

SAGGI

Recent Trust Cases From Around The World di David Hayton	121
Viaggio nella prassi professionale fra virtuosismi, errori, fatti e misfatti di Maurizio Lupoi	133
La confederazione Elvetica, il trust e la fiscalità applicabile all'immigrato di Marco Giacomo Bonalanza	137
Profili tributari dei trust residenti nella Repubblica di San Marino ai sensi della legge n. 38 del 17 maggio 2005 – I parte di Emanuela Montanari	146
Il momento di applicazione delle imposte indirette nei confronti dei trust di Giorgio Semino	157
Profili processuali del trust di Michele Angelo Lupoi	162

GIURISPRUDENZA ITALIANA

Vendita a terzi di beni fiduciariamente intestati e decorso della prescrizione Italia, Corte di Cassazione, Sez. I, V. Proto, Pres., A. Ceccherini, Cons. Rel., G. Salmè, R. Rordorf, G. Gilardi, Cons., 25 giugno 2008, n. 17334 [Z. c. Z.]	171
Autorizzazione ad istituire un trust sui beni di un minore Italia, Tribunale di Modena, Sezione Distaccata di Sassuolo, A. Remondini, Giudice Tutelare, 11 dicembre 2008 [A.]	177
Nullità del trust privo di un fondo sufficientemente identificato o identificabile Italia, Tribunale di Firenze, G. Aloisio, 19 settembre 2008, n. 3316 [P.M. c. F.F., Ufficio del Trustee del "Trust F." – in persona dei Trustee avv. C. Poggi e dott. D.A. Mazzone, L.F., A.F.]	179
Trust liquidatorio nel concordato preventivo Italia, Tribunale di Mondovì, G. Masante, Pres., N. Fiorello, Giudice, P. Demarchi, Giudice est., 16 settembre 2005 [Styl Group S.p.a. in liquidazione]	182

GIURISPRUDENZA ESTERA

<i>Trust sham, alter ego trust</i> Nuova Zelanda, Court of Appeal of New Zealand, Glazebrook, O'Regan, Robertson, J.J., 8 maggio 2008 [Official Assignee in Bankruptcy in the Property of Reynolds v Wilson and Harvey and another]	184
Disapplicazione delle norme francesi sulla legittima New York, Surrogate's Court of New York, Millard L. Midonick, J., 16 marzo 1981 [In the Matter of the Estate of Jane M. Renard, Deceased] New York, Court of Appeals of New York, Cooke, C.J., Jasen, Jones, Wachtler, Meyer, JJ., 17 giugno 1982 [In the Matter of the Estate of Jane M. Renard, Deceased]	200

LEGISLAZIONE ESTERA

The Trusts (Guernsey) Law, 2007

209

PRASSI ITALIANA

Autoveicoli in trust e iscrizione al P.R.A.

216

PRASSI NEGOZIALE

Un trust "condiviso"
di Giuseppe Gallizia

218

Trust per la gestione indipendente di un gruppo societario - I

221

Trust per la gestione indipendente di un gruppo societario - II

227

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

Te attività fiduciarie Trusts

Bimestrale di approfondimento
scientifico e professionale

EDITRICE

Wolters Kluwer Italia s.r.l.
Strada 1, Palazzo F6 - 20090 Milanofiori Assago (MI)

INDIRIZZO INTERNET
HTTP://www.ipsoa.it

DIRETTORE RESPONSABILE
Donatella Treu

Direttore scientifico
Maurizio Lupoi

Comitato scientifico

Sergio M. Carbone, Ugo Carnevali, Giorgio De Nova,
Augusto Fantozzi, Andrea Fedele, Franco Gallo, Antonio
Gambaro, David Hayton, Nicolò Lipari, Fabio Marchetti,
Antonio Palazzo, Victor Uckmar, Gustavo Visentini

Coordinamento redazionale

Elisa Barla De Guglielmi (Università degli Studi di
Genova), Lucia Frascarelli (Assofiduciaria), Roberta
Grandona (Università degli Studi di Genova)

REDAZIONE

Cristina Orsenigo, Valeria Ruggiero

REALIZZAZIONE GRAFICA
Ipsoa

FOTOCOPOSIZIONE

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

STAMPA

Geca Spa
Via Magellano, 11 - 20090 Cesano Boscone (MI)
licenziato per la stampa il ??? 2008

REDAZIONE

Per informazione in merito
a contributi, articoli ed argomenti trattati

scrivere o telefonare a:

Te attività fiduciarie
Trusts

IPSOA Redazione

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

Pubblicità:

db Consulting s.r.l.
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: € 258,00
ESTERO
Abbonamento annuale: € 515,00

CORRISPONDENZA REDAZIONALE

Istituto di diritto privato
Via Balbi, 22 - 16126 Genova
Tel. (010) 2099896 - Fax (010) 267244
e-mail: rivistatrusters@unige.it

AMMINISTRAZIONE

Per informazioni su gestione abbonamenti, numeri
arretrati, cambi d'indirizzo, ecc.

scrivere o telefonare a:

Ipsoa Servizio Clienti
Casella postale 12055 - 20120 Milano
telefono (02) 824761 - telefax (02) 82476.799

MODALITÀ DI PAGAMENTO

- Versare l'importo sul c.c.p. n. 583203 intestato a WKI s.r.l.
Gestione incassi - Strada 1, Palazzo F6, Milanofiori
oppure

- Inviare assegno bancario/circolare non trasferibile
intestato a Wolters Kluwer Italia s.r.l.
Indicare nella causale del versamento il titolo della rivista
e l'anno dell'abbonamento.

Prezzo copia: € 59,00

Arretrati: prezzo dell'anno in corso all'atto della richiesta

DISTRIBUZIONE

Vendita esclusiva per abbonamento

Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico è
comprensivo dell'IVA assolta dall'editore ai sensi e per
gli effetti del combinato disposto dall'art. 74 del D.P.R.
26/10/1972, n. 633 e del D.M. 29/12/1989 e successive
modificazioni e integrazioni

Egregio abbonato,

Ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 30.6.2003 n. 196, La informiamo che i Suoi dati sono conservati nel data base informatico del titolare del trattamento, Wolters Kluwer Italia S.r.l. Responsabile del trattamento: Ufficio MID. L'elenco aggiornato di tutti i responsabili del trattamento potrà essere richiesto per iscritto all'Ufficio MID presso la sede della società. I Suoi dati saranno utilizzati dalla nostra società, da enti e società esterne ad essa collegati, nonché da soggetti terzi, titolari autonomi del trattamento, solo per l'invio di materiale amministrativo-contabile, commerciale e promozionale. Ai sensi dell'art. 7 del citato D.Lgs., Lei ha diritto di conoscere, aggiornare, rettificare, cancellare i Suoi dati, nonché di esercitare tutti i restanti diritti ivi previsti, mediante comunicazione scritta a Wolters Kluwer Italia S.r.l., Ufficio MID, Milanofiori, Strada 1-Palazzo F6, 20090 Assago (MI).

Recent Trust Cases From Around The World

di **David Hayton**

Una panoramica di alcune pronunce emesse da giudici neozelandesi, inglesi e di Jersey offre interessanti spunti di approfondimento circa le più recenti tendenze di sviluppo del diritto dei trust a livello internazionale.

■ Special powers of appointment, Powers of advancement, Fraud on a power

Kain & others v Hutton & others [2008] New Zealand SC 61

New Zealand Supreme Court dismissed appeal from Court of Appeal on one point concerning the fraud on a power doctrine, but allowed appeal on a second point concerning distinctions relating to the exercise of a special power of appointment as opposed to the exercise of a power of advancement and the need for the court to treat a particular power as exercised only if there was a clear intent to exercise that power.

Bitter Couper family dispute. On one side was octogenarian Mr Couper, who had no children of his own but who had organised \$70 million family farming fortune in various discretionary trusts. Late in life he had married a woman, Mrs C, with four daughters. On the Kain side as plaintiffs were Mr Couper's sister, Mrs Kain, who had children and grandchildren who sought to impeach trustees' arrangements designed to benefit Mr Couper's wife and stepdaughters at their expense.

NZSC only permitted two matters to be appealed after other matters had been dealt with below and Public Trustee had replaced trustees.

1. Was an appointment of capital to Mrs C void as a fraud on the power, when she immediately settled the capital to benefit her daughters who were not objects of the power?

2. Was the trustees' resettlement of assets upon new trusts (benefiting Mrs C and her daughters) of

which they were trustees a valid exercise of a power of advancement or a special power of appointment or a combination thereof?

The Trustees' Powers

Under the old trust made in 1981 by Mr Couper when elderly and unmarried, any future wife ("Mrs C" whom he married in 1989), together with the issue of his sister, Mrs Kain, were discretionary objects of the trustees' powers over income: in default of exercise of trustees' discretion, Mrs C entitled to a fixed annual sum of \$8,000 with balance going to children of Mrs. Kain equally.

As to capital, Mrs C and Mrs Kain, if living at the date of distribution, were discretionary objects of the trustees' special power of appointment, but in default capital was to be held for Mrs Kain's children then living with provision for substitution of grandchildren. [No provision for children of future wife, Mrs C – there had been provision for any future children of Mr C and wife, but none].

The trustees had power to bring forward the date of distribution from 30th June, 2050 of the whole or part of the trust fund, thereby enabling them to distribute capital to Mrs C or Mrs Kain or Mrs Kain's children well before 2050.

The trustees had power to exercise the statutory powers of maintenance and advancement contained in s.41 Trustee Act 1956 (but with omission of para (a) that limited advancements to half presumptive share), while under (c) no advancement "shall be made" without written consent of any person entitled to a prior life or other interest – "or unless the Court, on the application of the trustee, so orders". Note that the Kain children were within (c) as default beneficiaries entitled to any excess income over Mrs C's \$8,000 to extent trustees' discretionary powers not exercised.

David Hayton - Giudice alla Caribbean Court of Justice, Trinidad & Tobago.

Fraud on a Power

19th July 1999, trustees appointed that day as distribution date for Ponui Station Limited shares and distributed those shares to Mrs C absolutely.

Same day Mrs C (to enable her issue to benefit who otherwise could not have benefited) settled these shares on the Ponui Trust, a discretionary trust of income and capital for Mrs C, her issue, her siblings and issue, the spouses of any aforesaid (so including Mr Couper), her parents, any charity. On Vesting Date (or such earlier date as trustees appoint) Mrs C's children then living to take with substitution of their issue as appropriate.

Mrs C, who was one of three trustees, also had power to appoint and remove any person to and from the class of beneficiaries, and power to appoint and remove trustees.

High Court held the appointment to Mrs C was pursuant to a scheme to benefit her issue and family who, unlike the Kain issue, were not objects of the old trust. Thus void as fraud on a power.

CA allowed appeal. No fraud on a power. Mrs C had genuine freedom of action and naturally wanted to benefit her issue, while still capable of benefiting under her trust herself.

NZSC dismissed appeal. "The question is whether the appointor trustees' dominant purpose in relation to the Ponui shares was to benefit Mrs Couper by putting her in a position where she could establish her trust as a means of benefiting herself and whether Mrs Couper must have acted freely, regarding herself as the real recipient of the benefit. The Court of Appeal was quite right to hold that the plaintiffs have not shown, as they must do, that the purpose of the appointors was not to benefit Mrs. Couper but to benefit her daughters and other members of her family, all of whom are admittedly non-objects of the old trust" [22].

"The factor which makes it impossible to accept that the resettlement was somehow forced on her for the benefit of non-objects is her complete ongoing control of the trust through the ability to appoint and remove trustees and discretionary beneficiaries" [23] – and she was also a trustee.

For modern liberal approach note at [21] "It is crucial that this question [Has the actuating purpose of the appointer, no matter the form of the appointment, been to benefit the object?] is answered taking full account of contemporary practices concerning

how interests in assets are held and transferred within family groups. It may, for example, be of considerable advantage for an object intended to be benefited to have a valuable asset held in a discretionary trust and thus capable of being passed across to that person's children or to other family members at a later time without incurring liability for gift duty or requiring a prolonged gifting programme to avoid that duty."

In a postscript endorsing the joint judgment of Elias CJ, Blanchard, Mc Grath and Anderson JJ, Tipping opined [52-54] would have been OK if trustees had appointed directly into new trust rather than first appointing to Mrs. Couper absolutely so that she could then vest the appointed assets in her new trust.

Comment

This makes sense. If trustees tell B they are considering outright appointments to some beneficiaries and B tells trustees, rather than her receiving any appointed assets and then vesting them in trustees of a discretionary family trust for her, her issue and spouses (so as to benefit her by fulfilling an obligation she feels she has to her issue), she would prefer them directly to vest the assets in the family trust she is about to establish, this should be valid just as the trustees' power of advancement "for the benefit of" B can be exercised to create such a family trust: *Pilkington v IRC*(1).

Void exercise of power of advancement: no exercise of special power

On 19 July 1999 reciting the statutory power with the omission of para (a) and reciting reliance on *Pilkington v IRC*, Mangaheia Station Limited shares were settled by the trustees on new family discretionary trust established by Mr. Couper but with themselves as trustees, though Mr. Couper had the power to appoint and remove trustees and discretionary beneficiaries which included Mrs (but not Mr) Couper and her children, as well as grandchildren (but not children) of Mrs. Kain.

NZSC held s.41 not validly exercised because (i) Mrs. C had no interest in capital capable of being

Nota:

(1) [1964] AC 612.

advanced for her benefit via trusts (ii) no written consent of the children of Mrs. Kain with prior interests and (iii) s.41 does not appear to contemplate the possibility of a retrospective judicial dispensation from the written consent requirement, which CA had been happy to accept.

Could not, like CA, treat Mrs C as if had received interest in capital via exercise of special power of appointment of capital upon advancing distribution date, so could then use s.41 – and even if could have, still had problems (ii) and (iii) above.

Could not, like CA, circumvent problem over purported exercise of power of advancement by treating re-settlement as if carried out by exercising special power of appointment. The two types of power are different in character raising different considerations when the issue of their exercise materialises.

The object of a power of appointment only has a hope of benefiting, the appointor having a discretionary power to select whether or not any one or more objects should benefit and to what extent, so that others may lose out to a greater or lesser extent. A power of advancement is not such an independent power, being an ancillary power to enable the trustees to advance the actual date of enjoyment of capital by a beneficiary with a vested or contingent interest in capital, perhaps (as often) defeasible by the exercise of a power of appointment.

Trustees purporting to exercise a power of advancement cannot properly be treated as having exercised a power of a materially different kind requiring examination of materially different considerations.

No need to consider whether, if trustees had exercised special power of appointment to re-settle Mangaheia Station share, such would have been void as a fraud on the power – but Mr. Couper's controlling ability to appoint and remove trustees and discretionary beneficiaries "makes it difficult to contend that the inclusion of non-objects of the old trust, Mrs. Couper's children, was done entirely to benefit her by enabling her to discharge her moral duty to them": [42].

Comment

Trustees need to check that purported exercise of a power is within that power and to recite that acting pursuant to that particular power "and each and every other power in that behalf" so as to have a "belt and braces" approach.

■ Disclosure of letters of wishes

Breakspear v Ackland(2)

Briggs J at [9] considers it more advantageous to lay down rules rather than leaving matters to the discretion of a judge, but at [73] "The question begins and ends, both for trustees and for the court, a question of discretion, or of the review of the exercise of discretion. There are no fixed rules, and the trustees need not approach the question with any pre-disposition towards disclosure or non-disclosure." [Note from my "Beneficiary Control of Trust Affairs" how difficult it is to upset the trustees' exercise of their discretion.]

However, he was bound [53] by the Londonderry principle (*Re Londonderry's Settlement*)(3) of the Court of Appeal "that it is in the interests of beneficiaries of family discretionary trusts and advantageous to the due administration of such trusts, that the exercise by trustees of their dispositive [distributive] discretionary powers be regarded from start to finish, as an essentially confidential process": [54].

This principle applies to letters of wishes, it being "axiomatic that a document brought into existence for the sole or predominant purpose of being used in furtherance of an inherently confidential process is itself properly to be regarded as confidential": [58].

He rejected at [62] the view of Lewin on Trusts "that the judicial trend is towards disclosure. Generally, the confidence which ordinarily attaches to a wish letter is such that, for the better discharge of their confidential functions, the trustees need not disclose it unless, in their view, disclosure is in the interests of the sound administration of the trust and the discharge of their powers and discretions."

It therefore seems that the balance is tilted against disclosure, whether requested by a friendly beneficiary merely seeking to evaluate his or her prospective expectations or by a hostile beneficiary seeking material to support a claim that the trustees acted in breach of trust in exercising distributive discretions. Moreover, the trustees are not obliged to give reasons for refusing the request or refusing to apply to the court for directions ("an expensive process"): [67] & [10].

Note:

(2) [2008] EWHC 220 (Ch), [2008] WTLR 777, Briggs J.

(3) [1965] Ch 918; in questa Rivista, 2006, 443.

“If the disappointed beneficiary applies [to the court], then it seems to me that the Londonderry principle will entitle the trustees if they choose to do so, to decline to give reasons and to defend the challenge upon the basis that, if it be the case, the disappointed beneficiary has disclosed no grounds for impugning either the fairness or the honesty of their decision, their reasoning being off-limits for that purpose”: [70].

“If the disappointed beneficiary seeks to invoke the court’s administrative jurisdiction [under *Schmidt v Rosewood Trust Limited*](4), then it will be incumbent upon him to demonstrate, by reference to whatever facts may be available to him, that an occasion has arisen which calls for the interference of the court. A mere refusal to disclose a wish letter, unaccompanied by reasons or evidence of mala fides or unfairness, would not ordinarily justify such intervention. Of course, if the trustees volunteer reasons for their refusal, the court may investigate those reasons, and call for such factual material or further explanation from the trustees as may be thought fit”: [71].

Where litigation can properly be commenced about an issue in respect of which a letter of wishes is alleged to be a relevant document, then disclosure will be governed by the liberal general law and practice of disclosure, “but English law has developed a robust approach to fishing litigation”: [13].

Where, as normal, a letter of wishes is a key document which trustees must take into account, it will need to be disclosed in proceedings before the court where the trustees seek the blessing of the court to a proposed discretionary distribution [90] or where the court has permitted the trustees’ surrender to it of their discretionary power.

Because of the trustees’ stated intention in the reasonably near future to seek the court’s sanction of a proposed distribution of the entirety of the fund [90] “I therefore propose to order disclosure ... I make it clear that, but for the trustees’ stated intention ... I would have upheld their refusal to disclose” [101], but opportunity is to be given to the trustees to decide not to persist with that intention, in which eventuality disclosure will not be ordered: [101].

Comment

The case encourages settlors to use letters of wishes due to their general confidentiality and reas-

ures trustees as to the unchallengeability of the exercise of their discretionary distributive powers. On being asked to disclose a letter of wishes they can simply state, “Having regard to the principles expounded in *Breakspear v Ackland*, we have decided that, in the particular circumstances, we should not disclose the requested letter of wishes.”

If the letter is not disclosed a beneficiary will be unable to ascertain the settlor’s purposes and expectations in conferring exceptionally broad discretions upon the trustee which the settlor intends to be used within particular parameters. The beneficiary will thus be unable to allege that the trustee acted contrary to the furtherance of the settlor’s purposes and expectations, or contravened the *Hastings-Bass* principle by failing to take account of a relevant consideration or by taking account of an irrelevant consideration, or acted in *Wednesbury* irrational fashion by coming to a decision that no properly informed trustee could reach. [Note that a decision made within the leeway of a broad intra vires spectrum of possibilities cannot be impeached because the claimant beneficiary or a judge considers it would have been more reasonable for the decision near one end of the spectrum to have been made closer to the other end of the spectrum: *Edge v Pensions Ombudsman*.](5) How can a beneficiary question the “honesty, integrity and fairness with which the [trustees’] deliberation has been conducted” (to use the words of Lord Truro LC in *Re Beloved Wilkes Charity*)(6) endorsed by Briggs J at [15]) if unable to see a letter of wishes indicating key matters that the trustees need to focus upon?

Fair-minded trustees should see the force of this and be prepared to disclose a letter of wishes while pointing out that the letter merely guides, but does not bind, the trustees. Some objects of a discretionary power may thus have greater expectations than others (who ought not to be misled by what is on the face of the trust instrument); but circumstances can change over the years, so that the trustees can justifiably act in the spirit of the settlor’s intentions while not following the letter of an out-

Note:

(4) [2002] 2AC 709; in questa Rivista, 2003, 586.

(5) [2000] Ch 602 CA.

(6) (1851) 3 Mac & G 440.

dated letter of wishes. The difficulties and costs risks involved for a beneficiary trying to challenge a discretionary decision should deter challenges except in very rare anomalous circumstances.

However, many trustees, fortified by *Breakspear v Ackland*, will take the attitude that the settlor appointed them trustees, believing them to be persons of “honesty, integrity and fairness”, who could be trusted to replace themselves with similar persons and who could be relied upon to exercise their discretionary distributive powers, taking account of guidance in letters of wishes, with honesty, integrity and fairness. Thus, the exercise of such powers is immune from challenge in the courts with the help of disclosure of letters of wishes unless a claimant beneficiary, in ignorance of the contents of the latter of wishes, is able to plead facts indicating a lack of honesty, integrity and fairness on the trustees’ part.

This will often not be possible so that trustees are able to get away with acting unfairly or even dishonestly - but the settlor was prepared to take this risk, and the beneficiaries claiming under the settlor have to accept this as part of the package of benefits and burdens conferred on them by the settlor, who, after all, chose not to send copies of the letter of wishes to them.

■ Trustees’ mistaken exercise of equitable discretions, The Hastings-Bass principle

Smithson v Hamilton(7)

Employer and trustees executed a pension trust deed scheme, where normal retirement age was 65, with a rule mistakenly enabling an employee who had attained 60 to take his pension immediately without any requirement for the employer’s consent and without any actuarial reduction for taking the pension before attaining 65. Because employees’ contributions were fixed at 5% the heavy additional costs fell entirely on the employer where employees exploited this mistake once attained 60. Thus the case was brought in interests of employer not of employee beneficiaries, the employer and trustees claiming the rule should be treated as void under *H-B* principle, the employer and trustees in such event undertaking to introduce a new rule remedying the mistake.

However, the remedy of rectification was not sought – presumably because of evidential and legal difficulties as in *Lansing Linde Limited v Alber*(8) in trying to prove that the deed, as signed by employer and trustees, was not in the form they intended, and to prove the outward expression of accord as to what they really intended at that time. Note that rectification (unlike relief for mistakes by individuals or trustees) is not available where there is only a mistake as to subsequently discovered consequences and no mistake as to terms, language or meaning of the executed document when executed: *Allnutt v Wilding*(9), *Connolly v Bellway Homes Ltd*(10), *Oun v Ahmad*(11). Rectification is simply concerned with bringing a document into line with the intention of the parties when executing the document: its impact therefore dates from the execution of the document. It cannot be used to re-draft the document in an improved form to reflect a later intention which in retrospect ought to have been the original intention.

Held [61], [80] cannot have rectification by the back door by combining *H-B* claim with an undertaking to the court so as to achieve indirectly what could not achieve directly.

Accepted [69-72] *H-B* can vitiate one part of a larger step taken by trustees but not if curing one deficiency creates another deficiency e.g by leaving an incomplete document.

Held [82] [96] [102-104] no scope for *H-B* where trustees were entitled to assume employer/settlor had duly taken account of considerations protecting its interests and were under no fiduciary obligation to discover for benefit of employer/settlor any deficiencies in rules adversely affecting employer/settlor when latter adopted definitive deed implementing interim deed.

Thus [90] “suppose that a settlor executes a trust deed between himself and trustees, that the deed includes a provision which has harmful fiscal consequences for him and that he would not have acted as he did had he not failed to take account considera-

Note:

(7) [2008] 1 All ER 1216, Park J.

(8) [2000] Pens LR 15.

(9) [2007] EWCA Civ 412, [2007] WTLR 942 at [18-21].

(10) [2007] EWHC 895 (Ch) at [107-109].

(11) [2008] EWHC 545 (Ch) at [51].

tions which he ought to have taken into account. Can he escape the harmful fiscal consequences by having the deed set aside under the rule in *H-B*, arguing that the case is brought within the scope of *H-B* because trustees as well as he himself executed the deed? The answer is obviously not.” Yet this was oddly permitted in *Barclays Private Bank and Trust (Cayman) Limited v Chamberlain*(12) and in *Re Winton Investment Trust*(13) where a settlor augmented his trust fund, he (and, incidentally, his trustees) overlooking harmful tax consequences for himself. Instead of applying *H-B*, there should have been recourse to the settlor setting aside for mistake as in *Re Griffiths*(14).

Held no equitable relief for mistake available because position not akin to a gratuitous transaction when the mechanism of a trust has been used as part of a contractual commercial structure that turned out to be a bad bargain for the employer [111], [120], rejecting contrary obiter dicta in other pension cases. No relief at common law because impossible here to establish a fundamental common law mistake “as to the existence of some quality which makes the thing without the quality essentially different from the thing as it was believed to be”: *Bell v Lever Bros Ltd*(15), *Great Peace Shipping Ltd v Tsavlis Salvage Ltd*(16). The scheme was still a pension scheme, albeit a more expensive one: [119].

Comment

A good judgment helping to limit *H-B* principle. Still need an appellate decision that where trustees act within their powers to do something would not have done but for overlooking relevant consideration then conduct voidable, as for individuals’ mistaken conduct. The court then has a discretion not to set aside a voidable transaction resulting from reckless or grossly negligent mistakes of individuals or trustees, while other bars include lapse of time and intervention of third party rights. Where a recipient of a mistaken distribution no longer has the precise property distributed to him (subject to a straight proprietary claim, though there may be an equitable allowance for improving the property) but has its traceable product, the claim should be regarded as an indirect proprietary claim based on unjust enrichment so that a change of position may reduce or eliminate the amount of unjust enrichment.

■ Expenditure: whether taken out of income or capital

Revenue and Customs Commissioners v Trustees of Peter Clay Discretionary Trust(17)

Trustees’ expenses that are properly chargeable to income, ignoring any express provisions in the trust instrument, are deductible to reduce the amount subject to the higher rate of income tax under s.686 Income & Corporation Taxes Act 1988.

Lindsay J rejected Special Commissioners’ view that under the general law there was a requirement to achieve a fair balance between income and capital beneficiaries so that a fair proportion of all expenses in issue, other than investment management fees, should be chargeable to income.

Held all costs, charges and expenses incurred for the benefit of the whole estate must be treated as they accrued as capital expenditure: not just investment management fees, but also trustees’ remuneration (unless most exceptionally [47] related to income and not fund as a whole, but this was not the case). As to accountancy and custodian and some professional fees that related exclusively to income an apportionment as to income and capital was possible [37], [39].

Note that the Court of Appeal [2008] EWCA Civ 1441, 19 Dec 2008, allowed the appeal as to investment management and trustees’ fees where it was shown that an identified part of the expense was for work carried out for the benefit of income beneficiaries alone. The Court affirmed the rule that an expense is a capital expense where incurred for the benefit of the estate as a whole viz where the purpose or object for which the expense was incurred was to confer benefit on the income beneficiaries and those entitled to capital on termination of the income interests.

Note:

(12) [2007] WTLR 1697.

(13) [2006] Jersey RC 206 [2008] WTLR 553.

(14) [2008] 2 All ER 654.

(15) [1932] AC 161.

(16) [2003] QB 679.

(17) [2008] 2 All ER 283, [2008] WTLR 843, in questa Rivista, 2008, 50.

■ “Dog-leg” claims against trust company’s negligent directors

Alhamrani v Alhamrani(18)

HR Trustees v JAPT(19) indicates the possibility that a trust company’s claim against its directors (or other employees) for negligence could be an asset of a trust, such that if the trust company could not or would not sue to realise the value of the asset, the beneficiaries could sue, joining the trust company as co-defendant.

Commissioner Harold Page QC held that, absent the trust company having no assets of its own and being trustee of only one trust, there was no prospect of a dog-leg claim succeeding. A director is retained by and for – and owes his duties to – the trust company, not to beneficiaries of various trusts.

Beneficiaries can sue the trust company as express trustee but can only sue the directors as constructive trustees if so liable for dishonest instigation of, or assistance in, a breach of trust or for unconscionable receipt of trust property.

In *Gregson v HAE Trustee Limited*(20) English Deputy Judge Robert Miles QC similarly rejected the possibility of a “dog-leg” claim.

■ Derivative claims of beneficiaries, joining trustees or personal representatives as co-defendants

A derivative claim is one where a beneficiary sues to enforce a cause of action vested in trustees of a trust of which he is a beneficiary or where a beneficiary under a will sues to enforce a cause of action vested in the PRs of the deceased’s estate.

To avoid exposure to the risk of a defendant being exposed to a multiplicity of actions it is necessary for the trustees to be joined as co-defendants and this is also the case for personal representatives as held in

Roberts v Gill(21)

Mark Roberts in his personal capacity as residuary beneficiary was suing for damages for professional negligence the solicitors who had acted in 1995-1997 for his brother as Personal Representative of the estate in circumstances where the estate’s assets (that included a farm) had been sold and the proceeds passed to his brother who had disappeared.

English Court of Appeal held that just as the administrator, who in 2000 had replaced Mark’s brother as Personal Representative, could not now bring proceedings due to the Limitation Act, so Mark could not add the administrator as a defendant so as to enable Mark to sue on behalf of the estate as well as in his private capacity: Mark feared that the solicitors’ duty of care (as asserted by them) might only have been owed to the PR administering the estate, though the solicitors had not applied to strike out his personal claim.

CA *obiter* indicated that, to bring a derivative action, the beneficiary must show that there are “exceptional circumstances, which embrace a failure, excusable or inexcusable, by the trustees [or PRs] in the performance of the duty owed by the trustees [or PRs] to the beneficiary to protect the trust estate or to protect the interests of the beneficiary in the trust estate” per Lord Templeman in *Hayim v Citibank*(22). This general principle should be applied to relevant circumstances without the need to find a precedent covering such circumstances [40-41].

“The fact that the derivative claim will enable an asset that could not otherwise be realised to be realised will be a very powerful consideration, subject, however, to bringing into account the [costs] risk to the estate involved in bringing the action” [42]. Here Mark was legally aided, while the estate had no assets out of which to pay any costs ordered against it.

Arden LJ and Patten J thought the fair result would be to find special circumstances justifying a derivative claim but for the Limitation Act point.

Pill LJ [58-60] in seeking to do justice between the parties disagreed. There were special circumstances while Mark’s brother was administrator but in 2000 he was replaced on Mark’s application not by Mark but by Mark’s solicitor, Mr. Sainter. Within the six year limitation period the defendant solicitors

Note:

(18) [2008] WTLR 753 (Jersey).

(19) [1997] PLR 99, [1997] OPLR 123.

(20) [2008] EWHC 1006 (Ch); in questa Rivista, 2009, 50.

(21) [2008] EWCA Civ. 803.

(22) [1987] 1 AC 730 at 748F.

had written to Mark claiming any duty owed was only to the PR and not Mark. Prompt action to make a claim on behalf of the estate should have been taken years ago.

Arden LJ and Patten J added [47] that if they had been minded to permit the derivative claim by Mark they would have had to consider whether to give directions to enable the wishes of the Inland Revenue, as substantial creditor for unpaid IHT, and of the other residuary legatee to be ascertained – they could be joined as co-defendants to avoid multiplicity of actions. Noteworthy that at [14] they set out *Lewin on Trusts* para 43-05 as “a useful summary of the authorities on derivative actions by beneficiaries of a trust” and therein is stated “If there is a genuine dispute between the beneficiaries as to whether an action against a third party would be in the interests of the trust, then an administration action should be brought so that the matter might be determined as between the beneficiaries, before proceedings are commenced in the name of any of them or in the name of the trustee.”

Comment

Note that where a trustee, due to a mistake of law or fact, distributes money to a person who is not entitled under the trust to such money, the trustee can bring an action for money had and received against the recipient. This is a strict liability for unjust enrichment, though a defendant can plead a change of position to reduce or eliminate any claimed enrichment: *Lipkin Gorman v Karpnale plc*(23).

A beneficiary can bring no such common law action against the recipient, though he has an equitable proprietary claim for the money or its traceable product and, if nothing or too little can be traced, has an equitable personal claim to compensation if it would be “unconscionable” for him not to have such a claim eg because the recipient was not an innocent volunteer: *BCCI (overseas) Ltd v Akindele*(24), *Farah Constructions Pty Ltd v Say-Dee Pty Ltd*(25), discussed by me in (2007) 21 Trust Law Int 55. If the recipient may well have been an innocent volunteer, the trustee should bring the common law action for money had and received or, otherwise, the beneficiary should seek to bring such derivative claim on behalf of the trustee, claiming there to be exceptional circumstances.

■ Sham trusts

Official Assignee in Bankruptcy v Wilson and Harvey(26)

Reynolds created Reynolds Family Trust with Wilson (a professional trustee) and Harvey as trustees. He was neither a trustee nor a beneficiary. The OA claimed trust was a sham, but trial judge rejected this on the facts. Court of Appeal held that, even if trust had been a sham, the OA stood in the shoes of Reynolds, and the latter could not be permitted to claim that his formal trust for others was a sham so that he remained absolute beneficial owner of the trust property.

Robertson & O’Regan JJ “no matter how condemnatory the Court were to be in its assessment of the acts and omissions of the relevant players, it could never reach the point where there could be integrity or justification in allowing Mr Reynolds to seek relief [...] the fact that the benefit might be able to be transferred to his creditors does not alter the analysis.” [23] Seemingly, this would also apply if Reynolds had created the trust by a unilateral declaration of himself as trustee.

Obiter, a sham trust is void for the lack of intention to create a trust: [26]. To show that the bilateral trust is a sham trust there must be a common intention of the settlor and the trustees to create a sham trust. This must be based upon “examination of subjective intention and not simply the objective intention as evinced by the ‘trust’documentation”: [52]. Overall, Reynolds and trustees subjectively intended to create a trust [95], particularly when a finding of “sham” depriving beneficiaries of their apparent rights should not be lightly made: [52-54] and per Glazebrook J at [112].

Obiter, where “property is later transferred to a trust, the trust ought to be a sham with respect to that property only [assuming common subjective intention to that effect] but the remainder of the trust would be valid”: [57] endorsed [110].

Obiter, allegation that settlor controlled trust to

Note:

(23) [1991] 2 AC 548.

(24) [2001] Ch 437.

(25) [2007] High Ct of Australia 22, (2007) 230 CLR 89.

(26) [2008] NZCA 122; *infra*, 184.

such extent that trustees were mere puppets, so trust was settlor's alter ego, if substantiated, is strong evidence of a sham, but is not a 'stand-alone' ground for relief: [70-72], endorsed [126]. Query in NZ whether trust assets, although not available assets for division on relationship break-up, could be regarded as available resource of H, so W gets larger share of available assets, where trustees very likely to benefit H out of trust assets: contrast [67-69] with [129].

Glazebrook J as presiding judge "largely agreed with the judgment of Robertson and Regan JJ" [98] but added obiter comments. In the case of S creating a trust by unilaterally declaring himself trustee, certainty of intention to create a trust should focus on "an objective assessment of S's words and actions and not subjective lack of intent"[104] (endorsing view of Isaacs J In lengthy minority judgment in *Commissioner of Stamp Duties v Jolliffe*(27)).

In the case of S's "bilateral trust" with others as trustees, the focus should also be on objective intentions of S and trustees (it being necessary for the trustees to be complicit with S's lack of intention to create a trust [113-114] if there is to be no trust). Here, "cannot argue successfully that, objectively determined, there was no intention to create a trust. Unambiguous words [in the trust instrument] were used to create the trust. Further, property has been transferred to and acquired by trustees who have, as far as they were concerned, assumed the obligations under the trust deed" [105].

However, should not focus on intention to create a trust in cases where sham is alleged [106]. "If sham is equated with intention and intention is judged objectively, then, where there is a written document that makes intention clear, a sham (on the ordinary rules of construction) cannot be found." [107]

Sham is an independent concept applicable not just to trusts. "Where a sham is alleged, the search is for subjective intent that the transaction is a sham. After all, the whole point of a sham is that it is intended to have an effect other than the effect it would have if looked at objectively" [108]. Thus examine extrinsic evidence and look at subsequent conduct insofar as reveals intent at time of creation of trust.

Comment

Glazebrook J's approach to be preferred, treating sham (concerned with subjectivity of intention) as

distinct from trust law's certainty of intention requirement (concerned with objective intention, as with construction of contracts): see further M Conaglen in "Sham Trusts" (2008) 67 Camb LJ 176.

Although sham cannot be utilised against settlor by settlor's trustee in bankruptcy or official assignee in bankruptcy, there will normally be statutory provisions enabling gift into trust to be set aside if made to defraud creditors or if made within a number of years of bankruptcy. If limitation bars the application of such provisions, query if new statutory provisions are needed.

Just as a trustee in bankruptcy or official assignee in bankruptcy stands in the shoes of the insolvent settlor, so does the personal representative (or heirs in a civil law jurisdiction) of a deceased settlor, so that no sham claim should be capable of being brought in either case. Sham claims thus relevant for financial claims by spouses or others under breakdown of relationship statutes or for creditors seeking assets against which to enforce their judgments.

■ Giving effect to foreign trust judgments in local courts

Mubarak v Mubarak(28)

Divorced wife, W, applied to Jersey Royal Court to give effect to January 2008 order of English Family Division (Holman J) varying family discretionary trust when 1999 lump sum order of Bodey J against divorced husband, H, had been continually frustrated by H. He lived abroad controlling his international jewellery business operating in Kuwait, Dubai, Hong Kong, Paris and London via companies under the aegis of Bermudian holding company vested in Jersey trustee.

Jersey case a part of exceptionally lengthy and bitterly contested divorce proceedings involving no fewer than twenty transcribed judgments, H incurring over £3 million costs and W about £2 million, much to be paid only when she succeeds in recovering the ordered lump sum of £4,875,000 plus interest and costs from H or H's trustees.

Note:

(27) (1920) 28 CLR 178).

(28) Jersey Royal Court 2008 JRC 136,15/08/08.

Jersey trust created in 1997 on discretionary trusts for H, W and children. H had power to add and exclude beneficiaries and to appoint and remove the protector (his father) who had power to remove trustees, though H had power to appoint new or additional trustees.

March 1998 H went abroad, leaving W & 4 children in England, and in April 1998 excluded W from benefiting under trust. She commenced divorce proceedings end July 1998 before she knew of her exclusion.

Due to H's numerous wilful defaults in not obeying court orders Bodey J ordered H to be debarred from further participation in English proceedings unless he chose to write a particular letter to the trustees. H wrote the letter, so that he then appeared via a QC and a junior in 9 days hearing in December 2007, leading to January 2008 order.

In the letter H irrevocably requested his trustees to assist him in meeting any obligations under court orders and not to create any difficulties, he accepted the order, awards and findings of Bodey J in 1999 and he accepted whatever orders were to be made on W's application to Holman J (subject to any appeal).

Holman J [2007] EWHC 220 (Fam) varied the trust under Matrimonial Causes Act 1973 s.24 (1)(c) so that, despite W having been excluded from the trust by H, the trustee was required to pay W the lump sum plus interest and costs flowing from 1999 judgment. The trustee was a party to the application (as Second Respondent) but had remained neutral (at [127] of Holman J), neither appearing nor making any written submissions (note there were substantial unpaid fees because of the illiquid nature of the trust fund comprising Bermudian holding company shares).

Deputy Bailiff Michael Birt:-

(i) The basis of the enforcement of overseas judgments is found in the theory of obligation, namely that the final judgment of a court of competent jurisdiction over the defendant imposes an obligation on the defendant to pay the sum for which judgment was given [61] – plaintiff has entitlement to summary judgment for that amount unless a statute permits registration of the money judgment debt so that it becomes enforceable like such judgment of a local court. Query if Royal Court really had discretion under the doctrine of comity to enforce foreign judgment other than for money if defendant submitted to jurisdiction and was afforded every opportunity to raise all defences [39-40], but, anyhow [76], now

ousted by Art 9(4) of 1984 Jersey Trust Law (as amended in 2006) below.

(ii) An English judgment under the 1973 MCA varying the terms of a Jersey trust is not a money judgment [36].

(iii) The Jersey Court, like the English Court, has an inherent supervisory jurisdiction in connection with trusts, with much of it conveniently set out in Article 51 of the 1984 Trust Law which, inter alia, enables the Court to advise the trustees that it is proper for them to exercise their distributive powers in some fashion within the scope of those powers so as to achieve the objectives of a foreign court. This was not possible since W had been excluded from being an object of such powers.

(iv) The Jersey Court under Article 47 of the 1984 Law (similar to the English Variation of Trusts Act 1958) can approve an arrangement altering a trust on behalf of minors, unborn and unascertained beneficiaries, so as to make the lump sum etc payable to W, if for their benefit and if all the adult beneficiaries agree. H's letter, written of his own free will, amounted to an agreement [86-89] and the two adult children agreed, while it was for the benefit of the two infant children, taking account of the likelihood of realising liquidity via appointment (which Court made) of KPMG as receivers to take action in Bermuda and Hong Kong. Only in this rare case under Art 47 could the Jersey Court authorise the trustees to do something that, but for such alteration of the terms of the trust, would have been *ultra vires* the trustees: so [68] *Compass Trustees*(29) and *Re the A Trust*(30) incorrectly decided. Note that normally there will be no agreement of H (or of an adult beneficiary who supports H).

(v) Article 9(4) of 1984 Law (as amended) does not affect Court's exercise of powers under Article 51 [76] or, of course, Article 47 [101].

(vi) So far as concerns alteration of trust by English court under MCA jurisdiction, if Jersey trustees have not submitted to the English jurisdiction they cannot be bound by the English judgment under ordinary rules of private international law [67]. If they have submitted, the judgment is still unenforceable due to Article 9(4): [71].

Note:

(29) 2002 JLR 321.

(30) 2006 JRC 020A, 6 Feb 2006.

Note on glossing Article 9 of 1984 Law (as amended)

“9(1) Subject to paragraph (3), any question concerning

the validity or interpretation of a trust;

the validity or effect of any transfer or any other disposition of property to a trust;

the capacity of a settlor;

the administration of a trust, whether the administration be conducted in Jersey or elsewhere, including questions as to the powers, obligations, liabilities and rights of trustees and their appointment or removal; or

the existence and extent of powers, conferred or retained, including powers of variation or revocation of the trust and powers of appointment and validity of any exercise of such powers, shall be determined in accordance with the law of Jersey and no rule of foreign law shall affect such question.

(2) *(omissis)*

(3) The law in Jersey relating to –

(a) *legitime*; and

(b) conflicts of law,

shall not apply to the determination of any question mentioned in paragraph (1) unless the settlor is domiciled in Jersey.

(4) No foreign judgment with respect to a trust shall be enforceable to the extent that it is inconsistent with this Article irrespective of any applicable law relating to conflicts of law.”

Art 9 is within Part 2 of the 1984 Law headed “Provisions applicable only to a Jersey Trust”, such Trust being “a trust whose proper law is the law of Jersey”. The idea behind Art 9 is to encourage foreigners to create Jersey trusts by ousting problems that otherwise could arise from application of a foreign law to undermine the efficacy of the foreigner’s attempt to create a valid trust. Thus Art 9(1) prevents any foreign law from affecting questions that might arise even if under ordinary Jersey conflicts of law rules a foreign law should be applicable. Para (1) is itself a Jersey conflict rule because it replaces any foreign law applicable under Jersey conflicts rules with Jersey domestic law as the applicable law. On a literal interpretation para (3) then appears to disapply Jersey conflicts rules (enclosed those in para(1)) unless the settlor is domiciled in Jersey. Thus para (1) cannot help foreign settlors.

Deputy Bailiff at [70] held that “such a construction would lead to an absurd result which was manifestly not the intention of the legislature.” Thus, he

adopted “a purposive construction so as to read Article 9(3)(b) as being subject to the implied qualification that it does not apply to the provisions of Article 9(1) itself. Accordingly, Article 9(1) applies to cases where the settlor is domiciled outside Jersey.”

It seems that the idea is to insert after “(b) conflicts of law” the phrase “other than the provisions of paragraph (1)”. Art 9(3)(b) then reads “The law in Jersey relating to [...] (b) conflicts of law (other than the provisions of paragraph (1)) shall not apply to the determination of any question mentioned in paragraph (1) unless the settlor is domiciled in Jersey.” This leaves settlors not domiciled in Jersey subject to the general statutory rule in para (1), while making Jersey-domiciled settlors subject to the general conflicts of law rules where, exceptionally, they arise in the context of a Jersey trust created by a Jersey-domiciled settlor eg in relation to foreign assets or where a foreign trust law governs administration but Jersey law the validity of the trust.

Faced with a Jersey trust created by a foreigner, the Deputy Bailiff continued at [71], “Article 9(1) of the 1984 Law provides that questions of variation of a Jersey trust shall be determined in accordance with the laws of Jersey. It follows that a judgment of the Family Division varying a trust under English law is inconsistent with Article 9(1) and is accordingly not enforceable in Jersey by reason of Article 9(4).” However, Art 9(1) does not mention “variation of trusts” (unlike the equivalent Guernsey law provision). Presumably, the Deputy Bailiff assumed that all variations would affect questions covered by Art 9(1) (e) “the existence and extent of powers... including powers of appointment and the validity of any exercise of such powers.”

Comment

English MCA orders affecting Jersey trusts may still be given effect to – to a greater or lesser extent – under Art 51 if this can be achieved by the trustees acting within the scope of their powers determined according to Jersey law. However, in the light of the English order and of the interests of the beneficiaries, the trustees need to exercise their own discretion, and they will have more scope for this if they had not submitted to the English jurisdiction. It will be sensible for the trustees to seek approval of the Jersey Court to their proposed exercise of their distributive powers. The Court cannot withhold its approval

because it would have exercised the power in a more reasonable fashion: it can withhold approval if the trustees' proposal is irrational (one that no adequately informed body of trustees could have reached) or has overlooked a relevant consideration.

Where the English MCA order is pursuant to an MCA alteration of the terms of the Jersey trust, so that the trustees are required to make a distribution not within their powers before such alteration, the Jersey Court cannot authorise the trustees to make such distribution (unless, most exceptionally, it is possible for it to alter the terms of the trust under Jersey's Art 47, all adult beneficiaries agreeing).

This creates a major problem where H or the trustees have exercised a power to remove W as possible beneficiary under the trust. If H's power is personal and non-fiduciary nothing can be done under trust law. If the power is fiduciary, it can be regarded as properly exercised if the possibility of divorce from W was intended as the sort of event to trigger the exclusion of W.

According to Holman J, the English Court had no power to order H to revoke his revocable exclu-

sion of W nor was such exclusion capable of being set aside under s 37 MCA 1973 as a "disposition" made with intent to defeat W's claim to financial relief because no property was disposed of, her hopes of benefiting merely being extinguished. However, unlike the case where H & W are joint tenants of a flat and H serves a notice to quit on their landlord so the tenancy expires and cannot be revived (*Newlon Housing Trust v Alsulaimen*(31)), W's interest under a discretionary trust can be revived, while the exclusionary deed by extinguishing W's chances increases the other beneficiaries' chances – and the beneficiaries have choses in action capable of being sold. Should the Court not strive for a broad meaning of "disposition" so as to prevent H from giving the "go by" to the MCA?

Even if English law can help W, Art 9(4) remains as an obstacle to giving effect to the English order.

Nota:

(31) [1999] AC 313.

Viaggio nella prassi professionale fra virtuosismi, errori, fatti e misfatti

di **Maurizio Lupoi**

La prassi professionale italiana vede oggi un sempre più diffuso impiego dello strumento del trust per il perseguimento delle più disparate finalità, molte delle quali lecite e legittime. L'ultima moda è costituita dai trust anti-mafia e dai trust per scopi caritatevoli che richiedono, però, il ricorso a complesse strutture internazionali e a trustee neozelandesi.

Occorre quindi maturare una nuova coscienza del trust, che impone, primo tra tutti al professionista incaricato della consulenza, di affrontare quesiti etico-deontologici quali l'effettiva utilità del trust per il cliente e la rispondenza alle sue esigenze.

■ Premessa

Una premessa si fa sempre; la mia ha un connotato personale.

Sono stato rimproverato di avere liberalmente diffuso testi di atti di trust, nei convegni prima e nel sito dell'Associazione "Il trust in Italia" poi, di avere pubblicato un libro sulla redazione dell'atto istitutivo e, insomma, di avere fornito a tutti uno strumento che, come tutti gli strumenti, può essere impiegato bene quanto male. La mia risposta è sempre stata che, se non avessi fatto così, la cultura del trust non si sarebbe diffusa in Italia. Penso di essere nel giusto, ma, quando vedo quello che ho visto nel preparare questa relazione, un poco ne dubito.

■ Il substrato dei trust anti-mafia

Prenderò lo spunto dall'ultima moda: i trust anti-mafia. Tratterò due casi: uno riguardante la mia attività professionale(1) e uno emergente da notizie di stampa(2), la cui attendibilità ho indipendentemente verificato. In entrambi i casi il cliente è un imprenditore al quale è stato negato il certificato o liberatoria anti-mafia. Prima del diniego l'imprenditore partecipava a gare pubbliche, cosicché l'impossibilità di far-

lo ancora arreca un danno gravissimo alla sua azienda, che rischia il fallimento. Egli è alla ricerca di una soluzione e qualcuno gli propone un trust.

Prima di procedere ricordiamo che la "liberatoria antimafia" viene negata dal Prefetto anche sulla base di un semplice sospetto che fondi, come ha detto il Consiglio di Stato, un "giudizio valutativo di tipo prognostico" (Cons. Stato, sez. V, 7 giugno 2005, n. 2891)(3), nel quale "assumono rilievo, per legge, fatti e vicende solo sintomatici e indiziari" (Cons. Stato, sez. VI, 11 settembre 2001, n. 4724)(4). Una recente pronuncia del Tar Lazio ha affermato che, in caso di proscioglimento penale, i fatti oggetto del processo "non perdono la loro idoneità a fungere da validi elementi di sostegno per una informativa antimafia sfavorevole" (Tar Lazio, sez. III, 21 aprile 2008, n. 3332).

La differenza fra i due casi è che in quello che ho seguito personalmente il cliente - che chiamerò il signor Sospettato (di primo nome si chiamerà, secondo i casi, Giusto o Ingiusto: non possiamo saperlo) - non ha subito alcuna condanna e non ha alcun procedimento penale in corso per reati associativi o per concorso esterno in associazione mafiosa; nell'altro caso, verificatosi a Crotona, il cliente è stato condannato in primo grado per concorso esterno in associazione mafiosa, corruzione e falso; lo chiamerò il signor Condannato (anche lui di primo nome si chiamerà, secondo i casi, Giusto o Ingiusto: non possiamo saperlo, dato che la condanna penale è stata gravata di appello).

Maurizio Lupoi - Professore ordinario dell'Università di Genova.

Il testo riproduce la relazione, con modificazioni, presentata al Quarto Congresso Nazionale dell'Associazione "Il trust in Italia", svoltosi in Milano il 16-18 ottobre 2008.

Gli atti del Congresso sono in corso di pubblicazione nel volume "I professionisti e il Trust - Atti del IV Congresso Nazionale dell'Associazione 'Il trust in Italia'", Trusts, Quaderni, n. 10, Milano, 2009.

Note:

(1) L'atto istitutivo del trust può leggersi *infra*, 221.

(2) L'atto istitutivo del trust può leggersi *infra*, 227.

(3) Cons. Stato, sez. V, 7 giugno 2005, n. 2891, Foro amm. CDS, 2005, 1696.

(4) Cons. Stato, sez. VI, 11 sett. 2001, n. 4724, Foro it., 2002, III, 290.

Chi ha proposto il trust al signor Sospettato o al signor Condannato avrà certo dato alcune prime indicazioni, che hanno indotto l'imprenditore a venire da voi per chiedervi una consulenza sulla possibilità di ricorrere a un trust e, se la consulenza si concluderà positivamente, di impostare un idoneo trust e di redigere l'atto istitutivo. Il signor Sospettato è venuto da me con una bozza di atto istitutivo già pronta...

■ I quesiti deontologici

Prendiamo le mosse dal vostro primo pensiero: come non può non venirvi il pensiero che magari il Prefetto ha avuto ragione? E quando vi viene - a me è venuto alla semplice enunciazione dell'oggetto della consulenza che mi era richiesta - che cosa fate?

