale, un trust revocabile deve essere attribuito al settlor, il quale, fatta salva un'eventuale evasione fiscale, deve essere considerato titolare del diritto di godimento. Il settlor deve quindi soddisfare i presupposti che gli danno diritto al rimborso dell'imposta preventiva trattenuta sui ricavi della sostanza del trust.

#### 7.2.2. Irrevocable fixed interest trust

Se il trustee può comprovare il rapporto di trust presentando il trust deed, la sostanza del trust non deve essergli fiscalmente attribuita. In questo caso, è il beneficiary a essere considerato titolare del diritto di godimento. Quando, al momento della scadenza della prestazione imponibile, il beneficiary aveva domicilio in Svizzera (art. 22 cpv. 1 LIP), egli può chiedere il rimborso dell'imposta preventiva, in analogia alla regolamentazione prevista per i rapporti fiduciari (art. 61 cpv. 2 OIPrev).

#### 7.2.3. Irrevocable discretionary trust

Nel discretionary trust, l'atto di costituzione del trust non concede al beneficiary delle pretese a delle distribuzioni da parte del trust. È invece il trustee a poter decidere a sua discrezione quando effettuare quali versamenti dal trust ai beneficiaries indicati nell'atto. Tra il momento dell'istituzione del trust e quello dell'effettiva distribuzione, la sostanza del trust e i relativi ricavi non possono essere attribuiti ai beneficiaries, si tratta infatti di semplici aspettative. La sostanza del trust non può essere attribuita dal punto di vista fiscale nemmeno al settlor, dato che quest'ultimo si è definitivamente privato della sostanza in favore del trust. Finché la sostanza del trust non può essere attribuita a qualcuno dal punto di vista fiscale, fino alla distribuzione effettiva non vi è alcuna possibilità di rimborso dell'imposta preventiva.

Ciò è anche conforme al trattamento previsto per l'imposta federale diretta, secondo cui nessun intervento fiscale è possibile in relazione ai discretionary trust prima della distribuzione definitiva. Se, al momento della costituzione, il settlor è domiciliato in Svizzera e non si è confron-

tati all'arricchimento di un altro soggetto fiscale, non vi è un impoverimento del settlor e la sostanza e il reddito patrimoniale continuano pertanto a essere attribuiti a quest'ultimo. Per il rimborso dell'imposta preventiva vale quindi la stessa regolamentazione applicata in caso di un revocable trust. Il settlor deve dunque soddisfare i presupposti che gli danno diritto al rimborso dell'imposta preventiva trattenuta sui redditi della sostanza del trust.

## 8. INDICAZIONI RIGUARDANTI LE CONVENZIONI DI DOPPIA IMPOSIZIONE (CDI)

### 8.1. In generale

Le Convenzioni di doppia imposizione stipulate dalla Svizzera disciplinano tra l'altro il diritto di persone domiciliate all'estero al rimborso dell'imposta preventiva trattenuta in Svizzera sui dividendi e sugli interessi e il diritto di persone domiciliate in Svizzera al rimborso delle imposte alla fonte trattenute all'estero.

Siccome, secondo il diritto svizzero, il trust non è una "persona", le disposizioni delle Convenzioni di doppia imposizione non possono essere applicate secondo regole unitarie. I casi concreti devono di volta in volta essere esaminati sulla base delle Convenzioni di doppia imposizione a essi applicabili.

Alcune Convenzioni di doppia imposizione, come ad esempio quelle con USA, Canada e Gran Bretagna (per interpretazione), contengono disposizioni relative ai trust. Esse stabiliscono in particolare che il trust è una "persona" ai sensi della Convenzione. Questa disposizione da sola non significa però ancora che esista un diritto al rimborso. Possono infatti beneficiare della Convenzione di doppia imposizione soltanto le persone che a) hanno il loro domicilio fiscale ai sensi della Convenzione in uno Stato contraente e b) sono gli effettivi beneficiari dei rispettivi proventi.

### 8.2. Rimborso dell'imposta preventiva svizzera

Se un trust di diritto estero chiede il rimborso dell'imposta preventiva svizzera, l'AFC verifica dapprima se, secondo il diritto dell'altro Stato contraente, il trust risulta come "persona" con domicilio fiscale in questo Stato (obbligo fiscale soggettivo), a meno che il trust stesso o i trustees siano soggetti fiscali nell'altro Stato contraente. In questo caso, l'AFC ritiene corretta l'applicazione delle disposizioni della Convenzione per la riduzione della doppia imposizione (dividendi, interessi) e rimborsa una parte dell'imposta preventiva. In questo caso, il fatto che secondo il diritto svizzero (e non necessariamente ai sensi della Convenzione) il trust non disponga di personalità giuridica è meno importante del fatto che nell'altro Stato contraente vi sia un soggetto fiscale interamente assoggettato in via ordinaria all'imposta sui ricavi del trust.