Sia il signor Sospettato che il signor Condannato vi dicono che il Prefetto ha commesso un abuso; nel primo caso il Prefetto ha emesso la propria valutazione sulla base di impalpabili elementi e il cliente proclama che essi o non esistono o non hanno la valenza fatta propria dal Prefetto; nel secondo, il Prefetto si è giovato delle risultanze di un processo penale e il cliente si è appellato. Vi è differenza fra questi casi sotto il profilo deontologico?

Non è il solito tema dell'avvocato, che deve difendere sempre e comunque il suo cliente perché il processo arriva alla verità - alla verità processuale - proprio grazie alla contrapposizione delle tesi. Se un uomo viene a dirmi di avere ucciso e tagliato a pezzi la moglie, io posso rifiutarmi di difenderlo; tuttavia, se lo difendo, non solo non commetto alcuna infrazione deontologica, ma correttamente svolgo il compito dell'avvocato. Se un uomo è accusato di un qualunque reato e si proclama innocente io debbo difenderlo, qualora accetti di difenderlo, anche se maturi la convinzione che egli ha commesso il reato che gli è stato ascritto.

Qui i temi sono diversi. Il cliente vi chiede di fare in modo che la sua impresa possa continuare a operare sul mercato, previo ottenimento di quel certificato antimafia che, fino a quando l'impresa rimane la sua, il Prefetto negherà. Il fatto che l'impresa operi sul mercato ovviamente non configura alcun reato e neanche il fatto che l'impresa appartenga a quell'imprenditore configura alcun reato: infatti, siamo nel campo delle misure di cautela antimafia, non della repressione dei reati. Il che elimina un problema, ma ne fa emergere uno assai più complesso, che intreccia i profili giuridici a quelli deontologici. Alla sua base, a mio modo di vedere, è il seguente quesito: il cliente vuole che l'impresa non sia più sua? Come

vedremo, esiste anche un secondo quesito, affatto diverso: il professionista che scrive l'atto di trust capisce quanto scrive?

L'imprenditore, venendo da voi, vi ha detto che i suggerimenti ricevuti da altri consulenti erano nel senso che si poteva istituire un "blind trust" come fanno i politici americani: erano suggerimenti corretti? Vi ha anche detto che, per evitare malevoli interpretazioni, intende nominare trustee una persona di alto profilo: un Prefetto in un caso, il locale Procuratore della Repubblica nell'altro (entrambi alle soglie della pensione, entrambi con una vita professionale di contrasto alla mafia: essi accetterebbero l'ufficio appena collocati a riposo).

■ Di chi è/sarà l'impresa?

Il trust crotonese ha una durata di tre anni, salve proroghe decise dal disponente, e vede quali beneficiari del fondo la moglie e le figlie del signor Condannato, quale guardiano suo fratello; l'altro trust ha una durata di quaranta anni e vede quali beneficiari del fondo i figli del signor Sospettato, quali guardiani i medesimi figli beneficiari.

Aggiungo due altri elementi di riscontro.

Primo: nel trust crotonese il signor Condannato, quale disponente, ha il potere di modificare i beneficiari, revocando quelli indicati nell'atto e indicandone altri; il signor Sospettato non ha questi poteri.

Secondo, dalle visure eseguite alla Camera di Commercio risulta che il signor Condannato ha segregato nel trust proprie partecipazioni societarie, che risultano corrispondere in tre casi al 50% del capitale delle rispettive società e in due altri casi a, rispettivamente, il 40% e il 26,83%; quando è del 50%, il restante 50% appartiene al fratello del signor Condannato, che è anche il guardiano del trust. Talvolta questo fratello è anche l'amministratore della società; nel caso del signor Sospettato, il quale è azionista insieme alla moglie della holding del suo gruppo (e insieme raggiungono il 100% del capitale), disponente è anche la moglie, cosicché il trustee riceve una partecipazione totalitaria.

Per quanto ho potuto accertare, in nessuno dei due trust i rispettivi disponenti rivestono cariche amministrative nelle società le cui partecipazioni sono state segregate in trust.

Alcune riflessioni, necessariamente limitate, perché non conosco altri aspetti del trust crotonese e quindi non intendo formulare, neanche per implicito, alcun giudizio che non derivi necessariamente dai

pochi dati a disposizione. Ovviamente so molto più del trust del signor Sospettato e qualcosa dirò circa la sua strutturazione.

Cominciamo dalla durata. Mentre la durata di quaranta anni del trust del signor Sospettato si capisce, dato che egli ha 65 anni e quindi è stato scelto un periodo al termine del quale egli sarà verosimilmente scomparso, la durata di tre anni è incomprensibile. Fra tre anni il fondo in trust spetterà alla moglie e ai figli del signor Condannato: perché non darglielo adesso? Forse i figli del signor Condannato sono minorenni, ma questo non giustifica l'istituzione di un trust perché basterebbe valersi della norma di cui all'art. 356 cod. civ. e nominare loro un curatore speciale, magari lo stesso Procuratore della Repubblica officiato quale trustee. Forse il signor Condannato pensa che, nel corso del triennio, si svolgerà il processo in appello e egli sarà assolto? Ma allora avrebbe dovuto prevedere che il fondo in trust torni a lui, non che vada alla moglie e alle figlie.

E qui viene la domanda circa il professionista che ha redatto l'atto istitutivo. Che senso ha che il fondo in trust vada alle figlie del signor Condannato fra tre anni? Se esse si sposano e muoiono senza figli, il signor Condannato ha chiaro che i beni passeranno, in tutto o in parte, ai generi?

Ma viene anche una domanda riguardante il notaio, trattandosi di atto pubblico. Il notaio garantisce la legalità, questo è certo; ma garantisce anche l'efficienza?

Il signor Condannato, ho sopra riferito, ha il potere di prolungare la durata del trust. A parte il quesito circa la validità di questa disposizione, il signor Condannato può morire domattina (mi scuso con lui, ma voi sapete che quando strutturiamo un trust dobbiamo sempre pensare alle morti intempestive), la durata del trust non potrebbe essere più modificata e il rischio del passaggio del fondo in trust ai generi sarà palpabile.

Diciamo, quindi, che nutro parecchie perplessità circa l'efficienza di questo trust, ma sopra tutto, che nutro ancora più perplessità circa la sua funzionalità rispetto alla esigenza che ne ha motivato l'istituzione: il potere del signor Condannato di modificare i beneficiari è evidentemente un potere personale e non fiduciario: quindi, nulla gli impedisce di nominare se stesso; e allora chi si sentirebbe di affermare che l'impresa non è più sua?

Torniamo allora ai profili deontologici: con ogni riserva di concludere diversamente qualora emergano altri dati, il professionista che ha curato il trust del

signor Condannato non ha fatto nulla che vada obiettivamente a vantaggio del signor Condannato semplicemente perché non c'è riuscito. Se il trust crotonese non migliorerà in nulla la posizione del signor Condannato rispetto agli accertamenti prefettizi, come ho sopra ipotizzato, il trust sarà del tutto influente rispetto alle cautele antimafia, ma allora il profilo deontologico da considerare sarà un altro: escludendo che il mandato conferito dal signor Condannato al suo professionista avesse quale oggetto lo svolgimento di una attività inutile, esso non è stato adempiuto: da un lato, ha creato un assetto di interessi rischioso, dall'altro non ha prodotto effetti rilevanti per la concessione del certificato antimafia.

■ La risposta ai quesiti deontologici

Quando mi trovai dinanzi al signor Sospettato e ai suoi consulenti, mi resi conto di non potere in alcun modo formarmi un'opinione circa la sua, come si dice oggi, "mafiosità". Avevo a mia disposizione moltissimi elementi di segno opposto e nessuno che puntasse in quella direzione, ma, come ho detto prima, il provvedimento prefettizio era fondato sul semplice sospetto: chi ero io per concludere circa la sua fondatezza o meno?

Debbo aggiungere che il signor Sospettato mi ha seguito tutte le volte che prospettavo caratteristiche del trust che ne faceva un classico trust di programmazione successoria come se ne fanno tanti, ma con la totale perdita di qualsiasi controllo e di qualunque interesse economico sia suo che di sua moglie. In sostanza, mi sono dato la seguente risposta ai quesiti deontologici: ipotizziamo che, contro quanto gli elementi a mia disposizione sembrano dimostrare, il signor Sospettato sia giustamente sospettato; ebbene, se egli trasferisse il gruppo societario ai suoi figli e imponesse loro un gestore di alto profilo, senza trattenere in favore proprio o di sua moglie alcun vincolo o vantaggio patrimoniale, certamente la valutazione del Prefetto sarebbe diversa: l'impresa, per tornare al quesito iniziale, non sarebbe più sua, cioè del signor Sospettato. Ebbene, un trasferimento immediato di questo genere non realizzerebbe quelle esigenze di protezione patrimoniale dei discendenti per le quali lo strumento corretto è il trust con finalità successorie; dunque, impieghiamo il trust che soddisfa, al tempo stesso, l'obiettivo di fare operare l'impresa senza problematiche antimafia e di proteggere la discendenza del disponente.

È vero che così il signor Sospettato perde l'azienda e la perde per sempre: è il prezzo da pagare. Potrà

sembrare un prezzo troppo alto, ma questa valutazione spetta al cliente e non al professionista.

■ Quando il prezzo è inutilmente alto

A proposito di prezzo troppo alto, talvolta si tratta di prezzo inutilmente alto ed allora spetta al professionista accorgersene, non al cliente.

Mi trovo dinanzi una bozza di *charitable trust* proposto da una banca straniera a un cliente italiano, che chiamerò signor Benevolo. L'operazione sembra semplice: il signor Benevolo, la sua mamma e i suoi fratelli fanno parte di una famiglia di industriali; essi vogliono destinare circa dieci milioni di euro a iniziative benefiche, possibilmente anche al "microcredito"; pensano a una fondazione, viene loro consigliato un trust che, secondo una recente tendenza, sarebbe regolato dalla legge di Jersey e avrebbe un trustee neo-zelandese (collegato alla banca).

Nell'incontro con il signor Benevolo apprendo che la somma da impiegare si trova in Italia e che le iniziative benefiche si svolgeranno prevedibilmente in Italia. Non mi rendo allora conto del perché l'operazione proposta dalla banca preveda che i dieci milioni siano trasferiti dalla famiglia Benevolo prima in Svizzera e da lì in Nuova Zelanda, né perché, dovendo operare in Italia, sia conveniente avere un trustee in Nuova Zelanda.

Il signor Benevolo mi consegna due pareri resi da avvocati italiani sul trattamento fiscale del trasferimento dei dieci milioni al trustee. Essi ruotano intorno all'art. 3 della legge sull'imposta di successione e donazione che esclude dal tributo alcune tipologie di trasferimenti per fini di pubblica utilità, anche in favore di enti esteri a condizione di reciprocità. Non approfondisco ora questo tema, salvo dire che la ragione del trasferimento in Svizzera e da lì in Nuova Zelanda risiede nel fatto che entrambi i pareri concludono che un trasferimento diretto sarebbe probabilmente esente, ma che, per essere più sicuri, è meglio far fare ai soldi il giro del mondo.

Non mi sembra corretto impostare così le operazioni, ma certamente scorretto è che nessuno dei due professionisti abbia letto la bozza dell'atto istitutivo del trust (escludo che l'abbiano letta, perché significherebbe che non ne hanno capito nulla). Hanno redatto il parere senza sapere di quale trust si trattasse. E i discorsi sul trust flessibile, proteiforme, etc. etc. dove sono finiti?

Chi legga la bozza dell'atto istitutivo nota che essa consente al trustee di impiegare il fondo in trust per qualunque scopo, anche non *charitable*, e questo da so-

lo pone radicalmente in dubbio la possibilità di avvalersi dell'art. 3 della legge sull'imposta di successione e donazione. Supponiamo che la clausola sullo scopo sia emendata, ma troviamo altre disposizioni che mai accetteremmo, nel nostro ordinamento, nello statuto di una fondazione o un ente con oggetto di pubblico interesse (al quale il trust dovrebbe essere parificato quanto al trattamento fiscale): sono consentiti i conflitti di interesse, il trustee è liberato in caso di "fraud" di un suo delegato, il trustee può interamente delegare i propri poteri a terzi, il trustee può non esercitare i diritti spettanti ai titolari di partecipazioni in società, il trustee può compiere qualsiasi investimento gli proponga il suo consulente finanziario.

Ma poi, dico al signor Benevolo, chi e come deciderà come impiegare i fondi del trust? Io, mi risponde lui, e dopo di me i miei figli o i figli dei miei fratelli che vorranno occuparsene. Eccellente, gli rispondo, ma in pratica come funzionerà? Voi scriverete al trustee in Nuova Zelanda prima di qualunque erogazione, il trustee deciderà secondo le vostre indicazioni e farà un bonifico alla persona da sovvenire in Italia? Non vi rendete conto che questo trust sarà fiscalmente residente in Italia e che con altissima probabilità sarà nullo fin dal suo primo momento?

Vado poi a cercare di capire nella bozza dell'atto istitutivo come sarà assicurato al signor Benevolo e poi ai giovani della famiglia il ruolo che essi aspirano a rivestire e non trovo assolutamente nulla, se non che il signor Benevolo sarà il guardiano e, morto lui, che l'*enforcer* (si tratta, naturalmente, di un trust di scopo) nominerà il nuovo guardiano. Chi nomina l'*enforcer* qualora il primo venga meno? Il trustee. E la famiglia Benevolo, che è quella che destina i dieci milioni all'attività benefica? Mistero, se ne sono perse le tracce.

Davvero una splendida costruzione!

Avevo concluso sui trust antimafia che il prezzo da pagare era alto, ma che esso era il prezzo del raggiungimento di un complesso obiettivo; qui il prezzo è alto, ma è inutilmente alto. Non credo che alcun professionista agisca in modo deontologicamente corretto prendendo parte senza protestare a esercizi di questo genere.

■ E ancora...

I relatori ai convegni si lamentano con la classica frase: "lo scarso tempo a mia disposizione mi costringe a sorvolare, etc."; io invece dirò: "potrei andare avanti per un pezzo; sono felice che lo scarso tempo a mia disposizione mi costringa a concludere qui".

La Confederazione Elvetica, il trust e la fiscalità applicabile all'immigrato

di Marco Giacomo Bonalanza

La Confederazione Elvetica ha ratificato la Convenzione de L'Aja ed incluso il trust nel corpo della sua normativa fiscale, creando, in tale ambito, due fattispecie molto diverse tra loro: quella dei residenti e quella dei non-residenti. Un trust si qualifica fiscalmente in parte per via della fase istantanea della sua creazione ed in parte per via di quella permanente della residenza dei suoi attori. Cosa accade dunque del profilo fiscale del trust e dei suoi attori laddove, dalla fattispecie iniziale del non-residente, si passa a quella di residente? Ed in particolare, esiste una differenza tra il beneficiario neo-residente "ordinario" e quello che ottiene la "tassazione forfetaria"?

■ La Svizzera e la Convenzione de L'Aja

La Confederazione Elvetica è giurisdizione di diritto civile, nota pressoché ovunque per essere la principale piazza finanziaria indipendente al mondo, per offrire da lungo tempo con consistenza e coerenza servizi patrimoniali e finanziari, societari e fiduciari di elevata qualità.

In una fase storica come quella che viviamo, in cui le opposte esigenze di sicurezza e finanza pubblica, da un lato, e di riservatezza e protezione patrimoniale, dall'altro, si scontrano ormai ad ogni livello senza soluzione di continuità, non stupisce che il paese che da sempre meglio interpreta entrambe le opposte esigenze abbia infine cercato e trovato uno strumento che potesse sostenere la sfida di riuscire a contemperare le contrastanti spinte al controllo, da un lato, ed alla riservatezza, dall'altro.

La Confederazione Elvetica ha ratificato la Convenzione de L'Aja relativa alla legge applicabile al trust del 1° luglio 1985(1), entrata in vigore il 1° luglio 2007.

Una ratifica che è, peraltro, l'esito di un lungo lavoro di studio ed analisi, un percorso di avvicinamen-

to cauto e ponderato, svoltosi nel corso degli ultimi anni ed indirizzato a comprendere l'istituto nella sua essenza più puntuale, oltre che ad inserirlo nel sistema preesistente secondo canoni di possibile armonicità e nel rispetto dei principi generali del diritto vigente(2).

È esperienza credo condivisa da chiunque operi nel mondo professionale dei trust che la sua miglior qualità è forse proprio la sua completa adattabilità; una scatola vuota a cui dare la forma, la sostanza, il colore ed il contenuto che meglio rappresenta e soddisfa le esigenze del disponente.

Da tale prospettiva non stupisce osservare come le Amministrazioni Finanziarie quasi ovunque nel mondo (seppur con ben evidenti diverse declinazioni) si trovino nella difficoltà di elaborare e svolgere un sistema impositivo omogeneo, coerente, rispettoso dei principi fondamentali del diritto e, non ultimo, concretamente applicabile.

In tal senso spiace osservare come esempio principe di tale situazione sia proprio la vicina Repubblica Italiana che, avendo ratificato la Convenzione del 1° luglio 1985 (esecutiva con legge del 16 ottobre 1989, n. 364 ed entrata in vigore il 1° gennaio 1992), ancora oggi si dibatte tra soluzioni opposte, contraddittorie e molto spesso pianamente illegittime.

La Confederazione al contrario sembra avere imboccato una via più strutturata e dopo il lungo percorso di avvicinamento già ricordato, in esito alle molte consultazioni con le migliori menti in materia ed attingendo bene anche all'esperienza italiana, nel giungere alla ratifica, provvede, in pari tempo, a stabilire dei chiari principi impositivi del trust.

Marco Giacomo Bonalanza - Avvocato e trustee abilitato *Step a Zug, Lugano e Milano*.

Si ringrazia per la collaborazione l'avv. Simona Barbuscia-Genini, Capo dell'Ufficio Giuridico della Divisione delle Contribuzioni del Canton Ticino.

Note:

(1) Convention relative a la loi applicable au trust et sa reconnaissance conclue a la Haye le 1er juillet 1985, RS 0.221.371.

(2) *Inter alia*, cfr: L. Thevenoz, Trusts en Suisse, Adhesion a la Convention de La Haye sur les trusts et codification de la fiducie, Zurigo, 2001.

La Conferenza fiscale svizzera ("CFS") già il 22 agosto 2007 pubblicava la Circolare n. 30, quale risultato di un importante lavoro di raccolta delle idee correnti presso le amministrazioni fiscali e gli operatori, oltre che della prassi sino ad allora in essere in materia di imposizione del trust(3). Poco più di sette mesi dopo, il 27 marzo 2008, l'Amministrazione federale delle contribuzioni ("AFC") seguiva la traccia, pubblicando la Circolare n. 20 che, di fatto, in materia di imposta federale diretta ed imposta preventiva, si presenta come integrale ripresa ed adozione della precedente pubblicazione della CFS(4).

La Circolare della CFS, pubblicata in questa stessa Rivista(5), ad avviso di chi scrive ha il pregio di essere riuscita a schematizzare l'istituto quanto basta per dare all'imposizione fiscale una coerenza adeguata a garantire una certa stabilità e la tanto agognata e spesso poco garantita certezza del diritto.

Naturalmente, come ogni lavoro di schematizzazione, esso porta con sé il rischio immanente – non sempre evitato – di una eccessiva riduzione e semplificazione di quelle caratteristiche del trust che sono più evolute e che, peraltro, ne fanno lo strumento eccezionale che conosciamo.

In ogni modo il documento è una eccellente base di lavoro poiché, comunque, nonostante i limiti della semplificazione, vi è in esso una costante attenzione ed un continuo rinvio ai principî di diritto e fiscali vigenti nel sistema, ponendosi così come valida guida anche per quei casi particolari che sempre si affacciano all'attenzione degli operatori professionali.

Trattandosi di materia nuova – almeno per la via della Convenzione – e, comunque, non particolarmente esplorata neppure prima per naturale scarsità di casistica pratica, le fonti sono essenzialmente quelle già sin qui citate oltre ad una certa dottrina, mentre la giurisprudenza in tema è ad oggi scarna e relativamente poco influente nell'elaborazione del profilo impositivo del trust.

A livello amministrativo, la competenza è federale tranne che per la parte non soggetta ad armonizzazione fiscale come nel caso, ad esempio, delle aliquote applicabili in sede di imposizione per causa di successione o donazione e relativa definizione del grado di parentela.

■ L'imposizione fiscale ordinaria

Esorbitando dal tema qui svolto, viene integralmente omissivo ogni commento ed analisi del testo del

Decreto Federale di ratifica della Convenzione, che pure presenta alcuni elementi di positiva novità rispetto agli strumenti di ratifica a questo precedenti(6) e si fa, per il resto, sin d'ora espresso rinvio – per chiarezza e puntualità espressiva – alla ricordata Circolare dell'AFC(7).

Dalla prospettiva elvetica vengono in conto l'imposta federale diretta, quella preventiva, quella per causa di donazione e, almeno in quei frangenti che riguardano gli stranieri, le convenzioni fiscali internazionali, tra le quali in particolare l'accordo con la Comunità Europea sulla fiscalità del risparmio(8).

In linea di principio generale ed assoluto, va preliminarmente notato che nel diritto fiscale svizzero il trust, non essendo ad esso riconosciuta alcuna personalità giuridica, non può essere soggetto fiscale in alcun modo; in questo si evidenzia una importante differenza d'impostazione con altre giurisdizioni, quali ad esempio la stessa Repubblica Italiana che al contrario, pur non riconoscendo al trust alcuna personalità giuridica del pari alla Svizzera, pure concepisce l'assoggettamento di tale strumento a fiscalità.

Da tale impostazione – conforme ai principî del sistema fiscale elvetico – consegue la necessità di imputare il patrimonio in trust a qualcuno e, dunque, alternativamente al disponente stesso o direttamente ai beneficiari ogni volta che ciò sia possibile.

In ogni caso, ed a ragione della particolare relazione del trustee con i beni in trust, esso non è considerato soggetto fiscale in relazione ad essi, ma unicamente in quanto percettore di somme per il servizio prestato di *trusteeship* secondo i più ordinari canoni impositivi.

Nel merito delle singole previsioni della Circolare dell'AFC, vale subito notare che, in ossequio al diffuso e consacrato principio di origine ed uso fiscale della prevalenza della sostanza sulla forma, la Cir-

Note:

(3) Circulaire CSI n. 30; in questa Rivista, 2008, 221, 563.

(4) Amministrazione Federale delle Contribuzioni, Circolare n. 20 del 27 marzo 2008.

(5) *Supra*, nota 4.

(6) Arrête fédéral du 20 décembre 2006 portant approbation et mise en œuvre de la Convention de la Haye relative à la loi applicable au trust et sa reconnaissance, RO 2007 2849.

(7) *Supra*, nota 4.

(8) RS 0.0641.926.81 – AFC, Istruzioni del 29 febbraio 2008 concernenti la fiscalità del risparmio dell'UE.

colare caratterizza le tipologie di trust in modo difforme da quanto farebbe e d'uso fa un giurista ed in tal senso, forse, sorprenderà notare l'importante differenza esistente tra la più diffusa descrizione di "revocabilità" di un trust nella sua accezione giuridica propria e quella utilizzata nella Circolare dall'operatore fiscale. Ai fini del profilo impositivo applicabile, sarà, dunque, revocabile un trust in tutto e per tutto irrevocabile in cui, ad esempio, il disponente sia anche beneficiario o abbia altrimenti poteri di direzione e controllo, per quanto labili e non intrusivi.

Entrando ulteriormente nel dettaglio di quest'ultima, poi, osserviamo che le infinite declinazioni del trust sono riassunte in tre tipologie che dovrebbero in sé ricomprendere ogni ipotesi possibile. In essa vi si trovano i trust "revocabili", quelli "irrevocabili *fixed interest*" e "irrevocabili *discretionary*".

All'interno poi della categoria degli irrevocabili e discrezionali si trova una relativamente poco evidenziata distinzione che poggia sul domicilio del disponente all'atto della creazione del trust. Non è chiaro se il domicilio rilevi, peraltro, solo in fase di creazione o anche in fase di assegnazione del patrimonio. Trattando di materia fiscale, chi scrive tende a ritenere che, in base al noto ed accettato principio della prevalenza della sostanza sulla forma, il riferimento alla creazione del trust sia da intendere in realtà rivolto all'assegnazione del patrimonio, evento che, separato giuridicamente e concettualmente, potrebbe avvenire contestualmente alla creazione od in un momento successivo o persino in più e più fasi diffuse nel tempo. La Circolare in effetti prende le mosse dal presupposto che non vi siano conferimenti successivi a quello iniziale e non si sofferma sulla circostanza.

Revocabilità – nell'ampia accezione assunta dalla Circolare – ed irrevocabilità, dunque, sono le due grandi categorie individuate dall'Amministrazione Finanziaria ai fini della definizione del profilo impositivo applicabile. I trust revocabili, pertanto, sono considerati di fatto come non capaci di modificare lo stato delle cose e, di conseguenza, pressoché ogni rilevanza impositiva resta in carico al disponente come non avesse creato alcun trust. I trust irrevocabili con beneficiari portatori di un preciso diritto alle rendite conducono, ad avviso dell'AFC, alla soluzione opposta di trasferire immediatamente ogni rilevanza impositiva dal disponente ai beneficiari. I trust, infine, irrevocabili e discrezionali, subiscono un trattamento

diverso in dipendenza del domicilio del disponente al momento della creazione del trust che, si ricordi, è termine non univocamente definito dalla Circolare.

Non è qui possibile entrare nell'analisi delle differenze e similitudini tra il concetto svizzero di domicilio e quello, ad esempio italiano, di residenza. Al fine di proseguire nell'esposizione, effettueremo una astrazione ed assimileremo i due concetti in un generico principio di "assoggettabilità ad imposizione fiscale" e continueremo ad utilizzare il corretto termine svizzero di domicilio.

Prima di procedere oltre sembra, infine, necessario sottolineare nuovamente che il termine "revocabilità" ha valore differente da quello comunemente accolto dalla comunità degli operatori del trust, ed infatti la qualifica assegnata dal disponente al trust nell'atto creativo di esso non ha alcuna rilevanza, valendo, piuttosto, criteri di valutazione concreti di cui nella Circolare si offre una breve lista esemplificativa che, da sé sola, evidenzia la lontananza dei due concetti. Un trust, ad esempio, in cui il disponente ritenga per sé il diritto di favorire o lasciar favorire altri beneficiari, viene *de facto* ricondotto a trust revocabile ai fini fiscali, nonostante il fatto che esso non potrebbe mai venire così classificato da alcuno che ne studi invece gli effetti civilistici. Per il giurista un siffatto trust è e resta sostanzialmente irrevocabile. Naturalmente vi sono anche punti di convergenza come, ad esempio, in quel caso in cui, in un trust irrevocabile all'atto dell'istituzione del trust il disponente ritenga per sé il diritto di liquidare o far liquidare il trust medesimo.

La questione è controversa e la dottrina interna si è più volte espressa in senso critico anche se, ad oggi, senza risultato⁽⁹⁾.

In concreto, la Circolare individua le seguenti ipotesi di trust e relative soluzioni:

- Trust revocabile (*de facto* ed in base all'analisi dello specifico atto).

In questo caso il patrimonio si dà per non trasferito e dunque, in fase di assegnazione, non esiste alcun profilo impositivo possibile. Il patrimonio è imposto quale sostanza presso il disponente ed i redditi, nel corso della vita del trust, faranno capo al dispo-

Nota:

(9) *Inter alia*, cfr. R. Danon, L'imposition du "private express trust", Analyse critique de la Circulaire CSI du 22 aout 2007 et proposition de modele d'imposition de lege ferenda, Archiv für schweizerisches Abgaberecht, Bern; S. Giselda Cretti, Le Trust, aspects fiscaux, Basilea, 2007.

nente ed a lui continueranno ad essere imposti per reddito.

Ogni erogazione ai beneficiari terzi verrà, così, qualificata donazione ed imposta secondo il rapporto di parentela e le aliquote fissate da ciascun Cantone. Lo stesso dicasi dell'assegnazione del patrimonio residuo ai beneficiari in chiusura di trust.

- Trust irrevocabile *fixed interest*.

Qui abbiamo un trust che è di nome e di fatto irrevocabile (ove altri elementi dell'atto non suggeriscano altrimenti) caratterizzato però dalla previsione di beneficiari dotati di un preciso diritto, anch'esso individuato, ai redditi del patrimonio in trust.

Nella visione della Circolare qui esiste un trasferimento immediato della spettanza del patrimonio ai beneficiari e di conseguenza l'assegnazione ad imposta di donazione secondo le modalità sopra ricordate.

Nel corso della vita del trust, i beneficiari subiranno poi l'imposizione sulla quota di sostanza di loro spettanza ed il reddito, facendo capo ad essi, su di loro sarà del pari imposto. Ove la quota di sostanza di pertinenza di ciascun beneficiario non fosse determinabile, essa sarà capitalizzata ed imposta poi in sede di erogazione al termine del trust.

Ciò che rende questo tipo di trust peculiare e differente dagli altri due è la circostanza che quanto percepito dal beneficiario in vita del trust, ove sia provato essere "utile in capitale privato" (*capital gain*) e non reddito, in base all'art 16, III cpv. LIFD va in esenzione d'imposta.

- Trust irrevocabile *discretionary*.

Nel caso di un trust in cui i beneficiari non sono individuati e nessuno ha un preciso diritto al patrimonio ed ai redditi, mancando un soggetto capace di raccogliere la ricchezza che si distacca dal disponente, essa viene considerata fiscalmente non trasferita e, di conseguenza, si ritorna ad applicare la soluzione prevista e descritta per i trust revocabili, seppur per una ragione completamente diversa.

In tale previsione è anche inclusa l'ipotesi del trust irrevocabile riconosciuto come tale dalla Amministrazione, ma né discrezionale, né ad interesse prestabilito e, dunque, con beneficiari individuati, senza peraltro alcun diritto predefinito se non sul patrimonio ma solo in sede di chiusura del trust.

Il domicilio del disponente all'atto della creazione del trust ha, dunque, una rilevanza tanto nel caso della irrevocabilità con discrezionalità, quanto in quello della revocabilità. Entrambi questi tipi di trust per mano di un disponente domiciliato all'estero

ed a favore di beneficiari che risiedono nella Confederazione, non avranno alcuna conseguenza fiscale in Svizzera nella fase di creazione.

Nel caso del trust revocabile la soluzione si trova nella struttura stessa della previsione amministrativa: non vi è trasferimento dei beni e dunque nulla muta nel patrimonio di alcuno, sia che il disponente sia all'estero o no. Viceversa, nel caso del trust irrevocabile e discrezionale, l'AFC ha previsto un'eccezione e disposto che in questo caso "il patrimonio non può essere imputato né al settlor né al beneficiary". Questo significa che un trasferimento della sostanza del disponente al trust, rispettivamente al trustee, viene considerato come donazione del disponente in ragione del capitale del trust. La Circolare è silente sul fatto di chi debba valere come destinatario della donazione(10).

Di seguito, se ed in quanto in vita del trust siano effettuate delle erogazioni, queste saranno imposte in capo ai beneficiari in ogni caso quale reddito. Infine, in sede di liquidazione del trust, le erogazioni saranno colpite da imposta sul reddito in capo al beneficiario. In questo specifico frangente notiamo una differenza di applicazione: nel trust revocabile il trasferimento finale al beneficiario viene imposto come donazione laddove, se il disponente è all'estero, mancando la sostanza imponibile per donazione, l'integralità di quanto ricevuto subisce imposta sul reddito (art. 16, I cpv. LIFD, 7, I cpv. LAID), salvo il diritto del beneficiario di provare che tale elargizione non rappresenta reddito o lo rappresenta solo parzialmente. In tale ultima ipotesi, infatti, assume rilievo la previsione iniziale, che individua nella donazione l'evento fiscale rilevante in sede di creazione del trust, a prescindere dall'evidenza che essa sia potenzialmente del tutto virtuale. Orbene, se la sostanza ha già subito imposizione per causa di donazione (seppur virtuale), essa non subirà altro trattamento fiscale che non l'imposizione ordinaria (per sostanza) in capo al beneficiario, dal momento della percezione in poi.

A questo punto vale la pena di ricordare, perché rilevante, che il principio fiscale applicabile alle erogazioni dei trust è quello che prevede si debba corri-

Nota:

(10) S. Barbuscia-Genini – F. Piffaretti, L'imposizione del trust secondo la Circolare della Conferenza fiscale svizzera, ripresa dall'amministrazione federale delle contribuzioni, in relazione alla prassi fiscale ticinese, Bellinzona, 2008.

spondere reddito prima di poter corrispondere sostanza.

■ L'imposizione in caso di immigrazione

Il tema è direttamente collegato e conseguente alla questione relativa alla creazione di un trust da parte di un soggetto domiciliato all'estero al momento dell'assegnazione della sostanza.

Per chiarezza espositiva è bene precisare sin da subito che il termine immigrazione, analogamente a quanto già chiarito in merito al domicilio, è assunto nella sua accezione a valenza fiscale, nel senso di trasferimento della pertinenza fiscale del soggetto in questione.

Il caso è di interesse per i cittadini svizzeri domiciliati all'estero, ma anche (e forse soprattutto) per i cittadini stranieri, domiciliati all'estero e che, in seguito, si trasferiscano in Svizzera.

Sappiamo ed abbiamo ampiamente discusso del fatto che un trust si qualifica fiscalmente in parte per via della fase istantanea della sua creazione ed in parte per via di quella permanente del domicilio dei suoi "attori principali". Cosa accade, dunque, del profilo fiscale del trust e dei suoi "attori" laddove, dalla fattispecie iniziale del non domiciliato, si passa a quella di domiciliato nella Confederazione?

La Circolare dell'AFC chiarisce cosa accade nel caso di soggetti domiciliati e, limitatamente al trust irrevocabile e discrezionale, anche cosa pensa debba accadere nel caso in cui il disponente sia domiciliato all'estero. Tentando una sintesi:

- Disponente domiciliato con trust revocabile: si dà per nulla elargito ed ogni imposizione resta in carico allo stesso. In chiusura, imposta di donazione.

- Disponente non domiciliato con trust revocabile: poiché nel caso di specie non si dà elargizione, il domicilio non rileva. Il disponente continuerà ad avere il medesimo profilo fiscale ed ogni erogazione sarà imponibile quale donazione in Svizzera in quanto erogata a soggetti domiciliati. Al termine, si applica l'imposta di donazione ai domiciliati.

- Disponente domiciliato con trust irrevocabile ad interesse fisso: si dà per elargito ed ogni imposizione passa al beneficiario con donazione all'inizio.

- Disponente non domiciliato con trust irrevocabile ad interesse fisso: si dà per elargito ed ogni imposizione passa al beneficiario con donazione all'inizio.

- Disponente domiciliato con trust irrevocabile e discrezionale: si dà per nulla elargito ed ogni imposi-

zione resta in capo allo stesso. In chiusura, imposta di donazione.

- Disponente non domiciliato con trust irrevocabile e discrezionale: si dà per elargito con applicazione dell'imposta di donazione, se la legislazione di riferimento lo prevede, e trasferimento del carico fiscale ai beneficiari all'atto della percezione. Imposta sul reddito in chiusura.

Lo straniero che immigra in Svizzera, da un punto di vista fiscale lo può fare come contribuente ordinario (in tal senso anche lo svizzero che abbia vissuto all'estero) o, peculiarità tutta elvetica, come "globalista" (in questo caso, svizzero solo nel limite di condizioni e termini particolari ed a valere solo per un anno) e, dunque, con imposizione calcolata non sulla sostanza e sul reddito, ma sul "dispendio". Vedremo, pertanto, come il sistema si modula in entrambi i casi.

Le figure attorno alla vita di un trust che interessano in merito al tema dell'immigrazione in funzione del profilo impositivo sono il disponente ed il beneficiario. Come vedremo, il più delle volte l'immigrazione ha rilevanza in materia fiscale applicata al trust solo per uno di essi.

Tra essi, però, vi è una grande differenza.

Il disponente, infatti, viene in conto nell'unica fase in cui egli ha una relazione con il trust ed il trustee, cioè quella della creazione del trust ed assegnazione della sostanza. Dopo di allora, la rilevanza del disponente nell'economia contrattuale si azzerà. Questo naturalmente ha valore solo in diritto privato poiché a livello fiscale, lo si è già indicato, lo stato delle cose può essere ben diverso.

Il beneficiario, al contrario, all'inizio è soggetto passivo (e talvolta persino ignaro) per poi acquisire importanza man mano che il tempo del trust passa ed egli eventualmente riceve erogazioni, informazioni ed interagisce con il trustee, sino a culminare nella fase della liquidazione in cui egli assume in sé ogni sostanza ed il trust scompare. Di nuovo, con le debite eccezioni da considerare in sede impositiva.

■ Il contribuente ordinario

Il contribuente ordinario è tipicamente colui che ha una attività, impiegatizia, imprenditoriale, professionale o artigianale, e vive del proprio reddito da lavoro. Anche il contribuente che vive del reddito della propria sostanza, ma non ha lo *status* fiscale di "globalista" è contribuente ordinario.

Disponente di trust revocabile: in questo caso la sostanza si considera non trasferita. Il disponente ha domicilio all'estero ed all'estero regola il suo profilo fiscale. Nel momento in cui assume una posizione fiscale in Svizzera per esservi spostato, è di tutta evidenza che la sostanza, che per l'AFC non è passata, dovrebbe venire considerata ed imposta in capo al disponente. In questo caso si pone, peraltro, il tema del differente trattamento fiscale applicato all'estero dall'Amministrazione preposta. Ove, in ipotesi, fosse stata escussa un'imposta di donazione, come accadrebbe, ad esempio, nel caso di un italiano residente in Italia, l'assoggettamento per imposizione reddituale in capo al disponente effettuato dall'Amministrazione svizzera apparirebbe incongruo con le circostanze di fatto e diritto già svoltesi prima di allora. Con un beneficiario svizzero, intanto, avremmo avuto imposizione sul reddito ad ogni erogazione e tanto sarebbe stato coerente con il sistema di origine, ma diviene incongruo nel momento in cui, sopportata l'imposta per causa di donazione sul disponente e quella sul reddito in capo al beneficiario, il disponente entra in Svizzera e la sostanza trasferita in trust gli viene calcolata come sua e nuovamente assoggettata a imposta sulla sostanza (e donazione al termine del trust). È forse immaginabile che, in siffatto caso, l'Amministrazione elvetica si adegui allo stato di diritto creato dallo stato estero, rinunciando ad entrambe le imposizioni? Ed in capo a chi, dunque, si carica quella per sostanza? Sembrerebbe logico fosse sul beneficiario. E resta da intendere in capo a chi sarebbe, però, imposto il reddito, proseguendo in capo al beneficiario – come sembra logico – o spostandola in capo al disponente? Utilizzando le categorie previste dall'AFC, appare di tutta evidenza che una siffatta situazione potrebbe esser utilmente risolta con le soluzioni attuate in caso di trust ad interesse fisso, dando la sostanza per trasferita ed imposta sul beneficiario. Ma la sostanza sarebbe allora imposta in via retroattiva? Da ultimo, se il beneficiario fosse invece domiciliato all'estero, allora sembra immaginabile che l'Amministrazione semplicemente prenda atto della qualificazione dell'evento giuridico fattane in origine dal paese estero e consideri il disponente privo della sostanza oggetto del trust. Di fatto, assumendo il valore istantaneo del rapporto giuridico che lega il disponente al trust, la soluzione più lineare appare quella che l'Amministrazione svizzera dia atto dell'avvenuto e delle conseguenze come definite nel paese estero e vi provveda di conseguenza. Quanto

sin qui esposto, sul presupposto che il trust sia, almeno privatisticamente, davvero irrevocabile, poiché, ove così non fosse, allora ogni argomentazione sarebbe destinata a cadere.

- Beneficiario di trust revocabile: l'immigrazione del beneficiario di un siffatto trust non ha rilievo fiscale poiché sia che il disponente sia in Svizzera, sia che abbia domicilio all'estero, per la Circolare egli non ha carichi fiscali in connessione al trust. Qualora, peraltro, ricevesse elargizioni, queste subirebbero imposizione per donazione. E questo è presumibile anche laddove la giurisdizione estera di domicilio del disponente ritenga fiscalmente obbligato per i redditi il beneficiario.

- Disponente di trust irrevocabile a interesse fisso. In questo caso i beni si danno per trasferiti all'atto della creazione e, di conseguenza, la successiva immigrazione del disponente lo trova privo di essi, sia che egli abbia o meno subito imposizione di sorta all'estero in fase di creazione. Del pari nessuna rilevanza ha il domicilio del beneficiario, il quale sarà assoggettato alla fiscalità del caso applicabile. In Svizzera sulla sostanza e sul reddito del fondo in trust; all'estero secondo la normativa locale.

- Beneficiario di trust irrevocabile a interesse fisso. L'immigrazione di tale soggetto dovrebbe comportare l'assoggettamento dei beni in trust ad imposta sulla sostanza e sul reddito in capo ad esso dal momento dell'ingresso, senza possibilità di applicazione retroattiva.

- Disponente di trust irrevocabile discrezionale: s'è visto che questa è la figura più complessa del sistema impositivo sviluppato dall'AFC. In tale trust si ha un "ibrido" concettuale in cui alla donazione non corrisponde un soggetto destinatario dell'imposizione relativa per carenza di sostanza imponibile. Il beneficiario domiciliato in Svizzera è tenuto all'imposizione per reddito anche in occasione dell'erogazione finale. Al momento dell'ingresso nella Confederazione appare possibile ritenere che la sostanza non subisca alcuna imposizione per donazione. In questo caso, come in quello del trust discrezionale ad interesse fisso, effettuandosi una traslazione istantanea della proprietà della sostanza, viene applicata l'imposta dovuta, se dovuta, del luogo e momento dell'assegnazione in trust. In tal senso, il trust revocabile, nella grande maggioranza probabilmente secondo l'intendimento dell'AFC, non effettuando la traslazione immediata, perpetua e conduce con sé una lunga serie di questioni che, viceversa, le altre due formule di trust non

subiscono. Del resto, è pur vero che il beneficiario di tale trust, se in Svizzera, è imposto per reddito e non per la sostanza, che non è imponibile sino al momento in cui il disponente entra nello Stato. A quel punto sembra plausibile ritenere applicabile l'imposta sulla sostanza in capo al beneficiario oltre a quella sul reddito e l'erogazione finale potrà andare esente da questa stessa imposta, ove per gli importi ricevuti sia documentata la qualifica di sostanza originariamente conferita in trust. Qualora il beneficiario risieda all'estero, non sembra esistere in capo al disponente un profilo fiscalmente rilevabile. Naturalmente è possibile argomentare che lo stesso trust, creato, però, da domiciliato in Svizzera, non comporta traslazione della sostanza e che, di conseguenza, in ingresso nel paese, tale valutazione potrebbe condurre l'Amministrazione a ritenere la sostanza ancora in capo all'immigrato con le conseguenze del caso, sopra descritte trattando del trust revocabile: imposizione della sostanza e del reddito sul disponente ed imposta di donazione per ogni erogazione (eventualmente non applicabile se dimostrato che già assolta all'estero in origine).

- Beneficiario di trust irrevocabile discrezionale: l'immigrazione di questo beneficiario non ha rilevanza se il disponente era domiciliato in Svizzera al momento del conferimento, poiché il beneficiario in questo caso si profila come irrilevante fiscalmente, salvo, ovviamente, subire poi imposizione per donazione al momento dell'elargizione. Diversa soluzione si potrebbe avere nel caso di trust creato all'estero, poiché in quella tipologia il beneficiario è tenuto all'imposta sul reddito e appare presumibile che, in sede di immigrazione, un tale beneficiario sia chiamato ad imposizione in tal senso. Naturalmente all'atto della percezione attuale del reddito.

Naturalmente quanto sin qui esposto con salvezza delle assegnazioni in trust in tempi differenti, in ipotesi prima e dopo gli spostamenti di alcuno degli "attori" verso la Confederazione. Questa è l'area di cui la Circolare non si occupa e che peraltro, nell'esperienza di chi scrive, richiederebbe attento studio e buona soluzione poiché è nella natura del trust e nello spirito dei disponenti più evoluti di effettuare più assegnazioni, in tempi e modi diversi. Se questo accade prima e dopo che il disponente stesso o il beneficiario sono immigrati, quale profilo fiscale sarà possibile creare attorno a questa pur frequente fattispecie? Un'ipotesi di lavoro potrebbe essere di ritenere ogni assegnazione un trust in sé, almeno fiscalmente,

ma così ragionando il rischio effettivo è quello di creare molteplici profili fiscali in seno ad un unico patrimonio con un unico disponente ed un unico scopo. Altrimenti ci si può rifare al momento iniziale, ma in tal caso esistono oggettivi spazi d'abuso che ovviamente non è bene esistano.

Del pari, raramente un trust ha un solo beneficiario e spesso si tratta di soggetti domiciliati in giurisdizioni differenti. In questo caso la risposta appare semplice: ognuno avrà il profilo che il paese di residenza ritiene in base alla propria normativa. E sta bene, ma esistono comunque situazioni dubbie di non immediata soluzione.

■ Il contribuente "globalista"

La Confederazione è nota ai contribuenti dei paesi stranieri più benestanti per una singolare opzione fiscale che ha la caratteristica di non calcolare l'imposta sulla sostanza e sul reddito del domiciliato, piuttosto preferendo considerare la sua "capacità di spesa". Si tratta di un metodo del tutto legittimo e sensato di effettuare un'adeguata imposizione fiscale, in particolare su individui i cui patrimoni sono ampi, frammentati nello spazio e nella tipologia e, di conseguenza, di complesso accertamento ed attualizzazione. Si tratta, altresì, di un metodo che non necessariamente si risolve in un vantaggio fiscale per il contribuente, questo molto dipendendo dal suo profilo patrimoniale e reddituale.

Non è questa la sede per disaminare l'imposizione secondo il dispendio come definita dall'art. 14 LIFD(11) e dipoi dalla Circolare AFC n. 9 del 3 dicembre 1993, bastando invece fissare quei riferimenti minimi utilizzati dall'Amministrazione per definire l'imposta.

L'elemento discriminante qui è che non si tratta più della sostanza e del reddito, ma del dispendio (capacità di spesa). Quello essendo il canone di rispetto, il trust, come oggetto patrimoniale e reddituale, in principio non dovrebbe rilevare in alcun modo. In effetti non è proprio così.

Il riferimento di base per il calcolo dell'imposta sul dispendio è la capacità di spesa che, però, è di dif-

Nota:

(11) F. Ghiringhelli, Giornata di studio sulla tassazione globale, Manno, 15 febbraio 2007; M. Bernasconi, La tassazione globale secondo il diritto federale e il diritto cantonale ticinese, Rivista di diritto amministrativo e tributario ticinese, I/95.

ficile quantificazione e, nonostante il dettagliato elenco di spese da considerare nel computo espresso nella Circolare citata, di fatto il riferimento da cui prendere le mosse è la pigione dell'appartamento utilizzato dal contribuente per viverci e, più precisamente, il quintuplo di tale pigione o del valore locativo se l'immobile è in proprietà, comunque ritenuto un minimo di 175.000 Franchi (valore aggiornato annualmente).

In effetti, peraltro, il dispendio può essere superiore a quello così determinato, poiché la determinazione di esso non può prescindere dal cosiddetto "calcolo di controllo", sempre previsto dall'art. 14 LIFD, regolato dalla già citata Circolare dell'AFC e confermato, per lo specifico caso della cosiddetta "globale modificata" dal Tribunale Federale, che non ha mancato di puntualizzare che "anche i redditi esteri possono riflettersi sulla tassazione globale poiché anch'essi concorrono alla capacità di spesa del contribuente".

In pratica l'Amministrazione, nell'effettuare il calcolo di controllo, deve tenere in conto numerosi elementi di tipo reddituale, ma unicamente di fonte svizzera e la casistica è significativamente ampia. Ai nostri fini ci basta di sapere che l'essere o meno titolare di sostanza e/o reddito modifica il risultato del calcolo di controllo e, così, quello dell'imposta che, per inciso, sarà quella più alta tra il risultato in base alla pigione e quello del calcolo di controllo.

In effetti, dunque, un trust e le sue vicende hanno un impatto sulla "globale" che, in casi estremi, potrebbe anche essere decisivo. Intanto, a seconda dell'impostazione dell'AFC in materia di trust, sappiamo che vi sono casi in cui la spoliazione giuridica non è seguita da quella fiscale ed i beni restano nell'area di imponibilità del disponente. In altri, invece, esiste la possibilità che un mero *status* passivo come quello del beneficiario, tutt'al più foriero di qualche reddito, comporti, invece, la traslazione in capo ad esso dell'imponibilità fiscale della sostanza in trust.

Né la Circolare dell'AFC in materia di trust, né, naturalmente, quella di molto precedente in materia di imposta sul dispendio si esprimono in merito, lasciando il campo libero per le ipotesi. Vediamole.

- Disponente di trust revocabile: in questo caso la sostanza si considera non trasferita. Dunque sembrerebbe logico ritenere che il reddito di fonte svizzera generato dal trust venga attratto al calcolo di controllo. Valgono, peraltro, *mutatis mutandis*, le medesime argomentazioni svolte più sopra per l'immigrato

ordinario. Appare improbabile che beni legittimamente passati di mano e regolati con imposta di donazione mentre il disponente era all'estero, in un trust che di fatto non concede al disponente l'accesso ad alcun reale beneficio economico, possano divenire oggetto di calcolo come se ancora nella disponibilità del disponente. Invero il controllo ha lo scopo precipuo di "fotografare" la realtà intorno al candidato globalista, non di effettuare un mero calcolo di potenzialità virtuali. Quest'ultima ipotesi di lavoro appare, del resto, congruente con quella affacciata in sede di trattazione del contribuente ordinario e riconducibile al modello del trust irrevocabile ad interesse fisso come descritto in quel contesto. Va da sé che qui, come sopra, se il trust ha carattere anche privatisticamente revocabile, ogni argomento in senso restrittivo è destinato a cadere.

- Beneficiario di trust revocabile: anche in questo caso si osserva un conflitto di situazioni non compatibili. Se per un verso l'immigrazione del beneficiario di un siffatto trust non ha rilievo fiscale per le ragioni già sopra espresse, per un altro tale soggetto accede di fatto, seppur senza certezza o diritto fermo, a redditi che concorrono a formare la sua capacità di spesa.

- Disponente di trust irrevocabile a interesse fisso. In questo caso i beni si danno per trasferiti all'atto della creazione e, di conseguenza, non hanno alcuna rilevanza in sede di imposizione globale.

- Beneficiario di trust irrevocabile a interesse fisso. Un altro caso piuttosto chiaro in cui la sostanza del trust ed il reddito debbono di certo concorrere alla determinazione della capacità di spesa, ritenuto che i redditi di fonte svizzera dovranno essere presi in considerazione per il calcolo di controllo. Mentre è vero che privatisticamente il beneficiario non ha accesso alla sostanza sino al termine del trust, egli accede comunque al reddito e la sostanza in trust si riflette comunque nelle sue scelte di spesa.

- Disponente di trust irrevocabile discrezionale: è questo il caso della donazione, diremmo virtuale, senza individuazione di un soggetto fiscalmente idoneo a farsi carico della relativa imposizione ed in carenza della sostanza stessa da imporre. Il disponente non ha più alcun controllo o beneficio da quella sostanza ed appare evidente la sua irrilevanza ai fini della imposizione globale.

- Beneficiario di trust irrevocabile discrezionale: qui il termine di riferimento è pianamente fattuale. Un trust con beneficiari discrezionali è un trust in cui

il beneficiario è tale, o persino realizza di essere tale, all'atto della percezione dell'erogazione. Tale reddito, se di fonte svizzera, dovrà essere preso in considerazione per il calcolo di controllo.

■ Conclusioni

La materia è amplissima, i livelli di normazione e regolamentazione sono sempre almeno due, quello federale e quello cantonale, ed il tema molto nuovo e ricco di variabili e declinazioni d'ogni sorta.

L'Amministrazione ha fatto sin qui un ottimo lavoro di impostazione che non è certamente destinato a rimanere opera isolata, ma, al contrario, ed anche grazie all'attiva partecipazione della dottrina e degli operatori, troverà campo fertile per ulteriore approfondimento e definizione.

La soluzione di non riconoscere alcun profilo fiscale al trust risolve molte delle questioni sorte in quelle giurisdizioni che invece hanno inteso definire una personalità contributiva, ma ne solleva alcune invece altrove risolte. Solo la pratica ci dirà quale via abbia risolto più di quanto abbia complicato, ma certamente il pregio migliore della soluzione elvetica è la sua coerenza integrale con il sistema fiscale nel suo complesso.

Lo studio e l'applicazione delle soluzioni proposte dalla Circolare ai casi domestici appaiono vieppiù funzionali ed efficaci, anche laddove di primo acchito fossero apparse non completamente condivisibili. E questa è, tra l'altro, anche la mia personale esperienza come l'ho maturata proprio lavorando su questo testo.

Dal punto di vista pratico ritengo si possano evidenziare tre elementi essenziali che l'operatore dovrà tenere in conto per ottenere un risultato soddisfacente sin d'ora ed a prescindere dall'evoluzione a venire.

La materia è gestita a livello Cantonale e ciascuno ha una sua differente visione delle circostanze e dei profili fiscali applicabili (si pensi all'istituto dell'imposta sul dispendio, ma anche alle aliquote applicabili per il caso di donazione).

L'ufficio Contribuzioni di ogni Cantone ha personale qualificato disponibile a discutere costruttivamente con l'operatore il caso concreto per provvedere ad una soluzione sensata ed accettabile.

Il principio, tutto fiscale, che "la sostanza prevale sulla forma", ovunque sancito a vantaggio dell'Amministrazione Finanziaria, nella Confederazione è

utilizzato anche nell'interesse del contribuente (si pensi ai casi controversi in tema di "globalista", di cui *supra*).

Credo di poter affermare con tranquillità che le problematiche che più complesse si sono rivelate sono quelle legate all'interazione della Confederazione con "il mondo là fuori" e lo scopo di questo lavoro era anche, e forse soprattutto, quello di svolgere proprio quel tema, quello del mondo aperto, del villaggio globale come qualcuno l'ha definito, applicato al tema specifico della fiscalità di un veicolo patrimoniale che, pluricentenario, sta vivendo anni di rinnovato e meritato interesse per la sua capacità di seguire la persona ovunque, andare oltre e proseguire per la sua discendenza. Svolgere quel tema per individuarne in anticipo la morfologia, le caratteristiche e le tonalità, provando a stimolare ipotesi di ragionamento e spunti di soluzione.

Profili tributari dei trust residenti nella Repubblica di San Marino ai sensi della legge n. 38 del 17 maggio 2005 - I parte

di **Emanuela Montanari**

Con la legge 17 marzo 2005, n. 38 il legislatore sammarinese ha voluto completare la regolamentazione dell'istituto del trust anche sotto il profilo tributario.

Il contributo intende illustrare le caratteristiche del regime fiscale dei trust in San Marino, con interessanti spunti di riflessione derivanti dall'osservazione, in parallelo, della disciplina fiscale dei trust approntata dall'ordinamento giuridico italiano.

■ Introduzione

Le legge n. 38 del 17 marzo 2005 disciplina il regime fiscale dei trust istituiti in conformità alle disposizioni contenute nella legge n. 37 del 17 marzo 2005 (entrambe in questa Rivista, 2005, 436) che ha introdotto la disciplina civilistica in materia di trust nell'ordinamento giuridico sammarinese e che costituisce il presupposto della presente regolamentazione tributaria. Il regime tributario sancito dalla norma in esame è applicabile ai trust residenti fiscalmente nel territorio della Repubblica di San Marino.

Il legislatore sammarinese ha promulgato contestualmente una specifica normativa tributaria e una disciplina civilistica in materia di trust al fine di regolare gli effetti fiscali scaturenti dalla stessa e per garantire il perseguimento delle ordinarie esigenze di certezza nei rapporti tra i contribuenti e l'Amministrazione finanziaria ed evitare, al contempo, che la ricchezza prodotta dai beni in trust sfugga all'imposizione(1).

Le principali caratteristiche del regime tributario introdotto dalla legge in commento sono le seguenti:

a) lo specifico regime fiscale agevolato introdot-

to dalla legislazione in esame è applicabile esclusivamente ai trust fiscalmente residenti nel territorio

Emanuela Montanari – Responsabile analisi, studi e ricerche della Banca Agricola Commerciale s.p.a. della Repubblica di San Marino
La seconda parte del contributo sarà pubblicata sul prossimo numero della Rivista

Nota:

(1) Tuttavia, la corretta individuazione dei modelli impositivi applicabili al trust, ai fini delle imposte dirette, era fortemente ostacolata anche dal fatto che il trust è uno strumento piuttosto duttile, che si adatta a diverse esigenze e, quindi, difficilmente riconducibile, *sic et simpliciter*, ad un unico modello impositivo. Proprio per tale motivo, la stessa Amministrazione finanziaria italiana, chiamata ad offrire soluzioni interpretative sulle tematiche in esame, in assenza di uno specifico provvedimento legislativo, ha, in diverse occasioni, dato atto della necessità di tenere conto della peculiarità della singola fattispecie sottoposta alla sua attenzione. Secondo alcuni, è proprio dall'esperienza maturata dall'Amministrazione finanziaria in tema di interpello, che il legislatore in Italia ha poi attinto gli spunti necessari all'introduzione del nuovo regime impositivo del trust, incorrendo, però, nell'errore di "riassumere" la molteplicità delle soluzioni esaminate dalla prassi in due sole categorie giuridiche. Analogamente è accaduto nella Repubblica di San Marino in cui il legislatore ha addirittura risolto la problematica disciplinando un unico regime impositivo applicabile a tutte le fattispecie che si riscontrano nella prassi. Si veda in proposito G. Franski, La disciplina del trust nelle imposte dirette, Riv. dir. trib., 2007, 1, 227, a pp. 227-228. Secondo l'autore, "in questo modo il legislatore ha, da un lato, perso i vantaggi offerti dalla scelta del metodo "casistico", perché ha sacrificato totalmente [...] alla rigida alternativa prefigurata la varietà delle possibili regolamentazioni del trust e, dall'altro lato, non ha potuto nemmeno approfittare delle opportunità derivanti da approcci sistematicamente orientati". Inoltre, si veda il Parere n. 19972/2003 del 24 luglio 2003 della Direzione Regionale dell'Agenzia Entrate Liguria, in questa Rivista, 2005, 298, nella quale si legge: "Esistono svariati rapporti giuridici che sono ricompresi nella nozione di trust e che sono caratterizzati da varianti o peculiarità che prendono le mosse dallo schema base proposto quale premessa a questa risposta. Il regime fiscale del trust non potrà che discendere dall'analisi delle regolamentazioni che caratterizzano il singolo trust, stante la difficoltà a predisporre regole generali valide per tutte le tipologie di trust". Similmente, anche nella recente circolare 48/E del 6 agosto 2007 (a commento delle novità normative introdotte in materia di trust), in questa Rivista, 2007, 630, l'Amministrazione finanziaria ha sottolineato che "il trust è istituto tipico della common law che, per versatilità e flessibilità, si presta alle finalità più ampie. È opportuno considerare che non esiste una specifica tipologia di trust e che, ai fini dell'analisi dei profili civilistici e fiscali, dopo aver individuato i tratti comuni ed essenziali della relativa disciplina occorre cogliere volta per volta, nei casi concreti, le peculiarità dei singoli trust".

della Repubblica di San Marino non esercenti professionalmente attività di impresa, arti o professioni(2).

Si tratta dei trust istituiti in conformità alla legge n. 37 del 17 marzo 2005 che devono, pertanto, essere amministrati da almeno un trustee abilitato all'esercizio dell'ufficio ai sensi della legge menzionata (trustee autorizzato o qualificato), devono essere istituiti attraverso atto pubblico o scrittura privata autenticata e per manifestazione di volontà del disponente. Inoltre devono essere osservati alcuni obblighi imposti a fini di pubblicità per rendere opponibile ai terzi l'atto istitutivo di trust fra cui l'iscrizione dell'estratto dell'atto stesso nel Registro dei trust.

Oltre a ciò lo speciale regime fiscale agevolato si applica ai trust fiscalmente residenti nel territorio della Repubblica di San Marino che non esercitano attività imprenditoriale o libero professionale. Sicché la norma esclude l'applicabilità delle aliquote agevolate ai c. d. "trust commerciali", i quali rientrano nell'ambito di applicazione del regime fiscale ordinario. Non è chiaro, in assenza di precisazioni da parte dell'Amministrazione finanziaria, se la fattispecie ricade nell'alveo degli enti assimilati alle persone giuridiche aventi la sede legale o la sede dell'effettiva direzione nel territorio dello Stato ed assoggettati all'aliquota ordinaria del 17%(3) o nell'ambito delle persone fisiche soggette ad aliquote progressive ed a scaglioni che vanno dal 12% al 50%(4);

b) la legge attribuisce al trust, in relazione alla separazione patrimoniale del *trust fund* e del particolare vincolo di destinazione avente efficacia reale che contraddistingue il patrimonio in trust, la soggettività passiva per i redditi prodotti dai beni oggetto del trust ai fini dell'imposizione diretta(5);

c) l'aliquota dell'imposta che colpisce i redditi prodotti dai beni in trust è attualmente pari al 17% ed è stabilita dall'articolo 12, I comma, lett. b) della legge n. 91 del 13 ottobre 1984 e successive modifiche ed integrazioni(6);

d) gli obblighi di dichiarazione, liquidazione e versamento dell'imposta sui redditi del trust gravano in capo al trustee, il quale è solidalmente responsabile per l'obbligazione tributaria del trust;

e) ai sensi dell'art. 27 della legge n. 37 del 17 marzo 2005 è stato emanato il decreto n. 83 dell'8 giugno 2005 (in questa Rivista, 2006, 453) che definisce le modalità necessarie per la tenuta della contabilità dei fatti amministrativi relativi ai beni in trust. Il predetto decreto prevede che il trustee debba tenere

la contabilità dei fatti amministrativi che interessano i beni in trust attraverso scritture contabili tenute in forma sistematica e secondo norme di ordinaria contabilità, essendo dirette a seguire analiticamente le variazioni intervenute nella consistenza patrimoniale dei beni in trust. Naturalmente ciò deve avvenire separatamente per ogni trust;

f) il reddito imponibile del trust è determinato applicando un coefficiente di redditività all'ammontare complessivo dei proventi e dei frutti, in denaro e in natura, derivanti dai beni in trust, realizzati e percepiti in ciascun periodo di imposta(7). Dunque è previsto un meccanismo di determinazione forfetaria del

Note:

(2) Analizzando la disciplina tributaria dei trust nei sistemi giuridici consuetudinari abbiamo la prova che un approccio generico, una soluzione fiscale univoca non c'è e le soluzioni che i singoli Stati hanno raggiunto sono diverse tra loro poiché risentono dei diversi principi dei singoli sistemi. In proposito, cfr. P. Gaeta, Introduzione ai principali aspetti tributari dei trust interni, S. Buttà (cur.), Introduzione ai trust e profili applicativi, Trusts, Quaderni, n. 2, Milano, 2002, 158. È interessante notare come in Inghilterra il trustee è soggetto fiscalmente responsabile della dichiarazione dei redditi e del pagamento delle imposte, ma naturalmente il reddito in trust viene tassato separatamente per non violare il principio della progressività della tassazione. Inoltre si osserva la tesi espressa da M. Lupoi, Trusts, II ed., Milano, 2001, p. 797, del trustee responsabile di imposta di un patrimonio separato di cui egli non può arricchirsi essendoci una dissociazione fra titolarità della fonte e spettanza dell'incremento patrimoniale. Si veda A. Fedele, Visione d'insieme della problematica interna, in I. Beneventi (cur.), I trust in Italia oggi, Milano, 1996, p. 273, nota 734.

(3) La legge in esame si sovrappone alla legge tributaria sammarinese contenuta nella legge n. 91 del 13 ottobre 1984 e successive modifiche ed integrazioni. Occorre evidenziare che, nonostante l'assenza di un testo unico in materia, il concetto di residenza fiscale è disciplinato all'art. 2 della legge n. 91 del 13 ottobre 1984 (dopo l'ultima modifica attuata con provvedimento n. 66 del 29 maggio 2007) il quale stabilisce, al I comma, che l'imposta generale sui redditi si applica alle persone fisiche, alle persone giuridiche e agli enti ad esse assimilati residenti e non residenti nel territorio dello Stato, nonché alle stabili organizzazioni. Si considerano residenti le persone fisiche che per la maggior parte del periodo di imposta hanno nel territorio dello Stato il domicilio o la residenza mentre si considerano residenti le persone giuridiche e gli enti che hanno la sede legale o la sede dell'effettiva direzione nel territorio dello Stato.

(4) L'art. 10, norma di chiusura, stabilisce che, per quanto non disposto dalla legge, si applicano le norme in materia di prescrizione, accertamento, riscossione e sanzioni amministrative e penali previste per le società e gli enti aventi personalità giuridica fiscalmente residenti nella Repubblica di San Marino. Peraltro, appare maggiormente giustificato uniformare la fattispecie alle regole previste per le persone giuridiche.

(5) Per una esposizione sulla soggettività dei trust, si veda M. Miccinesi, Il reddito dei trust nelle varie tipologie, in questa Rivista, 2000, 309.

(6) "Una delle ragioni per cui l'uso del trust non ha trovato estesa applicazione in Italia deriva dalla non chiara disciplina fiscale applicabile a questo strumento": P. Troiano, L'uso del trust e la nuova disposizione antielusiva di cui all'art. 127 - bis DPR 22 dicembre 1986 n. 917, Controlled foreign corporations (c.f.c.), Boll. trib., n. 14, 2001, 1054.

(7) Anche a titolo di risarcitorio del mancato guadagno.

reddito applicando un coefficiente di redditività del 10% o del 50%(8) ai ricavi incassati dal trustee generati dai beni in trust. Tale regola viene applicata a tutti gli introiti prodotti dai beni in trust, fatta eccezione per i redditi derivanti dai beni immobili ubicati nel territorio della Repubblica di San Marino inclusi nel patrimonio in trust, che sono assoggettati al regime fiscale ordinario ed alle regole di determinazione del reddito previste per le società e gli enti aventi personalità giuridica fiscalmente residenti nel territorio della Repubblica di San Marino, di cui alla legge 13 ottobre 1984, n. 91 e successive modifiche ed integrazioni;

g) la norma, con riferimento agli atti di attribuzione dei beni in trust ai beneficiari, distingue l'ipotesi in cui sia assegnata quella parte dei beni in trust corrispondente al "capitale", dall'ipotesi in cui siano, invece, attribuiti ai beneficiari i "proventi e i frutti" derivanti dai predetti beni. È previsto che gli atti di attribuzione del "capitale"(9) a favore dei beneficiari non scontano alcuna ritenuta alla fonte, mentre quelli mediante i quali sono attribuiti ai beneficiari "proventi o frutti" derivanti dai beni in trust sono suscettibili di essere assoggettati a ritenuta alla fonte da parte del trustee al momento della loro erogazione(10).

■ Presupposti soggettivi. La residenza fiscale

L'ambito soggettivo di applicazione della norma è circoscritto ai trust disciplinati ed istituiti in conformità alle previsioni contenute nella legge n. 37 del 17 marzo 2005 purché fiscalmente residenti nel territorio della Repubblica di San Marino e non esercenti professionalmente attività di impresa o arti o professioni(11).

La legge tributaria non si applica ai trust esteri creati per volontà del disponente e provati per iscritto disciplinati da una legge regolatrice estera, che devono essere riconosciuti e producono effetto nello Stato di San Marino in virtù della legge di ratifica della Convenzione de l'Aja del 1° luglio 1985 sulla legge applicabile ai trust e sul loro riconoscimento. Infatti, l'assenza del trustee autorizzato o qualificato comporta la carenza di un presupposto soggettivo per l'applicazione della norma, ovvero la residenza fiscale(12).

L'art. 2, II comma della legge introduce una regola di presunzione assoluta di residenza in San Marino

dei trust regolati dalla legge civilistica sammarinese, in base alla quale sono considerati fiscalmente residenti i trust amministrati da almeno un trustee autorizzato all'esercizio dell'ufficio ai sensi dell'art. 19 della legge n. 37 del 17 marzo 2005(13).

Con riferimento a detta autorizzazione si precisa che i soggetti abilitati all'esercizio dell'ufficio di trustee nella Repubblica di San Marino sono i soggetti autorizzati dalla Banca Centrale della Repubblica di San Marino ed assoggettati alla vigilanza della medesima Autorità(14). Preme sottolineare che l'autorizzazione può essere rilasciata esclusivamente alle società bancarie, finanziarie e fiduciarie, attualmente già assoggettate a vigilanza da parte della Banca Centrale, la cui compagine sociale sia identificata dall'Autorità di Vigilanza, aventi la sede legale e la sede

Note:

(8) Qualora i proventi ed i frutti derivanti dai beni in trust siano costituiti da utili, dividendi o quote di partecipazione agli utili distribuiti da società o enti fiscalmente residenti o domiciliati in Stati o territori aventi un regime fiscale privilegiato, individuati con il decreto 24 gennaio 2005, n. 2, il coefficiente di redditività è pari al 50%: v. art. 5, II comma della legge n. 38 del 17 marzo 2005.

(9) Con il termine "capitale" si intende qualunque diritto, potere, facoltà o aspettativa suscettibile di valutazione economica (cfr. art. 1, I comma, lett. a)) trasferita al trustee e oggetto di uno specifico trust. Naturalmente nella definizione sono inclusi i beni rivenienti dalla loro trasformazione, permutazione, sostituzione o surrogazione.

(10) Gli atti di attribuzione dei proventi e frutti derivanti dai beni in trust ai beneficiari non fiscalmente residenti non sono assoggettati alla menzionata ritenuta alla fonte nel caso in cui il trustee comunichi all'Amministrazione finanziaria sammarinese le generalità degli effettivi beneficiari economici.

(11) Sul tema della residenza fiscale, si veda M. Montefameglio, La tassazione in capo al trust dei dividendi e delle plusvalenze da *capital gain*, S. Marino, 2007, p. 165. Inoltre, G. Di Nuzzo - M. Marullo, Prime note sulla legge 17 marzo 2005, n. 38, San Marino, 2005, p. 103, recante il regime tributario dei trust regolati dalla legge di San Marino e amministrati da trustee autorizzati.

(12) Per un approfondimento, si veda l'articolo di P. Gaeta, Redditi finanziari del trustee residenti all'estero, in questa Rivista, 2001, 211.

(13) I soggetti non residenti dovranno prestare attenzione alle regole inserite nell'atto istitutivo di trust per evitare che il disponente, il guardiano, il trustee o il beneficiario possano essere considerati nello stato di residenza titolari della soggettività passiva per i redditi prodotti dal trust.

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

dell'amministrazione nella Repubblica di San Marino(15).

Nel caso in cui nessuno tra i beneficiari, il disponente o il guardiano del trust abbia la residenza, il domicilio, la cittadinanza o la sede legale nella Repubblica di San Marino, o se lo scopo non deve ivi attuarsi, è consentito l'esercizio dell'ufficio di trustee in San Marino a banche, società fiduciarie e altre imprese di investimento aventi la sede legale e dell'amministrazione fuori dal territorio della Repubblica (c. d. "trustee qualificati"). Esse devono essere soggette a vigilanza prudenziale, tenute al rispetto delle norme antiriciclaggio, non costituite o amministrate in paesi individuati in un apposito provvedimento dell'Autorità di Vigilanza ed operanti in regime di reciprocità(16). La norma deve necessariamente essere coordinata con l'art. 36 della legge 17 novembre 2005 n. 165, la quale stabilisce che nella Repubblica di San Marino vige il segreto bancario. Non sarebbe possibile il rispetto di tale disposizione attraverso l'utilizzo di un trustee estero benché le figure inerenti il trust siano tutte non fiscalmente residenti(17).

La scelta di introdurre specificatamente per tale istituto un regime presuntivo di determinazione della residenza fiscale del trust ha il pregio di evitare l'applicazione in via analogica di criteri previsti per fattispecie giuridiche e tributarie diverse(18).

A tale proposito la scelta di individuare il trust quale soggetto passivo ai fini dell'imposizione sul reddito potrebbe consentire di annoverare lo stesso, in qualità di patrimonio autonomo, tra i soggetti ammessi a beneficiare delle previsioni contenute nelle convenzioni contro le doppie imposizioni al fine di applicare i predetti trattati ai trust, ottenendo così un riconoscimento anche da parte dell'altro Stato contraente.

Infatti un trust fiscalmente residente nel territorio di San Marino, risultando soggetto passivo ai fini dell'imposta sul reddito, in linea di principio, non dovrebbe essere considerato un soggetto fiscalmente trasparente.

I trust possono dar luogo a problematiche di tassazione transfrontaliera con eventuali fenomeni di doppia imposizione o, all'opposto, di elusione fiscale.

Un trust può realizzare il presupposto impositivo in più Stati quando il *trust fund* sia situato in uno Stato diverso da quello di residenza del trustee e da quello di residenza del disponente e dei beneficiari(19).

Sotto questo profilo la disposizione non è in grado di risolvere alcuni aspetti problematici che po-

trebbero eventualmente interessare un trust amministrato da un trustee autorizzato congiuntamente ad un co-trustee fiscalmente residente in Stati diversi, qualora lo Stato estero di residenza del co-trustee, per

Note:

(15) Ai sensi dell'art. 19, V comma, qualora il trust abbia una pluralità di trustee ed almeno uno di essi sia un trustee autorizzato o qualificato, l'ufficio di co-trustee può essere ricoperto da un soggetto che non abbia le caratteristiche richieste per i soggetti autorizzati o qualificati, incluse le persone fisiche non fiscalmente residenti.

(16) L'Autorità di vigilanza, con circolare attuativa del 25 ottobre 2005, ha evidenziato che non potranno assumere la natura di trustee qualificati, ai sensi di quanto previsto dall'art. 19, IV comma, le imprese di investimento costituite o amministrate in Paesi che non facciano parte né dell'Unione Europea né dell'OCSE. Tuttavia, attualmente, non sono stati stipulati accordi internazionali che consentano alle banche ed alle società finanziarie sammarinesi di svolgere la propria attività caratteristica all'estero. Pertanto non si può ritenere sussistente il requisito della reciprocità e le citate banche ed imprese di investimento con sede nei paesi Ocse o dell'Unione Europea non possono ancora di fatto rivestire la funzione di trustee qualificati.

(17) Per quanto concerne il deposito dei beni in trust l'art. 36 della legge 17 marzo 2005, n. 37 legittima il trustee a depositare gli stessi, con contratto avente forma scritta a pena di nullità, esclusivamente presso banche ed imprese di investimento soggette a vigilanza prudenziale, costituite e amministrate in Paesi non inclusi nel provvedimento della Vigilanza di cui all'articolo 19, IV comma. La norma fa salva espressamente l'ipotesi disciplinata dall'art. 22, III comma, secondo la quale il trustee deve depositare i titoli al portatore presso banche e altri depositari autorizzati alla custodia di valori, soggetti a vigilanza prudenziale e tenuti al rispetto delle norme antiriciclaggio. Attualmente il deposito dei beni in trust può avvenire esclusivamente presso le banche e le società finanziarie e fiduciarie aventi sede nella Repubblica di San Marino.

(18) In Italia la legge 27 dicembre 2006, n. 296 ha impropriamente omologato il concetto di "trust interno" per precisare la nozione di trust "fiscalmente residente", ancorché i punti di contatto siano pochi. La residenza fiscale del trust è individuata secondo i criteri generali utilizzati per fissare la residenza dei soggetti di cui all'art. 73 del Tuir. Essa si presume laddove si verifichi almeno uno dei tre requisiti previsti, per la maggior parte del periodo di imposta, ai sensi del III comma, dell'art. 73 Tuir:

(sede legale nel territorio dello Stato,

(sede dell'amministrazione nel territorio dello Stato,

(oggetto principale dell'attività svolta nel territorio dello Stato.

Essendo pacifico che non si possa correttamente parlare di "sede legale" del trust, per determinare la residenza fiscale soccorreranno, dunque, in via alternativa fra di loro i due criteri residuali di collegamento al territorio dello Stato: la sede dell'amministrazione e l'oggetto principale, tenendo presente che l'alternatività è da intendersi nel senso che la residenza fiscale si presume laddove almeno uno dei due requisiti risulti soddisfatto.

La disposizione si assume evidentemente anche al contrario, cosicché si può sostenere che laddove non si verifichi nessuna delle fattispecie previste dall'art. 73, III comma, il trust non dovrà e non potrà essere considerato fiscalmente residente.

(19) Tenendo presenti le disposizioni italiane in tema di residenza fiscale del trust è possibile determinare la stessa operando con un co-trustee ubicato nel paese prescelto e prevedendo che le deliberazioni dei trustee vengano ivi adottate per dimostrare che l'attività viene esercitata direttamente nel paese in cui risiede il co-trustee. A tale riguardo, la sede dell'amministrazione del trustee e la collocazione fisica dei beni in trust, laddove vi sia solo detenzione, è irrilevante ai fini della determinazione della residenza fiscale (dovendosi avere riguardo all'attività effettivamente esercitata).

proprie regole, tassi il reddito prodotto dai beni in trust, senza che vi sia una convenzione contro le doppie imposizioni che possa evitare la duplicazione(20).

Il caso tipico è rappresentato da un trust avente un trustee autorizzato a San Marino, ivi fiscalmente residente, ed un trustee qualificato o un co-trustee fiscalmente residente in Italia. Sorgono inevitabilmente conflitti in merito all'individuazione della residenza fiscale del trust giacché l'amministrazione fiscale dello Stato in cui risiede fiscalmente il trustee qualificato o il co-trustee potrebbe attrarre a tassazione i redditi del trust considerando il medesimo fiscalmente residente nel proprio territorio(21).

Alla luce di tali considerazioni, al fine di assicurare la necessaria certezza nell'ambito dei rapporti giuridici suscettibili di scaturire da un trust, si sottolinea l'opportunità di prevedere espressamente nelle convenzioni contro le doppie imposizioni stipulate fra San Marino e gli Stati esteri che l'istituto del trust rientra fra i soggetti a cui si applica la Convenzione medesima(22).

La Convenzione Italia – San Marino contro le doppie imposizioni firmata a Roma il 21 marzo 2002 non è ancora entrata in vigore mancando a tutt'oggi la ratifica e, quindi, non vi è possibilità di applicare norme diverse da quelle stabilite dal diritto interno(23). Per di più tale Convenzione non prevede espressamente che il termine "persona", definito nell'articolo 3, I comma, lett. d), comprenda anche i trust(24).

Si precisa che sono in corso accordi fra Italia e San Marino aventi ad oggetto un testo inerente lo scambio di informazioni fra i due Paesi al fine di introdurre la Repubblica nei paesi inclusi nella "white list". Potrebbe rappresentare una modifica all'art. 26 del modello OCSE oppure un semplice "Accordo amministrativo".

A tale proposito si osserva che San Marino ha già sottoscritto convenzioni bilaterali contro le doppie imposizioni con alcuni Stati esteri, fra cui Austria, Belgio, Croazia, Lussemburgo, Malta e Romania(25). Esse si applicano ai soggetti residenti in entrambi gli Stati contraenti che, in qualità di soggetti passivi di imposta, subiscono una doppia imposizione internazionale.

Tutte le convenzioni sottoscritte dalla Repubblica di San Marino e già in vigore, fatta eccezione per quella firmata con la Croazia, comprendono espressamente i trust tra le persone cui si applica la Convenzione(26).

In generale il trust, in base all'articolo 4, III com-

Note:

(20) In tema di residenza del trust e dei trattamenti convenzionali, si vedano: C. Sacchetto, Brevi note sui trusts e le convenzioni bilaterali contro le doppie imposizioni sul reddito, in questa Rivista, 2000, 64; G. Marino, La residenza fiscale del trust, ivi, 72; G. Corasaniti, Il modello OCSE di convenzione bilaterale contro la doppia imposizione ed i trusts, in Aa. Vv., Corso di diritto tributario internazionale, Padova, 2002, p. 445.

(21) La Convenzione contro le doppie imposizioni italo-sammarinese sottoscritta a Roma il 21 marzo 2002, e non ancora ratificata, non include espressamente i trust tra i soggetti che possono beneficiare delle previsioni convenzionali.

(22) Per un interessante approfondimento sulla possibilità di comprendere i trust nella nozione di "persone residenti" che rientrano tra i soggetti a cui si applicano le convenzioni, si possono consultare gli scritti di G. Corasaniti, Il modello OCSE di convenzione bilaterale contro la doppia imposizione ed i trusts, in Aa. Vv., Corso di diritto tributario internazionale [supra, nota 20], p. 445.

(23) Il Testo Unico delle Imposte sui Redditi italiano di cui al D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 e il D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, norma di accertamento, che disciplina il prelievo alla fonte attraverso le ritenute fiscali. Si osserva che con la modifica del III comma dell'art. 73 del Tuir attuata con la legge 27 dicembre 2006, n. 296 sono state introdotte disposizioni antielusive che implicano una presunzione relativa di residenza, attraendo in Italia trust non residenti. Tale presunzione ammette la prova contraria a carico del contribuente che ha la possibilità di dimostrare l'effettiva residenza fiscale del trust all'estero. Sussistono due casi di attrazione della residenza del trust in Italia:

a) si considerano residenti nel territorio dello Stato, salvo prova contraria, i trust istituiti in Paesi non inclusi nella c.d. "white list" che non consentono lo scambio di informazioni, qualora almeno uno dei disponenti ed almeno uno dei beneficiari siano fiscalmente residenti nel territorio dello Stato italiano; non è necessario che la residenza fiscale si sia verificata per entrambi i soggetti nello stesso periodo di imposta;

b) qualora il disponente residente in Italia trasferisce a favore del trust la proprietà di beni immobili o diritti reali immobiliari, l'ubicazione degli immobili in Italia crea il collegamento territoriale e giustifica la residenza in Italia.

(24) Si potrebbe attuare tale modifica attraverso un protocollo aggiuntivo della Convenzione che contenga una nuova formulazione della definizione di "persona" contenuta nell'art. 3, prendendo come riferimento il testo della Convenzione firmata fra San Marino e Austria, all'art. 3, I comma, lett. a).

(25) Si osserva che alcuni paesi con cui San Marino ha sottoscritto la Convenzione contro le doppie imposizioni sono inclusi nella c.d. "white list". Inoltre la Convenzione sottoscritta fra San Marino e Romania non è ancora entrata in vigore anche se è già stata ratificata dalla Repubblica di San Marino.

(26) L'accordo stipulato con il Lussemburgo, nel Protocollo, al II comma, stabilisce che "con riguardo al paragrafo 1, lett. d) dell'art. 3, a San Marino un trust è considerato persona giuridica ai fini fiscali quando e solo nella misura in cui detto trust è soggetto all'imposta sul reddito sammarinese". Analoga definizione sussiste nel protocollo all'accordo sottoscritto con il Belgio. Per quanto riguarda Malta il medesimo contenuto del Protocollo, al I comma, fa riferimento al par. 1, lett. e), art. 3. Maggiore dettaglio è presente nel testo della Convenzione firmata fra Austria e San Marino la quale prevede espressamente, all'art. 3, I comma, lett. a), che "il termine persona comprende una persona fisica, una società, un trust ed ogni altra associazione di persone". Inoltre l'art. 4, in tema di residenza, stabilisce che: "Nel caso di redditi realizzati o pagati da un trust tale espressione si applica solo nei limiti in cui il reddito derivante da tale trust è imponibile in detto stato in capo a detto soggetto ovvero in capo ai propri beneficiari".

ma, modello OCSE è incluso nella nozione di “una persona diversa da una persona fisica”.

Gli accordi sottoscritti dalla Repubblica di San Marino con Lussemburgo, Malta e Belgio prevedono espressamente che il trust sia considerato alla stregua delle persone giuridiche. Tale impostazione deriva dalla nozione fornita dalla legislazione fiscale interna in materia che annovera i trust, ai fini fiscali, fra le società e gli enti aventi personalità giuridica (art. 10, legge 17 marzo 2005, n. 38). Invece, il trattato che regola i rapporti bilaterali con l’Austria prevede fra le persone che possono beneficiare della convenzione anche i trust. Tuttavia, i redditi prodotti dal trust, assimilati a quelli delle società di persone, costituiscono reddito imponibile sia in capo ai trust stessi, sia in capo ai beneficiari, a seconda della legislazione fiscale del paese di residenza.

■ La soggettività passiva del trust

L’art. 3 della legge n. 38 del 17 marzo 2005 attribuisce al trust la soggettività passiva dell’imposta sui redditi determinati dai beni in trust⁽²⁷⁾.

A questo proposito si osserva che il legislatore, in merito alla scelta del soggetto passivo ai fini dell’imposizione sul reddito, ha adottato una norma rigida ed inderogabile al fine di evitare che la flessibilità dell’istituto potesse condurre ad eludere il pagamento delle imposte allocando i redditi sul soggetto più adatto a riceverli⁽²⁸⁾.

Benché il trustee sia il soggetto titolare dei beni in trust, egli non può essere considerato l’effettivo beneficiario economico dei redditi prodotti dal *trust fund* giacché tali beni non rappresentano parte del suo patrimonio personale costituendo, per contro, un patrimonio autonomo.

La scelta del legislatore sammarinese, consistente nell’attribuzione al trust della soggettività passiva ai fini dell’imposizione sul reddito, introduce una disciplina fiscale semplice e di generale applicazione, indipendente dalle previsioni contenute nell’atto istitutivo (trust revocabile o irrevocabile, trust discrezionale o non discrezionale nell’attribuzione ai beneficiari dei beni in trust o dei proventi da questi derivanti)⁽²⁹⁾.

La scelta è fondata sull’esigenza di garantire un’immediata individualità del soggetto passivo di tali redditi senza lasciare spazio all’incertezza. I soggetti autorizzati all’esercizio dell’ufficio di trustee non risulteranno gravati dall’onere di decidere, in base al-

le caratteristiche intrinseche del singolo atto istitutivo di trust, se incidere direttamente i beni in trust con il prelievo sui redditi o se riconoscere l’obbliga-

Note:

(27) Il tema delle modalità di tassazione dei redditi provenienti dai beni destinati al trust ha da tempo suscitato un vivace dibattito in Italia fra gli interpreti del diritto tributario, i quali, prima della modifica del Testo Unico delle Imposte sui Redditi attuata con l’art. 1, LXXIV comma, L. 27 dicembre 2006, n. 296, applicato con decorrenza dal 1° gennaio 2007, non potendo fare riferimento a specifici dati normativi, hanno elaborato diverse ricostruzioni fondate, principalmente, sui principi generali dell’ordinamento tributario, nonché sull’analisi dei modelli impositivi operanti con riferimento a strumenti “vicini” al trust. Il ricordato dibattito dottrinale era, essenzialmente, focalizzato sull’alternativa se tassare detto reddito in capo al trust, così attribuendogli autonoma soggettività tributaria in quanto patrimonio autonomo, separato rispetto al patrimonio del trustee; in capo al trustee, in quanto titolare di beni; in capo ai beneficiari finali in presenza di determinate previsioni dell’atto istitutivo riguardanti l’attribuzione del reddito, seguendo un criterio simile a quello della c.d. “tassazione per trasparenza”, ovvero in capo al medesimo disponente che ha effettuato la dotazione patrimoniale qualora si fosse riservato il diritto di revocare il trust. Si veda, in proposito, in ordine strettamente alfabetico, fra gli altri: A. Contrino – R. Lupi, Riforma IRES e trust; la maggiore realtà e la patrimonializzazione come ulteriori argomenti per la soggettività definitiva del trust, *Dial. dir. trib.*, 2004, 579; A. Fedele, Visione d’insieme della problematica interna *[supra]*, nota 2], a p. 273; V. Ficari, Il trust nelle imposte dirette (Irpeg ed Irap): un articolato modulo contrattuale oppure un autonomo soggetto passivo?, *Boll. trib.*, 2000, 529; F. Gallo, Trust, interposizione ed elusione fiscale, in I. Beneventi (cur.), *I trust in Italia oggi [supra]*, nota 2], 292; A. Giovannini, Problematiche fiscali del trust, *Boll. trib.*, 2001, 1125; P. Laroma Jazzi, Separazione patrimoniale ed imposizione sul reddito, Milano, 2006; R. Lupi, La tassazione dei redditi del trust, in I. Beneventi (cur.), *I trust in Italia oggi [supra]*, nota 2], 330; M. Miccinesi, Il reddito del trust nelle varie tipologie, in questa Rivista, 2000, 309; S. Puoti, La tassazione dei redditi dei trusts, in I. Beneventi (cur.), *I trust in Italia oggi [supra]*, nota 2], 322; A. Salvati, Profili fiscali del trust, Milano, 2004; D. Stevanato – R. Lupi, Il regime di trasparenza per i trust interni “non discrezionali”, *Dial. dir. trib.*, 2004, 1391; D. Stevanato, Trust e imposte sui redditi: un regime fiscale “à la carte”, *Dial. dir. trib.*, 2004, 1391; S. Tundo, Implicazioni di diritto tributario connesse al riconoscimento del “trust”, *Dir. prat. trib.*, 1993, 1285; G. Zizzo, Note minime in tema di trust e soggettività tributaria, *Fisco*, 2003, 12398.

(28) G. Sepio, Il trust come soggetto d’imposta e i criteri per la tassazione diretta dei beneficiari, *Dial. dir. trib.*, 2007.

(29) Per approfondire il tema del polimorfismo e dei trust “amorfi”, si consulti M. Lupoi, *Trusts [supra]*, nota 2], cap. VI. Inoltre uno dei maggiori tributaristi italiani, il professore Raffaello Lupi, Ordinario di diritto tributario nell’Università di Roma, commentando la natura poliedrica dei trust, in occasione del I Congresso Nazionale dell’Associazione “Il trust in Italia” svoltosi in Roma il 19-20 novembre 1999, dal titolo “Liberalità e trust: aspetti tributari”, ha affermato che: “parlare di regime tributario del trust può essere come parlare del regime tributario del negozio giuridico o della compravendita”. Il trust è, infatti, un istituto multiforme, che assume rilevanza tributaria diversa a seconda degli aspetti patrimoniali che con esso di volta in volta vengono perseguiti. La relazione continua dicendo: “[...] il trust non è una figura unica, ma piuttosto un arcipelago, e sarebbe conseguentemente più opportuno parlare di trusts, se almeno non fosse così difficile far sentire la consonante “s” alla fine della parola. Anche sotto il profilo tributario esiste un arcipelago di trusts, alcuni dei quali possono già inquadrarsi nelle norme in vigore: queste differenziazioni possono però dipendere da profili squisitamente tributari, come l’attività svolta dal trustee nell’esercizio di questa sua qualità (trustee impresa), nel tipo di bene attribuito, nel regime fiscale previsto per i relativi proventi”.

zione tributaria come un onere posto a carico del disponente o dei beneficiari(30).

L'attribuzione della soggettività passiva al trust ai fini dell'imposizione sul reddito nasce dall'esigenza di dotare la Repubblica di San Marino di una pretesa erariale certa e facilmente determinabile rispetto al reddito derivante dal patrimonio in trust e soprattutto atteso che i beneficiari del trust potrebbero non essere fiscalmente residenti nel territorio con il rischio che i redditi prodotti dal patrimonio in trust possano sfuggire all'imposizione sul reddito(31).

L'articolo 3, III comma, della legge n. 38 del 17 marzo 2005, dopo aver attribuito la soggettività passiva dell'imposta sui redditi prodotti dai beni in trust al trust stesso, stabilisce, per tutelare maggiormente la pretesa erariale, che, in ogni caso, gravano in capo al trustee:

- gli obblighi di dichiarazione, liquidazione e versamento dell'imposta sui redditi dei trust. Tale disposizione va letta unitamente all'art. 8, I comma, della legge in commento, il quale prevede che il trustee ha l'obbligo di presentare la dichiarazione dei redditi di ogni trust di cui ricopre l'ufficio di trustee entro cinque mesi dalla chiusura di ciascun periodo di imposta(32) e contestualmente deve provvedere al versamento dell'imposta sul reddito del trust liquidata in conformità alle previsioni della legge(33);

- una responsabilità solidale per l'obbligazione tributaria del trust.

Per concludere l'esame dell'art. 3 della legge in commento si osserva che il II comma dispone che l'aliquota dell'imposta sui redditi del trust sia quella prevista dall'art. 12, I comma, della legge 13 ottobre 1984, n. 91 e successive modifiche ed integrazioni, pari attualmente al 17%(34).

■ Profili civilistici e fiscali inerenti alla rendicontazione della situazione patrimoniale, finanziaria e reddituale del trust e la valutazione dei beni in trust

Per determinare l'ambito oggettivo di applicazione della legge n. 38 del 17 marzo 2005, segnatamente per determinare il reddito imponibile del trust, ai

Note:

(30) Alcune legislazioni fiscali di Stati esteri prevedono che i redditi prodotti da un trust revocabile siano imputati direttamente in capo al disponente mentre i redditi con interessi beneficiari fissi (*Fixed trust*), ossia un

trust nel quale i beneficiari del reddito sono determinati in modo preciso e risultano destinatari di erogazioni di denaro prestabilite, siano imputati direttamente in capo a tali beneficiari.

Al contrario, in caso di trust "nudo" (*Bare trust*), caratterizzato dall'assenza di qualsivoglia potere gestorio in capo al trustee (*Voting trust*), fiscalmente equiparato al mandato, i redditi prodotti dai beni in trust sono imputati direttamente in capo al soggetto in favore del quale il trustee detiene in modo esclusivo i predetti beni.

Ci sono poi trust disciplinati con regole particolari; a titolo esemplificativo:

a) trust validi secondo la legge di riferimento ma revocabili dal disponente e dai beneficiari che normalmente l'Amministrazione finanziaria interpreta assimilandoli al mandato fiduciario,

b) trust che, in aderenza al principio di cui all'art. 2, III comma, della Convenzione de l'Aja sui trust, possono implicare che la soggettività passiva resti in capo al disponente qualora quest'ultimo conservi alcuni diritti e facoltà o il trustee abbia alcuni diritti in qualità di beneficiario, fenomeni non necessariamente incompatibili con l'esistenza del trust,

c) trust i cui beni non producono redditi tassabili e trust di nuda proprietà o beni i cui redditi sono tassati alla fonte a titolo di imposta,

d) trust commerciali che non interferiscono sulla disciplina fiscale.

(31) L'opinione consolidata è che la disponibilità materiale di un reddito non basta per essere considerati titolari di capacità contributiva così come, in via di principio, sono irrilevanti gli atti gratuiti di disposizione una volta che la ricchezza attribuita è già sottoposta a tassazione salvo che non sia lo stesso atto di trasferimento a costituire nuova ricchezza. Viceversa ciò che rileva ai fini della corretta individuazione del soggetto passivo d'imposta è il potere di destinazione del reddito che rappresenta un'espressione del complesso dei poteri e delle facoltà correlati alle relazioni giuridiche inerenti alla fonte ed appartenenti alla sfera della circolazione dei redditi. Si veda, in proposito, F. Paparella, *Possesso di redditi ed interposizione fittizia*, Milano, 2001, nell'ambito della collana diretta da G. Falsitta e A. Fantozzi, *L'ordinamento tributario italiano*, cap. IV, che a sua volta richiama A. Fedele, "Possesso" di redditi, capacità contributiva ed incostituzionalità del cumulo, *Giur. Cost.*, 1976, 2165, a p. 2175 e M. Ticinesi, *L'imposizione sui redditi*, p. 96, P. Lovisolo, *Possesso di reddito ed interposizione di persona*, *Dir. prat. trib.*, 1993, 1665.

(32) Secondo le definizioni di cui all'art. 1, I comma per periodo di imposta si intende ciascun anno solare, ovvero, se diverso, ciascun periodo di amministrazione del trust di durata non superiore a 12 mesi.

(33) Oltre a ciò la norma deve essere coordinata con l'art. 3 del decreto 8 giugno 2005, n. 84, *Formalità e comunicazione all'Amministrazione finanziaria in ordine al reddito prodotto dal trust*, il quale prevede che la dichiarazione dei redditi prodotti dal trust va presentata all'ufficio tributario entro il 31 maggio dell'anno successivo al periodo di imposta dichiarato, contestualmente alla quietanza di versamento delle imposte dovute per il relativo periodo di imposta. Si osserva che il termine previsto è analogo a quello vigente per le persone fisiche, mentre la norma di chiusura della legge fiscale prevede una assimilazione alle società ed agli enti dotati di personalità giuridica fiscalmente residenti nel territorio dello Stato, per quanto non disposto espressamente dalla norma (cfr. art. 10 legge 17 marzo 2005, n. 38).

(34) Si precisa che la norma fa riferimento al I comma dell'art. 12, che, alla lettera a), stabilisce le aliquote progressive e per scaglioni vigenti per le persone fisiche ed indicate nella tabella allegata (che vanno dal 12% al 50%), alla lettera b) l'aliquota proporzionale del 17% applicabile al reddito derivante dall'attività di impresa, dalle società e dagli enti assimilati obbligati alla compilazione del bilancio d'esercizio ovvero qualora nel corso dell'anno abbiano conseguito ricavi di importo superiore a Euro 800.000,00 e, alla lettera c), la tassazione del reddito di lavoro autonomo, delle imprese maggiori, dei soggetti che hanno optato per la forfetizzazione del reddito e delle imprese minori, assoggettata all'aliquota proporzionale del 17%. Si sottolinea la lacuna della legge, che dovrebbe indicare espressamente la lettera b), I comma dell'art. 12 per desumere l'applicazione dell'aliquota proporzionale in luogo di quella progressiva e per scaglioni di cui alla lettera a) del citato articolo.

sensi dell'art. 5 della legge in commento, nonché per la determinazione dell'obbligazione tributaria del trust, ai sensi dell'art. 3 della predetta legge, l'articolo 4 del provvedimento in questione attribuisce al trustee l'obbligo di tenere, separatamente per ogni trust, la contabilità dei fatti amministrativi che interessano i beni in trust, in forma sistematica e secondo norme di ordinaria contabilità, così da seguire analiticamente le variazioni intervenute nella consistenza di tali beni.

Inoltre gli obblighi di ordine civilistico imposti dal decreto 8 giugno 2005, n. 83, emanato ai sensi dell'art. 27, I comma della legge n. 37 del 17 marzo 2005, riprendono quelli previsti dalla legge in materia fiscale.

L'art. 4 della legge dispone poi, con riferimento alla contabilizzazione dei proventi e frutti derivanti dai beni in trust, che il trustee rediga:

1) l'inventario dei beni in trust in modo da distinguere il capitale – ossia i beni ed i diritti trasferiti al trustee, quale trustee di uno specifico trust, nonché ogni loro trasformazione, permutazione, sostituzione, surrogazione – rispetto ai proventi e ai frutti realizzati e percepiti in ciascun periodo di imposta;

2) una relazione scritta contenente il riepilogo della consistenza e della composizione dei beni in trust ai sensi dell'art. 12 della legge n. 37 del 17 marzo 2005 costituiti da qualsiasi bene di cui il trustee diviene titolare nell'esercizio del proprio ufficio, ivi inclusi i beni⁽³⁵⁾ originariamente conferiti dal disponente, quelli successivamente devoluti da chiunque abbia interesse ad aggiungere beni in trust, oltre a quelli derivanti dalle operazioni di investimento e disinvestimento poste in essere dal trustee nonché dai proventi e frutti prodotti dai suddetti beni;

3) un prospetto riepilogativo dei predetti proventi e frutti realizzati e incassati dal trust in ciascun periodo di imposta.

L'inventario e la relazione devono essere redatti, per la prima volta, alla data in cui il trust inizia ad avere effetto, ovvero dal momento in cui il trustee diviene titolare dei beni in trust⁽³⁶⁾ e successivamente alla data di chiusura di ciascun periodo di imposta⁽³⁷⁾. Oltre a ciò tali documenti, redatti nei periodi di imposta successivi al primo, devono dare evidenza degli eventi realizzativi e modificativi di valore che hanno interessato i predetti beni⁽³⁸⁾.

Infine l'inventario periodico e il prospetto riepilo-

logativo dei proventi e frutti realizzati e incassati⁽³⁹⁾ dal trust devono essere redatti e sottoscritti dal trustee entro cinque mesi dalla data di chiusura di ciascun periodo di imposta.

I profili civilistici e contabili in materia di trust sono integrati dal decreto 8 giugno 2005, n. 83, emanato in base ad una espressa delega legislativa contenuta nel I comma dell'art. 27 della legge n. 37 del 17 marzo 2005. Esso reca le modalità di tenuta della contabilità dei fatti amministrativi relativi ai beni in trust e le regole secondo cui determinare il valore equo corrente dei beni in trust creando, nella sostanza, una sorta di coordinamento fra la disciplina civilistica e quella fiscale.

All'art. 1, II comma, il citato decreto stabilisce che il trustee deve redigere l'inventario rappresentando distintamente le attività e le passività del trust e indicando separatamente:

a) il valore⁽⁴⁰⁾ attribuibile ai beni in trust alla data in cui il trustee ne diviene titolare per effetto di atti di acquisto non a titolo oneroso;

b) i differenziali netti di valore successivamente maturati ma non realizzati sui beni in trust;

c) i differenziali netti di valore successivamente realizzati sui beni in trust;

d) i proventi e i frutti derivanti dai beni in trust, anche a titolo risarcitorio del mancato guadagno.

Ai sensi del III comma del citato art. 1, il trustee, al fine di inserire i predetti dati nell'inventario, deve tenere, per ciascuno dei beni in trust, ovvero per ciascuna categoria omogenea per natura e per valore in

Note:

(35) Ovvero qualunque diritto, potere, facoltà o aspettativa suscettibile di valutazione economica, così come descritto nell'art. 1, I comma, lett. c) della legge 17 marzo 2005, n. 38.

(36) Cfr. art. 10 della legge 17 marzo 2005, n. 37.

(37) I primi interpreti (F. Di Maio, Commento all'art. 27, in trust: le leggi della Repubblica di San Marino, in "Fiducia e trust", n. 2/2005, 121) ritengono che la specificazione che la contabilità sia annuale e che l'annotazione debba avvenire entro l'ultimo giorno del mese di marzo di ciascun anno porta alla conclusione che non vi sia alcun obbligo di annotazione infrannuale inerente ai beni in trust. Dei risultati della contabilità e delle relative annotazioni deve essere data notizia nel libro degli eventi.

(38) L'inventario fornisce una rappresentazione statica dei beni in trust, mentre la relazione enuncia le ragioni dell'evoluzione della composizione dei beni in trust rendendo intelligibili le dinamiche decisionali del trustee.

(39) Il trust viene tassato secondo il principio di cassa.

(40) Vedi art. 2 decreto 8 giugno 2005, n. 83.

cui gli stessi fossero classificabili, una scheda riepilogativa riportante il valore agli stessi attribuibile all'atto dell'eventuale acquisto non a titolo oneroso, ossia quando i predetti beni sono stati trasferiti al trustee a titolo di trust, nonché:

a) i differenziali netti di valore successivamente maturati ma non realizzati;

b) ovvero, in caso di successivo realizzo, i differenziali netti di valore effettivamente conseguiti.

Dall'analisi dei profili civilistici e contabili adottati per la redazione della situazione patrimoniale, finanziaria ed economica del *trust fund* emerge la notevole rilevanza dei criteri di valutazione dei beni in trust sia all'atto dell'acquisto originario da parte del trustee, sia successivamente, in sede di rilevazione delle plusvalenze o delle minusvalenze derivanti dalla valutazione del suddetto patrimonio, maturate ma non ancora realizzate.

L'art. 2 del decreto disciplina le modalità secondo cui devono essere valutati i beni in trust disponendo che detto valore è determinato, relativamente alle attività (I comma), in base al loro equo valore corrente ovvero:

1) per le azioni, le obbligazioni e le altre attività finanziarie negoziate in mercati regolamentati, in base alla media aritmetica dei prezzi rilevati nell'ultimo mese solare antecedente la data di riferimento;

2) per le altre azioni, quote di società non azionarie, titoli o quote di partecipazione al capitale di enti diversi dalle società, in proporzione al valore del capitale economico della società o dell'ente, ovvero, per le società o enti di nuova costituzione, al valore economico complessivo dei conferimenti; tali valori economici sono determinati sulla base del prudente apprezzamento del trustee, ovvero sulla base di una relazione di stima asseverata, redatta su istanza del trustee, da un dottore commercialista o da un ragioniere e perito commerciale iscritti negli appositi albi, ovvero da altro soggetto iscritto nel registro dei revisori contabili, ivi comprese le società di revisione e certificazione di bilancio;

3) per le obbligazioni e le altre attività finanziarie diverse da quelle indicate nei precedenti punti 1) e 2), in via comparativa rispetto al valore normale delle attività finanziarie aventi analoghe caratteristiche negoziate in mercati regolamentati e, in mancanza, in base ad altri elementi determinabili in modo oggettivo;

4) per i beni diversi da quelli indicati nei precedenti punti 1), 2) e 3) e per i servizi, sulla base del

prezzo o corrispettivo mediamente praticato per i beni e i servizi della stessa specie o similari, in condizioni di libera concorrenza e al medesimo stadio di commercializzazione, nel tempo e nel luogo in cui i beni o servizi sono stati acquisiti o prestati, e, in mancanza, nel tempo e nel luogo più prossimi, ovvero, qualora non fossero rinvenibili tali elementi oggettivi, sulla base del prudente apprezzamento del trustee, ovvero sulla base di una relazione di stima asseverata, redatta su istanza del trustee, da un dottore commercialista o da un ragioniere e perito commerciale iscritti negli appositi albi, ovvero da altro soggetto iscritto nel registro dei revisori contabili, ivi comprese le società di revisione e certificazione di bilancio.