Il diritto al rimborso deve essere esaminato con maggiore attenzione se nell'altro Stato contraente i ricavi del trust sono sì assoggettati alla tassazione ordinaria, ma un meccanismo di deduzione o di computo può fare in modo che il trust venga di fatto trattato del tutto o in parte in modo trasparente (e che i proventi trasmessi ai beneficiari non siano imposti). In questo caso è possibile che persone che non possono appellarsi alla Convenzione (ossia persone non domiciliate nello Stato del trust richiedente) siano le effettive beneficiarie dei proventi di fonte svizzera.

Questo è solo un esempio tra tanti che mostra le difficoltà risultanti dall'applicazione delle disposizioni convenzionali e i motivi per i quali si debba esaminare quale Convenzione di doppia imposizione possa essere applicata ad ogni singolo caso. Ad ogni modo, spetta al beneficiario estero, rispettivamente alla persona che vuole far valere una Convenzione di doppia imposizione, fornire all'AFC le informazioni necessarie per evadere la richiesta.

### 8.3. Rimborso delle imposte alla fonte estere

La Svizzera non conosce l'istituto del trust; cosicché non si pone la questione di sapere se un trust domiciliato in Svizzera possa presentare, sulla base di una CDI, una richiesta per il rimborso di imposte alla fonte estere. Tuttavia, siccome il fisco svizzero impone i beneficiari domiciliati in Svizzera sui redditi provenienti da trust, è lecito definire il trattamento di un beneficiario che facesse valere un diritto (eventualmente pro rata) al rimborso parziale di un'imposta alla fonte estera su un reddito che gli è stato versato dal trust.

In una tale ipotesi, se il richiedente è soggetto alle imposte ordinarie in Svizzera e se i proventi in questione gli sono stati attribuiti secondo la legge e secondo i principi della presente Circolare, l'AFC attesterà una richiesta in tal senso e, a seconda della procedura applicabile nel singolo caso, la rispedirà al beneficiario oppure la inoltrerà all'autorità fiscale dello Stato che ha prelevato l'imposta alla fonte.

Se e in quale misura si darà seguito alla richiesta di rimborso dipende dal modo in cui l'altro Stato contraente qualifica i proventi del trust rispettivamente il trust e i relativi beneficiari.

### 8.4. Accordo sulla fiscalità del risparmio con la CE

Le disposizioni particolari relative ai trust e contenute nelle Istruzioni concernenti la fiscalità del risparmio dell'UE dell'AFC sono determinanti soltanto l'applicazione della ritenuta d'imposta e per la dichiarazione volontaria nell'ambito dell'Accordo sulla fiscalità del risparmio con la CE.

# La successione nell'ufficio di trustee

di **Matteo Molinari**

**La successione nell'ufficio di trustee dal punto di vista del nuovo trustee: quali cautele adottare, quali adempimenti compiere, quali elementi valutare.**

**L'articolo fornisce una descrizione generale dei passi principali che il nuovo trustee di un trust interno deve compiere prima, ed immediatamente dopo, la sua successione nell'ufficio.**

## ■ Introduzione

È noto che il trustee, a seguito dell'affidamento di un compito e delle posizioni soggettive per eseguirlo, diviene titolare di queste ultime non ad "effectum dominii", ma ad "effectum exequendi"; vale a dire che il trustee è titolare di posizioni soggettive, e di poteri, non per sé, ma per l'esecuzione del compito affidatogli(1).

Il trustee è un fiduciario, e la fiducia, che sta alla base dell'affidamento, va intesa come attribuzione di poteri, anche vasti(2).

Nell'esecuzione del compito e nell'esercizio dei poteri fiduciari il trustee deve agire "sine fraudatione": ciò significa che delle posizioni soggettive affidategli e dei poteri attribuiti il trustee non deve approfittare, altrimenti saremo in presenza di "frode" (o "fraud", che è concetto fondamentale dell'*Equity*), intesa come uso improprio del potere, e quindi di un comportamento punito dalla giurisprudenza inglese(3) di *Equity*(4) in quanto non giusto o comunque ingannevole nei confronti di chi non è in grado di reagire(5).

Nel caso in cui il trustee venga a mancare è necessario che la finalità del trust e la destinazione dei beni proseguano indipendentemente dal quel trustee venuto meno: la destinazione è quindi preminente, e per durare nel tempo deve poter prescindere da un singolo (o particolare gruppo) di trustee.

Si può pertanto affermare che il trustee è un fiduciario non di una persona fisica (e non certo del disponente che può essere anche morto, né dei beneficiari), ma è il fiduciario della posizione giuridica che gli è stata affidata per attuare il compito delineato dal disponente.

Pertanto il trustee è il fiduciario di una attività, per l'esercizio della quale, e per la sua continuità, deve poter essere sostituito anche con un altro, o più, trustee.

Questo contributo si propone di descrivere i principali aspetti pratici della sostituzione del trustee.

## ■ La successione del trustee

Le leggi in materia di trust contengono disposizioni per la sostituzione del trustee(6) e attribuiscono al giudice il potere di revocare il trustee quando questi non sia più in grado di svolgere le sue funzioni.

Nel caso di dimissioni del trustee ("resignation") o di revoca(7) ("removal"), il trustee dimissionario(8), o revocato, resta nell'ufficio sino a quando

**Matteo Molinari** - Socio fondatore e presidente del consiglio di amministrazione della trust company "Beni in trust s.r.l."

### Note:

(1) Il fatto che il trustee di tali beni detenga il titolo, ma non il valore, che appartiene ai beneficiari, ha portato la dottrina a definire la proprietà del trustee come proprietà "temporanea", "strumentale", "funzionalmente limitata" o anche come una proprietà "dovuta", e ciò per sottolineare la riduzione della pienezza della proprietà del trustee.

(2) In caso di maggiore fiducia saranno concessi al trustee maggiori poteri, con la conseguente minor necessità, per il disponente, di detagliare le regole a cui il trustee si deve attenere, e con la previsione di minori controlli sull'esercizio delle sue funzioni.

(3) La giurisprudenza inglese ha costruito obbligazioni giuridiche su obbligazioni di coscienza.

(4) L'*Equity* non è un elemento strutturale dei trust perché ci sono dei paesi che hanno leggi sui trust anche se non sono di *common law* (vedi ad esempio Malta oppure Jersey).

(5) Questa è la "fraud" cioè l'erede della "fraus" romana: alla cui base vi è sempre un approfittamento di un potere, approfittamento che è fraudolento proprio a causa del rapporto di disuguaglianza.

(6) Per esempio: Belize, Trusts Act, art. 22; B.V.I., Trustee Act 1961 (as amendment, 2003) artt. 35-44; Trust (Jersey) Law 1984 (amendment, 2006) art. 19.

(7) Per quanto riguarda la revoca del trustee, se l'atto istitutivo non prevede disposizioni sul suo effetto, la revoca ha effetto dal momento in cui il trustee revocato ne viene a conoscenza.

(8) La legge di Jersey, Trust Law 1984 art. 30 e la legge di Guernsey, Trust Law 1989 sect. 20 prevedono l'inefficacia delle dimissioni del trustee finalizzate ad agevolare un inadempimento.

non sia nominato un altro trustee, e questi abbia accettato l'incarico.

Gli atti istitutivi dei trust interni disciplinano i casi di sopraggiunta incapacità, morte(9) e fallimento del trustee, prevedendo espressamente anche la possibilità di revoca del trustee da parte di chi ne detiene il potere o da parte del giudice(10) su ricorso di un soggetto interessato.

Nei trust interni(11), nel caso di successione del trustee, il passaggio della proprietà del fondo in trust avviene di diritto dal precedente trustee al nuovo trustee, costituendo una successione a titolo derivativo e particolare nella proprietà dei beni(12) che formano il fondo in trust.

### ■ Le cautele preliminari del trustee

Ma cosa deve fare un soggetto, persona fisica o giuridica, al quale sia richiesto di assumere l'ufficio di trustee di un trust già esistente in sostituzione del precedente trustee? Quali elementi deve considerare, quali verifiche deve effettuare e quali cautele deve adottare per succedere nell'ufficio?

Il potenziale nuovo trustee, prima di accettare l'incarico, deve innanzitutto esaminare e comprendere l'atto istitutivo di trust e verificarne la validità.

In altre parole deve svolgere un'indagine preliminare volta a verificare la conformità del trust alla legge n. 364 del 16 ottobre 1989 (con la quale l'Italia ha ratificato la Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985), alla legge regolatrice del trust, ed alle norme imperative del nostro ordinamento.

Inoltre deve comprendere le finalità del trust che, oltre ad essergli state descritte da colui il quale gli ha offerto l'incarico, nei trust interni devono essere evidenziate nelle premesse dell'atto istitutivo(13).

Dal corpo dell'atto il potenziale trustee nuovo trustee deve ricercare:

- la volontà del disponente di istituire il trust;
- una certa autonomia del trustee nell'esecuzione del compito;
- un fondo idoneo, qualitativamente e quantitativamente, per eseguire il compito;
- l'indicazione dei beneficiari (la categoria o i criteri per individuarli) oppure uno scopo, (e in questo caso la presenza del guardiano) e che sia stata scelta la legge opportuna.

Inoltre, il nuovo trustee deve verificare se l'atto istitutivo è stato studiato e predisposto per quello specifico trust.