Relativamente alle passività, la norma (II comma) prevede che debbano essere valutate:

1) le passività certe nell'esistenza e nell'ammontare, sulla base del relativo valore nominale;

2) le passività incerte nell'esistenza o nell'ammontare, sulla base del valore di probabile manifestazione derivante dal prudente apprezzamento del trustee, ovvero risultante da relazione di stima asseverata, redatta su istanza del trustee, da un dottore commercialista o da un ragioniere e perito commerciale iscritti negli appositi albi, ovvero da altro soggetto iscritto nel registro dei revisori contabili, ivi comprese le società di revisione e certificazione di bilancio.

■ La determinazione forfetaria del reddito

Ai fini della tutela della pretesa erariale gli adempimenti tributari sono posti in capo al trustee, il quale è responsabile solidalmente per l'obbligazione tributaria del trust(41).

Si osserva che l'imposizione diretta in capo al trust avviene in base al principio di cassa ed in modo definitivo con l'aliquota complessiva dell'1,7%. Il reddito imponibile è costituito dai proventi e

Nota:

(41) Tra i tanti interventi segnaliamo, in ordine cronologico, in tema di soggettività tributaria dei trust, M. Miccinesi, Il reddito del trust nelle varie tipologie [*supra*, nota 27], a p. 309; M. Lupoi, Trusts [*supra*, nota 2], p. 788 s.; e, per una visione d'insieme, S. Marchese, Trusts e imposizione sul reddito: alcune riflessioni, in questa Rivista, 2001, 5. Inoltre, P. Gaeta, Introduzione ai principali aspetti tributari dei trust interni [*supra*, nota 2]. Ancora, M. Bastianelli, Profili tributari dei trust interni discrezionali, in questa Rivista, 2006, 385 e P. Rotondo – A. Rotondo, Profili impositivi del trust, ivi, 393.

frutti derivanti dai beni in trust, in denaro e natura, anche a titolo risarcitorio, fatta eccezione per i frutti derivanti dai beni immobili situati nel territorio di San Marino, inclusi tra i beni in trust, ai quali si applica il regime ordinario di tassazione previsto per le società e gli enti aventi personalità giuridica ivi fiscalmente residenti. Tale scelta è dettata dall'esigenza di evitare che la disciplina di favore prevista per i trust fiscalmente residenti, operante per i proventi suscettibili di essere stati assoggettati a tassazione al momento della produzione, possa essere estesa a proventi che non scontano alcuna precedente tassazione.

La legge introduce un regime di determinazione forfetaria del reddito del trust nell'intento di contenere i fenomeni di doppia imposizione economica: è previsto un coefficiente di redditività, pari al 10%, da applicare ai proventi e frutti dei beni in trust realizzati e percepiti in ciascun periodo di imposta nella considerazione che gli stessi sono suscettibili di essere già stati assoggettati a tassazione al momento della produzione. Il meccanismo della determinazione forfetaria non consente la deduzione analitica di alcun onere di produzione del reddito(42). La norma non prevede un diverso coefficiente per i redditi da interessi, *capital-gains* o redditi diversi di natura finanziaria, la cui base imponibile si desume resti sempre pari al 10%.

Giacché i fenomeni di doppia imposizione risulterebbero esigui, laddove i proventi derivanti dai beni in trust fossero costituiti da utili o dividendi distribuiti da società o enti residenti in Stati aventi un regime fiscale privilegiato, è previsto, in tali ipotesi, un coefficiente di redditività più elevato, pari al 50%(43).

I trust sono, pertanto, qualificati enti non commerciali ed assimilandoli alle persone giuridiche si deduce che sono soggetti c.d. lordisti, ossia percepiscono redditi di capitale o diversi di natura finanziaria al lordo dell'imposizione.

Ciò configura un omogeneo trattamento rispetto ai redditi di fonte estera per i quali è espressamente previsto all'art. 6 il riconoscimento di un credito di imposta per le imposte assolte all'estero a titolo definitivo.

■ Il credito di imposta per i redditi prodotti all'estero

L'effetto di dare certezza alla pretesa erariale, che

ha indotto il legislatore sammarinese a promulgare una legislazione fiscale rigida e inderogabile volta ad evitare che la flessibilità dell'istituto conducesse ad eludere il pagamento delle imposte, comporta anche l'esclusione di alcuni rapporti dall'ambito di applicazione della norma.

A titolo esemplificativo i trust con caratteri simili al mandato (trust nudi o *bare trust* o *grantor trust* in USA) in cui il gestore del patrimonio affidato (trustee) ha un ruolo simile, dal punto di vista tributario, al mandatario senza rappresentanza(44), rientrano nella fattispecie dei trust fiscalmente residenti nel territorio della Repubblica di San Marino poiché nulla è espressamente previsto nella disposizione per tale categoria di trust.

I trust fiscalmente paragonabili al mandato potrebbero comportare dapprima la tassazione per trasparenza dei redditi in capo al soggetto fiduciante(45), mandante non residente, nel paese estero, poi in capo al trust in maniera definitiva, in San Marino, e poi ancora in capo al beneficiario in ipotesi di applicazione, da parte del trustee sammarinese, della ritenuta a titolo di imposta del 15% (in base alle previsioni dell'art. 7) sui proventi e frutti derivanti dai beni in trust pagati ai beneficiari del reddito, esclusi i beneficiari del capitale ai quali non è prevista l'applicazione della ritenuta d'imposta.

Inoltre, nell'ipotesi in cui non avvenga l'assimilazione al mandato fiduciario ed i beneficiari del tru-

Note:

(42) L'art. 5 sembra escludere la possibilità di dedurre dalla base imponibile forfetaria, calcolata in base ai proventi derivanti dai beni in trust, le minusvalenze o perdite subite nel periodo di imposta scontando una tassazione dell'1,7% anche qualora non vengano effettivamente prodotti redditi.

(43) Si tratta degli stati o territori individuati dal decreto reggenziale 24 gennaio 2005, n. 2 il quale dispone che si considerano Stati o territori aventi un regime fiscale privilegiato quelli individuati dall'OCSE nel Forum on Harmful Tax Practises del 26 giugno 2000, nel Rapporto dal titolo Towards Global Tax Cooperation. La lista di cui al I comma è aggiornata annualmente attraverso circolare dell'Ufficio Tributario secondo le disposizioni e gli orientamenti adottati dall'Organizzazione Economica per lo Sviluppo e la Cooperazione. Attualmente l'OCSE considera Stati non cooperativi aventi un regime fiscale privilegiato (ossia gli Stati inclusi nell'OECD's list of undercooperative tax havens) Andorra, Liberia, il Principato di Monaco, il Principato del Liechtenstein e Marshall Islands.

(44) La circolare dell'Agenzia delle Entrate italiana n. 48/E del 6 agosto 2007 [supra, nota 1] stabilisce che il trust revocabile (*grantor trust*) ai fini delle imposte sui redditi non dà luogo ad un autonomo soggetto passivo di imposta, così i suoi redditi sono tassati in capo al disponente (cfr. p. 5).

(45) Nella prassi societaria internazionale il 90% dei trust è utilizzato nelle operazioni societarie e frequenti sono quelle con caratteristiche *bare*.

st siano chiaramente individuati, la soggettività passiva di questi ultimi in Italia si cumulerebbe con quella del trust e dei beneficiari nell'ordinamento interno.

Peraltro, i trust apparentemente ostacolati dalla norma tributaria sammarinese, che implica una doppia tassazione, beneficiano, tuttavia, nell'ordinamento giuridico interno, ai sensi della legge n. 55 del 30 aprile 2004, del credito di imposta quali redditi esteri assoggettati ad imposizione definitiva nel paese della fonte, anche se nel limite del 10% o del 50% nel caso previsto dall'art. 5, II comma.

Al fine di eliminare o attenuare i fenomeni di doppia imposizione giuridica sui redditi derivanti dai beni in trust, l'art. 6 della legge ha esteso ai trust la possibilità di beneficiare della disciplina del credito di imposta per i redditi prodotti all'estero, così come regolati dall'art. 1 della legge del 30 aprile 2004, n. 55, norma che ha introdotto tale disciplina nell'ordinamento giuridico sammarinese(46).

Rispetto alla normativa generale l'art. 6 prevede che le imposte assolte all'estero a titolo definitivo sui proventi e sui frutti realizzati e percepiti dal trustee per conto del trust sono detraibili dalle imposte sul reddito dovute dal trust, nel limite del 10%, o del 50%, nel caso in cui a detti proventi sia applicato il più elevato coefficiente di redditività del 50% (in quanto costituiti da utili, dividendi o quote di partecipazione agli utili distribuiti da società o enti fiscalmente residenti, o comunque domiciliati, in Stati o territori aventi un regime fiscale privilegiato).

Nota:

(46) La legge n. 55 del 30 aprile 2004 modifica ed integra l'ultimo comma dell'art. 37 della legge 30 dicembre 1986, n. 155 riprendendo sostanzialmente il testo dell'art. 165 del Tuir italiano 22 dicembre 1986, n. 917. Essa prevede, nel I comma, che, fino a conclusione di accordi bilaterali per evitare la imposizione sui redditi, le persone fisiche non stabilmente ed effettivamente residenti in Repubblica sono esenti dalla presentazione della dichiarazione dei redditi.

Al II comma è previsto che i redditi prodotti all'estero da persone fisiche residenti sono esenti da imposta; esse sono tenute a dichiararli, fatta eccezione per i redditi da capitali consistenti in interessi, premi ed altri frutti derivanti da obbligazioni ed ogni altro titolo di credito diverso dalle azioni che concorrono alla formazione del reddito complessivo. Al III comma la disposizione stabilisce che, se alla formazione del reddito complessivo delle persone giuridiche ed enti assimilati, concorrono redditi prodotti all'estero, le imposte su tali redditi ivi pagate a titolo definitivo o da ritenersi tali – comunque non ripetibili – sono ammesse in detrazione dell'imposta netta dovuta fino alla concorrenza della quota di imposta sammarinese corrispondente al rapporto tra redditi prodotti all'estero e il reddito complessivo. Se concorrono redditi prodotti in più Stati esteri, la detrazione si applica separatamente per ciascuno Stato.

Agli effetti di quanto stabilito al terzo comma, la detrazione dovrà essere effettuata nella dichiarazione dei redditi relativa al periodo d'imposta nel quale il reddito estero ha concorso a formare il reddito complessivo e in tale dichiarazione vengono comprese le imposte di pertinenza che sono state definitivamente pagate prima della sua presentazione. Il credito per le imposte pagate all'estero non può eccedere l'ammontare dell'imposta netta dovuta sul reddito complessivo. La detrazione non spetta se il reddito estero non è stato dichiarato ovvero in caso di omessa presentazione della dichiarazione o di dichiarazione nulla.

Qualora il periodo al quale appartengono tali redditi prodotti all'estero non coincida con quello in cui le imposte estere sono state effettivamente pagate, salvo quanto previsto al comma precedente, la detrazione deve avvenire nella dichiarazione relativa a questo periodo sempre con riferimento all'anno di competenza economica, tenendo conto delle eventuali rettifiche in aumento del reddito estero recuperabili entro tre anni. L'imposta estera effettivamente pagata e non recuperata rispetto a quella detraibile ai sensi del terzo comma diventa componente negativo di reddito deducibile nella dichiarazione relativa al successivo periodo d'imposta. Si veda in proposito anche Ufficio Tributario, Lettera circolare del 5 ottobre 2004, prot. n. 10762-05/10/2004-17-02 (Redditi prodotti all'estero). L'ultima modifica alla disposizione è avvenuta con la legge 12 novembre 2007, n. 129 (legge finanziaria 2008), che ha ridefinito le modalità di calcolo del credito di imposta sostituendo il reddito estero e complessivo con i rispettivi ricavi.

Il momento di applicazione delle imposte indirette nei confronti dei trust

di **Giorgio Semino**

Nelle sue più recenti pronunce l'Agenzia delle Entrate ha individuato il momento di applicazione del novellato tributo successorio nell'atto di segregazione dei beni in trust e non nella definitiva attribuzione degli stessi ai beneficiari.

Questa interpretazione è foriera tanto di incongruenze quanto di opportunità che vengono analizzate con riferimento alla tassazione degli atti segregativi che si perfezionano: (i) in Italia tramite atti formali; (ii) in Italia tramite atti informali; (iii) all'estero a favore di trust non residenti.

Una volta appurato come l'attuale interpretazione ministeriale risulti per molti profili inappagante viene valutata la percorribilità di una diversa prospettiva basata sull'applicazione del modulo impositivo proprio dei negozi condizionali.

■ Profili introduttivi

Il tema che mi è stato assegnato riguarda il momento di applicazione delle imposte indirette nei confronti del trust.

La mia analisi si limiterà alla fiscalità dei trust c. d. liberali o di famiglia e cioè dei trust caratterizzati da uno spirito di liberalità del disponente verso i beneficiari. I trust commerciali sono governati da regole in parte diverse, di cui si occuperanno altri relatori.

È sempre stato pacifico che la mera creazione di un trust (o la sua cessazione) non comporti il sorgere di alcun momento impositivo rilevante, se non il pagamento dell'imposta di registro in misura fissa ai sensi dell'art. 11 della parte prima della Tariffa allegata al D.P.R. 26 aprile 1986, n. 131 (di seguito, "t.u. di registro"), ove si richieda la registrazione dell'atto.

La vera partita si è sempre giocata, da un lato, sugli atti di dotazione e cioè su quegli atti, contestuali alla istituzione del trust o successivi a questa, tramite

i quali il disponente segrega i beni che andranno a comporre il fondo in trust, e dall'altro lato, sugli atti finali attributivi della ricchezza ai beneficiari.

In questa prospettiva la prassi amministrativa ha individuato due momenti fiscalmente rilevanti: (i) il trasferimento dei beni dal disponente al trustee, e, (ii) generalmente al termine del trust, il trasferimento dei beni dal trustee ai beneficiari.

Pur con diversi accenti e declinazioni, il pensiero dell'Amministrazione finanziaria si è evoluto da una visione atomistica del fenomeno, ritenendo che dovessero essere soggetti ad imposizione entrambi questi separati momenti, ad una visione unitaria dell'istituto e della sua tassazione.

Il punto di partenza fu la delibera del Secit n. 37/98, ove gli ispettori ipotizzarono l'applicabilità dell'imposta sulle successioni e donazioni, sia al momento del trasferimento dei beni dal disponente al trustee, sia al momento del finale trasferimento dei beni ai beneficiari⁽¹⁾.

Nelle successive tre Risposte a interpello rese dal 2003 al 2005, l'Agenzia delle Entrate affermò l'assenza del presupposto impositivo del tributo al momento della segregazione dei beni nel trust, non risultando (i) alcun effettivo arricchimento del trustee, stante la segregazione dei beni, (ii) né qualsivoglia spirito di liberalità (*animus donandi*) del disponente verso questo (l'istituzione di un trust liberale

Giorgio Semino - Ricercatore e professore incaricato di diritto commerciale dell'Università di Genova e dottore di ricerca in diritto tributario internazionale e comparato.

Il testo riproduce la relazione, con modificazioni, presentata al Quarto Congresso Nazionale dell'Associazione "Il trust in Italia", svoltosi in Milano il 16-18 ottobre 2008.

Gli atti del Congresso sono in corso di pubblicazione nel volume "I professionisti e il Trust - Atti del IV Congresso Nazionale dell'Associazione "Il trust in Italia", Trusts, Quaderni, n. 10, Milano, 2009.

Nota:

(1) Delibera del Comitato di coordinamento del Servizio centrale degli Ispettori tributari (Secit), 11 maggio 1998, n. 37/98, avente ad oggetto "La circolazione dei trusts esteri in Italia", Fisco, 1998, 11148.

trova, infatti, la sua causa nel finale arricchimento dei beneficiari e non certo del trustee)(2).

Se ne dedusse una applicabilità dell'imposta di registro in misura proporzionale (nella misura del 3% ai sensi della norma residuale di cui all'art. 9, parte prima della Tariffa allegata al t.u. di registro) al momento del trasferimento dei beni al trustee e una possibile applicabilità del tributo successorio, al momento della finale attribuzione dei beni ai beneficiari.

■ L'attuale orientamento interpretativo della Amministrazione finanziaria

A seguito della reintroduzione del tributo successorio, come novellato dalla legge del 24 novembre 2006, n. 286, ricordo, per completezza, la risposta "fantasma" resa alla sedicesima edizione di *Telefisco* tenutasi il 30 gennaio 2007, ove l'Agenzia pareva volersi riattestare sulle posizioni del Secit(3).

Si arriva, infine, al recente approdo da parte dell'Amministrazione finanziaria alla ricostruzione unitaria del trust, quale espressione di un unico disegno volto a consentire la realizzazione di una attribuzione liberale nei confronti dei beneficiari(4).

Aliquote e franchigie andranno quindi applicate guardando ai rapporti tra disponente e beneficiario e non a quelli con il trustee.

Secondo l'Agenzia delle Entrate, l'imposta sulle successioni e donazioni deve, tuttavia, essere corrisposta sempre e comunque al momento della segregazione dei beni in trust.

Il beneficiario del trust deve quindi poter essere da subito individuato; in mancanza, sempre per l'Agenzia, non potrà che trovare applicazione l'aliquota più alta prevista dal novellato tributo successorio, pari all'8%.

La scelta di un'immediata tassazione non pare, tuttavia, sempre fondata su ineccepibili motivazioni tecnico giuridiche, e dalla lettura delle Circolari sorge fondato il dubbio che l'impostazione seguita sia principalmente il frutto di una scelta politica.

Si è probabilmente voluto trovare il medio tra due contrapposte esigenze.

Da un lato non si è voluto mortificare lo sviluppo dell'istituto, con una ormai insostenibile riattestazione sulle posizioni del Secit di doppia tassazione della stessa ricchezza in entrata e in uscita dal trust.

Dall'altro lato, pur imboccando la strada della teoria unitaria, non si è avuto il coraggio di percorrerla fino in fondo, andando a tassare solo gli effettivi arricchimenti dei beneficiari.

La paura che il trasferimento della ricchezza (e quindi la sua tassazione) potesse essere, anche solo idealmente, bloccata per decenni, tramite il trust, ha portato a preferire la logica dei "pochi maledetti e subito", preoccupandosi solo di tassare il momento genetico del trust, ma disinteressandosi delle sue successive vicende.

■ (Segue). Incongruenze e opportunità dell'attuale prassi interpretativa dell'Amministrazione finanziaria

Il diavolo si sa, fa le pentole, ma non i coperchi, e la fretta di chiudere una falla spesso ne apre altre. Se quello delineato dal Ministero è il "migliore dei mondi possibili" può essere allora interessante evidenziarne le incongruenze, ma anche le opportunità per gli operatori.

In questa prospettiva analizzerò, pur per brevi cenni, quali sono i risultati pratici dell'impostazione ministeriale con riferimento, in chiave comparativa, a tre rilevanti fattispecie:

- (i) la tassazione degli atti segregativi che si perfezionano in Italia con atti formali;
- (ii) la tassazione degli atti segregativi che si perfezionano in Italia con atti informali;
- (iii) la tassazione degli atti segregativi di beni mobili perfezionati all'estero a favore di trust non residenti.

Concluderò poi l'intervento dando conto della fondatezza di una interpretazione alternativa, da suggerirsi anche a chi voglia sfidare in Corte l'attuale orientamento ministeriale.

Note:

(2) Risposta a Interpello 342122003 Art. 11, legge 27 luglio 2000, n. 212, del 26 novembre 2003, Prot. n. 2003/192508, in questa Rivista, 2006, 481; Risposta a Interpello Art. 11, legge 27 luglio 2000, n. 212, del 28 settembre 2004, ivi, 2005, 294; Risposta a Interpello 909-401/2005 Art. 11, legge 27 luglio 2000, n. 212, del 2 novembre 2005, Prot. n. 909-49466/2005, ivi, 2006, 324.

(3) La risposta non fu riportata nella Circolare n. 11/E, del 16 febbraio 2007, né in alcuna successiva pronuncia.

(4) Circolari n. 48/E, del 6 agosto 2007 e n. 3/E del 22 gennaio 2008, in questa Rivista, rispettivamente, 2007, 630 e 2008, 211.

■ (Segue). La fiscalità degli atti segregativi di beni in trust residenti compiuti in Italia tramite atti formali

L'Amministrazione finanziaria, nel delineare i contenuti della Circolare 48/E, aveva probabilmente in mente la regolamentazione della fiscalità degli atti segregativi di beni in trust (residenti) compiuti in Italia tramite atti formali.

I risultati raggiunti sono pienamente condivisibili ove lo strumento istitutivo preveda dei beneficiari con posizioni quesite (o *vested interest*) e cioè comportanti la titolarità di diritti sul fondo in trust.

Si può pensare, a titolo esemplificativo, ad uno strumento istitutivo che reciti: "Beneficiario del trust è mio figlio Gianni".

La posizione beneficiaria quesita entra subito nel patrimonio del beneficiario e comporta un suo effettivo arricchimento. Egli può disporne anche per testamento e, se esercitabile immediatamente, pretendere in ogni momento dal trustee quanto gli spetta.

Ci si è, però, resi subito conto che i trust interni di famiglia con posizioni quesite si contano al più sulle dita di una mano.

Nella normalità dei trust l'investitura è condizionata al verificarsi di una circostanza futura, in mancanza della quale la posizione beneficiaria si estingue (posizioni condizionate o *contingent interest*)(5).

Sempre a titolo esemplificativo, pensiamo ad uno strumento istitutivo che reciti: "Beneficiario del trust è mio figlio Gianni, se vivente al termine del trust".

Qui non si verifica alcun attuale arricchimento del beneficiario, se Gianni premuore non avrà mai diritto a nulla!

Resasi probabilmente conto di ciò, nella Circolare 3/E l'Agenzia delle Entrate ha cercato di salvare comunque la logica "dei pochi maledetti e subito" affermando che il trust va sì considerato quale espressione dell'unico disegno volto a consentire una attribuzione liberale nei confronti del beneficiario, ma soggetto passivo dell'imposta non è il beneficiario, come logica vorrebbe, ma il trust (entificato anche ai fini delle imposte indirette).

Sono di palmare evidenza le incongruenze di questa impostazione. Non vi è alcun soggetto che trae un arricchimento immediato e certo dal trasferimento. L'applicazione delle aliquote e delle eventuali franchigie proprie del beneficiario, che effettivamente al termine (o nel corso) del trust si arricchirà, è lasciata al caso. Il regime applicabile si dovrebbe riferire al

primo beneficiario individuato nell'atto, ma se questo premuore o si verifica un'altra *contingency*, chi subentra acquista di fatto la posizione del primo (nel bene o nel male, si possono ereditare aliquote o franchigie a cui non si aveva diritto o, al contrario, perderle pur avendone titolo).

Quanto precede, da un punto di vista operativo, ha portato i redattori degli strumenti istitutivi ad individuare, ogni volta che ciò sia possibile, dei primi beneficiari che possano godere di un'aliquota ridotta e/o di un'eventuale franchigia.

Non mancano poi ulteriori e più sostanziose opportunità. L'attribuzione finale al beneficiario, sempre secondo l'Agenzia, è comunque esentasse anche ove lo *stock* patrimoniale inizialmente segregato in trust si sia *medio tempore* incrementato.

Ed infatti una soggezione ad imposta dell'incremento, oltre a comportare rilevanti difficoltà applicative, avrebbe fatto sorgere un corrispondente diritto al rimborso rispetto ad eventuali decrementi.

In un'ottica di pianificazione successoria, il trust risulta così oggi lo strumento più accreditato in caso di attività a forte rendimento prospettico: (i) i cespiti che dovrebbero rivalutarsi nel medio lungo periodo; (ii) le operazioni di *family buy-out*; (iii) la segregazione di aziende o partecipazioni di controllo in società di capitali (che in entrata nel trust godono sempre dell'esenzione dal tributo successorio ove questo venga istituito a favore dei discendenti o del coniuge).

■ (Segue). La fiscalità degli atti segregativi di beni in trust residenti compiuti tramite atti informali

L'imposta sulle successioni e donazioni, pur avendo caratteristiche proprie, ha un modulo applicativo che si appiattisce sull'imposta di registro (v. art. 55, primo comma, del D. Lgs. 31 ottobre 1990, n. 346) che è un'imposta d'atto. Secondo l'opinione ormai largamente prevalente, perché l'imposta possa quindi essere materialmente applicata è necessaria la presenza di un atto tassabile.

Da ciò trae origine la nota tecnica, sviluppatasi anche con riferimento ai trust interni, di far confluire

Nota:

(5) M. Lupoi, Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciarie, Padova, 2008, p. 110 s.

re nel trust eventuali disponibilità liquide tramite atti informali (le c.d. liberalità indirette), quali un bonifico bancario.

La tassazione delle liberalità indirette è attualmente regolata dall'art. 56-bis del D. Lgs. 31 ottobre 1990, n. 346, come novellato nel 2000 dalla "riforma Marongiu".

La norma prevede la possibilità di una registrazione volontaria della liberalità ovvero "coartata" quando l'esistenza delle stesse risulti da dichiarazioni rese dall'interessato nell'ambito di procedimenti diretti all'accertamento di tributi, quale, in via principale, l'accertamento sintetico.

È importante domandarsi come questa norma vada coordinata con quanto finora rilevato ai fini dell'individuazione del momento imponibile del tributo successorio negli atti segregativi di beni in trust.

L'Amministrazione finanziaria nella Risposta a interpello del 26 novembre 2003 ne aveva ipotizzato l'inapplicabilità dei confronti del trustee, stante la mancanza di un qualsivoglia arricchimento di quest'ultimo.

L'opinione finora espressa in dottrina ritiene applicabile detta disciplina unicamente in capo ai beneficiari, ma solo quando questi acquisiscano capacità patrimoniale e, quindi, si siano già visti materialmente attribuiti i beni.

Dopo la Circolare 3/E occorre chiedersi se l'attuale orientamento dell'Amministrazione finanziaria possa spingersi fino a una diretta applicabilità anche al trust entificato dell'art. 56-bis del D. Lgs. 31 ottobre 1990, n. 346.

Per quanto qui interessa, qualunque sia il percorso interpretativo ritenuto corretto, il momento impositivo è comunque successivo alla segregazione dei beni in trust (salvo poi non si voglia seguire la tesi estrema e purista dell'applicazione dell'imposizione solo alla creazione del vincolo, con l'inibizione di qualsivoglia successiva tassazione).

■ (Segue). La fiscalità degli atti segregativi di beni stipulati all'estero a favore di trust non residenti

Per molti anni le donazioni stipulate all'estero sono sfuggite ad imposizione a causa del cattivo coordinamento fra le regole di territorialità del tributo di registro, fondate in linea di principio sul luogo di formazione dell'atto (tranne l'ipotesi di immobili e aziende site in Italia), e quelle relative al tributo suc-

cessorio, caratterizzate dalla residenza del donante e dalla ubicazione dei beni.

Il caso paradigmatico era quello di una donazione di beni mobili (principalmente denaro o partecipazioni societarie) stipulata all'estero da parte di un donante residente.

L'operazione sarebbe, infatti, idealmente rientrata nel perimetro dell'art. 2 del D. Lgs. 31 ottobre 1990, n. 346, ma, essendo perfezionata all'estero, era soggetta a registrazione (e quindi a tassazione) solo in caso d'uso (ai sensi dell'art. 11 della Tariffa, parte seconda allegata al t.u. di registro).

Nel 2000 ancora la "riforma Marongiu" si è data carico di questo problema introducendo il comma 1-bis, nell'art. 55 del D. Lgs. 31 ottobre 1990, n. 346, ai sensi del quale "Sono soggetti a registrazione in termine fisso anche gli atti aventi ad oggetto donazioni, dirette o indirette, formati all'estero nei confronti di beneficiari residenti nello Stato".

In caso di beneficiari residenti in Italia la donazione va, perciò, sempre registrata e quindi tassata. È questo il c. d. "criterio del beneficiario".

È interessante vedere come questa norma impatti sul momento impositivo dell'atto di segregazione stipulato all'estero a favore di un trust non residente.

Se lo strumento istitutivo individua dei beneficiari residenti in Italia, la visione unitaria del trust porta ragionevolmente ad applicare comunque il ricordato criterio del beneficiario e quindi un obbligo di registrazione e tassazione dell'atto in Italia.

Peraltro l'affermazione contenuta nella Circolare 3/E di una presunta soggettività passiva del trust in quanto tale (e non dei beneficiari), potrebbe portare ad avvalorare interpretazioni differenti, forse non troppo ben ponderate dalla stessa Agenzia.

Mi sembra comunque pacifico che, ove il trust non individui alcun beneficiario residente (ed è facile immaginare come la futura prassi applicativa si orienterà in questo senso), la norma in parola non possa trovare applicazione, con il riemergere dei problemi di materiale intassabilità in Italia degli atti di trasferimento a titolo di liberalità di beni (diversi da immobili e aziende site nel territorio dello Stato) compiuti all'estero.

Resta poi da capire cosa accada quando vengano successivamente individuati dei beneficiari residenti: se non sia più possibile applicare l'imposta (che doveva essere riscossa solo alla creazione del vincolo), ovvero, come mi pare più ragionevole, vada comunque tassato l'atto attributivo del bene.

Mi sembra, però, chiaro come l'interpretazione ministeriale mostri qui tutti i suoi limiti.

Nel caso di disponente italiano e trust senza beneficiari individuati, se l'atto è stipulato a favore di un trust residente, questo è soggetto ad imposta sulle successioni e donazioni all'aliquota massima dell'8%; se è stipulato all'estero a favore di un trust estero, o non è soggetto ad imposta o, comunque, gode di un ampio differimento della tassazione.

Siamo di fronte ad una discriminazione al contrario, che sfavorisce i trustee italiani nei confronti di quelli esteri, e spinge, ancora una volta, i nostri capitali verso lidi stranieri.

■ Una possibile diversa ricostruzione

Una volta appurato come l'attuale interpretazione ministeriale risulti per molti profili inappagante, occorre chiedersi se sia percorribile una via alternativa.

Già dagli anni '70, opinione nettamente prevalente individuava il presupposto materiale del tributo successorio non già nel trasferimento di determinati beni a seguito dell'apertura della successione, ma nell'incremento patrimoniale (e quindi nell'arricchimento) ricevuto dai beneficiari.

Questa opinione è poi diventata del tutto pacifica a seguito dell'abrogazione nel 2000 della c. d. "imposta sul morto" che effettivamente non guardava ai beneficiari, ma incideva sul patrimonio del *de cuius*.

Esattamente 50 anni fa Antonio Uckmar, nel primo tomo dei tre libri dedicati all'imposta di registro, scriveva "l'imposta [...], non è inutile ripeterlo, non colpisce l'atto ma [...] il trasferimento o l'attribuzione di ricchezza; ora, fino a tanto che tale trasferimento o attribuzione di ricchezza rimane sospeso, è logico che non possa sorgere il diritto alla percezione dell'imposta relativa"(6).

Ed è questa la prospettiva in cui si è posta la più attenta e recente dottrina(7).

Il II comma dell'art. 58 del D. Lgs. 31 ottobre 1990, n. 346 afferma che "Per le donazioni sottoposte a condizione si applicano le disposizioni relative all'imposta di registro" ed il V comma che "Le disposizioni di questo titolo si applicano, in quanto compatibili, anche per gli atti di liberalità tra vivi diversi dalla donazione" e quindi anche ai trust.

A sua volta il I e II comma dell'art. 27 del t.u. di registro affermano rispettivamente che: "Gli atti sottoposti a condizione sospensiva sono registrati con il

pagamento dell'imposta in misura fissa"; e "Quando la condizione si verifica [...], si riscuote la differenza tra l'imposta, dovuta secondo le norme vigenti al momento della formazione dell'atto, e quella pagata in sede di registrazione".

Va precisato che, nel caso che qui interessa, la condizione non riguarda il trasferimento dei beni al trustee, che è a titolo definitivo, ma l'individuazione, e quindi l'attribuzione della ricchezza, ai beneficiari.

Questa lettura è nondimeno perfettamente conforme alla visione unitaria del trust, che, come ci insegna la stessa Agenzia, non guarda al mero trasferimento dei beni al trustee, ma al soggetto effettivamente destinatario della liberalità, e cioè il beneficiario definitivamente individuato.

Per completezza va, infine, rilevato che, ove la condizione non si verificasse, si sarebbe generalmente di fronte a un *resulting trust*, per effetto del quale i beni ritornano nel patrimonio del disponente e seguono la normale disciplina successoria sia ai fini civilistici, sia a quelli fiscali.

Concludo con un precedente che può essere di grande interesse per chi voglia sfidare in Corte l'attuale orientamento ministeriale.

La Corte di Cassazione francese, recentemente interessata della questione, con sentenza del 15 maggio 2007 ha autorevolmente stabilito che il tributo successorio va applicato quando i beni sono attribuiti ai beneficiari e non quando gli stessi sono segregati in trust(8).

Note:

(6) A. Uckmar, *La legge del registro*, Libro I, V ed., Padova, 1958, p. 244.

(7) Un primo spunto sulla inapplicabilità immediata del tributo successorio in mancanza di beneficiari definitivamente individuati si deve a M. Lupoi, *L'Agenzia delle Entrate e i principi sulla fiscalità dei trust*, in questa Rivista, 2007, 497, a p. 500. Sulla specifica applicabilità delle regole impositive dei negozi condizionali, v. F. Marchetti – F. Rasi, *Primi chiarimenti dell'Agenzia delle Entrate in tema di fiscalità del trust: la circolare 6 agosto 2007, N. 48/E*, *Diritto e pratica società*, n. 8/2007; F. Guffanti, *I trust nelle imposte indirette alla luce delle indicazioni dell'Agenzia delle entrate*, *Corriere trib.*, 2007, 3835, a p. 3838; E. Covino – L. Barbone – R. Lupoi, *L'innovativa interpretazione dell'Agenzia in tema di imposizione indiretta del trust*, *Dialoghi di diritto tributario*, 2007, 1189, a p. 1195; e, infine, con particolare ampiezza in M. Lupoi, *Clausole di atto istitutivo con effetti tributari*, *Atti del seminario "Nuove clausole dell'atto istitutivo di trust con riflessi tributari" tenutosi a Roma il 9 luglio 2008*, p. 2 s. del dattiloscritto.

(8) *Cour de Cassation, Chambre commerciale*, 15 maggio 2007, arrêt n. 739, in questa Rivista, 2008, 394.

Profili processuali del trust

di Michele Angelo Lupoi

Il prevedibile sviluppo del contenzioso giudiziario conseguente al sempre maggiore utilizzo del trust in Italia richiede un approfondimento degli aspetti processuali di tale istituto. In questo breve contributo, l'autore passa in rassegna i profili di maggiore problematicità rispetto al rapporto tra le tradizionali categorie processuali italiane ed i tratti fondamentali del trust. In tale disamina particolare rilievo assume la delimitazione dei poteri del giudice italiano e dei rimedi concedibili da quest'ultimo rispetto a quelli dei suoi colleghi degli ordinamenti di *common law*.

■ Introduzione

Per molti anni, si è discusso in Italia circa la possibilità di istituire, nel nostro paese, utilizzando le disposizioni della Convenzione de L'Aja del 1985, i c. d. trust interni, ovvero quei trust in cui tutti gli elementi oggettivi e soggettivi del rapporto, legge applicabile a parte, sono riferiti all'ordinamento italiano.

Senza potere approfondire qui la questione, è possibile affermare che oggi quel dibattito, per la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie, si è risolto in senso positivo, rimanendo ormai isolate le voci contrarie a tale riconoscimento.

A fronte di questa apertura, il sempre maggiore utilizzo del trust in ambito interno è destinato a generare contenzioso a vari livelli(1).

Sino a questo momento, l'attenzione degli operatori del diritto si è concentrata sulle questioni sostanziali, in particolare quelle che riguardano, come si è visto, l'ammissibilità dell'istituto e le sue immediate ricadute pratiche nei rapporti tra i soggetti del trust e/o i terzi.

Le implicazioni procedurali del contenzioso in materia di trust, invece, sono rimaste per ora largamente inesplorate, se si escludono, come si vedrà, alcune decisioni in ambito esecutivo.

Il dato di partenza è che il nostro ordinamento non prevede norme od istituti procedurali *ad hoc* per le controversie in materia di trust, che, dunque, sono sottoposte alle regole processuali generali, con una tenden-

ziale applicazione del rito ordinario di cognizione, salva l'applicazione dei riti speciali (a cognizione piena o sommaria) in base alle caratteristiche ed all'oggetto della controversia (a mero titolo di esempio, una lite relativa al conferimento in trust di partecipazioni societarie sarà soggetta alle regole del procedimento societario introdotto dal D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5).

La compatibilità tra il modello processuale tradizionale ed il contenzioso in materia di trust è, però, tutta da verificare, sia sul piano soggettivo (per quanto riguarda le parti del processo) che su quello oggettivo (in particolare, per quanto attiene le domande proponibili davanti ai nostri giudici ed i provvedimenti che questi ultimi possono emettere), attese le peculiarità della disciplina sostanziale di un istituto in sostanza importato dagli ordinamenti di *common law* e che, per certi versi, appare "irriducibile" alle nostre categorie giuridiche tradizionali.

Sorge, dunque, la necessità di affrontare in chiave sistematica le peculiarità procedurali del contenzioso in materia di trust interno. La presente relazione, peraltro, non intende né potrebbe affrontare in senso esaustivo questa tematica, meritevole di studi ben più approfonditi: essa ha, piuttosto l'ambizione di fornire qualche spunto di riflessione e di dibattito tra teorici e pratici del diritto dei trust.

■ Questioni di giurisdizione

Per passare alla rassegna delle principali questioni

Michele Angelo Lupoi - Professore associato dell'Università di Bologna. Il testo riproduce, con modificazioni, la relazione presentata al Convegno "Il Trust strumento di protezione patrimoniale", svoltosi in Castel d'Ario (Mantova), il 17 gennaio 2008.

Nota:

(1) Sul proliferare della *trust litigation*, da un punto di vista statunitense, v. M. P. Bruyere - M. D. Marino, Mandatory arbitration provisions: a powerful tool to prevent contentious and costly trust litigation, but are they enforceable?, 42 Real Prop. Prob. & Tr. Jour., 2008, 352, ove si afferma: "Certainly, grantors do not create trusts with the intention of engaging families and friends in prolonged legal disputes, but ultimately, wealth possessors and innate ability to defeat the best of intentions"; rispetto al contenzioso nei trust discrezionali, v. E. C. Halbach, Problems of discretion in discretionary trusts, 61 Colum. Law Rev., 1961, 1425. Sul contenzioso in materia di responsabilità del trustee nella supervisione degli investimenti compiuti con il fondo, in una prospettiva canadese, v. C. E. Burns - R. Ramchandani, Suing the fiduciary: executors, inter vivos trustees, guardians and attorneys, 23 Est., Trusts & Pens. Jour., 2003/04, 53.

in questo contesto, si deve verificare, in primo luogo, sul piano dei presupposti processuali, quando una controversia in materia di trust interno possa essere proposta avanti al giudice italiano.

Rispetto ad un convenuto domiciliato in uno Stato membro dell'Unione europea, la giurisdizione internazionale sarà disciplinata dalle norme del regolamento 22 dicembre 2000, n. 44/2001 (di seguito, "regolamento n. 44/2001"), sulla giurisdizione in materia civile e commerciale: l'Italia, dunque, avrà giurisdizione, ai sensi dell'art. 2, rispetto a convenuti domiciliati nel nostro paese, o, ai sensi dell'art. 5, n. 6(2), nelle controversie tra soggetto fondatore, trustee o beneficiario di un trust istituito in applicazione di una legge o per iscritto o con clausola orale confermata per iscritto, quale Stato in cui il trust abbia domicilio. Senza potere entrare in questa sede nell'analisi del concetto di domicilio di un trust, si può in generale osservare che, rispetto ad un trust interno, il criterio speciale di collegamento posto dal regolamento europeo dovrebbe essere sempre applicabile.

Nel silenzio dell'art. 5, n. 6, che non chiarisce se il suo ambito di applicazione si riduca alle controversie insorte tra i soggetti "interni" del trust o sia idoneo ad essere utilizzato anche per le controversie con terze parti, parte della dottrina sostiene che, per le c.d. controversie "comuni", la norma in esame non sia utilizzabile⁽³⁾. Una riflessione in materia, peraltro, mi induce a ritenere che un'applicazione estensiva dell'art. 5, n. 6 può prevenire problemi applicativi e valorizzare il collegamento tra fase di cognizione e fase di esecuzione della sentenza, anche alla luce della formulazione letterale della norma, che non fa alcun riferimento all'ambito soggettivo della controversia, ma solo alla "causa" della stessa.

Le medesime norme appena menzionate, in Italia, per effetto dell'art. 3, II comma, della legge 31 maggio 1995, n. 218 (di seguito, "legge n. 218/1995"), troveranno applicazione, nelle controversie in materia civile e commerciale, anche nei confronti di convenuti non domiciliati in uno Stato membro.

Qualora la controversia non rientri nella materia civile e commerciale cui si applica il regolamento n. 44/2001 in forza del suo art. 1 (ad esempio, l'azione di riduzione proposta da un erede necessario pretermesso dal disponente), troveranno applicazione i criteri ordinari di giurisdizione previsti dalla legge n. 218/1995, compresi quelli collegati all'esistenza di un foro territorialmente competente.

Anche nel contenzioso in materia di trust, è pos-

sibile (cercare di) risolvere preventivamente eventuali conflitti di giurisdizioni facendo ricorso a clausole di scelta del foro competente. Nell'ambito oggettivo e soggettivo di applicazione del regolamento n. 44/2001, i requisiti formali di validità e di efficacia di una clausola di proroga inserita in un trust sono stabiliti dall'art. 23, paragrafo 4, che dispone che il giudice di uno Stato membro al quale l'atto istitutivo di un trust ha attribuito competenza a giudicare, ha competenza esclusiva per le azioni contro un fondatore, un trustee o un beneficiario di un trust, ove si tratti di relazioni tra tali persone o di loro diritti od obblighi nell'ambito del trust⁽⁴⁾.

Fuori dal regolamento, la legge n. 218/1995 non contiene disposizioni *ad hoc* e dunque troverà applicazione l'art. 4, sulla proroga e sulla deroga della giurisdizione italiana. In particolare, alla stregua del I comma di tale norma, la giurisdizione italiana, anche in mancanza di uno dei criteri di collegamento dell'art. 3 stessa legge, sussiste qualora le parti l'abbiano "convenzionalmente" accettata e tale accettazione sia "provata per iscritto"; la giurisdizione dei nostri giudici è, invece, derogabile, a favore di quella di uno Stato straniero purché la deroga sia provata per iscritto e la causa verta su diritti disponibili (art. 4, II comma).

Una clausola di scelta del foro competente non deve necessariamente attribuire giurisdizione esclusiva in capo al giudice ivi indicato, potendo tale competenza assumere ruolo alternativo a quella di altri ordi-

Note:

(2) Norma che, peraltro, si ritiene applicabile solo ai trust istituiti per legge o per atto di volontà del disponente, restandone invece esclusi i *resulting* e *constructive (implied) trusts*: cfr. G. Broggin, "Trust" e fiducia nel diritto internazionale privato, Europa e dir. priv., 1998, 399, a p. 422; *Chellaram & Anor v Chellaram & Ors*, EWHC (Ch), 2002, p. 632; di recente sull'argomento, v. *Gomez v Gomez-Monche Vives* – in questa Rivista, 2008, 543, con nota di commento di G. Contaldi, Determinazione e ambito di applicazione del foro del trust nella recente giurisprudenza inglese, ivi, 469 – che, peraltro, non esclude in assoluto l'applicazione della norma ai *constructive trusts*, almeno con riferimento alle ipotesi "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"; contro la posizione maggioritaria, v. M. Lupoi, Introduzione ai trusts. Diritto inglese, Convenzione dell'Aja, Diritto italiano, Milano, 1994, p. 139.

(3) Così 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, a p. 788; H. Gaudemet-Tallon, Compétence et exécution des jugements en Europe. Règlement n. 44/2001. Conventions de Bruxelles et de Lugano, III ed., Parigi, 2003, p. 194. In senso contrario, S. M. Carbone, Lo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale. Da Bruxelles I al regolamento CE n. 805/2004, V ed., Torino, 2006, p. 113 s.; G. Contaldi, Il trust nel diritto internazionale privato, Milano, 2001, p. 305 s.

(4) Il paragrafo 5 della stessa disposizione, peraltro, vincola la validità di tali clausole al rispetto delle norme del regolamento sulla c.d. giurisdizione "protettiva" e sui criteri esclusivi di collegamento dell'art. 22.

namenti, se così espressamente deciso. Né la clausola deve di necessità indicare la competenza di un solo giudice nazionale. L'esperienza applicativa dà conto di una certa tendenza, anzi, a prevedere ipotesi di competenza diversificata a seconda del tipo di controversia e del suo oggetto. Nella fattispecie su cui si è pronunciato il Tribunale di Milano il 7 giugno 2006(5), ad esempio, l'atto istitutivo di trust prevedeva una clausola attributiva di giurisdizione al foro milanese per le controversie sulla validità e sugli effetti del trust o sulle obbligazioni di qualunque soggetto menzionato nell'atto istitutivo stesso, nonché una clausola attributiva di giurisdizione al foro milanese o, in via subordinata, alle corti inglesi, per l'ipotesi in cui il Tribunale di Milano avesse declinato di pronunciare in merito alla richiesta di direttive per il trustee.

Le clausole di scelta del foro competente inserite nell'atto istitutivo di un trust, ovviamente, non vincolano i terzi estranei al rapporto. Nulla esclude, peraltro, che il trustee possa validamente stipulare simili clausole con riferimento ai contratti stipulati nell'ambito della propria gestione del fondo.

Con riferimento ad un trust interno, non esiste alcuna ragione perché sia conferita giurisdizione esclusiva ad una giurisdizione straniera, essendo ben più pratico e conveniente fare riferimento alle nostre corti, le quali, come si è visto all'inizio, sono ormai propense a riconoscere la validità di tale rapporto nel nostro ordinamento. Ed in questo senso, infatti, si orienta la pratica, anche rispetto ai procedimenti di volontaria giurisdizione. Piuttosto, potrà essere prudente prevedere la giurisdizione subordinata delle corti di uno Stato straniero (realisticamente, quello la cui legge regola in trust), in via cautelativa, per l'ipotesi in cui il giudice italiano si trovi per qualsiasi motivo a non poter provvedere su una domanda relativa al trust(6).

In ogni caso, come regola generale, anche in presenza di una clausola di deroga della giurisdizione italiana, sarà possibile agire avanti ad un nostro giudice per ottenere misure cautelari da eseguirsi nel nostro territorio, in base a quanto previsto dalle norme del regolamento n. 44/2001 e della legge n. 218/1995.

■ La competenza territoriale

Una volta stabilita la giurisdizione delle corti italiane, la competenza territoriale (in mancanza di apposite clausole) si determinerà in base ai criteri (generali e speciali) ordinari, non essendo previste disposizioni *ad hoc* per le controversie in materia di trust.

Si può peraltro escludere che, nelle azioni "contro il trust", operino i criteri di competenza previsti dall'art. 21 cod. proc. civ. per le persone giuridiche e le associazioni non riconosciute, dal momento che, sul piano soggettivo, come si vedrà, il convenuto in giudizio è sempre il trustee e mai un (non configurabile) "ente trust".

Rispetto al trust interno, inoltre, non appare applicabile il criterio di collegamento previsto dall'art. 24 cod. proc. civ., per le controversie relative ad un'amministrazione patrimoniale, dal momento che tale norma fa riferimento alle "amministrazioni" conferite per legge o per provvedimento dell'autorità.

■ La conoscenza del diritto straniero da parte del giudice italiano ed i rimedi concedibili

Il nostro giudice, per quanto riguarda le c.d. *trust disputes* (cioè le controversie "interne" al trust), dovrà tendenzialmente decidere il merito della controversia applicando la legge straniera scelta dal disponente nell'atto istitutivo, salve le ipotesi di prevalenza del diritto del foro previste dalla Convenzione de L'Aja.

La legge italiana, peraltro, sarà (eventualmente) applicabile nell'ambito dei rapporti "esterni" al trust (come quelli relativi alle transazioni tra trustee e terzi) ed in particolare per quanto attiene la validità e l'efficacia degli atti istitutivi di trust rispetto all'affermato pregiudizio per i creditori del disponente.

L'applicazione della legge straniera in un processo italiano pone almeno due ordini di problemi: il primo, più generale, riguarda la conoscenza da parte del giudice del diritto straniero. Oggi, ai sensi dell'art. 14 della legge n. 218/1995, il nostro giudice deve accertare il contenuto di tale diritto d'ufficio, se del caso avvalendosi di ausiliari o di apposita consulenza. Nella materia che ci interessa, la nozione di "diritto" non è, normalmente, limitata alle norme positive previste dall'ordinamento individuato dal disponente: qualora si tratti di un ordinamento di *common law*, infatti, in cui, come è ben noto, le fonti di origine legislativa

Note:

(5) Trib. Milano, 7 giugno 2006, in questa Rivista, 2006, 575.

(6) Ad esempio, la clausola inserita nell'atto di trust su cui si è pronunciato Trib. Milano, 7 giugno 2006 [*supra*, nota 5], prevedeva la giurisdizione del foro milanese in merito alla richiesta di direttive per il trustee e, in via subordinata, di quelle inglesi, per l'ipotesi in cui il Tribunale di Milano avesse declinato di pronunciare in materia. Su queste tematiche, v. M. Lupoi, L'atto istitutivo di trust. Con un formulario, Milano, 2005, p. 234.

debbono essere adeguatamente integrate con la rilevante *case law*, l'analisi del giudice dovrà rivolgersi anche ai precedenti vincolanti rilevanti per la fattispecie. Questo rilievo, peraltro, non deve indurre a pensare che si tratti di un compito ricostruttivo eccessivamente oneroso: ad esempio, la *trust law* formata con la stratificazione delle decisioni inglesi si presenta stabile, consolidata e facilmente conoscibile.

Un ruolo fondamentale potrà, peraltro, essere svolto dai difensori delle parti, nel fornire al giudice testi normativi, provvedimenti giudiziari e quant'altro necessario ed utile a quest'ultimo per compiere la sua funzione decisoria.

Il secondo e più delicato problema riguarda la possibilità di chiedere al giudice italiano gli stessi rimedi e gli stessi interventi invocabili davanti al giudice dell'ordinamento la cui legge regola il merito della controversia.

Ai giudici di *common law*, infatti, la tradizione di equità, la legge e la prassi attribuiscono un'ampia gamma di poteri ed una *inherent discretion* per intervenire, in modo anche abbastanza invasivo, a "sostegno" o a protezione del trust, sotto molteplici profili(7).