L'atto istitutivo di trust deve essere predisposto

per lo specifico trust, tradurre pienamente i desideri del disponente e concedere al trustee adeguati poteri in relazione ai beni conferiti nel fondo in trust ed alla finalità da perseguire; gli atti "standard", poi adattati al singolo trust sono da evitare per i ricorrenti problemi non solo gestori che possono generare.

Il trustee deve poi valutare se è in grado di adempiere al trust (trust qui inteso, tra le diverse accezioni che può assumere, come "obbligazione"); deve valutare se è in grado di svolgere il compito che l'atto istitutivo prevede in relazione alla finalità del trust, nonché alla tipologia e all'entità dei beni che costituiscono, o potranno costituire, il fondo in trust.

Per quanto riguarda i beni che costituiscono il fondo del trust il potenziale nuovo trustee deve esaminarne la tipologia e l'entità e comprendere, per esempio, se:

- è in grado di amministrare quel tipo di beni;
- i beni presentano dei rischi per quel tipo di trust;
- i beni sono facilmente commerciabili;
- gli investimenti sono sufficientemente diversificati;
- gli investimenti del fondo sono troppo speculativi.

È fondamentale che il trustee verifichi la provenienza dei beni che costituiscono il fondo in trust: le leggi(14) in materia di trust e le prescrizioni delle autorità che regolano l'attività dei trustee professionali(15) prevedono che il trustee debba identificare, ol-

#### Note:

(9) Per il caso di morte del trustee il fondo in trust resta segregato e non fa parte della massa ereditaria.

(10) Il Tribunale di Milano ha sostituito due coniugi trustee con dei professionisti; vedi Tribunale di Milano, 20 ottobre 2002, in questa Rivista, 2003, 265; la sentenza è stata confermata dalla Corte d'Appello di Milano, 2005, 87, ed oggetto di ricorso per Cassazione, la cui sentenza di rigetto può essere letta *supra*, 522.

(11) Stessa soluzione in alcuni stati dell'America del Nord come per esempio il Delaware.

(12) Qualora il trustee sia deceduto o sia posto in liquidazione il trasferimento del fondo avverrà a cura degli eredi o dell'esecutore testamentario o del liquidatore del trustee.

(13) Evidenziare la finalità del trust nelle premesse dell'atto istitutivo è utile per l'interpretazione del trust ed il suo inquadramento tributario, vedi M. Lupoi, L'atto istitutivo di trust, Milano, 2005, 37.

(14) Per esempio vedi Cook Islands, Trustee Companies (Due Diligence) Regulation 1996.

(15) Per esempio vedi art. 3 del codice di condotta per i trustee emanato il 9 febbraio 2005 dalla Malta Financial Services Authority, in questa Rivista, 2006, 449.

tre agli attori del trust, l'origine dei beni che costituiscono, o che costituiranno, il fondo del trust.

Nelle more della successione del trustee il fondo in trust deve essere sempre investito; la giurisprudenza ha riscontrato "breach of trust" in un caso di mancato investimento, anche se solo per breve tempo, dei fondi trasferiti al nuovo trustee(16).

Il nuovo trustee deve inoltre accertarsi se con l'accettazione dell'incarico, e con la conseguente gestione del trust, non incorra in situazioni di conflitto di interessi in relazione agli attori del trust e ai beni che ne costituiscono il fondo, laddove per conflitto di interessi si intende qualsiasi situazione dalla quale il trustee può trarre vantaggio, sia direttamente che indirettamente.

Il conflitto di interessi potrebbe essere o meno a danno dei beneficiari, ma costituisce sempre "breach of trust" in quanto il trustee che agisca in conflitto di interessi viola uno dei principali obblighi che la legge gli impone: quello di lealtà ("loyalty").

L'assenza di situazioni di conflitto di interessi non esclude però che il trustee debba anche valutare preventivamente l'esistenza di ulteriori fattori che gli possano impedire l'esercizio delle sue funzioni; impedimento da cui potrebbe nascere responsabilità del trustee come è statuito dalla giurisprudenza(17).

### ■ Il trustee e gli attori del trust

Il nuovo trustee deve conoscere gli attori del trust: il disponente, i beneficiari (se presenti) e l'eventuale guardiano (figura che spesso viene nominata nei trust interni anche non di scopo).

La conoscenza, definita "adeguata", degli attori del trust è un obbligo imposto al trustee professionale dal Decreto Legislativo, n. 231 del 21 novembre 2007 che attua la Direttiva Europea 2005/60/CE(18) finalizzata alla prevenzione del riciclaggio e del finanziamento al terrorismo, essendo i soggetti che forniscono servizi di trust a titolo professionale ricompresi dall'art. 12 di detto Decreto nella categoria dei soggetti "professionisti", tenuti all'adempimento degli obblighi antiriciclaggio.

Nel caso in cui però il precedente trustee non abbia adempiuto agli obblighi della legge antiriciclaggio, o ciò sia avvenuto in modo incompleto o i dati relativi non sono più attuali, il nuovo trustee(19), se soggetto alla nuova normativa antiriciclaggio, dovrà provvedere:

- alla adeguata verifica della clientela (per "clienti" del trustee si dovranno individuare coloro che in-

staurano con il trustee un rapporto continuativo o ricevono una prestazione professionale), questi soggetti si ritiene siano il disponente e chi conferisce successivamente beni nel fondo del trust;

- alla identificazione del titolare effettivo (si ritiene che i beneficiari e il guardiano debbano essere considerati dal trustee come i "titolari effettivi", in base ai criteri previsti dall'art. 2 dell'allegato tecnico del Decreto in discorso);

- ad ottenere informazioni sulla finalità del trust;
- a registrare e conservare i dati relativi al cliente e alla prestazioni professionali fornite nei modi richiesti dal Decreto in narrativa;

- ed infine dovrà svolgere un controllo nel corso della prestazione professionale.

I beneficiari saranno identificati se determinati e destinatari del 25% o più del patrimonio del trust (se non determinati la legge ritiene sufficiente l'identificazione della categoria di persone nel cui interesse il trust è stato istituito). Quale titolare effettivo il nuovo trustee dovrebbe identificare anche il guardiano, o qualunque altro soggetto, se ai sensi dell'atto istitutivo il suo consenso debba essere richiesto dal trustee prima di esercitare un potere dispositivo che abbia ad oggetto beni che costituiscono una percentuale del 25% o più del fondo del trust(20).

Inoltre è considerato titolare effettivo colui che controlla il 25% o più del fondo del trust; si ritiene che questo soggetto sia il trustee, e che si debba identificare anche chi, ai sensi dell'atto istitutivo, abbia il potere di nominarlo o revocarlo(21).

Nel caso in cui non sia possibile procedere alla adeguata verifica la nuova normativa antiriciclaggio

#### Note:

(16) M. Frost, Acceptance of a New Trusteeships, relazione presentata al Master "Il diritto dei trust", organizzato dall'Unità per la Formazione Continua dell'Università di Genova, 2007.

(17) *Wight an another v Olswang and another*, in questa Rivista, 2001, 94.

(18) Pubblicato sul Supplemento Ordinario n. 268 della Gazzetta Ufficiale 14 dicembre 2007, n. 290.

(19) L'art. 29 del D.lgs. del 21 novembre 2007, n. 231, al fine di evitare il ripetersi delle procedure di adeguata verifica della clientela, consente di fare affidamento sull'assolvimento degli obblighi già effettuati da parte di terzi.

(20) La normativa fa riferimento al patrimonio e non al reddito, i cui beneficiari si pensa potranno essere individuati al momento della correzione del reddito.

(21) Vedi anche M. Longhi, Trust e nuova legge antiriciclaggio, in questa Rivista, 2008, 249.

vieta al trustee di instaurare il rapporto continuativo o di interromperlo se già in corso.

Questa attività che deve essere svolta dal trustee e che richiede una "adeguata" conoscenza degli attori del trust non può considerarsi sullo stesso piano della "diversa" conoscenza "più profonda" che il trustee deve avere degli attori del trust.

Infatti la conoscenza degli attori del trust, specie quelli di famiglia, comporta uno scambio di informazioni con questi ultimi che consente al trustee di esercitare correttamente le sue funzioni, soprattutto se dotate di discrezionalità.

La conoscenza personale degli attori del trust è utile al trustee non solo per esercitare al meglio le proprie funzioni, ma anche per comprendere se il nuovo trust può presentare un elevato rischio di litigiosità.

Per il trustee, specie se professionale, non è consigliabile assumere l'incarico di trust potenzialmente molto conflittuali (a meno che non gli sia richiesto di intervenire proprio per gestire tale conflittualità); la soluzione delle dimissioni dall'ufficio a cui un trustee potrebbe pensare di ricorrere per liberarsi da un trust conflittuale non è facilmente perseguibile in quanto le dimissioni del trustee ("retirement" o "resignation"), pur essendo libere, devono tenere presente l'interesse dei beneficiari e quindi seguire i principi in materia di rinuncia di un potere fiduciario da parte del suo titolare ed osservare le regole proprie dell'esercizio dei poteri fiduciari.

### ■ L'accettazione della nomina

Il nuovo trustee deve verificare se, ai sensi della legge regolatrice e in base a quanto previsto dall'atto istitutivo, la sua nomina sia valida, se siano stati emessi gli eventuali consensi richiesti, e se il precedente trustee sia effettivamente cessato dall'incarico.