In base al diritto inglese, a mero titolo di esempio, il giudice può nominare un trustee non indicato nel negozio testamentario istitutivo di trust (o che sia premorto o che rifiuti di assumere l'incarico) ovvero, nei *charitable trusts*, intervenire, quando lo scopo indicato dal disponente non possa essere raggiunto, per individuare uno scopo il più vicino possibile e modificare in tal senso l'atto istitutivo. Le diverse normative in materia di trust, inoltre, riconoscono alle corti più o meno ampi poteri di revocare o sostituire un trustee(8) così come il potere di rettificare l'atto istitutivo di trust qualora si lamenti un "genuine mistake" che abbia travisato le reali intenzioni del disponente, gli istanti offrano una "completa e leale rappresentazione dei fatti e non sia per loro possibile invocare nessun altro "practical remedy"(9). Tranne che nei *charitable trusts* (in cui non può chiedere al giudice di esercitare discrezione in sua vece), il trustee, dal canto suo, può rivolgersi alla corte per avere direttive (*directions*) per la sua condotta futura, seguendo le quali si mette al riparo da addebiti di responsabilità per il suo operato. A fronte di tali istanze, peraltro, il giudice può pure limitarsi a dare dei semplici suggerimenti per orientare la condotta del trustee. Per addurre un esempio, la *Royal Court* di Jersey(10) ha di recente dato istruzioni ad un trustee di non intervenire nel procedimento di divorzio pen-

dente in Inghilterra tra due coniugi beneficiari del trust, affinché non fosse così automaticamente vincolato dal provvedimento reso in tale giudizio(11).

Un problema destinato a proporsi nel nostro paese, dunque, consiste nel verificare se, nelle medesime circostanze previste dalla legge straniera applicabile, il giudice italiano possa esercitare tutti i poteri e concedere tutti i rimedi previsti da quest'ultima.

Si tratta di questione che merita ben altri approfondimenti e a cui io posso qui solo accennare.

In primo luogo, in questo ambito viene in rilievo la tradizionale distinzione internazional-privatistica tra "sostanza" e "procedura", alla cui stregua, in poche parole, il giudice italiano deve seguire le norme processuali del foro nel tutelare i diritti sostanziali riconosciuti dalla legge straniera applicabile. Tale distinzione, come è noto, in alcuni ambiti è particolarmente elusiva e controversa. Solo per fare un esempio, si può discutere se il giudice italiano possa ordinare al trustee di esibire in giudizio documenti del trust, in conformità a quanto previsto dalla normativa straniera applicabile, andando oltre i limiti fissati dalle norme del nostro codice di rito (art. 210 cod. proc. civ.).

Il problema principale deriva dal fatto che molte delle prerogative (sovente di natura discrezionale) riconosciute al giudice di *common law* in questa materia originano dalla natura *equitable* dei diritti e dei rimedi in materia di trust, rispetto alla cui trasponibilità nella nostra realtà giudiziaria si possono, quindi,

Note:

(7) Cfr. *Jacobus Broere v Mourant & Co. (Trustees) Ltd.*, in questa Rivista, 2005, 258, ove si afferma che la Corte ha una "inherent and fundamental jurisdiction to supervise and, if appropriate, to intervene in the administration of a trust".

(8) In questo caso, in base al diritto inglese, la sentenza che dichiara che un soggetto è il nuovo trustee di un trust è a tutti gli effetti un titolo costitutivo della proprietà in capo a chi viene nominato così trustee: cfr. I. Valas, La responsabilità del trustee che contratta con i terzi, la sua successione e le controversie giudiziarie, in questa Rivista, 2006, 549, a p. 550.

(9) *V. The Peach and Dolphin Trust (1988)*, in questa Rivista, 2006, 615, che esercita tale *power of rectification* rispetto ad un *trust deed* che, a causa della scarsa preparazione professionale degli avvocati che lo avevano redatto, non corrispondeva alle reali intenzioni del disponente.

(10) *Re the H Trust X Trust Company Limited v RW and others*, in questa Rivista, 2007, 274.

(11) La Corte, in particolare, mette in rilievo che, qualora il trustee non si sottoponga alla giurisdizione inglese, il giudice di Jersey non sarà vincolato da un provvedimento inglese relativo al trust, conservando una completa discrezione in merito alle decisioni da prendere al riguardo. La Corte osserva pure che, per il trustee, avrebbe avuto senso intervenire nel procedimento di divorzio, ad esempio, qualora parte dei beni del *trust fund* fosse stata localizzata in Inghilterra, per fare valere "its point of view". Essa, inoltre, consiglia al trustee, in caso di accordo tra i coniugi, di contribuire per quanto possibile al fine di preservare il fondo in trust, evitando di disperderlo in costose azioni giudiziarie.

nutrire dubbi. A mero titolo di esempio, si possono citare le perplessità della dottrina rispetto alla possibilità di presentare un'azione di *tracing* avanti ad un giudice italiano(12). Si dovrà anche verificare la compatibilità tra gli interventi "non contenziosi" del giudice previsti dalla legge applicabile al trust ed il numero chiuso dei nostri procedimenti di giurisdizione volontaria(13). E sembra da escludere che un giudice civile italiano possa "secretare" il procedimento ed il testo della propria decisione così come fanno, a certe condizioni, i suoi colleghi di *common law*(14).

In linea di massima, peraltro, e rinviando ad altra sede i doverosi approfondimenti, si può affermare che il giudice italiano possa e debba esercitare ogni potere e concedere ogni rimedio "sostanziale" riconosciuto dalla legge straniera, che non riguardi, dunque, la conduzione del procedimento in quanto tale, ma, piuttosto, l'oggetto della materia del contendere, con quel tanto di adattamento necessario a garantire il massimo rispetto dei diritti e delle prerogative previsti dalla legge applicabile. Questo orientamento sembra, peraltro, recepito dalla nostra giurisprudenza che, ad esempio, in applicazione della legge inglese (per cui i beneficiari possono decidere di porre fine ad un trust prima della scadenza fissata dal disponente o modificarne il contenuto), ha autorizzato a stipulare una modifica dell'atto istitutivo, con l'inserimento di nuovi tutori(15); ovvero, sempre in applicazione della legge inglese, ha rimosso e sostituito due trustee per giusta causa(16).

■ Aspetti particolari del processo di cognizione

Quanto invece alle domande proponibili avanti al giudice italiano, relative (in senso lato) ad un trust, è ovviamente impossibile fornirne un'elencazione completa, attesa anche la natura "atipica" dell'azione civile. Tradizionalmente, peraltro, si distingue tra le controversie che riguardano i rapporti interni del trust (e dunque quelle che possono insorgere, ad esempio, tra disponente, trustee e beneficiari) e quelle relative, invece, ai rapporti esterni (e dunque, tendenzialmente, tra uno o più soggetti del rapporto di trust ed i terzi). Inoltre, si dovranno distinguere, in entrambi questi gruppi, le azioni di cognizione da quelle di esecuzione.

Senza potere neppure tentare un'analisi globale del contenzioso che può svilupparsi in questo contesto, mi limiterò a focalizzare quelli che, nell'esperien-

za concreta, si stanno già profilando come i principali problemi di natura processuale.

In via preliminare, ci si deve soffermare sulle implicazioni della struttura del rapporto di trust per quanto attiene la legittimazione ad agire (attiva e passiva) e la capacità processuale.

Anche alla luce dell'art. 11 della Convenzione de L'Aja, il soggetto destinato a "rappresentare" in giudizio gli interessi del trust è il trustee. Il problema, peraltro, è comprendere "come" il trustee stia in giudizio "per" il trust: e non è un caso se, nella frase che precede, ho virgolettato il riferimento alla rappresentanza.

Non credo, infatti, che, come regola generale, il trust rappresenti un autonomo centro di imputazione, di cui il trustee sia il "legale rappresentante". Con tutti i limiti delle generalizzazioni (e salvi i dovuti approfondimenti rispetto a quei trust per cui sia, in effetti, concepibile, almeno a certi fini, una "entificazione")(17), mi sembra che, sul piano processuale, il trust, inteso come "rapporto" ovvero come "fondo segregato" nel patrimonio del trustee, non possa assumere una propria soggettività autonoma, così da giungere a qualificare il trustee come il suo "legale rappresentante". Piuttosto, si deve fare riferimento al vincolo di destinazione gravante sul trustee quale "proprietario" (o comunque amministratore) dei beni in trust. La segregazione patrimoniale tipica del trust, infatti, comporta l'imposizione di un vincolo di destinazione avente efficacia reale, che determina l'istituzione, in capo ad un unico soggetto (il trustee) di più patrimoni distinti e separati fra loro, ciascuno avente una propria destinazione. In quest'ottica, quindi, il trustee agirà e sarà citato in giudizio, nelle controversie relative al trust, non in quanto "legale rappresentante" del trust stesso, bensì, appunto, nel-

Note:

(12) Al riguardo, tra i molti, si rinvia a G. Contaldi, Il trust nel diritto internazionale privato [*supra*, nota 3], p. 21 s. e p. 361 s.

(13) Cfr. G. La Torre – A. Fusi, Applicazione della legge straniera per la modifica della clausole di un trust interno in favore di interdetto, in questa Rivista, 2005, 58.

(14) *In the matter of M Trust*, in questa Rivista, 2004, 94.

(15) Trib. Firenze, Giudice Tutelare, 7 luglio 2004, in questa Rivista, 2005, 85.

(16) App. Milano, 20 luglio 2004, in questa Rivista, 2005, 87, confermata da Cass. civ., 13 giugno 2008, n. 16022, in questa Rivista, 2008, 522; in materia v. M. Corabi, Un caso di revoca e sostituzione giudiziale dei trustee, in questa Rivista, 2004, 31.

(17) In questa sede, mi limito a rinviare a U. Berloni, Risvolti processuali della qualificazione del trust interno come soggetto di diritti, Riv. trim. dir. proc. civ., 2005, 1343, a p. 1355; M. Lupoi, Trusts, II ed., Milano, 2001, p. 587.

la sua qualità di trustee di un determinato trust (ovvero a titolo personale, come nelle azioni di responsabilità promosse contro di lui).

Nella giurisprudenza che ho avuto occasione di esaminare, la questione si è posta solo una volta: in una causa avanti al Tribunale di Bologna(18), in effetti, un trustee era stato evocato in giudizio come legale rappresentante di un trust, ma la circostanza è stata ritenuta priva di effetti, poiché, nella fattispecie, il trustee si era regolarmente costituito in tale sua qualità e aveva pienamente esercitato i suoi poteri difensivi, in questo modo sanando ogni nullità della *vocatio in ius*. Tale decisione, peraltro, sembra implicare che, in caso di contumacia, un "errore" nell'individuazione del legittimato passivo potrebbe avere ripercussioni di un certo rilievo sulla regolare instaurazione del contraddittorio.

Ogni singolo trustee, inoltre, in quanto unico responsabile (illimitatamente o limitatamente, a seconda della legge applicabile) delle azioni e/o omissioni commesse nell'ambito del proprio ufficio, sarà legittimato attivo o passivo nelle controversie relative a tali azioni od omissioni: in altre parole, in ipotesi di "successione" di un trustee ad un altro, come regola generale e salve ipotesi particolari, non si verificheranno, sul piano processuale, situazioni di "successione" come quelle disciplinate dall'art. 111 cod. proc. civ.(19), non essendo configurabili "cessioni" in corso di causa del diritto controverso. Per lo stesso motivo, in ipotesi di morte del trustee, come regola generale, il processo interrotto dovrà essere riassunto o proseguito non dal nuovo trustee, in qualità di "successore" nella funzione, bensì dagli eredi "civili" del *de cuius*, cui spetteranno, se del caso, *iure hereditario*, le azioni di rivalsa nei confronti del fondo in trust. In caso di "successione" di trustee, peraltro, il trustee decaduto, il quale possa pretendere di essere tenuto indenne dal fondo rispetto alle conseguenze giudiziarie della sua attività gestoria potrà (e dovrà, per rendere loro opponibile l'eventuale decisione favorevole) chiamare in causa il nuovo trustee ed eventualmente i beneficiari (cui, ad esempio, nelle more siano stati trasferiti i beni del trust).

Discorso diverso va fatto per le azioni relative non a comportamenti (attivi od omissivi) del trustee bensì al rapporto di trust in quanto tale (ad esempio, sul piano della validità ed efficacia del suo atto istitutivo) ovvero agli atti di conferimento di beni nel fondo (ad esempio, in caso di azione revocatoria): qui, infatti, l'emananda decisione deve essere opponibile e deve

vincolare il trustee in quanto tale, a prescindere dalla sua identità, ed eventualmente i beneficiari (ad esempio, quelli titolari di posizioni acquisite): le vicende successorie a titolo universale o particolare, come regola generale, dunque, dovranno coinvolgere il nuovo trustee subentrato al precedente.

Nelle azioni che riguardano la validità, gli effetti e l'interpretazione dell'atto istitutivo di trust ovvero dei singoli conferimenti di beni al trust, inoltre, il trustee assume il ruolo di litisconsorte necessario, come soggetto destinato a subire gli effetti dell'emanando provvedimento nella sua qualifica di proprietario "legale" del fondo in trust: così, ad esempio, nelle azioni revocatorie proposte dai creditori del disponente. In questo senso, si esprime, mi sembra, una pronuncia del Tribunale di Firenze(20), in cui si afferma che, rispetto ad un'istanza di sequestro conservativo strumentale ad un'azione revocatoria nei confronti di un atto istitutivo di trust, i trustee sono legittimati processuali, in qualità di soggetti controinteressati al provvedimento, in quanto investiti di poteri di amministrazione dei beni da sequestrare.

In queste ed in altre analoghe ipotesi, peraltro, la "partecipazione" del trustee al processo è giustificata, più che da un proprio interesse ad agire o a resistere in senso tradizionale, da considerazioni di mera opportunità, per rendergli opponibile il provvedimento e, comunque, per metterlo in condizione di fare valere avanti al giudice il punto di vista del soggetto che amministra il trust, potenzialmente diverso (e sinanche incompatibile) rispetto a quello delle altre parti in lite tra loro. In situazioni di questo tipo, dunque, il trustee potrà (o in certe ipotesi dovrà) assumere una posizione sostanzialmente e processualmente neutra, ad esempio senza schierarsi con l'uno o l'altro dei beneficiari in lite tra loro in merito ad un rettifica delle *beneficial provisions* dell'atto istitutivo. In ogni caso, il trustee, nel corso del processo, dovrà rappresentare al giudice e cercare di tutelare, in modo imparziale, gli interessi della categoria dei beneficiari in quanto tale.

■ (Segue). Problemi di contraddittorio

Nell'ambito della tutela giudiziaria "dichiarativa",

Note:

(18) Trib. Bologna, 20 marzo 2006, in questa Rivista, 2006, 579.

(19) Cfr. al riguardo I. Valas, La responsabilità del trustee che contratta con i terzi, la sua successione e le controversie giudiziarie [*supra*, nota 8], a p. 549 s.

(20) Trib. Firenze, 6 febbraio 2002, in questa Rivista, 2004, 256.

i “tipici” contraddittori del trustee sono, da un lato, i creditori del trust o comunque i terzi che con il trust interagiscono a qualsiasi titolo, dall’altro i beneficiari. Ciò detto, la complessità dei rapporti e l’eterogeneità delle discipline sostanziali rende impossibile qualsiasi generalizzazione. In via di prima approssimazione, ogni ragionamento in questo contesto deve tenere conto delle tre condizioni dell’azione tradizionalmente (e magari scolasticamente) individuate dalla dottrina italiana. Potrà dunque agire, essere convenuto, intervenire ed essere chiamato in giudizio qualunque soggetto a cui, in base alla normativa sostanziale applicabile, sia riconosciuto un diritto nei confronti del trust o del trustee e che, nel caso concreto, possa avere un interesse ad agire, inteso come bisogno sostanziale di tutela. Ad esempio, in ipotesi di trust testamentario senza beneficiari individuati, l’erede potrà agire contro il trustee inadempiente rispetto al raggiungimento dello scopo prefissato dal disponente.

La posizione più problematica, peraltro, da questo punto di vista è forse quella dei beneficiari, perlomeno nelle ipotesi in cui essi non siano esattamente individuati e, comunque, qualora siano riconosciuti al trustee poteri discrezionali, per quanto riguarda il perseguimento dei fini per il quale il trust è stato istituito. In situazioni di questo tipo, può essere difficile se non impossibile riconoscere in capo ai beneficiari un vero e proprio diritto soggettivo nei confronti del trustee, talché può non essere agevole configurare una pretesa processuale da loro concretamente esercitabile. In effetti, la dottrina che si è sinora occupata dall’argomento è giunta a richiamare, in questo contesto, le categorie “amministrativistiche” dell’interesse, affermando, ad esempio, che la posizione soggettiva dei potenziali beneficiari è solo quella di pretendere che il trustee eserciti i propri poteri discrezionali e che amministri correttamente il patrimonio del trust(21).

Come regola generale, peraltro, al beneficiario va riconosciuto il fondamentale diritto di essere informato dal trustee circa le vicende del trust nonché di ottenere il rendiconto della propria attività gestoria, con tutte le relative ricadute in termini di azioni giudiziarie esperibili, anche in via cautelare(22).

Pure da chiarire è il ruolo processuale dei beneficiari (almeno quelli esattamente individuati) nelle azioni relative alla validità o all’efficacia dell’atto istitutivo o degli atti di conferimento, essendo pacifica la sussistenza di un loro “pregiudizio” in caso, ad esempio, di accoglimento della domanda revocatoria proposta da un creditore del disponente.

Quanto alle controversie tra trustee e beneficiari, esse, normalmente, configureranno dei litisconsorzi necessari, salve le ipotesi in cui la pretesa avanzata dal beneficiario attore, in caso di accoglimento, non produca effetti per gli altri beneficiari (si può fare l’esempio dell’azione di un *income beneficiary* che riguardi solo la sua posizione singola e non tocchi i *capital interests*).

In attesa di approfondire questi aspetti, non è difficile riconoscere, in capo ai beneficiari e pure (almeno in certe ipotesi) al disponente, quell’interesse giuridicamente protetto che li legittima ad intervenire, a titolo adesivo dipendente, nelle controversie relative al trust. Si fa l’esempio dell’intervento del beneficiario nella lite tra un terzo ed il trustee in merito a beni del fondo, qualora vi sia un suo interesse giuridicamente apprezzabile, ponendo a confronto l’aspettativa patrimoniale di cui è titolare il terzo con il patrimonio che potrebbe residuare in capo al trust dopo l’eventuale esito negativo della lite(23); ovvero, di quello adesivo del disponente, nella prospettiva eventuale di tornare ad essere titolare del patrimonio alla fine del trust(24).

È appena il caso di osservare che riconoscere ad un soggetto del rapporto di trust un interesse qualificato all’intervento in causa ha come conseguenza l’incapacità dello stesso a svolgere, nella lite, il ruolo di testimone.

■ Il processo esecutivo

A ben vedere, sino a questo momento, l’interesse teorico-pratico si è concentrato, più che sui profili della tutela dichiarativa che ho cercato di tratteggiare nei paragrafi precedenti, su quelli dei procedimenti esecutivi. E, in effetti, il banco di prova del buon (o cattivo) funzionamento del trust interno è proprio rappresentato dal riconoscimento e dalla valorizzazione della “segregazione” patrimoniale che ne costituisce l’essen-

Note:

(21) Cfr. L. Dittrich, Prime riflessioni sui profili processuali del trust, Riv. dir. proc., 2006, 1189, a p. 1199.

(22) In materia, v., ad esempio, *Foreman v Kingstone*, in questa Rivista, 2006, 428, per cui i beneficiari di un trust discrezionale, pur vantando una mera aspettativa, hanno comunque diritto di ricevere informazioni sull’amministrazione del trust, per confrontarne la corrispondenza all’atto istitutivo. Resta peraltro possibile, per il giudice, comprimere tale diritto per giusti motivi.

(23) L. Dittrich, Prime riflessioni sui profili processuali del trust [supra, nota 21], a p. 1198.

(24) L. Dittrich, Prime riflessioni sui profili processuali del trust [supra, nota 21], a p. 1197 s., per cui, anzi, in simili ipotesi il disponente potrebbe agire anche in via surrogatoria rispetto al beneficiario.

za intrinseca e l'effetto naturale, come riconosciuto anche dall'art. 11 della Convenzione de L'Aja(25).

Sul piano teorico, si può dire affermata la possibilità per un soggetto di costituire patrimoni separati, nel rispetto delle apposite previsioni normative, con l'abbandono del principio dell'unità del patrimonio ed un sostanziale ridimensionamento della responsabilità patrimoniale e della *par condicio creditorum* sancite dall'art. 2740 cod. civ.(26).

A livello pratico, si possono prefigurare diverse ipotesi, le principali delle quali riguardano le azioni esecutive compiute sui "patrimoni" del trustee.

La regola di base, da cui qualunque considerazione non può prescindere, è che ha un senso parlare di "beni conferiti in trust ad un trustee" solo nella misura in cui si possa concepire una "intangibilità" di tali beni rispetto alle pretese risarcitorie di creditori personali del trustee(27). E, per converso, deve prospettarsi pure un'intangibilità dei beni personali di quest'ultimo rispetto alle rivendicazioni esecutive dei creditori del trust nelle ipotesi in cui la legge sostanziale applicabile limiti espressamente la responsabilità del trustee al valore dei beni conferiti in trust. Insomma, a costo di ribadire l'ovvio, come regola generale, sul piano processuale, il patrimonio in trust può essere oggetto di espropriazione solo da parte dei creditori del trust (se del caso, in via surrogatoria, facendo valere il diritto di rivalsa del trustee illimitatamente e personalmente responsabile per l'adempimento delle obbligazioni assunte nell'ambito del suo mandato), ovvero per il soddisfacimento di obbligazioni che trovano la loro causa nella destinazione impressa sui beni conferiti in trust.

Sul piano "fisiologico", le esecuzioni personali contro il trustee non pongono problemi specifici. Per quelle che, invece, riguardano il patrimonio in trust, si tratta di stabilire quale tipo di espropriazione debba in concreto essere esperita.

Premesso che il creditore dovrà essere munito di un titolo nei confronti del trustee in tale sua qualità (o del trust, se lo si ritiene un centro autonomo di imputazione)(28), il dubbio sorge, appunto, se si configura il trust come un ente autonomo di imputazione soggettiva. Così qualificando il rapporto, infatti, si è portati a ritenere che, per quanto riguarda l'espropriazione di beni mobili o di crediti, si debba procedere con le forme dell'espropriazione presso terzi, attribuendo al trustee il ruolo, appunto, di terzo, da citare in giudizio o a cui richiedere stragiudizialmente la dichiarazione circa l'esistenza e la consistenza

dei beni da assoggettare a pignoramento(29). A me, invece, pare più corretto prospettare, come regola generale, la necessità di ricorrere all'espropriazione contro il debitore, dando rilevanza all'appartenenza dei beni al trustee, per quanto "in trust".

Maggiore rilevanza assume invece l'aspetto patologico, che si verifica laddove creditori personali del trustee pignorino beni del fondo. A seconda di come si concettualizzi il trust, cambiano i rimedi esperibili dal trustee in ipotesi di questo tipo: chi, infatti, propugna una "soggettivizzazione" del patrimonio segregato, giunge ad affermare che il trustee debba proporre un'opposizione di terzo all'esecuzione, con la nomina di un curatore speciale(30). In coerenza con la posizione più volte sin qui esternata, invece, credo che il trustee sia legittimato a proporre opposizione all'esecuzione ex art. 615 cod. proc. civ.(31) per fare valere, in sostanza, la impignorabilità dei beni istituiti in trust rispetto ai suoi debiti personali ovvero, se del caso, quella del suo patrimonio personale per debiti del trust.

Quanto precede, ovviamente, presuppone la diligenza del trustee, il quale, come è suo preciso dovere, ponga in essere tutti gli atti necessari a preservare il patrimonio del trust rispetto all'aggressione da parte dei suoi creditori personali: è peraltro evidente che, in una situazione di questo tipo, sussista un intrinseco conflitto di interessi in capo al trustee al quale, dall'esecuzione sui beni segregati, deriverebbe il vantaggio di vedere estinguere proprio debiti personali.

Non a torto, dunque, si è prospettata la possibilità per altri soggetti del rapporto di trust (*in primis*, guardiano e beneficiari) di fare valere, con le forme del-

Note:

(25) Cfr., tra molti, G. Schiano di Pepe, Trust di protezione patrimoniale e fallimento, in questa Rivista, 2004, 215.

(26) Tra i molti, v., di recente, L. Santoro, I traguardi della giurisprudenza italiana in materia di trust, in questa Rivista, 2004, 373; G. Schiano di Pepe, Trust di protezione patrimoniale e fallimento [*supra*, nota 25], a p. 215 s.

(27) Cfr. P. Rotondo – E. Senini, Impignorabilità dei beni del *trust fund* da parte dei creditori del disponente, in questa Rivista, 2005, 181; Trib. Brescia, 12 ottobre 2004, *ivi*, 83; Trib. Firenze, 2 luglio 2005, in questa Rivista, 2006, 89.

(28) Come fa L. Dittrich, Prime riflessioni sui profili processuali del *trust* [*supra*, nota 21], a p. 1202.

(29) Così era avvenuto, in effetti, nella fattispecie su cui si è pronunciato Trib. Brescia, 12 ottobre 2004 [*supra*, nota 27]; in argomento, v. U. Berloni, Risvolti processuali della qualificazione del trust interno come soggetto di diritti [*supra*, nota 17], a p. 1344 s.

(30) L. Dittrich, Prime riflessioni sui profili processuali del *trust* [*supra*, nota 21], a p. 1203.

(31) Così pure A. Chizzini, Note preliminari in tema di esecuzione mobiliare per debiti del trustee, in questa Rivista, 2001, 37.

l'opposizione di terzo all'esecuzione, il vincolo di impignorabilità sui beni istituiti in trust. La difficoltà di una simile ricostruzione è che qui non ci si trova di fronte alla situazione tipicamente considerata dall'art. 619 cod. proc. civ., di un terzo che si affermi proprietario di un bene erroneamente pignorato per un debito altrui, tanto da dover arrivare a prospettare che, con questa opposizione, non si faccia valere un diritto di proprietà bensì la propria condizione di destinatari della tutela, in quanto portatori dell'interesse per il quale il vincolo è stato posto(32). Una simile ricostruzione, peraltro, mentre appare riferibile abbastanza agevolmente alla posizione del beneficiario, è più problematica rispetto a quella del disponente (che non sia anche beneficiario) o del guardiano. Mentre sembra arduo, se non impossibile, configurare l'esperimento dell'opposizione all'esecuzione in via surrogatoria da parte di soggetti che non siano anche creditori del trust, si potrebbe forse invocare il conflitto di interessi che, ai sensi dell'art. 78, ultimo comma cod. proc. civ., legittima alla nomina di un curatore speciale per agire o resistere in giudizio. Certo, la norma si riferisce espressamente al conflitto di interessi tra rappresentante e rappresentato, situazione che, come si è detto, non sembra trovare riscontro nei rapporti tra trust e trustee: la soluzione qui proposta, dunque, presuppone una lettura analogica od estensiva della norma, rispetto alla cui ammissibilità è opportuno compiere riflessioni più approfondite.

D'altro canto, situazioni patologiche come quelle qui configurate potrebbero e dovrebbero essere prevenute e risolte con un'attenta formulazione, nell'atto istitutivo, delle modalità (e dei poteri) di sostituzione del trustee.

Ovviamente, il positivo esperimento delle opposizioni esecutive contro i creditori personali del trustee, da chiunque proposte, presuppone che al creditore pignorante sia opponibile il vincolo di segregazione in capo ai beni in trust, circostanza che potrebbe non trovare riscontro rispetto a beni mobili o a crediti, in mancanza di un regime di pubblicità dei relativi atti di disposizione(33).

■ (Segue). Ulteriori problematiche esecutive in materia di trust

Sul piano della tutela esecutiva, peraltro, si debbono considerare anche ipotesi diverse da quelle sin qui esaminate. Ad esempio, possono assumere rilievo:

- esecuzioni dei creditori dei beneficiari sull'*equitable interest* di questi ultimi: salva, sul piano sostanziale,

l'eventualità che il disponente abbia previsto che tale "interest" sia intrasferibile per volontà o per legge(34), tali esecuzioni prenderanno la forma dell'espropriazione presso terzi, con il coinvolgimento del trustee nella qualità di terzo debitore dei beneficiari(35); nei trust discrezionali, peraltro, il trustee renderà una dichiarazione in base alla propria insindacabile discrezione;

- azioni esecutive esperibili dai beneficiari nei confronti del trustee (a seconda delle ipotesi, su beni del trust o personali del trustee);

- azioni esecutive dei creditori del disponente sui beni vincolati in trust: esse presuppongono il previo accoglimento di un'azione revocatoria(36) e prenderanno, a quel punto, le forme dell'esecuzione contro il terzo proprietario (cioè il trustee). A parte queste ipotesi, il patrimonio istituito in trust resta per definizione insensibile alle pretese dei creditori del disponente(37), anche se il disponente assuma anche i panni di trustee(38).

■ Conclusioni

La rapida rassegna che precede dimostra che molti nodi sono ancora da sciogliere rispetto alle dinamiche procedurali del contenzioso in materia di trust.

Gli interpreti sono chiamati ad un'attenta opera di adeguamento sistematico, in cui l'analisi comparatistica giocherà un ruolo determinante.

A queste tematiche vale quindi la pena dedicare ulteriori e più ponderati studi ed approfondimenti.

Note:

(32) A. Chizzini, Brevi note preliminari in tema di esecuzione mobiliare per debiti del trustee [*supra*, nota 31].

(33) L. Dittrich, Prime riflessioni sui profili processuali del trust [*supra*, nota 21], a p. 1202.

(34) In Inghilterra, per raggiungere queste finalità, si utilizza il *protective trust*, in cui la posizione equitativa reddituale attribuita al beneficiario cessa e il trust muta le proprie caratteristiche ove un qualunque evento comporti che le somme altrimenti spettanti al beneficiario non possano essere da lui percepite. Nei trust di protezione, in altre parole, appena il diritto di un beneficiario sia aggredito, esso cessa di diritto e viene trasferito ad altro beneficiario: cfr. G. La Torre, Trust e pignoramento presso terzi, consultabile sul sito Internet dell'Associazione "Il trust in Italia" all'indirizzo <http://www.il-trust-in-italia.it>.

(35) G. Schiano di Pepe, Trust di protezione patrimoniale e fallimento [*supra*, nota 25], a p. 215 s.

(36) V., in merito, Trib. Siena, 16 gennaio 2007, in questa Rivista, 2007, 266.

(37) Cfr. P. Rotondo - E. Senini, Impignorabilità dei beni del trust *fund* da parte dei creditori del disponente [*supra*, nota 27], a p. 181 s.; v. pure Trib. Firenze, 2 luglio 2005, in questa Rivista, 2006, 89; Trib. Brescia, 12 ottobre 2004 [*supra*, nota 27].

(38) Trib. Reggio Emilia, 14 maggio 2007, in questa Rivista, 2007, 425.

Italia – Corte di Cassazione

Vendita a terzi di beni fiduciariamente intestati e decorso della prescrizione

Azioni – intestazione fiduciaria – vendita a terzi – obbligazioni fiduciarie – violazione – validità del trasferimento – opponibilità al fiduciante – risarcimento danni – prescrizione decennale – decorso

L'intestazione fiduciaria di partecipazioni azionarie, avendo quale effetto quello di far sorgere la proprietà delle stesse in capo al fiduciario, determina la validità e l'efficacia del trasferimento a terzi di siffatti titoli.

La vendita a terzi di partecipazioni azionarie fiduciariamente intestate costituisce una violazione delle obbligazioni fiduciarie idonea a pregiudicare le ragioni del fiduciante e, in quanto tale, è fonte di responsabilità contrattuale. Tale responsabilità deve essere fatta valere nel termine di prescrizione di dieci anni decorrente dalla data in cui si è verificato l'inadempimento del fiduciante alle proprie obbligazioni, ed in particolare, decorrente dalla data del trasferimento a terzi delle partecipazioni azionarie (termine reso astrattamente conoscibile dalla relativa annotazione nel registro dei soci).

■ **Corte di Cassazione, Sez. I, V. Proto, Pres., A. Ceccherini, Cons. Rel., G. Salmè, R. Rordorf, G. Gilardi, Conss., 25 giugno 2008, n. 17334 [Z. c. Z.]**

TESTO DELLA SENTENZA

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Nel 1994 i signori V., G., R., A.E., Z.F.S., tutti eredi di Z.I., chiamarono in giudizio, davanti al Tribunale di Frosinone, i signori C. e Z.M.V., eredi di Z.P., A. e Z.E.AL., eredi di Z.L. (deceduto in data 8 gennaio 1988), G., AU. e Z.M.R., eredi di Z.F. (deceduto il 9 gennaio 1989), la Società semplice L., A.A. e la S.r.l. FIN.TRE. Gli attori esposero che il 25 ottobre 1962 i signori L., F.P. e Z.I. avevano acquistato in parti uguali l'intero pacchetto azionario della Banca Mario Equicola s.p.a., poi Banca della Ciociaria, e che il pacchetto era rimasto fiduciariamente intestato al solo Z.P.

Quest'ultimo aveva rispettato il pactum fiduciae almeno fino al 1970, corrispondendo le rispettive quote di dividendi ai fiducianti.

Deceduto il 10 ottobre 1970 Z.I., dante causa degli attori, in data 28 aprile 1979 Z.P. trasferì a F. e Z.L. una quota pari a circa l'80% dei certificati azionari in suo possesso. Lo stesso Z.P. era poi deceduto il 26 ottobre 1982. Deceduti anche L. e Z.F., nel dicembre del 1989 gli attori avevano chiesto a C. e Z.M.V., eredi di P., di trasferire loro i

titoli già spettanti ad Z.I., non essendo loro opponibile, almeno fino al limite dell'integrità della quota spettante, il trasferimento del 28 aprile 1979 e quelli successivi conseguenti, a favore in particolare della società semplice L., A. e Al., e della s.r.l. FIN.TRE, essendo i subacquirenti consapevoli dell'altruità almeno parziale delle azioni trasferite, ed essendo in ogni caso gli eredi di P.Z. tenuti a rispondere dei danni eventualmente cagionati dal trasferimento per violazione del patto fiduciario. Gli attori formularono quindi domande di tipo sia restitutorio e sia risarcitorio.

Nel giudizio si costituì Z.C., eccependo in via preliminare la prescrizione del diritto, e in via subordinata l'infondatezza della pretesa.

Si costituirono anche le due società subacquirenti di quote di partecipazione - la società semplice L., A. e Al. e la s.r.l. FIN.TRE - contestando che fosse loro opponibile il pactum fiduciae, e eccependo in ogni caso la prescrizione.

Con sentenza 27 novembre 1998, il Tribunale di Frosinone respinse tutte le domande. Premesso che la prescri-

.....
Pubblichiamo il testo della sentenza dalla banca dati *on line* "La legge plus".

La sentenza è commentata da Elisa Barla De Guglielmi sul prossimo numero della Rivista.

zione non si era maturata, decorrendo il relativo termine dalla data in cui il trasferimento delle azioni a F. e Z.L. era stato iscritto nel libro soci (10/1/1980), il tribunale ritenne che nella lettera 30 aprile 1977 prodotta in giudizio vi fosse contrasto tra l'iniziale ammissione di Z.P. in ordine al carattere fiduciario dell'intestazione, e la contestuale manifestazione di volontà dello stesso di trasferire parte conspicua della quota in favore dei soli F. e L., riservandosi di trasferire a Z.V. la parte restante del pacchetto azionario; e che nella scrittura fosse ravvisabile la proposta di un nuovo accordo, ma non la prova della persistente efficacia del patto che sarebbe stato concluso nel 1962.

Contro la sentenza gli attori proposero appello davanti alla Corte d'Appello di Roma. Nel giudizio di gravame si costituirono sia Z.C. e sia le due società, riproponendo tra l'altro e per quel che qui interessa l'eccezione di prescrizione. Le società eccepirono, in via pregiudiziale, anche l'inammissibilità dell'appello principale, e chiesero in via di appello incidentale la condanna degli attori al pagamento dei danni da lite temeraria ex art. 96 c.p.c.. In mancanza della copia dell'appello notificata ad alcuni degli appellati, con ordinanza 16 maggio 2002 fu disposta l'integrazione del contraddittorio, e l'appello fu quindi notificato anche a Z.M.V., che non si costituì.

Con sentenza non definitiva in data 17 luglio 2003, la corte territoriale, respinta l'eccezione sollevata dalle due società appellate, d'inammissibilità dell'appello per mancanza di motivi specifici, e disposta la separazione degli atti relativi alla domanda di risarcimento danni proposta nei confronti dell'appellata contumace Z.M.V., per la quale la causa fu rimessa sul ruolo, respinse tutte le altre domande. In motivazione la corte premise che, trattandosi secondo l'assunto degli appellanti di un caso di interposizione reale nella persona di Z.P., i trasferimenti eseguiti da quest'ultimo erano validi ed efficaci per i suoi aventi causa, e che l'azione di risarcimento danni, fondata sulla violazione del pactum fiduciae, poteva essere proposta solo nei confronti degli eredi del fiduciario. A questo riguardo Z.C. aveva eccepito, anche in appello, la prescrizione. L'eccezione non poteva essere accolta sotto il profilo dell'applicabilità del termine quinquennale per le cause in materia societaria, trattandosi non già di patto di società ma di patto fiduciario; né sotto quello del decorso del termine decennale dalla morte del fiduciante Z.I. nel 1970, sul presupposto dell'estinzione del mandato a quella data, emergendo dalla lettera 30 aprile 1977 di Z.I. la volontà delle parti di ritenersi vincolate dal precedente patto fiduciario. Il termine decorreva invece, secondo la corte, dalla lettera citata, la quale dimostrava l'inadempimento del fiduciario. Era inoltre fondato anche il terzo profilo prospettato dall'appellato Z.C., di decorren-

za della prescrizione dal trasferimento delle azioni a favore di F. e Z. L., perché la cessione di quote sociali è contratto con efficacia reale che si perfeziona con lo scambio dei consensi, mentre l'annotazione sul libro soci ha il solo effetto di rendere opponibile alla società il trasferimento già perfezionato. La qualità di terzi rispetto alla cessione, rivestita dagli appellanti, non era di ostacolo all'applicazione della regola per la quale la prescrizione decorre dal giorno in cui il diritto può essere esercitato, potendo essi chiedere, a seguito della cessione in violazione del patto fiduciario, sia l'adempimento e sia il risarcimento del danno.

Per la cassazione della sentenza, non notificata, i signori V., G., R., A.E., Z.F. S. ricorrono con atto notificato il 13 - 14 ottobre 2004 a tutte le parti, articolato in tre mezzi d'impugnazione (ricorso n. .../04).

Degli intimati, le società s.r.l. FIN.TRE e Società semplice L., A., Al. resistono con controricorso e ricorso incidentale (n. .../04) con tre mezzi d'impugnazione, notificato il 19 novembre 2004, ed illustrato anche con memoria.

Z.C. resiste con controricorso e ricorso incidentale condizionato (n. .../04) con un unico mezzo d'impugnazione, notificato il 19 novembre 2004. Z.M. resiste con controricorso notificato il 22 novembre 2004. I due ricorsi incidentali, nn. .../04 e .../04, sono stati riuniti, all'udienza di discussione, con quello principale, portante il numero n. .../04.

Nel frattempo, nella causa nei confronti di Z.M., rimessa sul ruolo per l'istruttoria sulla domanda di risarcimento danni, l'appellata si costituì all'udienza fissata per il suo interrogatorio formale, dichiarandosi disposta a renderlo, ma contestandone la rilevanza e allegando al riguardo la prescrizione contestualmente eccepita.

Con sentenza definitiva in data 3 giugno 2004, la corte d'appello respinse l'appello anche su questa domanda. Premesso il contenuto della precedente sentenza, la corte ribadì il suo convincimento che la data della scrittura costituì il dies a quo di decorrenza della prescrizione decennale, consuetatasi prima della raccomandata del dicembre 1989, contenente il primo atto interruttivo; e che la stessa prescrizione fosse in ogni caso maturata anche con decorrenza dalla data del trasferimento delle azioni ad opera di Z.P.

La corte aggiunse che l'eccezione di prescrizione doveva ritenersi tempestiva, ancorché sollevata solo in appello, applicandosi nella fattispecie il rito delle cause promosse prima del 1995.

Per la cassazione di questa seconda sentenza, non notificata, i signori V., G., R., A.E., Z. F.S. ricorrono con atto notificato il 7 luglio 2005 a Z.M. nel domicilio eletto, con un unico mezzo d'impugnazione (ricorso n. .../05).

L'intimata Z.M. resiste con controricorso notificato il 29 settembre 2005.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Il ricorso proposto contro Z.M., n. .../05, contro la sentenza che ha definito l'unico processo originariamente instaurato tra tutte le parti in causa, può essere riunito ai ricorsi nn. .../2004, .../2004 e .../2004, già riuniti in udienza, proposti contro la sentenza non definitiva pronunciata nello stesso processo, stante la connessione soggettiva ed oggettiva, e la comunanza di motivi d'impugnazione da esaminare.

Nella memoria depositata, le società s.r.l. FIN.TRE e Società semplice L., A., Al. eccepiscono la nullità del ricorso principale (.../2004), per il difetto del requisito di autosufficienza, a causa del reiterato richiamo al contenuto di documenti non riprodotti nel testo del ricorso medesimo, necessario al fine di consentire alla corte il controllo del requisito.

L'eccezione non può essere accolta. Il principio per cui il ricorrente per cassazione, per soddisfare il requisito dell'autosufficienza del ricorso, è tenuto a trascrivere integralmente il contenuto dei documenti acquisiti al giudizio, sui quali fondi le censure mosse alla sentenza impugnata, incontra il suo limite nella necessità che la conoscenza precisa di detto contenuto sia indispensabile all'esame della censura. Nel caso presente, tuttavia, il ricorso principale include censure diverse, delle quali solo alcune si sottraggono all'esame per il richiamo diretto al contenuto dei documenti; con la conseguenza che il vizio denunciato incide solo quelle censure, e non anche il ricorso nella sua interezza.

In via pregiudiziale deve essere esaminato il primo motivo del ricorso incidentale delle società FIN.TRE s.r.l. e società semplice L.A.A., vertente sul punto dell'impugnata sentenza non definitiva, che ha respinto l'eccezione d'inammissibilità dell'appello proposto dagli eredi di Z. I., per difetto del requisito della specificità dei motivi. A questo riguardo, nel ricorso si riporta la motivazione offerta a fondamento della sua decisione dalla corte territoriale nell'impugnata sentenza, e si espongono poi le ragioni per le quali in essa dovrebbe ravvisarsi una ricognizione meramente descrittiva delle deduzioni dell'atto d'appello, disancorata dalla doverosa correlazione con le censurate statuizioni di primo grado, perché il gravame avversario non conteneva la specificazione dei motivi d'appello. Il mezzo è infondato.

Il giudice di merito, al quale è riservata l'interpretazione e la valutazione complessiva delle domande contenute

nell'atto d'appello, ha esaminato i motivi di gravame con puntuale riferimento alla questione sollevata dalle società appellate, le quali denunciavano l'assenza di specifiche censure all'affermazione, contenuta nella sentenza del tribunale, che non era stata fornita la prova del *pactum fiduciae*. Secondo la corte territoriale, nell'appello non soltanto era espressa la doglianza per l'omessa, e quindi immotivata pronuncia da parte del tribunale sull'interrogatorio formale dei convenuti, ma erano indicate le ragioni per le quali, sulla base dei documenti acquisiti in primo grado, dovevano ravvisarsi - nonostante le prove non ammesse - consistenti elementi a favore della tesi dell'intestazione fiduciaria. Ciò premesso, nella prospettazione discorsiva del ricorso incidentale, che si limita a contrapporre una diversa e complessiva valutazione della congruità dei motivi di appello in relazione al contenuto della sentenza di primo grado, non può ravvisarsi la denuncia di mancanza di motivazione su un punto specifico, che avrebbe carattere decisivo e comporterebbe da solo l'inammissibilità del gravame.

Con il primo mezzo del ricorso principale, proposto dagli eredi di Z.I. contro gli eredi di P., di L. e di Z.F., nonché contro s.r.l. FIN.TRE e contro Società semplice L., A.A., si denunciano vizi di motivazione della sentenza impugnata su punti decisivi della controversia. Le censure si appuntano innanzi tutto sull'affermazione che l'interposizione reale, comportando la proprietà in capo al fiduciario, e conseguentemente la validità ed efficacia *inter partes* del trasferimento a terzi delle azioni fiduciarmente intestate, renderebbe infondata la domanda degli appellanti diretta ad ottenere il trasferimento di beni da molti anni usciti definitivamente dal patrimonio del fiduciario e dei suoi aventi causa. Questa conclusione, secondo i ricorrenti, si pone in contrasto con la circostanza, pacifica, che Z.P. aveva trasferito solo l'80% delle partecipazioni azionarie, e che le altre partecipazioni sono tuttora possedute dai suoi eredi convenuti in giudizio. La possibilità dei ricorrenti di chiedere l'adempimento era stata del resto incidentalmente affermata dalla stessa sentenza a proposito della regola posta dall'art. 2935 c.c.. Si denuncia inoltre la contraddizione in cui è incorsa l'impugnata sentenza, che ha attribuito alla lettera 30 aprile 1977 di Z.P., al tempo stesso, la natura di riconoscimento del diritto e un'espressa manifestazione di volontà d'inadempimento, con ogni conseguenza in tema di decorrenza del termine di prescrizione. Le censure dimostrerebbero che la domanda di trasferimento delle azioni è compatibile con l'assetto conseguente all'atto di disposizione compiuto dai Z.P. nel 1979, giustificando semmai l'ammissione di un adempimento soltanto parziale, nei limiti delle azioni tuttora possedute dagli eredi di Z.P..

Le censure di vizi di motivazione concernono il rigetto integrale di una domanda, di adempimento dell'obbligazione fiduciaria, che secondo i ricorrenti poteva essere accolta in modo parziale.

Indipendentemente dal rilievo che un simile vizio, ove sussistente, sarebbe stato deducibile come violazione dell'art. 112 c.p.c., e quindi sotto il profilo del vizio della nullità della sentenza ex art. 360 c.p.c., n. 4, per omessa pronuncia sulla (supposta) domanda di adempimento parziale, la doglianza non ha fondamento. Come si legge nelle conclusioni riportate nell'impugnata sentenza, gli appellanti non avevano chiesto, in via subordinata alla domanda di trasferimento delle azioni fiduciarmente intestate e per l'ipotesi che il numero di azioni attualmente intestate agli eredi di Z. P. si rivelasse insufficiente, la condanna dei medesimi eredi all'adempimento parziale (salva l'azione di risarcimento per il residuo), ma la dichiarazione d'inefficacia (nei confronti degli attori) degli atti di trasferimento delle azioni a favore di F. e Z.L., nonché di quelli successivi alle due società limitatamente alla parte di cui si chiedeva il riconoscimento del diritto; e tale domanda era strumentale all'accoglimento di quella di restituzione dell'intero pacchetto di azioni, di cui si rivendicava la proprietà, restituzione da porre a carico di tutti i convenuti, solidalmente o in subordine in proporzione alle quote possedute, fino a concorrenza del 25% del totale di quelle originariamente intestate a Z.P.. Nel ricorso, d'altra parte, non si fa riferimento alla altrove manifestata volontà di conseguire in ogni caso un adempimento anche solo parziale, utilizzando lo strumento dell'azione risarcitoria solo per il residuo non recuperabile delle azioni definitivamente uscite. In relazione ai termini nei quali la domanda era stata proposta, pertanto, il denunciato vizio non sussiste.

Con il secondo mezzo di ricorso si denuncia la violazione e falsa applicazione di norme di diritto (art. 2938 c.c., nonché degli artt. 1322, 2934 e 2935 c.c.). Il mezzo è internamente articolato in motivi diversi di doglianza. Innanzi tutto, si deduce che l'appellato Z.C. aveva eccepito la prescrizione sotto tre profili, e che la corte d'appello aveva aggiunto ad essi un quarto, ritenuto fondato, basato sulla decorrenza del termine decennale dalla lettera di Z.P. in data 30 aprile 1977. In tal modo il giudice di merito sarebbe incorso in violazione del principio di diritto per il quale l'eccezione di prescrizione costituisce eccezione in senso proprio, e come tale deve essere sollevata dalla parte, alla quale soltanto spetta di specificare i fatti che ne costituiscono il fondamento, ivi compresa la data di inizio del decorso prescrizione.

In secondo luogo, e con riferimento ai profili per i quali la prescrizione era stata eccepita, si censura l'affermazio-

ne che la prescrizione decennale sarebbe in ogni caso decorsa dalla data in cui il fiduciario aveva trasferito parte delle azioni a Z.F. e L.. I ricorrenti criticano a questo proposito l'affermazione della corte del merito, che il termine di decorrenza della prescrizione dell'azione di risarcimento coinciderebbe con quello previsto per l'azione di adempimento. Premesso che nella fattispecie, in mancanza di termini o condizioni, l'obbligo di restituzione del fiduciario sarebbe sorto al momento della richiesta del fiduciante, e che prima di tale richiesta non v'era necessità di costituzione in mora del fiduciario perché non vi era prestazione inadempita, i ricorrenti sostengono che il termine decennale non poteva cominciare a decorrere prima della richiesta di adempimento, formulata con la raccomandata inviata agli eredi di Z.P. il 16-18 dicembre 1989. Quanto alla cessione di parte dei titoli a L. e Z.F. intervenuta il 29 aprile 1979, i ricorrenti sostengono che può ritenersi inadempiente il debitore che dichiara di non voler adempiere prima della scadenza solo laddove ciò avvenga in forma scritta o con atti non equivoci: requisiti assenti nel comportamento considerato, sia perché l'atto in questione non era rivolto ai ricorrenti, e sia perché il trasferimento di una parte soltanto delle azioni non era incompatibile con l'adempimento con riguardo alla partecipazione ancora intestata a Z.P.. In ogni caso, si conclude, ai terzi - quali gli odierni ricorrenti - quell'atto non poteva essere opposto prima della sua annotazione sul libro soci della società, perché solo quell'annotazione, pur preordinata ad altri fini, poteva conferire al negozio l'astratta conoscibilità per i ricorrenti medesimi.

Insieme a questo mezzo del ricorso principale deve essere esaminato il ricorso proposto dagli eredi di Z.I. nei confronti di Z.M. (n. .../05), basato su un unico mezzo d'impugnazione ed avente contenuto sostanzialmente identico a quello del ricorso n. .../04, appena riportato.

L'ultimo profilo di censura, tra quelli sopra indicati, concernente il decorso del termine prescrizione dalla data della conoscibilità della cessione delle azioni (stipulata il 29 aprile 1979), è infondato. Non è dubbio, infatti, che la vendita a terzi del bene fiduciarmente intestato costituisce violazione dell'obbligazione fiduciaria, idonea a pregiudicare le ragioni del fiduciante e come tale fonte di responsabilità contrattuale, che deve essere fatta valere nel termine di prescrizione di dieci anni. A tal inevitabile conclusione i ricorrenti resistono invocando una norma (art. 1219 cpv. c.c., n. 2) dettata in tema di costituzione in mora dell'obbligato, e riguardante l'obbligazione principale di restituzione, norma che non ha riguardo all'obbligazione risarcitoria qui considerata. La corte territoriale, richiamando la regola dell'art. 2935 c.c., per la

quale la prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere, ha osservato esattamente - per questa parte - che, a seguito della cessione, i fiduciari avevano il potere di chiedere il risarcimento del danno patito per l'inadempimento di Z.P. agli obblighi assunti con il negozio fiduciario. È infatti massima tradizionale, e consolidata in giurisprudenza, che il principio *contra non valentem agere con currit praescriptio* deve essere riferito alla sola possibilità giuridica di esercitare il diritto (se norme speciali non dispongano diversamente), e non agli impedimenti di mero fatto. È di conseguenza irrilevante la circostanza che i creditori della prestazione fiduciaria non abbiano saputo della cessione, che violava il patto fiduciario e pregiudicava definitivamente l'adempimento dell'obbligazione restitutoria, avendo essi lasciato trascorrere l'intero termine decennale di prescrizione del diritto senza usare l'ordinaria diligenza per salvaguardare le loro ragioni. La circostanza che la cessione fosse compatibile - come si sostiene - con un adempimento soltanto parziale non rileva nella discussione sulla prescrizione del diritto al risarcimento del danno, qui considerato; e l'astratta conoscibilità della cessione, assicurata dalla sua annotazione sul registro soci, è ancora una volta, in relazione all'illecito contrattuale generatore del danno risarcibile, una circostanza di fatto, che non poteva condizionare l'esercizio del diritto al risarcimento, né il decorso della relativa prescrizione.