È prassi nei trust interni che l'accettazione della nomina a nuovo trustee, dopo aver concordato il suo compenso e le modalità di corresponsione, non avvenga per comportamento concludente, come previsto da alcune leggi del modello internazionale, ma avvenga per atto autentico; questa prassi agevola il nuovo trustee nello svolgimento delle formalità pubblicitarie.

Nel caso in cui il trustee, effettuate tutte le verifiche preliminari di cui sopra, non intenda accettare la nomina, dovrà provvedere a rifiutarla in un tempo ragionevole ("disclaimer").

La segregazione delle posizioni soggettive nasce di

diritto quale effetto minimo previsto dall'art. 11 della Convenzione del L'Aja; l'art. 12 di detta Convenzione, infatti, riconosce in capo al trustee il diritto potestativo di produrre la notizia di tale vincolo e di risultare quale trustee.

Pertanto, accettato l'incarico, il nuovo trustee deve dare pubblicità della successione nell'ufficio al fine dell'opponibilità ai terzi dell'appartenenza del fondo in trust e della sua qualità di nuovo trustee, e ciò attraverso l'esecuzione di una serie di formalità, da compiersi con la collaborazione del precedente trustee quando necessario; le formalità pubblicitarie dipendono, ovviamente, dalla tipologia dei beni che costituiscono il fondo del trust.

Alla pubblicità con mezzi legali - quali la trascrizione del vincolo di trust e della qualità di trustee nei registri immobiliari sia ordinari(22) che del regime tavolare(23), nel registro delle imprese e nel pubblico registro automobilistico - il trustee dovrà affiancare, in presenza di beni mobili e fungibili(24), altri mezzi dove la segregazione giuridica deve accompagnarsi con quella fisica in modo che, alla luce delle circostanze, il mezzo utilizzato sia il più idoneo per fare risaltare il vincolo di trust (in modo analogo a quanto prevede l'art. 167 cod. civ. in materia di fondo patrimoniale).

La trascrizione del subentro del nuovo trustee a causa della morte del precedente trustee nella titolarità di beni immobili avviene in forza della nomina del nuovo trustee che può essere contenuta nell'atto autentico di nomina o nell'atto istitutivo se è prevista una serie di trustee(25).

Qualora il trustee cessato mantenga illegittima-

#### Note:

(22) Vedi per esempio: Tribunale di Chieti, 10 marzo 2000, in questa Rivista, 2000, 372; Tribunale di Pisa, 22 dicembre 2001, *ivi*, 2002, 241; Tribunale di Verona, 8 gennaio 2003, *ivi*, 2003, 409; Tribunale di Napoli, 16 giugno 2005, *ivi*, 2006, 249.

(23) Vedi per esempio: Tribunale di Trento, Sez. Cavalese, 20 luglio 2004, in questa Rivista, 2004, 573; Tribunale di Trento, Sez. Cles, 7 aprile 2005, *ivi*, 2005, 406; Tribunale di Trieste, 23 settembre 2005, *ivi*, 2006, 83; Tribunale di Trento, Sez. Cles, 25 gennaio 2006, *ivi*, 419; Tribunale di Trieste, 19 settembre 2007, *ivi*, 2008, 42.

Inoltre tra gli altri: L. Battistella, Il trust e le implicazioni di diritto tavolare, in questa Rivista, 2006, 27.

(24) Per quanto riguarda il denaro, nei trust interni si adotta il metodo di pubblicità consistente nell'accensione dei conti correnti e degli altri rapporti bancari al nome del trustee nella sua qualità o al nome del trust.

(25) Il diritto inglese prevede invece l'intervento del *personal representative* del defunto, con un suo atto in forza del quale avviene la successione nell'ufficio di trustee.

mente in suo possesso i beni del fondo rifiutandosi di consegnarli al nuovo trustee, quest'ultimo può agire nei suoi confronti con l'azione di spoglio.

La successione può essere oltremodo complessa qualora vi siano dei contenziosi giudiziari pendenti tra gli attori del trust e il trustee cessato o tra quest'ultimo e i terzi.

## ■ La presenza di contenziosi

Il trustee risponde sempre in caso di violazione delle sue obbligazioni ("breach of trust") e sarà quindi tenuto:

- al ristoro del fondo ("equitable compensation"), sia per le perdite subite che per i mancati guadagni;
- a risarcire i beneficiari quando essi abbiano patito un danno diretto a seguito di "breach of trust";
- a versare nel fondo ogni vantaggio indebito eventualmente ottenuto per il tramite del suo ufficio ("disgorgement of profits")(26).

I beneficiari, sia del reddito che finali ed indipendentemente dal tipo di posizione beneficiaria, ed il guardiano possono quindi agire contro il precedente trustee per chiedere il "ristoro" (c. d. "equitable compensation") del fondo per le perdite e i mancati guadagni derivanti dalla violazione del trust ("breach of trust"). Questa azione potrà essere accompagnata o meno da un'ordinaria azione di risarcimento dei danni se patiti direttamente da uno o più beneficiari. Tale azione potrà essere esperita indipendentemente dal pregiudizio subito dal fondo.

In materia di trust(27) vige il principio in base al quale il nuovo trustee è tenuto ad agire contro il precedente trustee se a seguito della successione accerti che il fondo ha subito perdite derivanti da violazioni del trust compiute dal precedente trustee. Quando l'azione per "breach of trust" risulta essere stata già intrapresa dai beneficiari, o dal guardiano, il nuovo trustee deve valutare se intervenire nel giudizio o se agire autonomamente nei confronti del precedente trustee. In ogni caso il nuovo trustee è obbligato ad agire, a meno che i beneficiari o il guardiano non lo esonerino espressamente dall'obbligo.

Per quanto riguarda i rapporti tra il trustee cessato e i terzi che abbiano con lui contrattato, la causa può essere già radicata al momento della successione del trustee o radicarsi successivamente nei confronti del nuovo trustee su iniziativa di terzi che agiscono contro il nuovo trustee o, come già accaduto, erroneamente contro il trust.

Premesso che il trust non può stare in giudizio in

quanto privo di personalità giuridica e di capacità processuale(28), sarà il trustee ad essere convenuto o ad agire in giudizio.

Inoltre, essendo la successione del nuovo trustee una successione a titolo particolare, la causa già in essere tra i terzi e il trustee cessato non potrà essere automaticamente proseguita con il nuovo trustee(29).

Dovrà essere invece considerata dal nuovo trustee come una successione nel diritto controverso(30); il cui processo prosegue tra le parti originarie e cioè tra i terzi e il precedente trustee, potendo però il nuovo trustee intervenire o essere chiamato nel processo(31).

## ■ La gestione del precedente trustee

La documentazione che il precedente trustee consegna al nuovo trustee deve ricomprendere tutti i documenti relativi al trust quali, per esempio, l'atto istitutivo, gli atti ad esso collegati, la documentazione relativa agli adempimenti fiscali, le comunicazioni con i beneficiari ed il guardiano e il libro degli eventi (quando previsto).

Il trustee cessato deve fornire tutte le informazioni che il nuovo trustee gli richiede al fine di poter prendere possesso dei beni in trust e di esercitare i poteri ed assolvere le obbligazioni del suo ufficio.

Il nuovo trustee deve inoltre ricevere dal precedente trustee un rendiconto finale dell'attività svolta. Da questa documentazione il nuovo trustee verifica se per esempio:

- il precedente trustee ha correttamente adempiuto agli obblighi tributari;
- il precedente trustee ha fatto fronte ad ogni pagamento;
- i rendiconti sono stati soggetti a revisione da soggetti indipendenti e quali eventuali rilievi sono stati da questi ultimi sollevati;

### Note:

(26) Caso *Murad v Al-Saraj*, in questa Rivista, 2007, 71.

(27) G. A. Shindler, *Trustee Liability to Third Parties*, in questa Rivista, 2006, 11.

(28) Vedi art. 75 cod. proc. civ.

(29) Come prevede l'art. 110 cod. proc. civ.

(30) Come prevede l'art. 111 cod. proc. civ.

(31) Vedi I. Valas, *La responsabilità del trustee che contratta con i terzi, la sua successione e le controversie giudiziarie*, in questa Rivista, 2006, 549.

• il fondo in trust è investito, e se gli investimenti sono stati effettuati in modo conforme ai poteri riconosciuti al trustee e se sono adeguati al tipo di trust.

L'analisi della documentazione trasmessa dal precedente trustee costituisce un momento delicato della successione nell'ufficio di trustee a causa della responsabilità che grava sul nuovo trustee se non intraprende contro il precedente trustee o contro terzi le necessarie azioni per ricostituire il fondo in trust dalle perdite subite e dai mancati guadagni derivanti dalle accertate violazioni commesse da parte del precedente trustee(32).

Infatti può accadere di rilevare la presenza di atti compiuti dal precedente trustee in assenza di potere o in conflitto di interessi. Esempi di tali atti sono: incarichi professionali concessi in conflitto di interessi perché affidati a soggetti legati al trustee da vincoli sia personali che professionali, mandati professionali concessi in assenza di potere o per finalità non afferenti il trust.

### ■ I diritti del precedente trustee

Il precedente trustee ha diritto innanzitutto all'"indemnity" da parte del nuovo trustee, cioè di essere tenuto indenne dalle obbligazioni legittimamente assunte durante il suo ufficio, che potrebbero essere pretese contro di lui dopo che egli non è più trustee.