Le considerazioni che precedono, comportando la prescrizione del diritto al risarcimento del danno per decorso del termine decennale dalla data del trasferimento a soggetti, diversi dagli aventi diritto, delle quote di società fiduciariamente intestate a Z.P., sono assorbenti, e dispensano dall'esame delle altre censure formulate con i due mezzi di ricorso in esame, la cui eventuale fondatezza non avrebbe riflessi nella definizione della controversia, e portano al rigetto del secondo mezzo del ricorso principale e al rigetto dell'intero ricorso proposto contro Z. M. (n. .../05).

Con il terzo motivo di ricorso si denuncia la violazione e falsa applicazione degli artt. 1147, 1362, 1375 e 1223 c.c., nonché vizi di motivazione della sentenza impugnata su un punto decisivo della controversia. Si deduce che, per respingere la domanda di restituzione proposta nei confronti dei cessionari delle azioni, la corte territoriale aveva usato l'argomento dell'estraneità di questi ultimi al patto fiduciario in forza del quale il dante causa degli odierni ricorrenti aveva lasciato che Z.P. si intestasse le azioni medesime. In tal modo la corte non aveva considerato la particolare natura del patto dedotto, che involgeva dall'origine diversi soggetti - legati da vincoli parentali e imprendi-

toriali - sì da configurare da un lato l'obbligo direttamente intercorrente tra fiduciario e fiduciante, avente ad oggetto il trasferimento dei titoli azionari dall'altro l'obbligo per gli altri partecipanti di dare esecuzione al patto complessivo, secondo le comuni volontà e in buona fede: i beneficiari del trasferimento delle azioni disposto da Z.P. non avevano pertanto la qualifica di terzi estranei al negozio fiduciario, che secondo la corte d'appello li poneva al riparo delle pretese dei ricorrenti.

Il mezzo si basa su una ricostruzione del negozio fiduciario, nei suoi elementi soggettivi e di contenuto pattizio, che non si ricava dalla sentenza impugnata, e solleva in questa sede questioni che dovevano essere preventivamente sottoposte al vaglio del giudice di merito. Al riguardo è pertanto sufficiente osservare che, nelle conclusioni riportate in epigrafe dell'impugnata sentenza, i negozi di trasferimento delle azioni compiuti da Z.P. a favore degli altri fiduciari erano dagli odierni ricorrenti ritenuti soltanto "inefficaci" nei loro confronti, senza che essi li qualificassero come violazioni di obbligazioni assunte dai diversi fiduciari nei rapporti reciproci. Il giudice di merito, valutando i patti fiduciari in questione come intercorsi tra il fiduciario Z.P. e ciascuno singolarmente dei fiduciari I., F. e L., non è incorso pertanto nella violazione di nessuna delle norme invocate.

Devono essere ora esaminati gli altri motivi del ricorso incidentale proposto da s.r.l. FIN.TRE e Società semplice L., A. A. contro gli eredi di Z.I. (n. .../04).

Con il secondo motivo di detto ricorso si denunciano vizi di motivazione sul rigetto della domanda di risarcimento danni da responsabilità aggravata. Si censura l'affermazione, posta a fondamento del rigetto, che le odierne ricorrenti non avevano neppure dedotto sotto quale profilo avrebbero ricevuto un danno dall'iniziativa giudiziaria intrapresa nei loro confronti, e si assume che l'esistenza del pregiudizio può essere desunta, in base a nozioni di comune esperienza, dai disagi sofferti per effetto dell'ingiustificata iniziativa avversaria e dagli oneri affrontati per contrastare l'iniziativa.

Il mezzo è infondato. La questione della prova del danno (della quale è onerata la parte richiedente, ma che può esserne sollevata qualora, ricorrendone i presupposti, soccorra il ricorso a nozioni di comune esperienza: in materia vale peraltro il principio che, con riguardo alla condanna al risarcimento del danno ai sensi dell'art. 96 c.p.c., è onere della parte che richiede il risarcimento dedurre e dimostrare la concreta ed effettiva esistenza di un danno che sia conseguenza del comportamento processuale della controparte, sicché il giudice non può liquidare il danno, neppure equitativamente, se dagli atti non risultino elementi at-

ti ad identificarne concretamente l'esistenza, desumibili anche da nozioni di comune esperienza e dal pregiudizio che la parte resistente abbia subito per essere stata costretta a contrastare un'iniziativa del tutto ingiustificata dell'avversario: Cass. 4 novembre 2005 n. 21393; conf. 1 marzo 2007 n. 4843) deve essere tenuta distinta da quella dell'allegazione stessa dei danni sofferti, oggetto di necessaria allegazione di parte (art. 112 c.p.c.), nella specie omessa secondo la valutazione non puntualmente censurata della corte del merito.

Con il terzo motivo si denuncia il vizio di motivazione sulla compensazione delle spese del giudizio d'appello. Il motivo è infondato. Il giudice del gravame ha motivato la decisione con il rigetto dell'impugnazione incidentale e delle eccezioni preliminari sollevate dagli appellanti, e con i rapporti di stretta parentela esistenti tra le parti e l'applicazione della prescrizione nei confronti di Z.C.. Il rigetto del precedente motivo di ricorso, e la conseguente riconosciuta legittimità del rigetto della domanda di condanna degli appellanti al pagamento dei danni da responsabilità aggravata, comporta necessariamente la perdita del requisito del carattere decisorio per gli altri argomenti spesi dalla corte del merito.

I ricorsi principali proposti contro le due impugnate sentenze, e il ricorso incidentale proposto dalle due società (n. .../04) sono pertanto da respingere. Quanto al ricorso incidentale condizionato proposto da Z.C. nei confronti degli eredi di Z. I. (n. .../04), esso è assorbito dal rigetto dei ricorsi principali.

I ricorrenti principali sono tenuti in solido al rimborso delle spese del presente giudizio di legittimità sostenute da Z.C. e da Z.M., liquidate come in dispositivo. Essi sono tenuti inoltre al rimborso della metà delle spese sostenute dalle due società ricorrenti incidentali (ricorso n. .../04), essendo le rimanenti spese compensate tra le parti in ragione della reciproca parziale soccombenza: dette spese sono liquidate, per l'intero, come in dispositivo.

P.Q.M.

La Corte riunisce ai ricorsi nn. .../2004, .../2004 e .../2004, già riuniti in udienza, il ricorso .../2004;

rigetta il ricorso principale, n. .../04; rigetta il ricorso incidentale delle società FIN.TRE s.r.l. e Società semplice L., A.A. n. .../04; dichiara assorbito il ricorso incidentale di Z.C. n. .../04;

condanna i ricorrenti principali in solido al pagamento delle spese del giudizio di legittimità in favore di Z.M., che liquida in complessivi Euro 6.100,00, di cui Euro 6.000,00 per onorari; nonché in favore di Z.C., che liqui-

da nello stesso importo; nonché alla metà delle spese sostenute da FIN.TRE s.r.l. e dalla Società semplice L., Z.A. A., che liquida per l'intero in Euro 7.100,00, di cui Euro 7.000,00 per onorari, spese che compensa per la residua parte; oltre alle spese generali e agli accessori di legge.

Italia – Tribunale di Modena

Autorizzazione ad istituire un trust sui beni di un minore

Minore – istituzione di trust – autorizzazione
Minore – atto istitutivo – Giudice Tutelare – potere di modificazione

Il Giudice Tutelare può autorizzare l'istituzione di un trust nel quale trasferire beni di proprietà di un minore in quanto il trust, strumento pienamente ammissibile nell'ordinamento giuridico italiano, rappresenta la più efficace soluzione per salvaguardare il patrimonio del minore, sottraendo detti beni dalla garanzia patrimoniale generica ex art. 2740 cod. civ.

Il Giudice Tutelare può condizionare l'autorizzazione a istituire un trust di beni di un minore prescrivendo modificazioni all'atto istitutivo proposto, quali la nomina di un guardiano da individuarsi fra soggetti estranei alla famiglia e professionisti esperti nel diritto del trust e delle operazioni relative anche sotto l'aspetto fiscale; la possibilità di revoca del trustee con l'accordo del guardiano e del minore; e l'elezione di un foro competente in via esclusiva.

■ **Tribunale di Modena, Sezione Distaccata di Sassuolo, A. Remondini, Giudice Tutelare, 11 dicembre 2008 [A.]**

TESTO DEL DECRETO

Il Giudice Tutelare

- letto il ricorso volto ad ottenere l'autorizzazione alla istituzione del "Trust ..." depositato in data 19/06/2008 dal sig. ... nella sua qualità di protutore della minore X. nominato con decreto G.T. della Sezione Distaccata Sassuolo del Tribunale di Modena in data 06/11/2000;

- rilevato il pieno consenso all'operazione espresso dal tutore della minore sig.ra ... la quale si propone di comparire come Trustee ricevente i beni della medesima nello stipulando atto istitutivo di Trust;

- esaminata la relazione peritate depositata in data 12/11/2008 dal C.T.U. all'uopo nominato dr. ... contenente la risposta al quesito posto dal G.T. in ordine alla convenienza e all'utilità evidente per la minore del negozio di Trust prospettato;

osserva

- la costituzione di Trust interno istituito con il suo patrimonio in favore di minore, quindi di soggetto incapace sottoposto a tutela, è pienamente ammissibile nel nostro

ordinamento a seguito dell'introduzione della legge del 16/10/1989 n° 364, entrata in vigore il 1° gennaio 1992, contenente l'integrale ratifica della Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985 con la quale veniva riconosciuto il Trust come istituto di Common Law e venivano stabilite disposizioni comuni relative alla legge applicabile. L'ammissibilità del Trust è stata successivamente confermata dal Legislatore Italiano che con la Legge 51 del 23/02/2006 ha inserito nel Codice Civile l'art. 2645 ter prevedendo la trascrizione degli atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela per soggetti incapaci e che con la Legge finanziaria del 2007 ha individuato il trattamento tributario del Trust. Inoltre la piena legittimazione del Trust interno è affermata dalla giurisprudenza dominante alla quale fa richiamo il ricorrente nella propria istanza citando in modo specifico circa cinquanta decisioni depositate in Italia tra le quali, da ultima, la sentenza della Corte di Cassazione del 13 giugno 2008 n. 16022;

Riproduciamo il testo del decreto dal suo originale.

Il decreto sarà commentato da Luigi Francesco Rizzo nel prossimo numero della Rivista.

La sentenza della Cassazione del 13 giugno 2008, n. 16022 citata nel testo del decreto è pubblicata in questa Rivista, 2008, 522.

- lo strumento del Trust interno è stato scelto dal protutore della minore X. con il pieno consenso del tutore che, come espresso in premessa, si è proposta come Trustee, per garantire e assicurare che il patrimonio della minore sia destinato a suo esclusivo beneficio per fare fronte ad ogni sua esigenza personale e patrimoniale per tutta la durata del medesimo, individuata fino al compimento del trentesimo anno della stessa con facoltà per X. di chiederne la cessazione anticipata una volta divenuta maggiorenne e capace ex art. 43 della Trusts (Jersey) Law in armonia con il nostro ordinamento giuridico;

- il Trust proposto rappresenta la più efficace soluzione per salvaguardare il patrimonio della minore, contemporaneamente disponente e beneficiaria del Trust, posto che la segregazione sui beni conferiti in Trust e impiegati a suo esclusivo beneficio eviterà che gli stessi facciano parte della sua garanzia patrimoniale personale ex art. 2740 Cod. Civ.;

- ritenuto che l'atto istitutivo del Trust ... proposto in ricorso non prevede la nomina di Guardiano del Trust come è prassi consolidata nei Trust interni mentre appare opportuno procedere a detta nomina affiancando al trustee un guardiano che potrà verificare come si sia impiegata la discrezionalità del trustee nel rispetto delle finalità del trust, scegliendo detto guardiano fra soggetti terzi rispetto al nucleo familiare della minore ed esperti in diritto dei trust;

- ritenuto altresì che pare opportuno prevedere che il rendiconto del trustee debba essere presentato al giudice tutelare fino al raggiungimento della maggiore età di X. e che allo stesso giudice debba essere rimessa la revoca del trustee su istanza del guardiano così come la revoca del guardiano sempre fino a tale data:

- visti gli artt. 375 Cod. Civ. e 747 e segg. ti Cod. Proc. Civ.;

autorizza

il ricorrente sig. ... nella sua qualità di protutore di ... a istituire il "Trust ..." di cui all'atto istitutivo allegato al ricorso con la nomina della sig.ra ... quale trustee con l'iniziale dotazione di beni mobili ivi prevista e previa autorizzazione ex art. 375 Cod. Civ. e 747 Cod. Proc. Civ. del Tribunale di Modena per il trasferimento in trust degli immobili individuati in ricorso e di altri immobili eventualmente da aggiungere in seguito, con obbligo per il trustee sig.ra ... di presentare rendiconto annuo al G.T. sino al compimento della maggiore età di X.;

dispone

che nell'atto istitutivo del "Trust ..." vengano appor-

tate le modifiche sopra indicate relative alla nomina del guardiano da individuare fra soggetti estranei alla famiglia e professionisti esperti nel diritto del trust e delle operazioni relative anche sotto l'aspetto fiscale e alla revoca del trustee. Invita, infine, il ricorrente a provvedere a che nell'atto istitutivo del trust sia bene specificata la facoltà puramente discrezionale di X. una volta raggiunta la maggiore età di chiedere la cessazione anticipata del trust, nonché la necessità di suo accordo con il guardiano in caso di nomina di successore del trustee, e a che sia inserito un articolo sul Foro competente.

Ritenute sussistenti ragioni di urgenza, concede ex art. 741 c. 2 la provvisoria esecuzione al presente provvedimento.

Italia – Tribunale di Firenze

Nullità del trust privo di un fondo sufficientemente identificato o identificabile

Trust – fondo in trust – dotazione iniziale irrisoria – incremento del fondo in trust – condizione – comunione di beni – giudizio di divisione – beni attribuiti in proprietà esclusiva al disponente – identificabilità dei beni – insussistenza – atto istitutivo – nullità

È nullo il trust il cui fondo è destinato ad essere incrementato, all'esito di un giudizio di divisione di beni in comunione, con i beni dei quali il disponente verrà dichiarato proprietario dal giudice, in quanto la disposizione dell'atto istitutivo sottoposta alla condizione che alcuni beni tra loro alternativi (in quanto oggetto del giudizio di divisione) entrino in futuro a fare parte del patrimonio del disponente non è idonea ad identificare i beni conferiti in trust nella loro attuale appartenenza. Siffatta nullità si estende all'intero trust, travolgendo la anche la validità della segregazione imposta sulla piccola dotazione economica inizialmente conferita al trust, in quanto, da un lato, tale dotazione appare irrisoria e irrilevante per il perseguimento delle finalità del disponente e, dall'altro lato, poiché senza la parte colpita da nullità il trust non sarebbe stato istituito.

- **Tribunale di Firenze, G. Aloisio, 19 settembre 2008, n. 3316 [P.M. c. F.F., Ufficio del Trustee del "Trust F." – in persona dei Trustee avv. C. Poggi e dott. D.A. Mazzone, L.F., A.F.]**

TESTO DELLA SENTENZA

La preliminare eccezione di sopravvenuta carenza di interesse proposta dal convenuto ing. F.F. è infondata: dalla documentazione prodotta dalla attrice all'udienza del 18/9/2007 consegue infatti la prova che il credito vantato dalla sig. P. ha trovato in sede esecutiva solo parziale soddisfazione, sia in relazione ai crediti pregressi (cfr. atto di precisazione del credito che alla data del 10/7/2007 ammontava ad 73.818,87) che in relazione alle mensilità maturate dopo l'ultima ordinanza di assegnazione del GE in data 10/7/2007.

Venendo al merito, ritiene il giudice la domanda di nullità del trust meritevole di accoglimento sotto il profilo della non identificazione – ed identificabilità – dei beni conferiti in trust nella loro attuale appartenenza.

Ed invero se la ragione d'essere del trust è la separazione attuale dal patrimonio del disponente dei beni conferiti, i quali dal momento della costituzione formano una massa distinta posta sotto il controllo del trustee nell'inte-

resse del terzo beneficiario, talché i creditori del disponente, del trustee e del beneficiario non potranno aggredirli (art. 2.B/1 atto costitutivo), la attuale identificazione dell'oggetto è elemento necessario ai fini della opponibilità a terzi. Nella fattispecie in esame ritiene il giudice la disposizione sottoposta alla condizione che alcuni beni tra loro alternativi (perché oggetto del giudizio di divisione) entrino in futuro a fare parte del patrimonio del costituente non idonea ad identificarli attualmente.

L'ing. F. ha assunto che il trust non è privo di beni, in quanto, come risulta dall'atto istitutivo, egli aveva consegnato lire 10 milioni al trustee quale "dotazione" del trust, rappresentando il conferimento condizionato degli immobili "un incremento dei beni in trust che già aveva preso vita". Il convenuto ha dedotto inoltre che il negozio di-

.....
Riproduciamo il testo della sentenza dal suo originale.

Sul medesimo trust il Tribunale di Firenze si era già pronunciato il 2 luglio 2005. La relativa sentenza può leggersi in questa Rivista, 2006, 89, con commento di G. La Torre, *ivi*, 200, e di D. Parisi, *ivi*, 206.

positivo ha per oggetto una quota (13/27 di proprietà), oggi rappresentata da certi beni, in futuro eventualmente da altri, come si evince dalla struttura stessa dell'atto costitutivo e in particolare dalle premesse dell'atto pubblico (punto C); che si sarebbe, comunque, in presenza di atto dispositivo di beni altrui sottoposto all'acquisizione del bene da parte del disponente al termine della causa di divisione, come avviene nella vendita di cosa altrui.

Rileva, per contro, il giudice che l'oggetto e lo scopo del "Trust F." cui occorre fare riferimento nella interpretazione dell'atto ex art. 1362 c.c. risiede nel "mantenere unito nel tempo per essere attribuito ai figli delle figlie il complesso dei beni assegnatigli con la sentenza definitiva" e "di costituire e ricomprendere subito nel trust tutti gli immobili a lui assegnati o alternativamente quelli che gli dovessero essere attribuiti con la sentenza definitiva"; rispetto a tale scopo la dotazione della somma di lire 10.000.000 non assume rilevanza, talché condivisibile è l'affermazione che "il trust perderebbe in radice la sua ragione d'essere, avuto riguardo allo scopo perseguito, ove venisse limitato alla somma di lire 10.000.000".

Neppure può assumersi che il trust abbia per oggetto la quota ideale di comproprietà. Ed invero il F. ha costituito in trust beni specifici e distinti gli uni dagli altri (quelli attribuitigli in sede di scioglimento della comunione, sotto condizione risolutiva che tale sentenza non passi in giudicato o che la sentenza definitiva modifichi la composizione degli immobili attribuiti al disponente, ovvero, sotto condizione sospensiva, gli altri immobili, limitatamente a quelli che siano compresi nel lotto assegnatogli, non già la quota in comunione, come reso palese dal tenore letterale e dalla struttura dell'atto. Peraltro la separazione del patrimonio sottoposta a trust rispetto al patrimonio del disponente e del trustee postula necessariamente la individuazione dei beni oggetto del patrimonio separato, mentre la quota, per definizione ideale, non li identifica e non consentirebbe al terzo di conoscere l'effetto della c.d. segregazione.

Anche lo schema della compravendita di cosa parzialmente altrui non pare attagliarsi alla fattispecie. Nel costituire in trust ciò che gli sarebbe pervenuto all'esito della divisione, il F. ha inteso disporre immediatamente di beni propri (quelli attribuitigli nella sentenza di primo grado o, alternativamente, gli altri beni), non già obbligarsi a acquisire beni altrui. Peraltro la dottrina ha chiarito che la cosa è parzialmente altrui quando il diritto del venditore è limitato a una porzione materiale del bene e non all'intero o, viceversa, quando egli venda l'intero, pur avendo un diritto pro-quota, ha inteso disporre solo di tale diritto e non dell'intero. A parere del giudice tale meccanismo ne-

goziale non può quindi essere richiamato per rendere lecita l'operazione.

Queste conclusioni sono rafforzate ove si consideri, da un lato, che la sentenza di divisione - di cui fanno riferimento le condizioni apposte all'atto costitutivo del trust F. - non è provvisoriamente esecutiva, con conseguente permanere, allo stato, della situazione di comproprietà, dall'altro, che la sentenza ha natura dichiarativa, cosicché i beni si considerano di proprietà divisa dei singoli conviventi ab origine. La giurisprudenza ha chiarito che "il principio della natura dichiarativa della sentenza opera solo in riferimento all'effetto distributivo per cui ciascun convivente è considerato titolare, sin dal momento dell'apertura della successione, dei soli beni concretamente assegnatigli ed a condizione che si abbia una distribuzione proporzionale alle quote; non opera invece, e la sentenza produce effetti costitutivi, quando ad un convivente sono assegnati beni in eccedenza rispetto alla sua quota in quanto rientranti nell'altrui quota" (Cass. n. 9659/2000). Alla stregua di questi principi può riconoscersi al convivente la possibilità di disporre della quota o anche di singoli beni sotto la condizione sospensiva che al momento della divisione gli vengano assegnati, operando la divisione *ex tunc*. Non possono invece considerarsi e ritenersi leciti - come già affermato in altra pronuncia di questo Tribunale - "atti di disposizione di singoli beni sotto condizione risolutiva, dei quali il singolo non può pacificamente disporre senza assenso del proprietario, considerato che nella comunione pro indiviso il diritto di ciascuno investe la intera cosa. Tanto meno ciò è possibile allorché l'atto, nella configurazione del trust, apponga un vincolo di separazione patrimoniale a beni ricadenti nella comunione, in palese pregiudizio dei diritti del comproprietario, tanto più a fronte della facoltà del trustee di disporre dei beni senza alcun vincolo diverso da quelli derivanti dal trust". Ritiene pertanto questo giudice che il negozio dispositivo volto ad attuare il trasferimento di un bene in comunione a terzi senza il consenso dei comproprietari ed in pregiudizio dei suoi diritti sia nullo.

Quanto alla condizione sospensiva apposta in relazione ai beni assegnati nella sentenza di divisione all'altro convivente, non pare realizzare lo scopo del trust, sia alla luce della volontà del disponente di dare efficacia immediata alla istituzione - desumibile dall'essere stata prevista in via principale la condizione risolutiva - sia perché il disponente non ha manifestato la volontà di ottenere un mutamento dell'assegnazione dei beni in sede di divisione.

La domanda di nullità è quindi meritevole di accoglimento.

Ritiene il giudice che la invalidità si trasmetta all'intero trust, posto che senza la parte colpita da nullità non sa-

rebbe stato istituito, attesa l'irrelevanza della dotazione di lire 10.000.000 al trustee rispetto allo scopo perseguito.

La pronuncia di nullità è assorbente rispetto alle ulteriori domande proposte da parte attrice.

Per completezza di decisione questo giudice ritiene comunque fondata l'azione revocatoria, sussistendo i presupposti di cui all'art. 2901 c.c.

La preliminare eccezione del convenuto F. secondo la quale il trust non sarebbe atto dispositivo e come tale non sarebbe soggetto all'azione revocatoria è priva di pregio. Ed infatti se è vero che il trust non trasmette la proprietà dei beni al trustee (il quale ne dispone come se fosse proprietario o titolare, in favore dei beneficiari finali), è del pari evidente che la perdita della disponibilità dei beni comporta una modificazione della situazione patrimoniale del disponente, sì da incidere sulla garanzia patrimoniale di cui all'art. 2740 c.c. (conforme Tribunale Firenze 6/6/2002).

Del pari non condivisibile la affermazione secondo cui il credito litigioso non sarebbe assoggettabile a revocatoria; la giurisprudenza ha accolto una nozione lata del credito, comprensiva della ragione o della aspettativa, con conseguente rilevanza dei requisiti di certezza, liquidità ed esigibilità (Cass. n. 12678/2001); il credito può essere anche incerto in quanto oggetto di controversia giudiziaria (Cass. n. 7452/2000).

L'ing. F. ha eccepito che, comunque, si dovrebbe compensare il credito della sig.ra P. con il proprio maggior credito nei confronti della moglie, appropriatasi illegittimamente della somma di lire 800.000.000 in Buoni del Tesoro custoditi in una cassetta di sicurezza aperta presso il Credito Romagnolo di Firenze di cui egli era intestatario e per la quale aveva rilasciato a favore della stessa delega al fine di consentire, a chi dei due fosse sopravvissuto all'altro, di potere riscuotere la somma. Profittando di tale situazione la sig.ra P. si sarebbe impadronita dei buoni fruttiferi destinandoli in parte all'acquisto di due immobili intestati fittiziamente ai figli di primo letto.

L'eccezione deve essere delibata alla luce delle prove offerte. Parte convenuta ha dedotto che al momento del matrimonio la sig.ra P. non disponeva di risorse, come accertato in sede di CTU, e che dopo avere estinto il conto corrente presso il Credito Romagnolo e prelevato il contenuto della cassetta di sicurezza ha acquistato due immobili intestati ai figli di primo letto pagandoli in contanti ed andando ad abitare presso uno di essi. La sig.ra P. ha dedotto, per contro, che nel ricorso per separazione (doc. 2) l'ing. F. riferisce di aver elargito alla moglie consistenti somme di denaro fin dall'anno 1981; che nella dichiarazione autografa in data 11/3/1995, in rettifica alla lettera 28/6/1991, il F. afferma di avere "regalato a mia moglie M.

200 milioni e non 600-800 per riconoscimento a quanto da lei fatto per me" (doc. 3); che nella memoria depositata il 9/7/1999 nella causa di separazione (cfr. doc. 31) egli ha assunto che la somma di 600-800 milioni era stata concentrata in attività finanziarie presso istituti di credito svizzeri ed italiani. La attrice ha richiamato anche la CTU disposta nel procedimento di separazione da cui risulta che la cassetta di sicurezza ove sarebbero stati custoditi i titoli era intestata alla P., la quale, solo in periodo successivo all'apertura del conto aveva rilasciato ampia procura a favore del marito e che la cassetta venne estinta in pari data del conto dalla titolare, nonché la memoria di replica nella causa 372/1998 (doc. 33) in cui il F. aveva riconosciuto che titolare del conto ed intestatario della cassetta era la moglie e non egli stesso.

Alla stregua di queste risultanze probatorie ritiene il Tribunale l'eccezione carente di prova non essendo stato provato che la attrice abbia sottratto la somma in oggetto, che potrebbe essere stata frutto di elargizioni o donazioni, come dimostrerebbero la titolarità del conto e della cassetta di sicurezza e alcuni scritti del F. essendo per conto imprecise e contraddittorie le indicazioni dallo stesso fornite, sì da non consentire la prova dell'esistenza del credito opposto in compensazione.

Sussistono quindi i presupposti di cui all'art. 2901 c.c. per l'accoglimento della domanda: la sig.ra P. è titolare di una ragione di credito verso il marito; la prova della conoscenza del pregiudizio che il medesimo arrecava alle ragioni del suo creditore è insita nella stessa istituzione del trust (trattandosi di atto a titolo gratuito) atteso che i beni conferiti non possono essere aggrediti dai creditori del costituente.

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo.

PQM

Il Tribunale di Firenze, in composizione monocratica, definitivamente decidendo nella causa in epigrafe così provvede:

dichiara la nullità dell'atto notaio Riso di Genova del 31/01/2001 rep. ... costitutivo del "Trust F." sui beni immobili e mobili indicati in atto e, comunque, dichiara la inefficacia dell'atto nei confronti dell'attrice ai sensi dell'art. 2901 c.c.

condanna i convenuti, in solido, al pagamento delle spese del giudizio sostenute da parte attrice che si liquidano in ...

(omissis)

Italia – Tribunale di Mondovì

Trust liquidatorio nel concordato preventivo

Società – concordato preventivo – autorizzazione – concessa – creditori – garanzia – trust liquidatorio – immobili di proprietà della società

Può essere dichiarata l'apertura della procedura di concordato preventivo con riferimento ad una società capogruppo in liquidazione che preveda, a garanzia dei creditori, il conferimento di beni immobili di proprietà della medesima società in un trust avente natura liquidatoria.

■ **Tribunale di Mondovì, G. Masante, Pres., N. Fiorello, Giudice, P. Demarchi, Giudice est., 16 settembre 2005 [Styl Group S.p.a. in liquidazione]**

TESTO DEL DECRETO

A seguito del ricorso presentato da Styl Group S.p.a. in liquidazione, in data 2.08.2005

IL COLLEGIO

letto il ricorso,
vista la relazione di accompagnamento a firma del dr. Frascinelli,

visti gli altri allegati presentati dalla società ricorrente, assunte sommarie informazioni;

vista l'integrazione depositata il 18.08.2005 su sollecitazione del tribunale;

visto il parere favorevole del P.M.;

considerato che la competenza si determina con riferimento al luogo ove l'impresa ha la sua sede principale;

rilevato che tale luogo si deve presumere coincidente con quello della sede legale, e cioè Monchiero;

rilevato che anche dalle sommarie informazioni assunte e dalle prospettazioni evidenziate nel ricorso risulta che il centro dell'attività direttiva ed amministrativa dell'impresa sia in Monchiero;

ritenuta, per tale motivo, la competenza di questo tribunale a decidere sull'ammissione della ricorrente alla procedura di concordato preventivo;

rilevato che sono già state ammesse alla procedura di concordato preventivo quattro società del gruppo, controllate dalla odierna ricorrente, per cui si rende opportuna la nomina dei medesimi commissari giudiziali già incaricati in tali procedure;

ritenuto che la complessità e delicatezza della procedura(1) confermi l'opportunità della nomina di un commissario giudiziale collegiale, composto da due dottori commercialisti e da un professore universitario in materie giuridico-commerciali, esperto di procedure concorsuali;

considerato che attualmente la disciplina del concordato preventivo, quale risultante a seguito dell'emanazione del decreto legge 11.03.2005 n. 35, convertito con l. 80/2005, non prevede più modelli predefiniti, ma lascia ampio margine alla discrezionalità del ricorrente;

ritenuto che il concordato per "cessio bonorum" - di cui all'art. 160 co. II n. 2 vecchio testo, oggi non più in vigore, in quanto integralmente sostituito - risulti ancora attuabile, essendo stato "atipizzato" il piano di concordato(2), che pertanto oggi può essere liberamente determi-

.....
Pubblichiamo il testo del decreto dalla banca dati *on line* "La legge plus".

Note:

(1) In considerazione:

- dei collegamenti e dei rapporti di debito credito tra la capogruppo e le altre società da quest'ultima controllate, anch'esse in concordato;
- della posizione di garante per tutte le società controllate, assunta dalla capogruppo Styl Group. Spa, la quale ha segregato i propri beni immobili in un trust, appositamente costituito e destinato alla liquidazione dei cespiti, sia per il pagamento dei debiti della capogruppo - anche nei confronti delle società in concordato - sia per far fronte ai propri impegni di garante;
- dell'entità del patrimonio interessato dalla liquidazione e della stretta connessione tra le varie procedure;
- dell'elevato numero di dipendenti e di creditori, complessivamente considerati.

(2) E cioè le modalità concrete secondo le quali la procedura può essere attuata.

nato(3) (ciò con riferimento alla procedura di liquidazione dei beni mobili, che è intenzione della ricorrente affidare al dr. Bruno);

ritenuto che in tale caso il tribunale deve nominare il liquidatore, secondo la norma di cui all'art. 1824, ma solo in mancanza di indicazione diversa;

ritenuto inoltre che oggi sia pienamente ammissibile, per quanto esposto, anche un piano di concordato attuato tramite il conferimento dei beni immobili in un trust liquidatorio;

rilevato che l'indicazione del dr. Bruno (quale liquidatore dei beni mobili e quale trustee del trust liquidatorio in cui sono stati conferiti i beni immobili della società ricorrente) è pienamente soddisfacente per il tribunale, sia per capacità a professionalità, sia perché lo stesso è già stato nominato liquidatore giudiziale delle società del gruppo;

considerato che nella determinazione delle spese occorrenti per la procedura deve tenersi conto sia della collegialità dell'incarico conferito, sia dei compensi spettanti al liquidatore, oltre che delle spese vive previste e degli accantonamenti per eventuali compensi a terzi (periti stimatori, legali, dipendenti da mantenere presso le società in ausilio degli organi della procedura...);

considerato, peraltro, che la società ha esposto una situazione di ristretta liquidità, quale holding del gruppo, offrendo il deposito immediato di una somma non superiore a euro 40.000,00;

ritenuto che tale somma sia sufficiente a coprire le spese vive ed immediate di procedura (esclusi, ovviamente, i compensi ai vari organi del concordato), mentre gli ulteriori costi potranno essere sopportati con gli incassi via via provenienti dalla liquidazione;

ritenuto necessario che i commissari indaghino in modo approfondito sulle società Styl Truck e BMV, per le quali vi è il sospetto che si trovino in stato di insolvenza (essendo state svalutate integralmente le partecipazioni della Styl Group in dette società);

ritenuto opportuno che i commissari nella valutazione delle partecipazioni in altre società procedano ad un sommario accertamento sulla situazione economica, patrimoniale e finanziaria di queste ultime, ai fini della verifica di congruità dei valori espressi all'attivo;

ritenuto necessario che i commissari, nella verifica della proposta, procedano alla quantificazione dei valori medi dei loro compensi (e di quello del trustee), secondo le tariffe di legge, in modo da individuare in dettaglio i costi della procedura, ai fini del calcolo della probabile percentuale di soddisfo dei creditori (effettuando altresì opportuni accantonamenti prudenziali);

rilevato che non vi è stata suddivisione dei creditori in classi;

visto l'art. 2 del d.l. 11.03.2005 n. 35;

visti gli artt. 160 ss. l. fall.;

P.Q.M.

IL TRIBUNALE

verificata la completezza e la regolarità della domanda, quale risultante a seguito dell'integrazione depositata il 18.08.2005,

verificata la propria competenza per territorio;

dichiara

aperta la procedura di concordato preventivo;

delega

alla procedura il dr. P.G. Demarchi

ordina

la convocazione dei creditori per l'udienza del ... h... ..

stabilisce

il termine di giorni venti per la comunicazione del provvedimento ai creditori

nomina

i commissari giudiziali nelle persone di: prof. Avv. Stefano Ambrosini, con studio in Torino; dr. Luca Bongioanni, con studio in Cuneo; dr.ssa Aurora Lombardi, con studio in Mondovì

dispone

che entro 10 giorni il ricorrente depositi in cancelleria la somma di euro 40.000,00, a titolo di acconto e per le spese più urgenti della procedura.

Nota:

(3) Rilevato peraltro che anche il nuovo testo dell'art. 160 l. fall. fa espresso riferimento, tra le varie possibili modalità di soddisfazione dei crediti, alla cessione dei beni.

Nuova Zelanda – Court of Appeal

Trust sham, alter ego trust

“Trust sham” – “common intention” – rilevanza – reale volontà delle parti – individuazione – dichiarazione di nullità

“Alter ego trust” – “sham trust” – differenze – validità del trust

Un trust che possa essere considerato come un’operazione bilaterale, in quanto disponente e trustee sono soggetti nettamente distinti ed autonomi l’uno dall’altro, può essere dichiarato *sham* dal giudice qualora risulti provata una comune intenzione delle parti di non addivenire all’istituzione di alcun trust, ovvero di quello specifico trust che si pretende istituito. Diversamente, qualora disponente e trustee siano riconducibili al medesimo soggetto, l’elemento della c.d. “common intention” assume rilievo marginale.

Si ha un *alter ego trust* quando il controllo del trust sia ricondotto ad un soggetto diverso dal trustee, di tal ché questi è sostanzialmente un burattino nelle mani del primo, ed il trust è una mera “facciata” (*façade*).

L’*alter ego trust* non è nullo.

- Court of Appeal of New Zealand, Glazebrook, O’Regan, Robertson, J.J., 8 maggio 2008 [Official Assignee in Bankruptcy in the Property of Reynolds v Wilson and Harvey and another]

NOTE

La sentenza qui di seguito pubblicata si inquadra nel sempre più vasto panorama giurisprudenziale in materia di *trust sham*, contribuendovi con alcuni interessanti spunti di riflessione.

La vicenda vede Mr Reynolds istituire un trust in favore dei propri discendenti, del quale nomina trustee la propria compagna, con l’obiettivo di segregarvi alcuni immobili.

Un primo cespite, dopo essere stato oggetto di un contratto preliminare d’acquisto sottoscritto dallo stesso Mr Reynolds per conto dell’istituendo trust, è stato acquistato dal trustee in forza, in parte, del contributo economico di una società di proprietà del disponente, e, in parte, di un mutuo bancario da lui garantito e successivamente da lui rimborsato. L’immobile era stato destinato ad abitazione privata del disponente e della sua famiglia.

Dopo breve tempo, peraltro, tale cespite fu venduto dal trust allo stesso Mr Reynolds per un prezzo corrispondente a quello inizialmente pagato per il suo acquisto, il tutto in quanto probabilmente il fondo in trust non era dotato di risorse economiche suf-

ficienti a sostenere i costi degli interventi edili di cui l’immobile aveva necessità.

Successivamente, sempre nell’interesse del trust, il disponente ha trattato e procurato l’acquisto di un secondo immobile: anche in questo caso, il prezzo è stato pagato per mezzo di un mutuo bancario garantito personalmente dal disponente e l’immobile è stato adibito ad abitazione del disponente e della sua famiglia. Mentre il primo immobile veniva dapprima affittato e quindi venduto nuovamente a terzi.

Come emerge dalla peculiare commistione dei ruoli tra disponente e trustee e delle risorse economiche personali del primo con il fondo in trust, l’amministrazione e gestione di questo è sempre stata connotata da un carattere di forte confusione e indeterminatezza. Tanto è vero che, quando qualche tempo dopo Mr Reynolds fallisce, i suoi creditori personali, non trovando beni da aggredire, agiscono affinché il giudice dichiari che agli occhi dell’*equity* essi si

Riproduciamo il testo della sentenza dal sito Internet New Zealand, Legal Information Institute all’indirizzo www.nzlii.org.

possono soddisfare proprio sul secondo bene immobiliare vincolato in trust.

Al di là dei profili processuali, che vedono come parte processuale l'Official Assignee in Bankruptcy agire nelle vesti di Mr Reynolds nei confronti del trustee del trust, risultano di particolare interesse due profili trattati negli *obiter dicta* dalla sentenza: la possibilità, in determinate circostanze, di addivenire ad una dichiarazione di nullità del trust in quanto *sham* e le conseguenze discendenti dalla qualificazione dello specifico trust quale "alter ego trust".

Sotto il primo profilo, la Corte d'Appello, chiarito che un trust è *sham* allorché sia possibile riscontrare un'intenzione dissimulativa della reale natura dell'operazione compiuta, e quindi, al di là della forma che essa abbia assunto, sia sostanzialmente accertata l'assenza di alcuna vera intenzione di istituire un valido trust (mancanza di una delle c.d. "tre certezze"), prosegue effettuando alcune considerazioni in ordine proprio all'elemento dell'intenzionalità. Più in particolare, i giudici evidenziano che, sebbene l'orientamento giurisprudenziale in materia di *sham trust* consolidatosi all'estero sembri richiedere una comune intenzione delle parti – disponente e trustee – di non istituire un trust (o quello specifico trust che è stato istituito, bensì un diverso trust), affinché si possa addivenire ad una dichiarazione di *trust sham*, pare concettualmente più opportuno compiere una distinzione, piuttosto che ricondurre i *trust sham* ad una categoria unica e omogenea. Laddove, infatti, si possa descrivere l'operazione in termini di bilateralità (ad esempio quando il trust istituito interessa un trustee che è un soggetto nettamente separato e distinto dal disponente), appare appropriato e auspicabile richiedere, al fine della dichiarazione di *trust sham*, la sussistenza di una comune intenzione simulativa. La rilevanza di siffatto requisito si affievolisce, invece, nel caso in cui l'operazione possa essere descritta in termini di unilateralità (ciò che accade ogni qual volta disponente e trustee sono riconducibili ad un *unicum*).

D'altronde, un giudice non potrebbe dichiarare che uno specifico trust realmente esiste qualora non sia convinto del fatto che il disponente avesse avuto intenzione di istituire detto trust: al fine di determinare se tale requisito di intenzionalità esiste o meno, il giudice deve considerare la natura dell'operazione compiuta, le circostanze in cui essa è intervenuta e le relazioni intercorse tra le parti al momento dell'istituzione del trust (non rilevando, invece e salvo

quanto si vedrà in appresso, i dati a suffragio delle intenzioni delle parti successivi all'istituzione del trust). Se, così facendo, egli accerti che quanto detto, fatto e scritto è idoneo a manifestare una sufficiente intenzione di creare un trust, il trust istituito è valido ed efficace. Così, il semplice impiego della parola "trust", di per sé, non consente di ritenere sussistente l'intenzione di creare quella peculiare relazione che tale parola descrive. Peraltro, qualora risulti evidente che il disponente aveva una siffatta intenzione, e si sia in presenza di tutti gli altri requisiti ed elementi di un trust, quello che sia stato istituito può essere ritenuto esistente e valido, essendo del tutto irrilevante, qualunque essa sia stata, l'intenzione che nel compiere l'operazione abbia avuto il trustee.

Pertanto, qualora sia avanzata un'istanza volta ad ottenere la dichiarazione che un trust è *sham*, i giudici devono "guardare dietro" l'oggettiva apparenza del trust, onde determinare ed accertare la vera natura dell'operazione compiuta. Sebbene alcuni trust siano "unilaterali" nel senso che non è possibile distinguere l'intenzione del disponente da quella del trustee in quanto essi coincidono, ciò che preclude l'esistenza di una "common intention", la maggior parte delle ipotesi, da un punto di vista pratico, si sostanzia in un accordo bilaterale che richiede una reale e consapevole intenzione sia da parte del disponente che del trustee: onde accertare siffatta volontà il giudice può ricercare anche al di là delle mere risultanze documentali, in tal maniera dichiarando *sham* tutti quei trust in relazione ai quali accerti un comune intento simulatorio.

Infine, afferma la Corte d'Appello, una volta che un trust sia stato validamente istituito i beneficiari acquisiscono un *interest* sul fondo che non può essere facilmente superato, nemmeno con una dichiarazione di nullità: infatti, a meno che l'intenzione simulativa del disponente e del trustee sia riconducibile al momento della nascita del trust stesso, questo resta comunque valido. Diverso, invece, il caso in cui l'intento simulatorio si sia manifestato con riferimento a beni che siano stati segregati in trust in un momento successivo la sua istituzione: in tale ipotesi, infatti, la dichiarazione di *sham* potrebbe colpire solo il trasferimento di siffatti beni, mentre la restante parte del trust resterebbe valida ed efficace.

L'altro profilo considerato dalla Corte d'Appello nella sentenza attiene al rilievo che può assumere la qualificazione di uno specifico trust in termini di "alter ego trust".

La Corte, in particolare, chiarisce che si ha un “alter ego trust” quando una persona, di fatto, ha su di un trust espressamente istituito un controllo tale da consentire di considerare il trustee come un semplice burattino nelle sue mani. In sostanza ciò accade qualora la discrezionalità del trustee sia totalmente sottoposta alla volontà del controllante al punto tale che ogni decisione circa l’operatività del trust sia da questi assunta: ovvero, in pratica, la struttura del trust altro non è che una mera “facciata” (*façade*), che può quindi essere superata dal giudice, addirittura ponendo i beni in trust a disposizione dei terzi che su di essi vantassero pretese.

Peraltro, sebbene la relazione tra *trust sham* e *alter ego trust* non sia del tutto chiara (provenendo il secondo dall’Australia, ove trova una più compiuta disciplina), la Corte d’Appello evidenzia come a differenza del primo, il secondo non è un trust nullo: un *alter ego trust*, infatti, è un trust genuino, in relazione al quale l’elemento dell’intenzionalità non rileva. Più precisamente, la circostanza che taluno assuma un controllo di fatto su di un trust non essendo trustee non determina automaticamente l’invalidità del trust stesso non essendo di per sé sufficiente a estinguere i diritti dei beneficiari che dal trust discendono.

A differenza dell’Australia, ove la dichiarazione di “alter ego trust” costituisce autonoma causa d’azione, in Nuova Zelanda questo non è possibile. L’assunzione del controllo di fatto su di un trust, in effetti, non è ragione di nullità del trust, bensì, più semplicemente, può rappresentare alternativamente: o un elemento che giustifichi una dichiarazione giudiziale di *breach of trust* da parte del trustee; oppure un elemento di prova a suffragio di una dichiarazione di *trust sham*, e ciò soprattutto allorquando esso sia indice dell’intenzione che il trust in oggetto non produca gli effetti che gli sono propri avuto riguardo ai termini che lo denotano.

Così enunciati i principi di diritto nel caso di specie, la Corte rigetta l’appello non ritenendo provata la sussistenza di un *trust sham*, in quanto, sebbene probabilmente il disponente non avesse a suo tempo pienamente inteso il senso e le conseguenze dell’operazione compiuta, egli aveva chiaramente inteso istituire un trust, così come non è possibile affermare nel caso di specie che il trustee non avesse avuto l’intenzione di partecipare alla creazione e alla amministrazione di un valido ed efficace trust.

(E. B.)

TESTO DELLA SENTENZA

INTRODUCTION

[1] This appeal, from a decision of Chisholm J (*Official Assignee v Wilson & Anor* CIV 2004-425-74 12 April 2006), involves the law relating to shams (including the concept of an emerging sham) and alter ego principles including whether they constitute a separate action or are only an evidentiary matter with regard to a sham. It must also focus on the position of the Official Assignee (OA) in this litigation. There was an underlying spirited challenge to the factual findings made by the Judge in light of the totality of the evidence he heard.

BACKGROUND

[2] Mr G M Reynolds was a property developer. In the early 1990s, he was adjudged bankrupt. By 31 March 1996, when he entered into an agreement to purchase a house in Invercargill, he had been discharged. He signed the contract as agent in anticipation of a trust being established.

[3] He settled the G M Reynolds Family Trust in May 1996 with the first respondents as trustees. The beneficiaries were named children and Mr Reynolds’ children and grandchildren.

[4] The Invercargill house transaction was completed in May 1996 and the property registered in the name of the trustees. The first mortgage, provided by Southland Building Society (SBS), was guaranteed by Mr Reynolds personally. One of Mr Reynolds’ companies contributed \$9,000 towards the purchase price. The family lived in the home and the outgoings, including mortgage instalments, were met by Mr Reynolds and Ms Clyma (his long term de facto partner).

[5] Mr Reynolds claimed (and the trustees agreed) that in late 1996 the trustees had orally agreed to sell the Invercargill property to Mr Reynolds because the trustees were not prepared to carry out renovations on the property. There was no written material relating to this arrangement. The OA argued that this assertion was unbelievable and the transfer was done to allow Mr Reynolds to use the house as security for his business finances.

[6] In 1997 the house was transferred to Mr Reynolds for \$64,000 (the price originally paid for the house). The Bank of New Zealand (BNZ) secured a mortgage for \$100,000 over the home which was personally guaranteed by Mr Reynolds. The SBS mortgage was repaid and \$50,000 was spent by Mr Reynolds on renovations to what was then his property.

[7] On 25 February 1998 Mr Reynolds entered into a contract on behalf of the trust for the purchase of a property in Queenstown for \$215,000. Settlement was deferred until 31 March 1999 and the property was rented in the meantime. Mr Reynolds and Ms Clyma were responsible for the rental and maintenance of the home. The Invercargill house was put on the market but, as it was difficult to sell, it was rented. It eventually sold in 2000 for \$135,000 notwithstanding the assertion a year earlier that it was valued at \$220,000.

[8] Settlement of the Queenstown purchase was effected on 31 March 1999, a valuation having been obtained shortly before. To effect settlement the trustees borrowed more than was required to purchase the house. This funding came from SBS by way of a first mortgage advance of \$244,500, Speirs Group Limited by way of a second mortgage advance of \$50,000, and an unsecured advance of \$75,000 from a company controlled by Ms Clyma. The funds were used in part to refinance the BNZ mortgage over the Invercargill property.

[9] Apart from the security over the Queenstown property both mortgages were collaterally secured over the Invercargill property and personally guaranteed by Mr Reynolds. Mr Reynolds' indebtedness to BNZ was reduced by \$150,000 and that bank's mortgage over the Invercargill property was released.

[10] The trust agreed to allow Mr Reynolds and Ms Clyma to do renovations to the Queenstown home. The renovations were funded by way of an interest free loan from Ms Clyma.

[11] The trust was never administered well and there was intermingling and confusion between the affairs of the trust and Mr Reynolds, at a personal level and even in the record keeping in his solicitor's trust account.

[12] There were several defaults on the mortgages before the Invercargill house was sold.

[13] Mr Reynolds was adjudicated bankrupt again on 14 July 2001. His liability to creditors was over \$500,000. The bankrupt had no assets to administer, but the OA contended that the Queenstown home was in reality the property of Mr Reynolds and the equity therein should be available for his creditors. Mr Reynolds was discharged from his second bankruptcy three years later.

ISSUES

Challenge to factual findings

[14] Mr Guest realistically accepted that a challenge to

factual findings made by a trial Judge involved a serious hurdle.

[15] The main challenge was that the evidence given in Court was different to that given by the same witnesses when questioned under oath by the OA in accordance with s 68 of the Insolvency Act 1967. The OA asserted that the evidence given initially to him was more creditable and to be preferred. The key factual findings which Mr Guest sought to achieve were:

(a) the sale of the Invercargill house to Mr Reynolds was not to enable renovations but so that Mr Reynolds could use the house as security for his business finances;

(b) the trustees borrowed significantly more than was required to purchase the Queenstown property so that money was available to pay some of Mr Reynolds' debts; and

(c) inferences to be drawn from Mr Reynolds and Ms Clyma attempting/using the Queenstown property as security to raise money for their own purposes.

[16] We have a degree of sympathy for the appellant's challenge to the factual findings. Chisholm J appears to have taken a benign view of the activities of Mr Reynolds.

[17] However, it is helpful to turn first to the question of the relevant law to determine whether, even if the challenges to the factual findings succeeded, it would provide a basis for a Court to grant the relief sought by the OA.

The nature of this litigation

[18] This claim was brought by the OA against the legal owners of the Queenstown property who were the trustees of the G M Reynolds Family Trust.

[19] The OA stands in the shoes of Mr Reynolds. He was the settlor but not a trustee nor a beneficiary of the trust. There is an understandable perception that the OA was maintaining a position on behalf of those creditors of Mr Reynolds who were left lamenting because of his insolvency. That cannot overcome the fact that the OA cannot, as a matter of law or logic, be in a greater or different position than Mr Reynolds himself.

[20] When that fundamental premise is focused upon, this is a case where a representative of Mr Reynolds is endeavouring to have the Court declare that the trust which Mr Reynolds set up, and in respect of which he had no legal right or interest, was a sham or became a sham or was an alter ego of himself. It is argued that the Court, as a result of Mr Reynolds' improper, overbearing and perhaps unlawful activities, should treat the legitimate rights of the discretionary beneficiaries as being extinguished.

[21] In the course of the hearing we expressed concern

that there was no separate representation of the beneficiaries in the litigation. The point was apparently raised, but not advanced, in the High Court. Although counsel offered to explore the possibility post the appeal hearing, that seemed rather too late.

[22] However this case is looked at, and even if we did not embrace Chisholm J's assessment of the behaviour of both Mr Reynolds and the trustees, we are unable to conclude that this proceeding could be the appropriate vehicle to obtain the relief which the OA seeks.

[23] It is unsustainable to assert that Mr Reynolds could come before the Court and ask to benefit as a result of his own slackness, informality or perhaps even illegality. The OA does not, in these circumstances, have a different stance from that of Mr Reynolds. No matter how condemnatory the Court were to be in its assessment of the acts and omissions of the relevant players, it could never reach the point where there could be integrity or justification in allowing Mr Reynolds to seek relief which is effectively for his own benefit. The fact that the benefit might be able to be transferred to his creditors does not alter the analysis.

[24] The creditors behind the OA cannot use the legal position of Mr Reynolds as an avenue to seek redress for the losses they sustained through their dealings with him.

[25] That finding effectively disposes of the case, but lest we are mistaken in that approach, and in deference to the arguments presented with regard to the other issues, we turn to them.

SHAM AND ALTER EGO TRUSTS – THE LAW

Sham

[26] A sham exists where there is an intention to conceal the true nature of a transaction: *Snook v London and West Riding Investments Ltd* [1967] 2 QB 786 (CA)(1), per Lord Diplock; *Paintin and Nottingham Limited v Miller Gale and Winter* [1971] NZLR 164 (CA). A trust will be held to be a sham where there is an intention to have an express trust in appearance only. An example is where the settlor seeks the protection offered by the pretence of there being a valid trust. A sham requires an intention to mislead. Equity looks to intent rather than form. The absence of an intention to create a genuine trust prevents the trust from being valid, because one of the essential ingredients for its creation is missing. The trust is void for the lack of intention to create a trust: Peart "Trust busting – looking through trusts" in *Trusts* (Wellington, NZLS 2007) 176 at 190.