Lo scopo dell'"indemnity" è di garantire il diritto di rivalsa sul fondo in trust che il precedente trustee avrebbe avuto se fosse rimasto nell'ufficio.

Il nuovo trustee prima di concedere l'"indemnity" deve valutare la legittimità delle obbligazioni assunte dal precedente trustee e dovrà calibrarne l'ampiezza, considerato che la concessione della garanzia può comportare la limitazione del potere del nuovo trustee di distribuire il fondo ai beneficiari (limitando così di fatto i suoi poteri e la flessibilità del trust in presenza di sopravvenute necessità dei beneficiari)(33).

La concessione della garanzia è un momento delicato in quanto il nuovo trustee sarà responsabile nel caso in cui abbia accolto una richiesta di "indemnity" troppo ampia da parte del precedente trustee; infatti il precedente trustee ha sì diritto all'"indemnity", ma non ha diritto ad avere garanzie maggiori di quelle che avrebbe avuto se fosse rimasto trustee del trust(34).

Se l'attività del trustee è stata ben definita dall'atto istitutivo e la valutazione operata delle obbli-

gazioni assunte e dell'attività svolta dal precedente trustee e i rischi ad essa collegati sono calcolabili, il diritto di "indemnity" potrà essere modulato, per esempio, ponendo un tetto massimo alla responsabilità coperta dall'"indemnity" oppure prevedendo che questa garanzia prestata dal nuovo trustee si concretizzi nel fatto che il valore del fondo in trust non scenda sotto un certo livello; entrambe le soluzioni presentano vantaggi e svantaggi che in questa sede non è possibile approfondire.

Si segnala che una sentenza della Grand Court delle Isole Cayman del 2005 ha derogato al principio per cui il trustee non possa preventivamente vincolare il proprio potere discrezionale in relazione ai beni del fondo, riconoscendo come valida la clausola inserita in un atto istitutivo con la quale il nuovo trustee tenga indenne il precedente trustee dalle sue obbligazioni legittimamente contratte, sebbene tale clausola limiti fortemente la discrezionalità del nuovo trustee prevedendo che buona parte dei beni e dei redditi, del fondo in trust restino vincolati, per un certo tempo, per soddisfare le pretese che i terzi, con i quali il precedente trustee ha legittimamente contratto obbligazioni, possano avanzare nei suoi confronti(35).

Alcune leggi del modello internazionale riconoscono al trustee cessato dall'incarico una sorta di "diritto di ritenzione" di alcuni beni del fondo in trust, che si sostanzia nel diritto di trattenere presso di sé una parte del fondo necessario a fare fronte alle obbligazioni contratte durante la gestione del trust.

In ambito internazionale il trustee cessato è solito richiedere ai beneficiari del trust una liberatoria ("release") per l'attività compiuta. Questa liberatoria non è un diritto del trustee per la legge inglese; è invece un diritto del trustee per alcune leggi del modello internazionale(36).

#### Note:

(32) G. A. Shindler, *Trustee Liability to Third Parties* [supra, nota 27].

(33) L'"indemnity" può essere anche prestata dai beneficiari in caso di distribuzione del fondo, oppure dal disponente.

(34) M. Frost, *Acceptance of a New Trusteeships* [supra, nota 16].

(35) *ATC (Cayman) Limited v Rothschild Trust Cayman Limited*, in questa Rivista, 2007, 96: il giudice afferma che il diritto di un beneficiario è condizionato al soddisfacimento del diritto del trustee uscente ad essere indennizzato per le obbligazioni legittimamente assunte quando era trustee del trust.

(36) Jersey, *Trust Law 1984*, art. 34, III comma.

In ogni caso nessuna liberatoria generica esonera il trustee dalle responsabilità derivanti dai suoi inadempimenti; per legge sono valide solo le liberatorie specifiche rilasciate liberamente dai beneficiari che hanno avuto conoscenza precisa dei fatti e delle circostanze relative all'inadempimento<sup>(37)</sup>.

In ultimo, al precedente trustee è riconosciuto il diritto di trattenere copia dei documenti del trust al solo fine di poterli utilizzare per far fronte ad eventuali contestazioni relative alla sua gestione.

Trattenere le copie dei documenti è divenuto un obbligo ai fini della normativa antiriciclaggio che

impone al trustee di conservare la copia o i riferimenti dei documenti richiesti per la verifica della clientela, nonché le copie dei documenti delle operazioni o delle prestazioni rese dal trustee e le relative registrazioni per un periodo di almeno dieci anni<sup>(38)</sup>.

.....  
**Note:**

(37) Jersey, Trust Law 1984, art. 30, VI e VII comma.

(38) Art. 36, II comma, D. Lgs. 21 novembre 2007, n. 231.