[27] The OA asserted that the Judge erred in not finding that the G M Reynolds Family Trust was a sham. He contended that the trust was a sham because Mr Reynolds intended that the trustees hold the assets for himself at his direction, rather than for his offspring.

[28] The OA raised three main issues in terms of his sham argument:

- (a) Is a common intention between a settlor and the trustees necessary before a sham can be found?
- (b) Can a valid trust become a sham?
- (c) Did the Judge use the correct method of determining whether a trust is a sham?

- (i) Must a sham involve a common intention?

[29] The OA submitted that, in order to find the trust a sham, it was not necessary to prove a common intention between both the settlor and the trustees. Mr Guest argued that there was no need to establish an actual intention to create a sham on the part of the trustees, but that it was sufficient if the trustees demonstrated a lack of care and concern in following along with Mr Reynolds' wishes. He relied on *Midland Bank plc v Wyatt* [1997] 1 BCLC 242 at 245 (Ch)(2) as authority for the contention that, where a trustee goes along with a settlor neither knowing nor caring what he or she is signing, this constitutes sufficient intention to create a sham. The factual position in *Wyatt* is markedly different from the present. Mr Wilson was a professional trustee who the Judge found knew what he was signing. There is no basis to suggest that he was indifferent to what was occurring with the trust.

[30] In *Snook* (at 802), Diplock LJ held that all parties to the transaction must share a common intention before a sham finding could be made. The OA sought to distinguish *Snook* because it involved a bilateral transaction (hire purchase agreement) whereas in the context of trust, transactions are unilateral. A settlor can unilaterally create a trust, and a trust is complete, without any element of acceptance by the trustee: Mowbray and others *Lewin on Trusts* (18 ed 2008) at 4-01. Mr Guest thus argued that only the settlor's intention was significant.

[31] Relevant overseas authority is against Mr Guest: *Rahman v Chase Bank (CI) Trust Company Limited* [1991] JLR 103 (Royal Court) and [2002] BPIR 129(3); *Hitch v*

Note:

- (1) In questa Rivista, 2008, 286.
- (2) In questa Rivista, 2003, 299.
- (3) In questa Rivista, 2004, 296.

Stone [2001] STC 214 at [69] (EWCA (Civ)); *Re the Esteem Settlement: Grupo Torras SA v Al-Sabah (No 8)* [2004] WTLR 1 (JRC)(4); *Shalson v Russo* [2005] Ch 281 at 342 (Ch)(5).

[32] In *Rahman*, the defendant was a trustee under Jersey law. It had the power to apply capital and income to or for the benefit of the settlor and to have regard to the settlor's interests exclusively when deciding to exercise this power. The settlor retained power to appoint income and capital on such trusts with the consent of the trustees, but with power to appoint one-third of the capital without the trustees' consent. The Court found that the settlor referred to the trust fund as "his asset". There was no evidence that the trustee made independent investment decisions and often the settlor controlled the trust funds directly. Not surprisingly, the Court held the trust was a sham with the result that it was wholly invalid and ineffective.

[33] In *Re the Esteem Settlement* arguments similar to those raised by Mr Guest were put before the Royal Court of Jersey. The Court rejected the argument, finding that where a settlor transfers assets to a trustee to hold on trust the settlement will be a sham only if both the settlor and the trustee have a common intention. This was based on four main reasons:

(a) Previous authority suggests a common intention is required: at [53(i)].

(b) It would be absurd if in circumstances where a trustee has acted as a perfect trustee applying assets in good faith that the secret, unexpressed intention of the settlor that a trust be a sham could cause the trust to be held to be invalid: at [53(iii)]. Estoppel would prevent the settlor from attacking the trust but a third party would not be estopped. The Deputy Bailiff stated, "such extraordinary consequences, must at the very least, raise questions as to whether [the plaintiff's counsel's] formulation of the law can be correct".

(c) Gifts should not be invalidated solely on the basis of intention, some prejudice is required in order to reject the validity of a formal legal document: at [53(iv)].

(d) Trusts are not necessarily unilateral transactions: at [53(viii)]. The Court found that the trust deed in this case was not unilateral as it contained terms for the benefit of the trustee such as remuneration: at [53(xii)].

[34] *Re Esteem Settlement* was followed in *MacKinnon v The Regent Trust Company Ltd v Ors* [2005] WTLR 1367 (CA (Jer))(6).

[35] In *Shalson v Russo* at 342, Rimer J noted:

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 or 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 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.

[36] Mr Guest placed particular reliance on *Wyatt*, in which David Young QC (sitting as a Deputy Judge of the High Court) held (at 245):

I do not understand Diplock LJ's observation [in *Snook*] regarding the requirement that all the parties to the sham must have a common interest being a necessary requirement in respect of all sham transactions. I consider a sham transaction will still remain a sham transaction 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.

[37] The particular factual situation in that case needs to be noted. Mr Wyatt settled his family home on trust for the benefit of his wife and daughter, so as to immunise it from any business failure he might suffer. When his business did fail, he sought to protect his house from creditors by relying on the settlement earlier executed, of which his wife was a trustee. It emerged that Mr Wyatt's wife had had no knowledge of the effect or nature of the declaration she signed as "trustee". The Court therefore held that there was a sham, and that the declaration of trust was void and could not be enforced.

Note:

(4) In questa Rivista, 2004, 414.

(5) In questa Rivista, 2006, 275.

(6) In questa Rivista, 2006, 268.

[38] Subsequent cases and commentators have interpreted *Wyatt* as authority for the proposition that recklessness or ignorance on the part of a trustee is tantamount to intention, rather than the weaker proposition that recklessness or ignorance is simply adequate without more for the finding of a sham. *Wyatt* does not dispense with the common intention requirement, but simply broadens the scope of “intention”. But even if *Wyatt* could be read as authority for the proposition that something less than intention on the part of the trustee is required, that is a far cry from the view that no aspect of the trustee’s mental state is relevant.

[39] An alternative view of *Wyatt* is that it was an instance of a unilateral declaratory trust, since Mr Wyatt did not transfer property to a separate trustee (i.e. his wife). On such a reading of the facts of that case, there was never any need to find – or indeed any possibility of finding – a common intention, since there was only one active party to the transaction.

[40] As discussed below (at [51]), it is possible – and conceptually desirable – to delineate types of ostensible trust transactions when ascertaining the kind of intention required to sham, rather than treating all alleged “sham” trusts as an homogenous class.

[41] The preponderance of overseas cases is firmly in favour of the requirement that there must be a common intention before a transaction is found to be a sham. A common intention requirement is appropriate and desirable where the transaction in question is properly described as bilateral (i.e. where the “trust” involves a trustee who is separate and distinct from the settlor). But this requirement fades when the trust is properly categorised as unilateral (i.e. where the “trust” is settled and “managed” by the same person). This delineation allows flexibility, focussing on the particular circumstances of each transaction, not the fallacious amalgamation of all “trust” transactions into one type.

[42] It is trite law that in order for a valid trust to be created three certainties must be satisfied, certainty of intention, certainty of subject matter and certainty of object: *Knight v Knight* (1840) 3 Beav 148 at 173; 4 ER 58 at 68 (CA). The absence of any of the certainties results in a failure to create an express trust. Where there is certainty of subject matter but there is no certainty of intention, the person entitled to the trust property (usually the settlor) holds it free from any trust: McGhee (ed.) *Snell’s Equity* (31 ed 2005) at [20-25]. The trust is void ab initio.

[43] A Court cannot hold that a trust exists unless it is satisfied that there was the intention to create such a trust: Heydon & Leeming *Jacob’s Law of Trusts in Australia* (7 ed

2006) at [501]. In determining whether the requisite intention exists the Court may look at the nature of the transaction and the whole of the circumstances attending the relationship between the parties. The overall question is whether in the circumstances of the case, and on the true construction of what was said and written, a sufficient intention to create a trust has been manifested: *In re Kayford Ltd (In liq)* [1975] 1 All ER 604 at 607 (Ch).

[44] Equity will look to the substance not simply at the form of any purported trust. It is not sufficient to create a trust that the settlor creates what is in fact some other legal device but labels it as a trust: Thomas & Hudson *The Law of Trusts* (2004) at [1.32]. The use of the word “trust” will not necessarily manifest an intention to create a trust if it appears that there was no intention to create a relationship properly so described: *Tito v Wadell (No 2)* [1977] 1 Ch 106 at 220 - 225 (Ch).

[45] The creation of a trust is rightly described as a unilateral transaction. If, objectively assessed, a settlor intends to create a trust, and the other certainties and requirements of constitution are present then the intentions of the trustee will be irrelevant. Conversely, if objectively the settlor does not intend to create a trust then one of the core certainties is missing and there cannot be a valid trust. The trustee’s intentions are not critical.

[46] A trust does not normally fail for lack of a trustee: *Snell’s Equity* at [25-07]. If a trustee disclaims, the trust still subsists (*Mallott v Wilson* [1903] 2 Ch 494 (Ch)), save in rare cases where the settlor has made the validity of the trust dependent upon the acceptance of office by a particular trustee: *Re Lysaght* [1966] Ch 191 (Ch). The identification, and therefore the intention, of the trustee are irrelevant to the existence of a valid trust.

[47] This feature of valid trust formation is the basis of Jessica Palmer’s argument in her recent article “Dealing with the Emerging Popularity of Sham Trusts” [2007] NZ Law Rev 81. She contended that:

The trustee’s intention is irrelevant to the creation of a valid trust, and likewise it is irrelevant to the creation of the appearance of a trust (or what is otherwise the non-creation of a trust). If no mutuality of intention is required to create a valid trust, it is conceptually incoherent to require mutuality to create a sham trust [at 94].

[48] This argument equates the essential form of a valid trust with that of a sham. But, in the case of a sham, the intention goes to the “non-creation” of the trust, or the sham. The two situations (valid trust and sham trust) do not fall into combination. The finding that a purported trust is void as a sham does not amount to an invalidation of a trust. It is not the trust as such which is the sham.

There is no trust to be a sham. It is the trust documentation that is the sham.

[49] Mathew Conaglen, in his more recent article "Sham Trusts" (2008 67 CLJ 176-207), argues that Ms Palmer mistakenly categorises all trusts as unilateral transactions, distinguishing them from consensual contractual agreements. He contends that in fact many trust transactions are closer to the contractual paradigm, being bilateral and involving the intentions and consciences of both settlor and trustee(s).

[50] An important prior question is whether common intention must be ascertained objectively, as is usual in the construction of commercial documents, or subjectively, in the departure from orthodox norms of construction. Where a sham is alleged, should a Court look behind the objective trust-appearance of an alleged sham so as to ascertain the true nature of the transaction? The answer must be yes. Otherwise, the most insidious kinds of shams are those most able to work their mischief. To answer "no" would be to give exaggerated weight to the objective appearance of a transaction. While the objective appearance is the default determinant of a transaction's effect and substance, sham transactions are by definition transactional aberrations, and therefore require departure from the default principles of analysis.

[51] Not all trust transactions have the same form. Some are unilateral because the settlor and the trustee are not separate persons, and there is therefore no possibility of mutuality of any mental state, which precludes a common intention. But other trusts are, practically speaking, bilateral involving the actual intention and consciousness of both the settlor and the trustee(s). While the creation of a valid trust requires the intention only of the settlor, that is properly understood as a principled consequence of the norms of alienation of property, rather than a principle that should apply to any transaction that purports (even feebly) to be a trust.

[52] The principle that an arguable allegation of a sham trust legitimates examination of subjective intention, and not simply the objective intention as evinced by the "trust" documentation, is consistent with the proposition that courts will not wantonly interfere in ostensibly valid commercial transactions. In the context of trusts, where a transaction objectively appears to be a trust, it will be held out to be a trust, even if it is unclear whether the settlor actually intended for there to be a trust (see *Paul v Constance* [1997] 1 WLR 527 (CA)). A Court will only look behind a transaction's ostensible validity if there is good reason to do so, and "good reason" is a high threshold, since a premium is placed on commercial certainty.

[53] The requirement that the parties to an alleged sham commonly intend for the ostensible trust to operate as a sham might be viewed as an instance of this "high threshold". If only the settlor's duplicitous intention is required, then it is relatively straight-forward to set aside a "sham" trust. Many fewer sham trusts will be set aside if common intention is required, and this promotes commercial certainty.

[54] There needs to be a nuanced approach which recognises the variety of circumstances in which sham might emerge and a blanket approach is both unhelpful and unsustainable.

(ii) Emerging sham

[55] The OA argued that, even if it could not be established that Mr Reynolds intended the trust operate as a sham from its inception, he had developed such an intention by the time the Queenstown property was acquired. Counsel asserted that this was sufficient to turn the otherwise valid trust into a sham.

[56] In *Marac Finance Ltd v Virtue* [1981] 1 NZLR 586 at 588 (CA), Richardson J said:

Where the essential genuineness of the documentation is challenged a document may be brushed aside if and to the extent that it is a sham. There are two such situations: (1) where the document does not reflect the true agreement between the parties in which case the cloak is removed and recognition given to their common intentions; and (2) where the document was bona fide in inception but the parties have departed from their initial agreement and yet have allowed its shadow to mask their new arrangement.

[57] *Marac Finance* involved a financing agreement not a trust. Once a trust is validly created, the beneficiaries have an interest in the trust property that cannot easily be undone. Unless the later appearance of a sham can be traced back to the creation of the trust, the trust remains valid. An exception to this could be where an item of property is later transferred to the trust, the trust could be a sham with respect to that property only, but the remainder of the trust would remain valid.

(iii) Method of assessment

[58] The OA also argued that the Judge erred in his method of assessing whether the trust was a sham. He asserted that the Judge undertook an assessment of whether individual transactions were shams – rather than assessing the overall picture.

[59] We find no merit in this argument. Given that Mr Guest argued that the trust was either a sham from inception or an emerging sham, it was necessary for the Judge to analyse individual pieces of property. We are satisfied that there was no error in the Judge's decision-making.

Alter ego trust

[60] As an alternative to the sham argument, the OA argued that the trust was the alter ego of Mr Reynolds. The contention was that Mr Reynolds controlled the trust to such an extent that the trustees were mere puppets. The trustee's discretion had been subsumed by Mr Reynolds to such an extent that in reality the decisions made about the trust were made by the controller. The OA contended that the relinquishment of control by the trustees to the controller enabled the Court to find that the trust structure was a façade that could be disregarded.

[61] In the High Court the Judge interpreted the OA's pleadings as arguing that evidence of an alter ego trust was advanced to prove that the trust was a sham. In so doing Mr Guest submitted that the Judge failed to engage with the alter ego argument. He asserted that it was not merely evidence in support of a sham, but a stand-alone ground upon which relief could be granted.

[62] It is therefore necessary for us to consider the status of alter ego trusts in New Zealand.

(i) Law on alter ego trusts

[63] Two High Court cases have affirmed the existence of the alter ego trust concept in New Zealand: *Prime v Hardie* [2003] NZFLR 481 and *Glass v Hughey* [2003] NZFLR 865. A number of Family Court decisions have relied on the concept: see for example *Begum v Ali* FC AK FAM-2001-004-866 10 December 2004 and *O v S* FC DUN FAM 2004-002-80 12 December 2006. All of the cases dealing with alter ego trusts have been in the context of de facto or marital relationships. None of the cases have addressed the theoretical basis upon which a Court is justified in finding an alter ego trust.

[64] There are some cases and legal writing which suggests that an alter ego trust occurs where a person is held to have control over an express trust to such an extent that the trustees are considered to be "mere puppets" of the defendant: *Ascot Investments Limited v Harper* (1981) 148 CLR 337 at 355 per Gibbs J; *In the Marriage of Gould* (1993) 17 Fam LR 156 at 167 (Fam CA). These are instances of where a valid trust has been established but the trustee's discretion has been subsumed by the con-

troller to such a degree that in reality decisions made about the operation of the trust are made by the controller. It is argued that the relinquishment of control by the trustee to the controller allows the Court to find that the trust structure is a façade that can be disregarded. The level of control over trust property by someone other than an appointed trustee is said to justify the Court piercing the express trust and thereby making what would otherwise be trust property, available to third party claimants.

(ii) Relationship between sham trusts and alter ego trusts

[65] The relationship between shams and alter ego trusts is not clear. In both *Prime v Hardie* and *Glass v Hughey* the two concepts were mentioned but there was no elaboration of the difference, if any, between them.

[66] The distinction between shams and alter egos, as they relate to trusts, came to New Zealand from Australia. In *Glass v Hughey* at [90], Priestley J referred to a line of Australian cases as authority for his alternate finding of an alter ego trust. In Australia the alter ego trust has developed, in the context of relationship property proceedings, as a separate cause of action to a sham. An alter ego occurs where the "controller" is deemed to have effective control over the trust and/or trust property. The control is such that it overrides the discretion of the trustees and makes trust property "in reality" the de facto property of the controller: *In the Marriage of Ashton* (1986) 11 Fam LR 457 (Fam CA). In such circumstances the Court is able to look through the trust and access trust property. This does not involve the Court in treating the trust as void. Unlike a sham, the alter ego trust is intended to be a genuine trust. There is no requirement of an intention to deceive.

[67] The place of alter ego trusts in relationship property law is not directly in issue in this case, but we observe that the Australian cases need to be viewed with some caution. Unlike New Zealand, Australia has a discretionary regime for altering the property interests of spouses when the marriage ends: Family Law Act 1975 (Cth), s 79. Section 79(4)(e) of that Act allows the Court to take into account the "financial resources" available to each of the spouses. It is in that context that Australian courts have held that if a spouse has effective control of property, that asset can be included in the division of relationship assets. This is a significant difference as in Australia there is no need for the Court to invalidate the trust to access trust assets: Peart at 196.

[68] New Zealand courts do not have such a power. Sections 44 and 44C of the Property (Relationships) Act 1976 (PRA), the so-called "trust busting" provisions, do

not go that far. These sections relate to dispositions made to a trust done “in order to defeat” the rights of a spouse/partner (s 44) or have the “effect of defeating” such rights: s 44C(1)(b). These provisions have strengthened the Court’s ability, under the PRA, to access or make adjustment for trust property: *Nation v Nation* [2005] 3 NZLR 46 at [143] (CA). The Court’s ability to access trust property, however, is confined to limited circumstances: PRA, s 44. In the absence of statutory authority, there needs to be an equitable basis for avoiding a trust. Section 182 of the Family Proceedings Act 1980 is also seen as having some characteristics of a “trust busting” provision, but it is also limited in its scope.

[69] The assumption of factual control by someone other than a trustee (or a sole trustee if there is more than one trustee) or by someone without legal right to exercise such power cannot of itself invalidate a trust. As noted by Jessica Palmer at 89:

The alter ego, as factual control, should be an impotent, meaningless concept. In the eyes of the law, factual control has no effect on legal ownership. Indeed a stranger who takes control of trust assets will be considered a trustee de son tort and be liable to account for the property of beneficiaries. Factual control of trust property cannot justify recognition that the controller thereby owns the trust assets. [...] The alter ego concept, as it relates to factual control, serves to attribute an individual’s actions to those of the organisation that he is controlling. It is not a mechanism whereby an individual can appropriate property to him or herself by virtue of the control that he or she exercises.

[70] Actual control alone does not provide justification for looking through/invalidating a trust. The uptake of control by someone other than an authorised person cannot be sufficient to extinguish the rights of the beneficiaries under a trust. It is difficult to see the alter ego trust operating in New Zealand as an independent cause of action.

[71] Factual control of a trust by someone other than those authorised to have such power is not an irrelevant consideration. Such control may give rise to a claim for breach of trust. Evidence of such control may be relevant to the question of whether a trust is a sham in that it may evidence a lack of true intention to form a trust. That is not to say that an alter ego trust is the same as a sham. A finding of effective control may help establish that a trust is a sham if it indicates that it was not intended that the trust take effect according to its terms. To establish a sham, the intention to mislead must be shown to have existed from the inception of the trust (or from the time

when particular property was disposed to the trust). Evidence of effective control of the trust post settlement maybe used to infer the requisite intention.

[72] We are satisfied that Chisholm J’s treatment of the alter ego trust argument was correct. Alter ego trusts are not an independent cause of action, nor are they the same as shams. In the trust context, alter ego arguments are confined to evidence to help establish a sham which is how he treated the matter.

[73] The OA has recourse to a number of different provisions that allow the Court to invalidate dispositions made to a trust by a bankrupt and clawback property into the hands of the bankrupt. These include s 54 of the Insolvency Act which provides that a gift of property is voidable if made within two years of the donor being adjudicated bankrupt. A similar provision is provided for in the Insolvency Act 2006 which is now in force: s 204. Also available is s 60 of the Property Law Act 1952 which provides that every alienation of property made with the intent to defraud creditors is voidable. For dispositions made after 31 December 2007, s 348 of the new Property Law Act 2007 provides that a Court may set aside dispositions of property that prejudice creditors.

[74] If these mechanisms – which have undergone recent evaluation – are not sufficient, then it is a matter for Parliament. Mr Guest advanced his claim on the basis of sham because of the small amount of property which was transferred to the trust. The majority of its current assets were acquired by it and so s 60 of the Property Law Act was not of assistance. There must, however, be caution in the Courts too readily finding a sham and depriving beneficiaries of their legal entitlement.

WAS THE TRUST A SHAM?

[75] For completeness we consider whether the evidence in this case is sufficient to establish that the G M Reynolds Family Trust was a sham.

[76] The OA addressed much of his evidence to the question of whether the trust was Mr Reynolds’alter ego. While we have found that there is no such independent cause of action, we will consider the alter ego evidence to see whether it helps establish that the trust was a sham.

[77] Where breaches of trust can be established, that does not necessarily suggest that the trust has been a sham from its inception. The breaches could be of evidential value, but cannot be treated as decisive. Finding that a properly created and executed arrangement is a sham is an extreme finding because of the effect which it has on the interests of beneficiaries. Caution needs to be exercised in

determining whether acts or omissions after the creation of the trust provide compelling evidence at the high level required to justify such findings.

[78] The OA contended that, as all of the transactions made in the name of the trust were carried out at the direction of and in the interests of Mr Reynolds, the trust was invalid. He focused on four situations as evidence of this:

- (a) the sale of the Invercargill property to Mr Reynolds by the trustees;
- (b) the trustees borrowed more than was necessary to purchase the Queenstown property;
- (c) attempts by Ms Clyma/Mr Reynolds to use trust property to raise money for their own personal use; and
- (d) the poor administration of the trust.

Transfer of the Invercargill property to Mr Reynolds
by Trustees

[79] Mr Guest contended that the transfer of the Invercargill property to Mr Reynolds was evidence of Mr Reynolds' control of the trust and was therefore evidence that the trust was invalid. His argument was based on a challenge to the High Court finding as to the motivation for the transfer. Counsel argued that the house was transferred in order to allow Mr Reynolds to raise a mortgage against the property to service his personal debt. He relied on evidence given by Mr Wilson under oath to the OA. The trustees, by contrast, argued that the transfer was made to allow Mr Reynolds and Ms Clyma to do renovations to the property as the trustees were not willing to undertake the risk of doing the renovations themselves.

[80] The Invercargill property was transferred to Mr Reynolds on 24 April 1997 and \$64,000 was paid to the trust. This was the amount that the house had been purchased for less than a year before. The trust had net assets of \$5,704 after all liabilities had been met.

[81] It is not necessarily the case that the transfer was not in the best interests of the beneficiaries. Mr Guest contended that it was arguable that a transfer of this sort was not in the best interests of the beneficiaries, in that the trust replaced an asset which had been the children's family home with just net assets of a bit over \$5,000. His position seems to ignore the substantial borrowing secured over the house property. Whether there was likely to have been a capital increase in the value of the Invercargill house is speculative, so whether it was a better trust investment cannot be determined. It is not the wisdom of a transaction that is of relevance. The central question is whether this activity is evidence that there was an intention that the trust operate as a sham.

[82] Mr Guest suggested there was significance in the fact that the only asset in the trust was transferred to Mr Reynolds within a year of its purchase. This fact is equivocal at best. Adequate explanation has been given for the timing of the transaction.

[83] We are not satisfied that there is an adequate basis for overturning the factual findings of Chisholm J regarding the motivation for the transfer. There was evidence before the High Court that the trustees transferred the property to Mr Reynolds so that he could bear the risk of raising funds to make necessary renovations to the property and it was open to the Judge to make such a finding.

[84] This finding robs the transfer to Mr Reynolds of any significance in terms of the sham argument.

Borrowing more than necessary to purchase
the Queenstown property

[85] Mr Guest asserted that the trustees borrowed more than was necessary to purchase the Queenstown property and the extra money borrowed was used to repay Mr Reynolds' personal debts. He contended that this was strong evidence of the existence of a sham, or of an emerging sham in relation to the Queenstown property.

[86] Mr Forbes sought to explain the transaction by noting that both the Queenstown property and the Invercargill property (which at the time was owned personally by Mr Reynolds) had been used to secure the funding in order to obtain better leverage and a better rate of interest for any loan. As both houses were used as security, more had to be borrowed than the purchase price so as to cover the mortgage over the Invercargill property (\$150,000 mortgage held by the BNZ). Counsel argued that this was necessary because, at the time the Queenstown property was purchased, the trust only had assets valued at approximately \$5,000.

[87] The trustees had entered into a transaction that required them to be involved in joint security with a discharged bankrupt. This was perhaps an unwise decision especially as Ms Clyma's company was willing to lend \$75,000 towards the purchase. However unwise the decision, it does not establish an intention on behalf of the settlor that the trust was a sham. Nor does it establish that the trust was a sham as it related to the Queenstown property.

Attempts by Ms Clyma to use trust property
to raise money

[88] Mr Guest argued that an attempt made by Ms Clyma to use trust property to raise money for her person-

al benefit was also evidence of sham. He asserted that this attempt was done at the direction of Mr Reynolds.

[89] There is insufficient evidence to reach that conclusion regarding Mr Reynolds' role in the attempt to obtain a loan by using trust assets as security. It cannot be established that such an attempt was directed by or was even done with the knowledge of, Mr Reynolds.

[90] Chisholm J accepted the trustees' evidence that they would not have gone along with anything that Mr Reynolds wanted, so even if it could be proven that Mr Reynolds directed Ms Clyma to make the loan application, that would be significant evidence, but insufficient of itself, to establish that Mr Reynolds intended the trust to be a sham from its inception.

Poor administration

[91] There is no direct evidence that Mr Reynolds intended that the G M Reynolds Family Trust be operated as a sham. Mr Guest noted that there was an absence of resolutions or minutes, no annual accounts, intermingling of financial arrangements between the trustees and Mr Reynolds and no record of decisions or other documentation relating to the use of trust properties by the beneficiaries' parents. The trust records were sent to Mr Reynolds rather than the trustees. Mr Guest argued that there was a general lack of engagement by the trustees with what was occurring in the trust. He gave the example of Mrs Harvey (Ms Clyma's mother and trustee) and her apparent failure to exercise independent judgment.

[92] Evidence of poor administration of the trust is insufficient, of itself, to establish a sham. This may be evidence of a breach of trust, but the fact that the trustees have acted poorly in managing the trust does not establish an intention that the trust operate as a sham.

Overall assessment

[93] There is no direct evidence that Mr Reynolds intended that the G M Reynolds Family Trust be operated as a sham. The OA invited the Court to draw this inference. To draw the inference of a sham in the absence of direct evidence needs compelling material. Such a finding cannot be made if another inference is at least equally open on the evidence: *Sharrment v Official Trustee*.

[94] We are not persuaded that there is a basis from which any factual scenario could be drawn from the evidence that was presented and available to a Judge, which could create the situation in which the Court could declare that what occurred was a sham.

[95] On a broad overview, it is likely in this case that Mr Reynolds subjectively wished to establish a trust (even if he may not fully have understood the implications or may even have contemplated to breach its terms when it suited him). The documentation which was completed was consistent with a subjective intent to create the trust. On the findings of the Judge, there were non-complicit trustees who entered into transactions and acquired property (and administered that property even if not very well) in the name of the trust and so they cannot be said to have intended the trust to operate as a mere sham.

RESULT

[96] Accordingly the appeal must be dismissed. This is not a case where it is appropriate to grant costs in favour of the trustees or Mr Reynolds himself who was so closely aligned with their position. The operation and activities of each during the ten years the trust has existed, invited challenge.

[97] Costs should lie where they fall.

GLAZEBROOK J - INTRODUCTION

[98] I agree with the result of the appeal and (largely) with the reasons set out in the judgment delivered by Robertson J on behalf of himself and O'Regan J. I would, however, like to add some comments on the concept of sham and alter ego trusts.

[99] I intend to comment on these issues under the following headings:

- (a) Is intention ascertained objectively or subjectively?
- (b) Is the concept of sham different from that of intention?
- (c) Is trustee complicity necessary for there to be a sham?
- (d) Is the purpose for setting up a trust significant?
- (e) What is the relevance of breaches of trust and bad administration?
- (f) What is the effect of alter ego trusts?

IS INTENTION ASCERTAINED OBJECTIVELY OR SUBJECTIVELY?

[100] Certainty of intention is one of the three certainties necessary for there to be an express trust. It is fundamental to the creation of an express trust and it is the unilateral intent of the settlor that is at issue in this regard. If there is no settlor intent then either the disposition will constitute an outright gift to the purported

trustee or that trustee will hold the property on a resulting trust for the settlor – see Butler (ed) *Equity and Trusts in New Zealand* (2003) at [4.2.2(7)] and Richardson *Nevill's Law of Trusts, Wills and Administration* (9ed 2004) at [2.3.1]. I discuss the concept of resulting trust in more detail below – see below at [118] - [119].

[101] The High Court of Australia, in *The Commissioner of Stamp Duties (Queensland) v Jolliffe* (1920) 28 CLR 178, seemed to accept that intent can be judged subjectively. See also *Starr v Starr* [1935] SASR 263 (SC). In *Jolliffe*, Mr Jolliffe, opened an account at the bank solely for the purpose of procuring interest which would otherwise not have been paid. On opening the account he made a declaration, as required by the relevant legislation, that he was the bona fide trustee for his wife. His wife died intestate and the question was whether the deposit moneys formed part of her estate.

[102] The majority of the High Court (Knox CJ and Gavan Duffy J) found that Mr Jolliffe had been entitled to adduce evidence that he did not intend to hold the money on trust. As this evidence of his subjective lack of intent had been accepted by the Court at first instance, the majority held that the money in the account was not held on trust for his wife. This was because no form of words could be used to create a trust contrary to the real intention of the person alleged to have created it (see at 181).

[103] Isaacs J dissented. He held that the oral evidence of subjective intention should be rejected. The first reason given was that, once a clear declaration of trust is made, that is an effectual vesting of the property in equity in the beneficiary. He did not consider it open to Mr Jolliffe to affect the result by subsequent evidence of his then undisclosed intention, contrary to the unambiguous declaration he made (at 190 - 191). The second reason given by Isaacs J (at 191) was that parole evidence is not available to contradict a written document where the evidence amounts only to a personal secret intention not to do what the document purports to effect. The third reason was based on public policy. Mr Jolliffe was attempting to profit by his own fraud. Isaacs J said that no man can protect himself from the consequences of his intentional and deliberate acts, including the natural conclusions to be drawn from them, by afterwards setting up his secret intention to defraud or break the law (at 191 - 192).

[104] For myself, I prefer Isaacs J's approach, which is based on an objective assessment of the settlor's words and actions and not subjective lack of intent. I do not consider that the majority's approach in *Jolliffe* should be adopted in New Zealand. I consider that intention should be judged objectively if what is meant is that intention,

where there is a written trust deed, is judged on the true construction of that document according to the ordinary rules of construction (including as to the admissibility of extrinsic evidence) and not the subjective intent of the purported settlor. See Hanberry & Martin *Modern Equity* (17 ed 2005) at [3-019], Dal Pont & Chalmers *Equity and Trusts in Australia* (4 ed 2007) at [17.25], Heydon & Leeming *Jacobs' Law of Trusts in Australia* (7ed 2006) at [501] and Conaglen "Sham Trusts" (2008) 67 CLJ 176 at 181.

[105] In this case, there was a trust instrument, which, on its ordinary meaning, clearly created a trust. There was a small amount of property transferred to and further property acquired by non-complicit trustees (on the findings of the Judge). In such circumstances, a settlor (or the Official Assignee in the shoes of the settlor) cannot argue successfully that, objectively determined, there was no intention to create a trust. Unambiguous words were used to create the trust. Further, property has been transferred to and acquired by trustees who have, as far as they were concerned, assumed the obligations under the trust deed.

IS THE CONCEPT OF SHAM DIFFERENT FROM THAT OF INTENT?

[106] I do not think it productive to equate the concept of sham with that of intention to create a trust as is done by Palmer (discussed at [47] above). The issue of intent usually arises where the words and/or documents involved are equivocal as to whether a trust has been created or whether there is some other type of legal relationship such as agency or bailment. See for example Butler at [3.1.6], [3.1.7] and [4.2.2]. On the other hand, a "shammer" will usually have made sure that the trust is documented in a manner that ostensibly makes intention clear. This creates the appearance of a trust when in fact it is clear from the surrounding circumstances (factual matrix) and perhaps from subsequent conduct that the reality was not intended to match the appearance. See Conaglen at 184.

[107] If sham is equated with intention and intention is judged objectively then, where there is a written document that makes intention clear, a sham cannot (on the ordinary rules of construction) be found. While factual matrix and subsequent conduct can be used to interpret a written document, they cannot normally (absent duress or mistake for example) be used to contradict it. See, for example, the discussion in Burrows, Finn & Todd *Law of Contract in New Zealand* (3 ed 2007) at [6.2.2].

[108] In my view, where a sham is alleged, the search is for subjective intent that the transaction is a sham.

After all, the whole point of a sham is that it is intended to have an effect other than the effect it would have if looked at objectively. See *Conaglen* at 186, *Hitch v Stone* [2001] STC 214 at [56] (EWCA) per Arden LJ (for the Court) and *Sharrment Pty Ltd v Official Trustee in Bankruptcy* (1988) 18 FCR 449 at 456 (FCA) where Lockhart J said:

It is not clear from Diplock LJ's formulation [in *Snook v London & West Riding Investments Ltd* [1967] 2 QB 786 (CA)] whether it is the subjective intention of the parties that is determinative, although logically this seems to be the correct result. In *Coppleston's* case Hunt J (at 98; 4022) took the view that the authorities established that it is the intention of the parties to the transaction which determines the question whether the act or document was never intended to be operative according to its tenor at all but rather was meant to cloak another and different transaction.

[109] This does not mean that a settlor is entitled to give later oral evidence of his or her subjective intentions, particularly where this is with a view of depriving the beneficiaries of their rights under the trust or, as in *Jolliffe*, defrauding a third party (in that case the Commissioner of Stamp Duties). See Malek (ed) *Phipson on Evidence* (16 ed 2005) at [5.09], which discusses the fundamental principle at common law that precludes a grantor of a deed from disputing the validity and effect of his or her own grant. In this regard, I do not consider *Hawke v Edwards* [1947] 48 SR (NSW) 21 (CA) would apply in New Zealand. At 23 of that case, it was said that oral evidence was admissible to show that the document was never intended to be operative according to its tenor. Indeed, in *Snook*, Diplock LJ (at 802) made it clear, albeit in another context, that no unexpressed intentions of a "shammer" should affect the rights of a party whom he or she deceived.

[110] In assessing whether a trust is a sham, the Courts should have regard to contemporary evidence of the actions (and words) of the relevant parties showing that the trust was not intended to be genuine. Subsequent conduct and words can also be relevant but only with a view to ascertaining the subjective intention that the trust be a sham at the time it was set up or, in the case of an "emerging sham" in the sense set out in Robertson J's judgment in the last sentence of [57], at the time of any later impugned transfer to that trust.

[111] I agree with the discussion by Conaglen, at 192 – 193, on onus and burden in relation to allegations that a trust is a sham. The party asserting the existence of the sham bears the onus of proving this on the balance of probabilities. Further, the ordinary approach to proof in

civil cases should apply, where the more serious the allegation, the less likely it is that the event occurred and, therefore the stronger the evidence must be before the allegation will be established on the balance of probabilities – see *Conaglen* at 193.

[112] I consider that any finding of sham where a trust is involved should not be lightly made. While other sham transactions are usually designed to defraud third parties, the sham transaction itself does not purportedly give rights to parties under the transaction itself apart from the sham parties to the transaction, all of whom know the true situation because of the requirement for mutuality of intention. With trusts, there are beneficiaries involved and a finding of sham will deprive them of their rights under the trust.

IS TRUSTEE COMPLICITY NECESSARY FOR THERE TO BE A SHAM?

[113] Under the *Snook* formulation of sham, common intention to conceal the true nature of the transaction is necessary. That requirement was adopted by this Court in *Paintin and Nottingham Ltd v Miller Gale and Winter* [1971] NZLR 164 at 168 and 176, albeit not in a trust context.

[114] The weight of authority overseas suggests that trustee complicity or at least trustee ignorance and recklessness (as in *Midland Bank plc v Wyatt* [1995] 1 FLR 696 (Ch D)) is necessary for there to be a sham. See the discussion of those overseas authorities in Robertson J's judgment at [31] – [39] and also *Minwalla v Minwalla* [2005] 1 FLR 771 at [54] (Fam) per Singer J. The same applies to a number of commentators – see for example Underhill and Hayton *Law Relating to Trusts and Trustees* (17 ed 2006) at [4.7], Hanbury & Martin at [3-020] and Peart "Trust Busting - Looking Through Trusts" in *Trusts* (Wellington, NZLS 2007) 176 at 190 and *Conaglen* at 187 - 192. I agree.

[115] Where a trustee has entered into a trust deed and/or property has been transferred to or acquired by a trustee in accordance with a trust instrument, the transaction, in my view, ceases to be unilateral and becomes bilateral. The trustee undertakes obligations in relation to the trust property by signing the trust documentation and/or by accepting or acquiring the property on the terms of the trust. It is true that the trust would not fail if the trustee failed to perform those obligations or changed his or her mind about undertaking them but this seems to me beside the point in terms of whether trustee complicity is needed for a finding of sham.

[116] I do not consider that the settlor's subjective

intention that the trust not be operative can invalidate a trustee's assumption of trustee responsibilities in circumstances where the trustee was effectively deceived by the settlor. If property is transferred to a complicit trustee in a sham transaction, that trustee will know that there was no intent to create a trust and therefore no intent to transfer the beneficial interest in that property to the beneficiaries. The trustee, by his or her complicity in the sham, will have effectively agreed to hold the property on what may well be a bare trust for the purported settlor. See Conaglen at 187 – 188.

[117] A different situation arises for a non-complicit trustee. Let us assume that legal title to property has been transferred to a trustee, who is not complicit in any sham. It seems to me that the trustee, by accepting the transfer on the basis of what the trustee considers to be a genuine trust instrument, will be conscience-bound to hold his or her legal title to the property for the benefit of the beneficiaries in accordance with that trust instrument, particularly if he or she is a party to that documentation or has agreed in writing to become a trustee. As was said by Lord Browne-Wilkinson in *Westdeutsche Landesbank Girozentrale v Islington London Borough Council* [1996] AC 669 at 705 (HL), the foundation of trusts is the conscience of the legal owner of the property. See also Watt *Trusts and Equity* (2003) at 85 and Thomas & Hudson *The Law of Trusts* (2004) at [1.51]

[118] The only way that the settlor (or the Official Assignee in the settlor's shoes) could call for a transfer back of the property would be through the imposition of a resulting trust. The commentators are divided on the basis for a resulting trust. One view is that it is restitutionary – see Chambers *Resulting Trusts* (1997). The other view, which was endorsed by the House of Lords in *Westdeutsche*, is based on the premise that a resulting trust can only arise if the conscience of the recipient is affected. In the case of a non-complicit trustee, it seems to me that that trustee's conscience is affected by the trust instrument and not by the settlor's subjective intentions, which were concealed from that trustee. There would thus be no resulting trust. In my view, the same result would apply even if the restitutionary view of resulting trusts is taken.

[119] In a case where the trustee acquired property after the trust has been set up, it is even more inconceivable that a settlor could argue that, despite the trustee's clear intent in acquiring the property, it was held in fact on a resulting trust for the settlor. This would effectively result in the settlor benefiting from his or her own deceit of the trustee. In any event, I do not think that the settlor's intentions on settlement of the trust could continue

to taint the later transactions of the trustee which were undertaken, insofar as the trustee was concerned, in accordance with a written instrument, upon which the trustee was relying for authority to complete the transaction. This is particularly the case where the acquisitions were funded through borrowings and not trust assets.

[120] If I am wrong and mutual intent is not necessary for there to be a sham and/or intent is, as was held in *Jolliffe*, judged subjectively on the basis of settlor intent alone, then in my view a constructive trust should be imposed in favour of the beneficiaries (provided of course that they were not complicit in the sham) on the basis that it would be unconscionable for the settlor to benefit from his or her fraud in deceiving the trustee (and/or the beneficiaries). See *Commonwealth Reserves I v Chodar* [2001] 2 NZLR 374 (HC) where a constructive trust was imposed on the basis of unconscionability. This would not be a radical remedy as it would merely put the trustee (and the beneficiaries if they are aware of the alleged trust) in the position they always thought to be the case.

[121] This section presupposes that the beneficiaries are not complicit in any sham. Where there is a common intention between the settlor and the beneficiaries that the trust not be operative, then the trust will in my view be a sham, even where the trustee is not complicit in that sham. Where the common intention is not shared by all the beneficiaries, however, the trust will likely be held not to be a sham but any distributions to the complicit beneficiaries will be held on resulting trust for the settlor.

[122] There may also be situations where there is a duped settlor (see Peart at 188). In such cases there may be a common intention on the part of the trustee, the beneficiaries and a third party that the trust not be operative but that the assets be held for the third party. In such circumstances, the trust will likely be held to be a sham. If, however, there is no complicit trustee or the common intention is shared by only some of the purported beneficiaries, then again the situation may be that the trust is valid (except that any complicit beneficiaries would likely hold any distributions on resulting trust for the third party).

IS THE PURPOSE FOR SETTING UP A TRUST SIGNIFICANT?

[123] Despite Chisholm J's finding that the purpose of the trust in this case was to provide for Mr Reynolds' children's future education and support (see at [65] of his judgment), it seems likely that Mr Reynolds was conscious that a trust could potentially keep the trust assets secure

from creditors. Even if creditor protection had been the purpose of the trust, however, this would not by itself have meant that the trust was a sham. As Megarry J said in *Miles v Bull* [1969] 1 QB 258 at 264:

[A] transaction is no sham merely because it is carried out with a particular purpose or object. If what is done is genuinely done, it does not remain undone merely because there was an ulterior purpose in doing it.

[124] Dispositions to a trust may of course be vulnerable to attack under the statutory provisions discussed in Robertson J's judgment at [73] – [74]. I agree with Robertson J that, if those provisions are not considered adequately to protect creditors, then it is for Parliament to strengthen them. This is particularly the case as Parliament must have recently considered those provisions when enacting the new Insolvency Act 2006 and Property Law Act 2007.

WHAT IS THE RELEVANCE OF BREACHES OF TRUST AND BAD ADMINISTRATION?

[125] I think it is important to distinguish between a sham and the situation where a settlor fully intends to set up a trust but also intends later to breach that trust, either through ignorance of trust obligations or even deliberately. To amount to a sham, the settlor has to intend, at the inception of the trust, to give third parties or the Court the appearance of creating rights and obligations different from the legal rights and obligations actually intended (to adapt the words of Diplock LJ at 802 of *Snook*). It is not in itself sufficient for there to be a sham trust that there is an intention to breach some or all of the trust obligations, although that could be relevant evidence of a sham. The settlor could nevertheless intend (whether subjectively or objectively determined) to create a trust. The same applies to bad administration. See the discussion in Garrow and Kelly *Law of Trusts and Trustees* (6 ed 2005) at [10.12] and Robertson J's judgment at [92].

[126] Equally, de facto or actual control, as pointed out by Robertson J at [71], can only be of evidential value in any assessment of whether there is the requisite sham intent. Again it is important to distinguish between a sham and the situation where a settlor intends to set up a trust but, perhaps in ignorance of trust obligations, intends (and maybe even manages) to keep control of assets. It is not enough for a sham to exist that there is a misunderstanding on the settlor's part of the nature or the effect of the documentation entered into.

[127] It must be remembered too, in evaluating the significance of evidence of de facto or actual control, that

trustees are entitled to take into account the wishes of the settlor as long as they are prepared not to follow instructions blindly. See Conaglen at 196 and *Kain v Hutton* [2007] NZCA 199 at [272]. Settlor control may often occur with the view of benefiting the beneficiaries and thus be quite consistent with the existence of an intention on behalf of the settlor that the trust be operative.

WHAT IS THE EFFECT OF ALTER EGO TRUSTS?

[128] I agree with Robertson J's discussion on alter ego trusts. I would, however, leave open (because it is not before us) the question of whether an "alter ego trust", which does not amount to a sham, can be treated as the property of the individual involved for the purposes, for example, of a relationship property division.

[129] I agree that the trust could not be looked through and that the trust assets themselves would not be available for division. It may be, however, that the trust property could nevertheless be treated as an asset of the individual involved and the other party awarded a larger share of the other available assets. Whether this approach is contrary to the legislative intent as manifested in the Property (Relationships) Act 1976, as suggested by Peart at 196, would, however, need to be considered. Section 182 of the Family Proceedings Act 1980 may also be relevant.

Proseguiamo la raccolta delle sentenze “storiche” sul trust
New York – Surrogate’s Court – Court of Appeals

Disapplicazione delle norme francesi sulla legittima

Testamento – scelta della legge regolatrice – legge di New York – beni situati in New York – domicilio del testatore – Francia – legge dell’ultimo domicilio – inapplicabilità – prevalenza della legge regolatrice scelta – successione del legittimario – quota di legittima – inapplicabilità

Trovano applicazione le norme dello Stato di New York in ordine alla validità e all’efficacia di un testamento sottoscritto da una persona con doppia cittadinanza statunitense e francese, deceduta in Francia, qualora tali norme siano state espressamente richiamate nella scheda testamentaria e la maggior parte dei beni relitti si trovino nello Stato di New York. In tale contesto, il figlio del *de cuius*, residente negli Stati Uniti e avente anch’egli la doppia cittadinanza, non può validamente invocare in proprio favore l’applicazione delle norme di diritto francese in ordine alla c.d. quota di legittima, dovendo invece trovare applicazione il diritto di New York, che non pone limiti alla libertà di testare del *de cuius*.

- **Surrogate’s Court of New York, Millard L. Midonick, J., 16 marzo 1981 [In the Matter of the Estate of Jane M. Renard, Deceased]**
Court of Appeals of New York, Cooke, C.J., Jasen, Jones, Wachtler, Meyer, JJ., 17 giugno 1982 [In the Matter of the Estate of Jane M. Renard, Deceased]

NOTE

La signora Renard nacque in Francia nel 1899, ma per trent’anni, dal 1941 al 1971, ha vissuto negli Stati Uniti, lavorando a New York come segretaria di un importante studio legale, ed acquistando la cittadinanza statunitense.

Quando tornò in Francia, la signora Renard lasciò la gran parte del suo patrimonio, consistente sostanzialmente in depositi bancari, a New York.

Nel 1972 la signora Renard sottoscrisse a Parigi un primo testamento in forza del quale il proprio figlio (residente in California e con doppia cittadinanza, francese e statunitense), avrebbe ricevuto l’appartamento di Parigi, peraltro gravato da un *life estate* in favore di un’amica della testatrice, Yvonne, nonché un legato di seimila dollari; il resto del patrimonio, salvo un ulteriore legato di quindicimila dollari, avrebbe dovuto essere diviso in parti uguali tra un’altra amica della testatrice e un ente di carità francese.

Il testamento, peraltro, presentava una peculiarità propria di molti testamenti sottoscritti da persone non residenti nello stato di New York, ma aventi ad oggetto beni ivi situati. In esso, infatti, la testatrice dichiara la propria intenzione che il testamento sia ammesso alla procedura del “probate” nello Stato di New York e che esso sia letto, interpretato e regolato in base alla legge dello Stato di New York, chiamata, quindi, anche a valutarne la validità e gli effetti.

Nel 1977, dopo la morte di Yvonne, la testatrice modificò il suo testamento conformemente al primo e disponendo dell’appartamento e di tutto il suo contenuto in favore del figlio, lasciando invariate le altre previsioni.

Dopo la morte della testatrice, avvenuta nel 1978 in Francia, il figlio contesta la giurisdizione americana in ordine al testamento, alla sua validità ed ese-

.....
Pubblichiamo il testo delle sentenze rispettivamente da 1981 N.Y. Misc. LEXIS 2152 e da 1982 N.Y. LEXIS 3527.

cuzione, affermando, invece, la competenza francese, stante la circostanza per la quale la madre era residente in Francia al momento del decesso. Respinta dai giudici americani tale eccezione, il testamento viene ammesso al "probate" a New York. Conseguentemente, gli esecutori testamentari della signora Renard ricorrono al giudice onde ottenere l'approvazione del riparto dell'asse ereditario da essi predisposto conformemente alle volontà della testatrice.

A siffatto riparto si oppone il figlio della signora Renard, affermando di vantare, nei confronti dell'asse ereditario, ben maggiori diritti di quanti non discendessero dal testamento stesso, e ciò per effetto della c.d. quota di legittima riservata dal diritto francese agli eredi necessari del *de cuius*. In virtù di tale normativa, infatti, egli avrebbe diritto a ricevere metà del patrimonio della madre.

Pubblichiamo qui di seguito sia la pronuncia resa in primo grado dalla Surrogate's Court, confermata in secondo grado dalla Court of Appeal senza motivazione, sia l'opinione dissenziente resa in sede d'appello dal Chief Justice Cooke.

La questione giuridica che i giudici sono chiamati ad affrontare ha ad oggetto, essenzialmente, un problema di conflitto di leggi, ed in particolare la necessità di individuare da quale legge il testamento della signora Renard debba, in effetti, essere regolato e valutato nella sua validità ed efficacia: la legge dello Stato di New York, richiamata nella scheda testamentaria, oppure la legge francese, in quanto legge del luogo di residenza del testatore al momento del decesso.

La scelta appare di non poco conto: da un lato, infatti, il diritto newyorkese consente la massima libertà di testare in favore di chiunque, senza prevedere la riserva di quote del patrimonio in favore di determinate persone legate al *de cuius* da vincoli di parentela, mentre il diritto francese, come tutti gli ordinamenti di *civil law*, prevede, quale norma inderogabile di ordine pubblico, la riserva della c.d. quota di legittima, con conseguente riduzione delle quote spettanti per testamento ai non legittimari.

I giudici di primo grado, avuto riguardo alle disposizioni di legge, alla *ratio* delle stesse, ai precedenti giurisprudenziali e al contesto storico in cui questi vennero resi, concludono nel senso che il diritto dello Stato di New York consenta a un testatore non residente di invocare il diritto di New York a regolamentare la successione ereditaria dei propri beni ivi situati e ciò anche qualora in tal maniera si ottenga

il risultato di eludere l'applicazione delle norme di legge vigenti nel luogo dell'ultimo domicilio del *de cuius* in ordine alla tutela dei diritti dei legittimari. Tale complesso di norme, infatti, consente che allorché un testatore, non domiciliato nello Stato di New York al momento della sua morte, preveda nel proprio testamento che i suoi beni situati in New York siano governati dal diritto di questo Stato, allora l'intrinseca validità del testamento stesso, sia sotto il profilo della capacità a testimoniare, sia sotto i profili degli effetti, dell'interpretazione, della revoca, e della modifica di qualsivoglia disposizione, devono essere valutati alla luce della legge richiamata.

(E. B.)

TESTO DELLA SENTENZA DELLA SURROGATE'S COURT

This proceeding raises the choice of law issue which was not before the court in its prior decision herein. (*Matter of Renard*, 100 Misc 2d 347, affd 71 AD2d 554, mot for lv to app den 48 NY2d 609.) The decree admitting the will to probate restrained the executors from distributing the assets until the further order of this court. The purpose of this restraint was to permit the determination of the claim asserted by decedent's son to the forced share interest he would be awarded by French law against the provisions of his mother's will.

The petitioning executors now request approval of their proposed distribution of the assets in conformity with the will. Decedent's son objects and seeks one half of the "residuary estate" "after appropriate credits for general bequests to him" in accordance with French law.

The foundation of the son's claim is that his mother died domiciled in France, which is not disputed. The facts here were detailed in the opinion cited above. This decedent was born a French citizen in 1899. For approximately 30 years, from 1941 to 1971, she was domiciled in New York. During that time, she became a United States citizen (in 1965). From 1941 until 1948 she was employed in the New York City law offices of Sullivan and Cromwell, where she was secretary to one of that firm's senior partners, William Nelson Cromwell. A lawyer-client relationship with the firm also arose in that period. On October 24, 1971 decedent returned to France, leaving the major portion of her assets here. She died on August 3, 1978, a French domiciliary. Her son, an adult, was then domiciled in California where he still resides. He is a citizen both of France and the United States.

After the decedent moved to France, Sullivan and

Cromwell drafted a will for her which she executed in their Paris office, on June 20, 1972. This is the will the parties refer to as the "New York" will. It was admitted to probate in this court after the defeat of the son's motion opposing our jurisdiction. The executors are the Bank of New York and Arthur Dean, a Sullivan and Cromwell partner. This will designates New York law as controlling in the manner often recommended for wills of nonresidents disposing of assets located in this State: "I hereby declare that I elect that this Will shall be admitted to original probate in the State of New York and shall be construed and regulated by the laws of the State of New York, and that the validity and effect thereof shall be determined by such laws." (EPTL 3-5.1, subd [h]; see Hendrickson, *The Will of a Non-Resident Alien Disposing of Property in the United States*, ABA National Institute on International Estate Planning [1980], pp 1, 25.)

The will purported to dispose of all of the decedent's assets. She left her Paris apartment to her "adopted son", the respondent here, subject to a life estate in her friend Yvonne Daumarie (who predeceased her). That friend was also given the contents of the apartment, but if she did not survive they too went to the son. After legacies of \$ 6,000 to the son and \$ 15,000 to others, the balance was divided equally between a French friend and a French charity. The charity has appeared in this proceeding to oppose the son's claim. The Attorney-General has also appeared in opposition thereto.

On December 15, 1977, presumably after the death of her said friend Yvonne Daumarie, the decedent executed the will which the parties herein refer to as her "French will". It bequeathes the French apartment and its contents to her son, which is entirely congruent with their disposition under the New York will. This will was apparently drafted by a French notaire. It provides in effect that the legacy therein not be deemed an addition to the son's forced share.

The parties have treated each of the wills as disposing of the assets physically located in the respective jurisdiction. The decedent's assets physically situated in New York at her death consisted of bank accounts and a brokerage account valued at approximately \$ 320,000. The French property was the apartment and its contents, the value of which was variously estimated, in connection with the motion to dismiss the probate proceeding, at \$ 75,000 by the executors and \$ 150,000 by the son.

The issue presented is whether the son is entitled to claim his right of forced heirship under French law against the decedent's New York property. The law of France, in the tradition which the common law initially copied but

rejected many centuries ago (*United States v Perkins*, 163 U.S. 625) severely circumscribes the free testamentary disposition of property. In the case of a deceased parent survived by one child, the child is entitled to one half of the parent's assets. The child's forced share interest extends to assets given away during the parent's lifetime. This share is apparently offset by lifetime gifts from the parent to the child. (Lawrence, *The Basic Problems in the Administration of Estates with Multinational Interests and the Use of Multiple Wills or Other Substitutes*, PLI International Estate Planning Handbook [1980], pp 139, 153.) The executors and the French charity concede that under French law an adopted son would have a one-half forced share. They cast the issue as being whether French law will be applied here. The parties have agreed that there is no need to prove French law at this stage of the proceeding.

No constitutional mandate directs the resolution of this choice of law issue since there are adequate points of contact with both France and New York to render the application of the local law of either acceptable under the due process standards of reasonableness and fundamental fairness. (*Allstate Ins. Co. v Hague*, 449 U.S. 302.) The New York contacts are, *inter alia*, decedent's 30 years' residence in this State, the physical location of her assets here, and her evident intention, as expressed in her will, to have New York law apply. The principle contact with France is, of course, that decedent died domiciled there. The traditional conflict of laws approach turns to the law of the domicile to determine succession to personal property. (E.g., Restatement, Conflicts 2d, §§ 263, 265; Goodrich and Scoles, *Conflict of Laws* [4th ed], pp 323, 332-333.)

EPTL 3-5.1 sets forth a series of choice of law rules relating to wills. Subdivision (h) is the relevant portion but the earlier provisions provide a background: "The intrinsic validity, effect, revocation or alteration of a testamentary disposition of personal property, and the manner in which such property devolves when not disposed of by will, are determined by the law of the jurisdiction in which the decedent was domiciled at death." (EPTL 3-5.1, subd [b], par [2].)

The terms "intrinsic validity" and "effect" are defined as follows: "Intrinsic validity' relates to the rules of substantive law by which a jurisdiction determines the legality of a testamentary disposition, including the general capacity of the testator." (EPTL 3-5.1, subd [a], par [4].) "Effect' relates to the legal consequences attributed under the law of a jurisdiction to a valid testamentary disposition." (EPTL 3-5.1, subd [a], par [5].) Subdivision (h) then provides an exception to the general rule: "Whenever a

testator, not domiciled in this state at the time of death, provides in his will that he elects to have the disposition of his property situated in this state governed by the laws of this state, the intrinsic validity, including the testator's general capacity, effect, interpretation, revocation or alteration of any such disposition is determined by the local law of this state."

Clearly this decedent made the election contemplated in subdivision (h) to have the disposition of her property governed by New York law. The son contends that *Matter of Clark* (21 NY2d 478) constrains use to hold that this election does not permit a decedent to avoid the forced heirship of his or her domicile. *Clark* (*supra*) involved the language of a precursor statute, section 47 of the Decedent Estate Law, and a Virginia widow's right of election.

Before reaching the issue of the effect of the decision in *Clark* (*supra*), it is important to analyze the legislative history of subdivision (h). This statute was enacted in 1966 (L 1966, ch 952, eff Sept. 1, 1967), after the death of the decedent in *Clark*, as part of the sweeping revision of the law of estates spearheaded by the Bennett Commission. The commission's report to the Legislature on "The Decedent Estate Law As Affected By Conflict of Laws Considerations" recommended perpetuation of the rule that a non-domiciliary "may by his will declare that his property situated in this State shall be regulated by our law. In such case the reference ought to be to the local law of this State." (Temporary State Commission on Modernization, Revision and Simplification of Law of Estates, Fifth Report, NY Legis Doc [1966], No. 19, p 659 [hereinafter cited as Fifth Report].) The Legislature enacted EPTL 3-5.1 (subd [h]) exactly in the language recommended by the commission (Fifth Report, at p 241). In discussing what was meant by the word "effect" used throughout the section, the Fifth Report says (at p 630) "'effect' involves the legal consequences that flow from an otherwise valid provision of a will, such as [...] the [...] exclusion of a surviving spouse from testamentary benefits and the like." Most significantly, the report informed the Legislature that the prior statute, section 47 of the Decedent Estate Law, allowed a nonresident testator to escape onerous restrictions on the testamentary disposition of property imposed by the laws of his own domicile, citing a case involving forced heirship. (Fifth Report, at p 636.) This report was dated May 22, 1963. Thus, both the report and the enactment of the new statute preceded the 1968 decision in *Clark* (21 NY2d 478, *supra*), the decedent therein having died before the effective date of the current statute.

On the basis of this history, it would seem necessary to conclude that the Legislature intended subdivision (h) to

permit a decedent, in a case like the one before the court, to avoid the application of the French law of forced heirship to her personalty by invoking New York law in her will. The decedent's son argues here that *Matter of Clark* (*supra*) precludes this result. The decedent in *Clark* (*supra*) died in 1964 and his will, which invoked New York law, was thus governed by the provisions of the superseded section 47. He and his wife were Virginia residents but the bulk of his substantial estate in personal property was located in New York. His will created a preresiduary marital deduction trust for his widow, but this did not satisfy her right of election under Virginia law, which gave her an outright share. The court held section 47 of the Decedent Estate Law did not extend to this case. In reading this conclusion the court placed great reliance on the language of the last sentence of section 47 which read: "Whenever a decedent, being a citizen of the United States or a citizen or a subject of a foreign country, wherever resident, shall have declared in his will that he elects that such testamentary dispositions shall be construed and regulated by the laws of this state, the validity and effect of such dispositions shall be determined by such laws." (*Matter of Clark*, 21 NY2d 478, 482, n 2, *supra*.)

The essence of the holding in *Clark* (*supra*) is that this language relates to testamentary dispositions and the right of election is not a testamentary disposition: "A regard for the language of the statute, as well as its legislative history and the policy to be served by it, clearly demonstrates that the words 'testamentary dispositions' and 'the validity and effect of such dispositions' do not encompass the right accorded a spouse to elect to take in opposition to the will". (*Matter of Clark*, *supra*, at p 483; see *Down v Morris*, 31 AD2d 870.) None of these reasons for the court's conclusion, however, apply to subdivision (h) in the new statute. *Clark's* (*supra*) analysis of the language of section 47, that a statute permitting a testator to designate New York law to govern "testamentary dispositions" does not extend to applying New York law to a right to elect against a will, does not apply to the language of subdivision (h). The new statute permits the designation of New York law to govern "the disposition of his property situated in this state", a phrase which is broad enough, as a matter of plain meaning, to apply to all property passing as a result of a decedent's death.

As we have seen, the legislative history of subdivision (h) supports the conclusion that the statute was intended to permit a nonresident testator to invoke New York law with respect to his assets physically situated here, and thereby avoid the forced heirship at his domicile. Section 47 had no such history. Most importantly, in 1911, when

the sentence in question was added to section 47 (L 1911, ch 244) New York had no right of election for a surviving spouse. Such rights in personal property were not customary at that time in this country; widows generally had only dower rights in real property to which the language did not apply. (Reports of the Commission to Investigate Defects in the Laws of Estates, NY Legis Doc [1930], No. 19, p 87; see 2 Powell, Real Property, par 209.) Thus it could not be assumed that the 1911 Legislature contemplated that the language added to section 47 would operate to cut off a spouse's domiciliary rights in personality located in New York. The Bennett Commission found no legislative history concerning this 1911 amendment. The court in *Clark* (21 NY2d 478, *supra*) concluded that the language was added to section 47 to ratify cases permitting a testator to avoid the perpetuities and mortmain rules of his domicile with regard to personality placed outside it.

With regard to the underlying considerations of policy, however, the *Clark* (*supra*) interpretation of section 47 was undoubtedly essential to provide a just choice of law rule at that time. In the course of a 1966 revision of the right of election statute (which added the right to elect against testamentary substitutes) an amendment was added providing that this election was not "available" to the spouse of a non-New York domiciliary. (EPTL 5-1.1, added by L 1966, ch 952.) This amendment was then further amended, effective September 1, 1967, concurrently with the effective date of subdivision (h), to make the New York right of election "available" where the decedent's will elects to be governed by New York law. (L 1967, ch 686.) In the interval, however, any interpretation of section 47 other than the one reached by *Clark* (*supra*) would have meant that a nonresident decedent could have evaded all obligation to provide for a surviving spouse. Neither the New York law nor the domiciliary law would have applied. This loophole was closed simultaneously with the enactment of subdivision (h).

Respondent son argues that *Clark* (*supra*) represents the definitive interpretation of subdivision (h) because the Legislature has not changed the statute in the ensuing 12 years. But this argument falls with the fact that *Clark* (*supra*) necessarily represents only an interpretation of the former section 47 of the Decedent Estate Law. No amendment was necessary because section 47 was replaced by EPTL 3-5.1 for decedents dying after September 1, 1967. The court in *Clark* (21 NY2d 478, 482, *supra*) did note that section 47 had been replaced since Clark's death "by a very similar provision" citing subdivision (h), but that was clearly by way of dictum and without examination of the legislative history discussed above.

In the light of the change in the statutory language, the radically different legislative history and the different policy factors surrounding the new statute, *Clark* (*supra*) should not be extended to apply to subdivision (h) or to sustain a forced heirship claim by a descendant. (See Conn Gen Stat Ann, § 45-170, subd [c] [eff Oct. 1, 1980].) Indeed, the Court of Appeals seems to have recognized that there is a question as to whether *Clark* (*supra*) would apply to such a forced heirship claim, even if there had been no change in the statute (*Matter of Steel*, 31 NY2d 758; *Watts v Swiss Bank Corp.*, 27 NY2d 270, 279.) Choice of law rules entail the balancing of diverse policy considerations and where the Legislature has spoken, its decision should prevail. (Reese, Choice of Law: Rules or Approach, 57 Cornell L Rev 315; Leflar, Choice-Influencing Considerations in Conflicts Law, 41 NYU L Rev 267, 271.)

After *Clark* (*supra*) limited the last sentence of section 47 to testamentary dispositions, the court adverted to the general principles of choice of law as supporting its conclusion that Virginia law should apply. The court did not apply Virginia law automatically as the law of the decedent's domicile: "As between two states, the law of that one which has the predominant, if not the sole, interest in the protection and regulation of the rights of the person or persons involved should, of course, be invoked." (21 NY2d 478, 485-486, *supra*.) In *Clark* (*supra*) that State was held to be Virginia because it was the marital domicile -- where both spouses had resided -- and where the surviving spouse remained.

Thus even if subdivision (h) were not determinative here, the question is whether this decedent's intention to have New York law apply can be effectuated under the prevailing choice of law approach. Clearly, during the 30 years of the testatrix' New York residence, her son could not have had a forced heirship claim against her estate. This is not a case of the change of a matrimonial domicile involving a couple who moved their joint home to another jurisdiction; the decedent moved back to France but her son remained in California. (Cf. *Matter of Crichton*, 20 NY2d 124.) New York has a long-standing and substantial relationship with this decedent. When she moved to France, she retained her United States citizenship; she transferred her residence there but not the situs of her financial affairs.

France's contact with this estate is as the decedent's domicile at death. The traditional choice of law rule would presumably apply the law of the domicile but as the court pointed out in *Crichton* (*supra*) traditional conflict of laws rules often fail to take cognizance of the policies of

other jurisdictions, and of the interests which those jurisdictions have in the application of their laws. (*Matter of Crichton*, *supra*, p 133.) Both *Crichton* (*supra*) and *Clark* (*supra*) make it clear that the Court of Appeals has moved away from mechanical choice of law rules to a balancing approach which requires the identification of the underlying policies in the conflicting laws of the relevant jurisdictions, and the examination of the contacts of those jurisdictions to see which has a superior connection with the occurrence and thus a superior interest in having its policy or law followed. (*Neumeier v Kuehner*, 31 NY2d 121; *Tooker v Lopez*, 24 NY2d 569; *Intercontinental Planning v Daystrom, Inc.*, 24 NY2d 372.)

The conflicting policies here are New York's interest in the freedom of testamentary disposition, under which a child's claim is protected only in very limited situations not relevant here, and France's policy of narrowly circumscribing testamentary freedom in favor of descendants. Nor does the law of California, where the son resides, support forced heirship by children. Of all United States of America jurisdictions, only Louisiana follows the forced heirship policies of the civil law. One day a uniform law, or State-by-State laws, may adopt a protective rule for infant children of decedents to continue support during infancy, rather than forced heirship, after the parent's death. (See *Matter of Alexander*, 90 Misc 2d 482, 486, *affd* 63 AD2d 612.) It has been suggested that the fundamental purpose of forced heirship systems is the protection of descendants residing in those jurisdictions. (Yiannopoulos, *Wills of Movables in American International Conflicts Law: A Critique of the Domiciliary "Rule"*, 46 Cal L Rev 185.) In any event, France's interest in having its policy implemented, if any, is attenuated here by the fact that the decedent's son was a resident of California when she died, and has remained such. (Cf. *Neumeier v Kuehner*, *supra*; *Matter of Crichton*, 20 NY2d 124, *supra*.)

The factor of decedent's domicile at death need not be decisive. Apparently domicile came to be regarded as controlling because it was thought desirable to have a single law to provide unified results with regard to the distribution of a decedent's personalty wherever located. (See 2 Beale, *Conflict of Laws*, § 303.1; Cheatham and Reese, *Choice of the Applicable Law*, 52 Col L Rev 959; Goodrich and Scoles, *Conflict of Laws* [4th ed], p 326; Scoles, *Conflict of Laws and Nonbarrable Interests in Administration of Decedents' Estates*, 8 U Fla L Rev 151.) It has been suggested that domicile is diminishing as a basis for locating true governmental interests. (Leflar, *Choice-Influencing Considerations in Conflicts Law*, 41 NYU L Rev 267, 293-294; Conn Gen Stat Ann, § 45-170,

subd [c] [eff Oct. 1, 1980]; see *National Shawmut Bank of Boston v Cumming*, 325 Mass 457; *Johnson v La Grange State Bank*, 73 Ill 2d 342.)

New York has abandoned the traditional choice of law rule with respect to tort actions, which looked to the law of the place where the tort occurred, in favor of the predominant interest approach. (E.g., *Babcock v Johnson*, 12 NY2d 473; *Tooker v Lopez*, 24 NY2d 569, *supra*.) *Clark* (21 NY2d 478, *supra*) and *Crichton* (20 NY2d 124, *supra*) apply that same balancing approach rather than simply looking to the decedent's domicile. *Crichton* (*supra*) suggests that the predominant interest approach was applied in *Wyatt v Fulrath* (16 NY2d 169) where New York law was applied to sustain a survivorship interest in a joint tenancy account against forced heirship claims based on the law of the domicile. Testators with assets in more than one country are usually advised to make separate wills for each country (ABA National Institute on International Estate Planning [1980], p 14), and of course, even the traditional rule which looked to the domicile for a uniform approach to succession accepted the hegemony of the local law of the situs of real property to determine its succession. Multiple administration is almost inevitable in multinational estates, further eroding the need for a uniform rule. (See Conn Gen Stat Ann, § 45-170, subd [c] [eff Oct. 1, 1980].) Indeed, a respected commentator has suggested that the proclaimed rule which looked to the law of the domicile to govern testamentary succession to personalty was never supported by the cases in the area of international conflicts, particularly with respect to civil law forced heirship claims by the testator's descendants, where the testator's intention to have the law of the situs control was upheld by the courts. (See *Matter of Prince*, 49 Misc 2d 219; Yiannopoulos, *Wills of Movables in American International Conflicts Law: A Critique of the Domiciliary "Rule"*, 46 Cal L Rev 185, p 227.) There is a significant distinction between enforcing a foreign domiciliary law regarding a spouse's elective share, which differs only in degree from our own law, since both recognize the spouse's claim, and enforcing a descendant's forced share which runs counter to our local policy. (See Yiannopoulos, *Wills of Movables in American International Conflicts Law: A Critique of the Domiciliary "Rule"*, 46 Cal L Rev 185, 224; *Matter of Prince*, *supra*.) Nor do the needs of the international system (Restatement, Conflicts 2d, § 6, subd [2], par [a]) militate in favor of deference to the French law. France apparently applies its forced heirship law to personal property situated in that country, without regard to the fact that neither the testator nor the claiming child is domiciled there, so long as the child is a citizen of

France. (Harris, International Estate Planning, Foreigners' Estates in a United States Surrogate's Court, ABA National Institute on International Estate Planning [1980], pp 335, 362.) In this court's view the weight of the contacts with each jurisdiction must be considered. The French approach may reward a child's recent acquisition of French citizenship or residence with a windfall in the way of a forced share in the parent's estate. Our conflicts rules should not be extended to sanction such an approach, which might reward such changes made in contemplation of imminent death.

It seems to this court that the domestic policy of testamentary freedom from forced heirship claims should prevail under the circumstances of this case, in the light of the decedent's long residence in New York and respondent's nonresidence in France. The son cites no case enforcing a descendant's forced share in these circumstances and the court does not believe that this case presents sufficient cause to apply French law. (See Cheatham and Reese, Choice of the Applicable Law, 52 Columbia L Rev 959.) Accordingly, the court holds that even if subdivision (h) were not controlling the paramount interest test for choice of law established in *Matter of Clark* (21 NY2d 478, *supra*) sanctions the application of New York local law in this case.

The court would like to acknowledge the helpful contribution of Professor Perry S. Reich who is representing the son as assigned counsel without compensation (except such allowance, etc., as the court may direct if the son is ultimately successful). His zeal and the quality of his efforts herein as well as those of all counsel appearing were of significant assistance.

TESTO DELLA DISSENTING OPINION DEL CHIEF JUSTICE COOKE, COURT OF APPEALS

Chief Judge Cooke (dissenting). In my view, this court's decision in *Matter of Clark* (21 NY2d 478) is dispositive of the question whether EPTL 3-5.1 (subd [h]) permits a nondomiciliary to elect in her will to apply New York law so as to avoid the forced heirship provisions of the law of her domicile at the time of death. Inasmuch as the majority adopts the position that such an election can be made, I am compelled to dissent.

Jane Renard, the deceased, was born in France in 1899. She came to New York in 1941, became a United States citizen in 1965, and remained domiciled here until 1971, when she returned to France. In 1972, decedent executed a will at the Paris office of the New York law firm of Sullivan & Cromwell, where she had been employed

while in New York. She died a French domiciliary in 1978, survived by her adopted son Philip, a citizen of both France and the United States and who was domiciled in California.

Decedent left her Paris apartment and its furnishings to Philip. The remainder of the estate, bank and brokerage accounts in New York, went to a friend and a French charity, respondent Societe d'Entraide des Membres de la Legion d'Honneur (Societe). The will provided: "I hereby declare that I elect that this Will shall be admitted to original probate in the State of New York and shall be construed and regulated by the laws of the State of New York, and that the validity and effect thereof shall be determined by such laws." Arthur H. Dean, a member of the New York Bar, and the Bank of New York were named as executors.

The instrument was admitted to original probate in the Surrogate's Court of New York County, after which the executors petitioned for an order for distribution of decedent's New York property in accordance with New York law. Philip filed an objection, claiming his right under French law as surviving child to one half of decedent's estate. Respondents Societe and the executors resisted Philip's claim, urging that effect should be given to Jane Renard's election to apply New York law as authorized by EPTL 3-5.1 (subd [h]).(1) The Surrogate granted the application to permit distribution according to the terms of the will. The court concluded that EPTL 3-5.1 (subd [h]) permitted the election and that *Matter of Clark* (21 NY2d 478, *supra*), construing that section's predecessor to be without effect as to a widow's right of election, was distinguishable as involving different statutory language. Alternatively treating the question as one of choice of law, the Surrogate determined that New York's interest in testamentary freedom was paramount and thus its law should apply. A majority of this court adopts the former reasoning. I am unpersuaded.

In *Matter of Clark* (*id.*, at p 481), this court faced the

Nota:

(1) EPTL 3-5.1 (subd [h]) provides: "Whenever a testator, not domiciled in this state at the time of death, provides in his will that he elects to have the disposition of his property situated in this state governed by the laws of this state, the intrinsic validity, including the testator's general capacity, effect, interpretation, revocation or alteration of any such disposition is determined by the local law of this state." The terms "intrinsic validity" and "effect" are defined as follows: "Intrinsic validity" relates to the rules of substantial law by which a jurisdiction determines the legality of a testamentary disposition, including the general capacity of the testator" (EPTL 3-5.1, subd [a], par [4]); "Effect" relates to the legal consequences attributed under the law of a jurisdiction to a valid testamentary disposition" (EPTL 3-5.1, subd [a], par [5]).

question whether a nondomiciliary husband, “by selecting New York law to regulate his testamentary dispositions, [could] cut off or otherwise affect the more favorable right given his widow to elect by the law of their domicile.” The *Clark* will satisfied New York’s right of election but did not satisfy that right under the law of Virginia, the couple’s domicile. The will provided that “this Will and the testamentary dispositions in it and the trusts set up shall be construed, regulated and determined by the laws of the State of New York.” The last sentence of section 47 of the Decedent Estate Law, the predecessor to EPTL 3-5.1 (subd [h]), provided that whenever a nondomiciliary “shall have declared in his will that he elects that such testamentary dispositions shall be construed and regulated by the laws of this state, the validity and effect of such dispositions shall be determined by such laws.”

In holding that the surviving spouse could assert the Virginia right of election, then Chief Judge Fuld stated that “the language of the statute, as well as its legislative history and the policy to be served by it, clearly demonstrates that the words ‘testamentary dispositions’ and ‘the validity and effect of such dispositions’ do not encompass the right accorded a spouse to elect to take in opposition to the will.” (21 NY2d, at p 483.) The court further noted that “[unlike] the expressions of intent which constitute testamentary dispositions, the right of election, both in Virginia and New York, is statutory in nature and exists wholly outside of, and in direct contravention to, the provisions of a will [...]. [The] widow’s right of election [...] is not a ‘testamentary disposition’ whose validity and effect may be controlled by the provisions of a will under section 47 [...]. [Far] from being a testamentary disposition, is a ‘restriction on the right [of the decedent] to make [such] a [...] disposition.’” (*Id.*, at p 484.)

The explicit import of *Clark* is that section 47 had no effect on restrictions placed on a decedent’s testamentary power - “for instance, to disinherit his spouse or other members of his family”, but goes only to “discerning and carrying out the testator’s wishes and desires.” (*Id.*, at p 484.)

Particularly significant here is that court’s observation that section 47 had been replaced since the testator’s death “by a very similar provision”, EPTL 3-5.1 (subd [h]) (*id.*, at p 482). Unlike the majority, I am unwilling to avoid the impact of this observation by characterizing it as a mere dictum and am unable to discern any critical distinction between the current statute and its predecessor. The language and legislative history of EPTL 3-5.1 (subd [h]) make clear that the statutes are indistinguishable on the question presented here.

The Surrogate opined that the *Clark* analysis of section 47 was inapplicable to EPTL 3-5.1 (subd [h]) because section 47 permitted an election of New York law to govern only “testamentary dispositions” while EPTL 3-5.1 (subd [h]) permits such designation “to govern ‘the disposition of [decedent’s] property situated in this state’”, a phrase the Surrogate found “broad enough, as a matter of plain meaning, to apply to all property passing as a result of a decedent’s death.” (108 Misc 2d 31, 37.) The language relied on, however, does not define the scope of subdivision (h). EPTL 3-5.1 (subd [h]) by its terms is concerned only with testamentary dispositions. The testator’s election under subdivision (h) to have New York law govern “the disposition of his property situated in this state” relates to determining, among other things, the “intrinsic validity” and “effect” of “any such disposition”, both of which expressly concern “testamentary [dispositions]” (EPTL 3-5.1, subd [a], pars [4], [5]). Thus, nothing in the language of EPTL 3-5.1 supports the view that it is to be read more broadly than its predecessor, section 47.

Nor does the legislative history of EPTL 3-5.1, deemed controlling by the Surrogate, justify disregarding *Clark* as precedent. It is true that, but for *Clark*, portions of the Fifth Report to the Legislature of the Temporary State Commission on Modernization, Revision and Simplification of the Law of Estates (Report) (NY Legis Doc, 1966, No. 19) lend support to the construction of EPTL 3-5.1 adopted by the majority.⁽²⁾ But the Report relies on section 47 as embodying the principle that nondomiciliaries can avoid restrictions on testamentary dispositions (Report, at p 636), a conclusion expressly rejected later by the *Clark* court when it construed that section. EPTL 3-5.1 (subd [h]) merely “[re-enacted] the last sentence of DEL § 47 with changes in form keyed to the drafting pattern of the new law” (Revisers’Notes, McKinney’s Cons Laws of NY, Book 17B, EPTL 3-5.1, p 620; see, also, Rohan, Practice Commentary, McKinney’s Cons Laws of NY, Book 17B, EPTL 3-5.1, p 610 [subdivision (h) “restates, without change, the substance of the last sentence in section 47”]). It is evident then that section 47 of the Decedent Estate Law was the cornerstone for EPTL 3-

Nota:

(2) That Report noted that the term “‘effect’ involves the legal consequences that flow from an otherwise valid provision of a will, such as the effect of [...] exclusion of a surviving spouse from testamentary benefits and the like” (Report, at p 630). The Report (at p 636) also referred to *Matter of Cook* (204 Misc 704, 705, affd 283 App Div 1047), which sustained the validity of the election provision in section 47 and held that the statute “affords residents of other jurisdictions a means of escaping onerous restrictions on the testamentary disposition of property imposed by the laws of their own domiciles.

5.1. And, inasmuch as no substantive change between the two was intended by the Legislature or reflected in the statutory language, it is equally evident that the *Clark* court's construction of section 47 as having no application to rights existing "wholly outside of, and in direct contravention to, the provisions of a will" (21 NY2d, at p 484) must be reflected in the construction of EPTL 3-5.1 (subd [h]). EPTL 3-5.1, therefore, can have no greater impact on such rights than did section 47.

The majority's apparent dissatisfaction with the *Clark* holding does not justify the decision here. The *Clark* decision, with its implications for EPTL 3-5.1, has been left undisturbed since 1968 by the Legislature, despite the ready means available to that body to correct any perceived misinterpretation of its intent (see *Matter of Higby v Mahoney*, 48 NY2d 15, 18; *People v Hobson*, 39 NY2d 479, 489). As this court has noted: "Generally, once the courts have interpreted a statute any change in the rule will be left to the Legislature, particularly where the court's interpretation is a long standing one" (*Matter of Eckart*, 39 NY2d 493, 499-500). Stability in judicial pronouncements is particularly important when the nature of the question involved rules concerning the transfer of property or testamentary dispositions (*id.*, at p 500). Unless it can be shown that the result in the prior case "is clearly erroneous or disruptive of the legislative purpose" (*id.*, at p 502) any change should come from the Legislature. No such showing has been made here.

The forced heirship under French law, like the spouse's right of election, operates against the will, contravening the testator's expressed intent. Like the right of election, the forced heirship is not a testamentary disposition and

cannot be adversely affected by the testator's unilateral decision under EPTL 3-5.1 (subd [h]) to designate New York law to govern (see *Matter of Clark*, 21 NY2d 478, 484, *supra*).⁽³⁾

Effectively overruling *Matter of Clark*, the majority today drastically alters the law relating to a nondomiciliary's testamentary disposition of property located in New York. Not only may a forced heirship be avoided by a choice-of-law clause, but so may any right accorded by the law of the domicile protective of persons surviving the decedent, including any spousal right of election more favorable than that accorded by New York. No sound jurisprudential or other policy reason has been articulated for such a result. I would adhere to *Matter of Clark* and hold EPTL 3-5.1 inapplicable to a forced heirship claim. I, therefore, respectfully dissent.

.....
Nota:

(3) Equally unpersuasive is the argument that New York otherwise has a sufficient interest in protecting or regulating the rights of the nondomiciliaries before the court to justify disregarding the applicable French law. EPTL 3-5.1 (subd [b], par [2]) establishes the rule that, subject to subdivision (h), the "law of the jurisdiction in which the decedent was domiciled at death" determines the validity and effect of testamentary dispositions of personal property. Additionally, as was observed by the *Clark* court, the law to be invoked is that of the place that "has the predominant, if not the sole, interest in the protection and regulation of the rights of the person or persons involved" (21 NY2d 478, 486). A State does not obtain a sufficient interest when it is merely the place where the property is located rather than the domicile (*id.*). In this case the testatrix was domiciled in France and executed the will there. Philip, the objectant, is a French citizen, albeit domiciled in California, and the testamentary dispositions affect French beneficiaries. It seems clear that France has the only real and substantial interest in this controversy. Indeed, the only significant contact with New York is the presence of both the assets and the executors. That is not enough.

Guernsey

The Trusts (Guernsey) Law, 2007

■ Pubblichiamo qui di seguito alcune delle norme più interessanti della Trusts (Guernsey) Law 2007 con traduzione a cura di Francesco Pighi

(omissis)

Application of Guernsey law to questions of validity.

14. (1) Subject to the terms of the trust, all questions arising in relation to a Guernsey trust or any disposition of property to or upon such a trust, including (without limitation) questions as to -

- (a) the capacity of the settlor,
- (b) the validity, interpretation or effect of the trust or disposition or any variation or termination thereof,
- (c) the administration of the trust, whether it is conducted in Guernsey or elsewhere, including (without limitation) questions as to the functions, appointment and removal of trustees and enforcers,
- (d) the existence and extent of any functions in respect of the trust, including (without limitation) powers of variation, revocation and appointment, and the validity of the exercise of any such function,
- (e) the distribution of the trust property,

are to be determined according to the law of Guernsey without reference to the law of any other jurisdiction.

For these purposes “the law of Guernsey” does not include the Guernsey rules of private international law, except those set out in this section.

(2) Subsection (1) -

(a) does not validate any disposition of property which is neither owned by the settlor nor the subject of a power of disposition vested in the settlor,

(b) does not affect the recognition of the law of any other jurisdiction in determining whether the settlor is the owner of any property or the holder of any such power,

(c) is subject to any express provision to the contrary in the terms of the trust or disposition,

(d) does not, in determining the capacity of a corporation, affect the recognition of the law of its place of incorporation,

(e) does not affect the recognition of the law of any other jurisdiction prescribing the formalities for the disposition of property,

(f) subject to subsection 3, does not validate any trust or disposition of real property situate in a jurisdiction

other than Guernsey which is invalid under the law of that jurisdiction, and

(g) subject to subsection 3, does not validate any testamentary disposition which is invalid under the law of the testator’s domicile at the time of his death.

(3) No Guernsey trust, and no disposition of property to or upon such a trust, is void, voidable, liable to be set aside, invalid or subject to any implied condition, nor is the capacity of any settlor, trustee, enforcer, trust official or beneficiary to be questioned, nor is any settlor, trustee, enforcer, trust official, beneficiary or third party to be subjected to any obligation or liability or deprived of any right, claim or interest, by reason that -

(a) the laws of any other jurisdiction prohibit or do not recognise the concept of a trust, or

(b) the trust or disposition -

(i) avoids or defeats or potentially avoids or defeats rights, claims, interests, obligations or liabilities conferred or imposed by the law of any other jurisdiction on any person -

(A) by reason of a personal relationship to a settlor or any beneficiary, or

(B) by way of foreign heirship rights, or

(ii) contravenes or potentially contravenes any rule of law, judgment, order or action of any other jurisdiction intended to recognise, protect, enforce or give effect to any such rights, claims, interests, obligations or liabilities.

(4) Notwithstanding any legislation or other rule of law for the time being in force in relation to the recognition or enforcement of judgments, no judgment or order of a court of a jurisdiction outside Guernsey shall be recognised or enforced or give rise to any right, obligation or liability or raise any estoppel if and to the extent that -

(a) it is inconsistent with this Law, or

(b) the Royal Court, for the purposes of protecting the interests of the beneficiaries or in the interests of the proper administration of the trust, so orders.

(5) This section applies -

(a) whenever the trust or disposition arose or was made,

(b) notwithstanding any other provision of this Law.

(6) In relation to a Guernsey trust of personal property or any disposition of such property to or upon such a

trust, the law of Guernsey relating to légitime and the rights of a surviving spouse apply only where the settlor is domiciled there at the time of his death.

Applicazione della legge di Guernsey alle questioni di validità.

14. (1) Salvo quanto previsto dalle disposizioni del trust, tutte le questioni che insorgano in relazione ad un trust di Guernsey ovvero ad ogni atto di disposizione dei beni in trust di tale trust o per conto di tale trust, comprese (senza limitazioni) le questioni relative a –

(a) la capacità del disponente,

(b) la validità, la interpretazione o gli effetti del trust o di un atto di disposizione o di ogni loro variazione,

(c) la gestione del trust, sia che essa sia condotta in Guernsey che altrove, ivi comprese le questioni relative alle prerogative, alla nomina ed alla rimozione dei trustee e degli *Enforcer*,

(d) l'esistenza ed i limiti di ogni prerogativa relativa al trust, compreso (senza limitazioni) i poteri di modifica, revoca e nomina, nonché la validità dell'esercizio di ciascuna di tali prerogative, devono essere determinate secondo la legge di Guernsey, restando escluso il riferimento alla legge di qualsiasi altro Stato.

In questo paragrafo il riferimento alla "legge di Guernsey" non ricomprende le ulteriori norme di diritto internazionale privato di Guernsey.

(2) Il paragrafo (1) –

(a) non sana gli atti di disposizione di beni che non sono posseduti dal disponente o non sono soggetti ad un potere di disposizione di cui il disponente sia investito,

(b) non impedisce la ricognizione della legge di un altro Stato per determinare se il disponente sia il proprietario di taluni beni od il detentore di un tale potere,

(c) è validamente derogabile da espresse disposizioni contenute nelle disposizioni del trust o nell'atto di disposizione,

(d) non impedisce, per quanto attiene la disciplina delle capacità di una società, la ricognizione della legge dello Stato della sua costituzione,

(e) non impedisce la ricognizione della legge di qualsiasi altro Stato che prescriva (senza far riferimento alla esistenza del trust od alle sue disposizioni del trust) l'assolvimento di determinate formalità per poter disporre dei beni,

(f) non convalida un qualsiasi trust o gli atti di disposizione di beni immobili situati in un Paese diverso da Guernsey e che siano invalidi secondo la legge di tale Stato, e

(g) non convalida una disposizione testamentaria che non sia valida secondo la legge dello Stato di ultima residenza del *de cuius*.

(3) Nessun trust di Guernsey e nessun atto di disposi-

zione di beni a favore o da parte di tale trust, possono essere dichiarati nulli, annullabili, passibili di revoca, invalidi o soggetti a qualsiasi condizione implicita, e neppure potranno essere messe in discussione la capacità di un qualsiasi disponente, trustee, *Enforcer*, soggetto del trust, beneficiario o soggetto terzo di essere soggetto ad un qualsiasi obbligo o responsabilità ovvero privato di un qualsiasi diritto, pretesa o posizione giuridica, per il solo fatto che –

(a) le leggi di un qualsiasi altro Stato proibiscono o non conoscono l'istituto del trust, oppure

(b) il trust o l'atto di disposizione –

(i) contrastino o violino, in modo attuale o potenziale, i diritti, le pretese, le posizioni giuridiche e le responsabilità riconosciute od imposte dalla legge di un qualsiasi altro Stato ad un qualsiasi soggetto –

(A) in virtù del suo rapporto di parentela con un disponente od un qualsiasi beneficiario, oppure

(B) in forza di un diritto a succedere riconosciuto da un altro ordinamento, oppure

(ii) contravviene, in modo attuale o potenziale, una qualsiasi norma di legge ovvero una qualsiasi sentenza giudiziaria od amministrativa, provvedimento od azione di qualsiasi altro Stato volto a riconoscere, proteggere, azionare o dare efficacia a taluno di tali diritti, pretese, posizioni giuridiche e responsabilità, sia cercando di invalidare il trust o l'atto di disposizione che imponendo su di un disponente, un trustee, un *Enforcer*, un beneficiario od un soggetto terzo un qualsiasi obbligo, responsabilità o diversamente.

(4) A prescindere da qualsiasi legge relativa al riconoscimento ed alla esecuzione delle sentenze che potrà in quel momento essere in vigore, nessuna sentenza o provvedimento di una corte di uno Stato al di fuori di Guernsey potranno essere riconosciuti, eseguiti o comportare l'insorgenza di un qualsiasi diritto, obbligo e responsabilità ovvero permettere una qualsiasi eccezione, se e nei limiti in cui –

(a) ciò sia incompatibile con quanto previsto da questa Legge, oppure

(b) la Royal Court, al fine di proteggere le posizioni giuridiche dei beneficiari od al fine di assicurare una corretta gestione del trust, così disponga.

(5) Le disposizioni di questo articolo si applicano

(a) non appena il trust o l'atto di disposizione vengano in esistenza o siano compiuti;

(b) a prescindere da qualsiasi altra disposizione di questa Legge.

(6) La legge di Guernsey sulla riserva di legittima e sui diritti del coniuge sopravvissuto si applicano, in relazione ad un trust di Guernsey ed a qualsiasi atto di disposizione di beni a favore o relativamente a tale trust, solo se il disponente è quivi domiciliato.

(omissis)

Duration of trust, etc.

16. (1) Subject to the terms of the trust and subsection (2) -

(a) there is no limit on the period for which a trust may continue to be valid and enforceable, and

(b) for the avoidance of doubt, no rule against perpetuities or remoteness of vesting or any analogous rule applies to a trust or to any advancement, appointment, payment or application of property from a trust.

(2) A trust created before the commencement of this Law shall terminate on the expiration of 100 years from the date of its creation, unless -

(a) it is a trust for charitable purpose, or

(b) it is terminated sooner.

(3) Except where the terms of a trust expressly provide to the contrary, no advancement, appointment, payment or application of income or capital from the trust to another trust is invalidated solely by reason of that other trust continuing to be valid and enforceable beyond the date on which the first trust must terminate.

Durata del trust, eccetera.

16. (1) Salvo quanto previsto dalle disposizioni del trust e dal paragrafo (2) -

(a) non vi è alcun limite al periodo di tempo per il quale un trust può continuare ad essere valido ed azionabile, e

(b) al fine di evitare dubbi, nessuna norma contro la perpetuità o la tardività dell'attribuzione o qualsiasi altra norma simile si applica ad un trust od ad una qualsiasi anticipazione, assegnazione, pagamento od impiego di beni provenienti da un trust.

(2) Un trust istituito prima della entrata in vigore della presente Legge cesserà la propria validità una volta che siano trascorsi 100 anni dalla sua istituzione, sempre che -

(a) esso non sia un trust per scopi caritatevoli, oppure

(b) esso non sia cessato anticipatamente.

(3) Tranne che nei casi in cui le disposizioni di un trust espressamente lo escludano, una qualsiasi anticipazione, assegnazione, pagamento od impiego di beni provenienti da un trust ad un altro trust non sono invalidi per il solo fatto che il secondo trust resti in vigore oltre la data entro la quale il primo trust deve terminare.

(omissis)

Duty to give information.

26. (1) A trustee shall, at all reasonable times, at the written request of -

(a) any enforcer, or

(b) subject to the terms of the trust -

(i) any beneficiary (including any charity named in the trust),

(ii) the settlor, or

(iii) any trust official,

provide full and accurate information as to the state and amount of the trust property.

(2) Where the terms of the trust prohibit or restrict the provision of any information described in subsection (1), a trustee, beneficiary, trust official or settlor may apply to the Royal Court for an order authorising or requiring the provision of the information.

(3) The person applying to the Royal Court for an order under subsection (2) must show that the provision of the information is necessary or expedient -

(a) for the proper disposal of any matter before the court,

(b) for the protection of the interests of any beneficiary, or

(c) for the proper administration or enforcement of the trust.

(4) In its application to a trust arising from a document or disposition executed or taking effect before the 18th April, 1989(1), subsection (1) only operates for the benefit of a beneficiary whose interest in the trust property became vested before that date, but this subsection does not prejudice any rights that the beneficiary may have under the terms of the trust.

Dovere di fornire informazioni.

26. (1) Un trustee deve fornire complete ed accurate informazioni riguardanti lo stato e la consistenza dei beni in trust, ogni qualvolta che di ciò sia ragionevolmente richiesto per iscritto -

(a) da un qualsiasi *Enforcer*, oppure

(b) salvo quanto previsto dalle disposizioni del trust -

(i) da un qualsiasi beneficiario (ivi comprese le opere pie indicate nell'atto istitutivo),

(ii) il disponente, oppure

(iii) un qualsiasi soggetto del trust.

(2) Quando le disposizioni del trust vietino o limitino la rivelazione di alcune delle informazioni indicate nel paragrafo (1), i trustee, i beneficiari, i soggetti del trust od il disponente possono adire la Royal Court per la emissione di un provvedimento che autorizzi od imponga la rivelazione delle informazioni [richieste].

(3) Il soggetto che adisca la Royal Court per la emissione di un provvedimento ai sensi del paragrafo (2) deve dimostrare che la rivelazione delle informazioni [richieste] è necessaria od opportuna -

Nota:

(1) The 18th April, 1989 was the date of commencement of the Trusts (Guernsey) Law, 1989.

(a) per la corretta proposizione di un caso innanzi alla corte,

(b) per la tutela degli interessi di un qualsiasi beneficiario, oppure

(c) al fine di assicurare una corretta gestione od esecuzione del trust.

(4) Quando riferita ad un trust che sia stato costituito con un atto od un atto di disposizione posti in essere o che hanno spiegato la loro efficacia prima del 18 Aprile 1989, il paragrafo (1) si applica solo a vantaggio di quei beneficiari la cui posizione giuridica sui beni in trust sia divenuta esigibile prima di tale data. Le disposizioni di questo paragrafo non pregiudicano tuttavia i diritti che i beneficiari possano vantare in base alle disposizioni del trust.

(omissis)

Non-disclosure of deliberations or letters of wishes.

38. (1) A trustee is not, subject to the terms of the trust and to any order of the Royal Court, obliged to disclose -

(a) documents which reveal -

(i) his deliberations as to how he should exercise his functions as trustee,

(ii) the reasons for any decision made in the exercise of those functions,

(iii) any material upon which such a decision was or might have been based,

(b) any letter of wishes.

(2) A "letter of wishes" is a letter or other document intimating how the settlor or beneficiary wishes the trustees to exercise any of their functions.

(3) The person applying to the Royal Court for an order under this section for the disclosure of any document must show that the disclosure is necessary or expedient -

(a) for the proper disposal of any matter before the court,

(b) for the protection of the interests of any beneficiary, or

(c) for the proper administration or enforcement of the trust.

Non rivelazione delle decisioni o delle lettere di desiderio.

38. (1) Salvo quanto previsto dalle disposizioni del trust e salvo quanto disposto da un provvedimento della Royal Court, un trustee non può essere obbligato ad esibire -

(a) un documento che possa rivelare -

(i) le proprie decisioni per quanto attiene alle modalità con cui esso intenda esercitare le sue prerogative come trustee,

(ii) le motivazioni che lo hanno indotto allo specifico esercizio di tali prerogative,

(iii) i dati su cui tale motivazione si è fondata o potrebbe essersi fondata,

(b) una qualsiasi lettera di desiderio.

(2) Una "lettera di desiderio" è una lettera od un altro documento che rivelino come il disponente od un beneficiario vorrebbero che il trustee esercitasse talune sue prerogative.

(3) Il soggetto che adisca la Royal Court per un provvedimento che imponga, ai sensi di questo articolo, la esibizione di un documento deve dimostrare che tale esibizione è necessaria od opportuna -

(a) per la corretta proposizione di un caso innanzi alla corte,

(b) per la tutela degli interessi di un qualsiasi beneficiario, oppure

(c) al fine di assicurare una corretta gestione od esecuzione del trust.

(omissis)

Position of outgoing trustees.

43. (1) When a trustee resigns or is removed -

(a) he shall, subject to paragraph (b), duly surrender all trust property held by or vested in him or otherwise under his control, and

(b) he may require that he be provided with reasonable security for liabilities (existing, future, contingent or otherwise) before surrendering the trust property.

(2) Where the security to be given for the purposes of subsection (1)(b) is to be given by way of indemnity against the trust property, the indemnity shall not, except with leave of the Royal Court or with the consent of all beneficiaries, be greater than that to which the trustee would have been entitled had he remained a trustee.

(3) A trustee who complies with subsection (1)(a) is relieved of liability to any beneficiary, trustee or other person interested under the trust for any act or omission in relation to the trust property or to his functions as a trustee.

However, a trustee is not by reason only of such compliance relieved of any liability -

(a) arising from a breach of trust to which he (or, in the case of a corporate trustee, any of its officers or employees) was a party or was privy,

(b) in respect of an action to recover from him (or, in the case of a corporate trustee, any of its officers or employees) trust property or the proceeds thereof in his possession.

(4) An indemnity given in writing by a trustee or beneficiary and expressed to be in favour of a trustee who has previously resigned or been removed from office (a "previ-

ous trustee”) is, subject to its terms, enforceable by the previous trustee against the indemnifying party notwithstanding that the previous trustee is not a party to or signatory of the indemnity.

Posizione dei trustee uscenti.

43. (1) Quando un trustee si dimetta o sia rimosso dall'ufficio –

(a) deve, salvo quanto previsto dal comma (b), opportunamente riconsegnare tutti i beni in trust da esso detenuti, attribuiti ad esso o in altro modo sotto il suo controllo, e

(b) può richiedere che gli siano prestate idonee garanzie per i debiti (presenti, futuri, sottoposti a condizione o comunque sorti) prima della riconsegna dei beni in trust.

(2) Quando le garanzie che devono essere rilasciate ai sensi dell'articolo (1)(b) sono nella forma di una manleva garantita dai beni in trust, la manleva non può, tranne nei casi in cui vi sia l'autorizzazione della Royal Court od il consenso di tutti i beneficiari, essere più estesa di quella che il trustee avrebbe potuto utilizzare se esso fosse rimasto in carica nel suo ufficio.

(3) Un trustee che si sia conformato a quanto previsto dall'articolo (1)(a) è esonerato da responsabilità nei confronti di qualsiasi beneficiario, trustee o soggetto che vanti una posizione giuridica nascente dal trust per qualsiasi azione od omissione relativa ai beni in trust od alle sue prerogative come trustee, ad eccezione delle responsabilità –

(a) che derivino da una violazione del trust di cui tale trustee (o nel caso di società trustee, di cui uno qualsiasi dei suoi dirigenti o dipendenti) sia stato parte o di cui fosse a conoscenza,

(b) che afferiscano ai procedimenti volti a recuperare dal trustee (o, nel caso di società trustee, da uno qualsiasi dei suoi dirigenti o dipendenti) i beni in trust o le utilità derivate da tali beni in trust che siano nella sua disponibilità.

(4) Una manleva rilasciata per iscritto da un trustee o da un beneficiario a favore di un trustee che in precedenza si sia dimesso o sia stato rimosso dall'ufficio (il “trustee precedente”) è, salvo quanto stabilito nelle sue disposizioni, azionabile dal trustee precedente nei confronti del soggetto che ha prestato la manleva anche se esso trustee precedente non è stato parte del contratto di manleva o non lo ha sottoscritto.

Trustees'lien.

44. (1) For the purpose of securing a trustee's right to pay from the trust property, and to be reimbursed from the trust property for, all expenses and liabilities properly incurred in connection with the trust, a trustee is entitled

to a nonpossessory lien over the trust property in respect of all such expenses and liabilities (existing, future, contingent or otherwise).

(2) The lien –

(a) continues after the trustee ceases to be a trustee and has duly surrendered all trust property in accordance with section 43, and

(b) is without prejudice to any indemnity or other security to which the trustee is entitled.

(3) The lien attaches to any trust property, except to the extent that –

(a) the lien is expressly waived or released, or

(b) the property –

(i) is no longer identifiable,

(ii) is in the hands of a bona fide purchaser for value or a person (other than the trustees) who derived title through such a purchaser, or

(iii) comprises real property.

(4) Subject to subsection (3), in this section “trust property” includes property that has ceased to be held on trust by reason of distribution from the trust (including a distribution on termination of the trust) or otherwise and property into which trust property has been converted.

(5) The lien granted under subsection (1) is the right of the trustee, where he is not exonerated or reimbursed from the trust property, to follow, recover and appropriate the trust property for the purpose of realisation, payment and reimbursement.

Privilegio del trustee.

44. (1) Al fine di assicurare il diritto del trustee di poter dedurre dai beni in trust, e di poter rimborsare dai beni in trust, tutte le spese ed i debiti ragionevolmente affrontati per il trust, il trustee vanta un privilegio non possessorio per quanto attiene a tali spese e debiti (a prescindere dal fatto che essi siano esistenti, futuri, sottoposti a condizione o diversamente).

(2) Il privilegio –

(a) rimane valido anche dopo che il trustee abbia cessato il proprio ufficio ed abbia consegnato tutti i beni in trust in conformità a quanto previsto dall'articolo 43, e

(b) non pregiudica una qualsiasi manleva rilasciata a favore del trustee.

(3) Il privilegio grava sui singoli beni in trust, tranne nei casi in cui –

(a) il privilegio sia espressamente rinunciato od affrancato, oppure

(b) quei beni in trust –

(i) non siano più identificabili,

(ii) siano nella disponibilità di un acquirente a titolo oneroso in buona fede oppure di un soggetto (diverso dal trustee) avente causa da tale acquirente, oppure

(iii) siano costituiti da beni immobili.

(4) Salvo quanto previsto dal paragrafo (3), nel contesto di questo articolo il concetto di “beni in trust” comprende i beni che non siano più detenuti in trust a seguito di una distribuzione dal trust o per altre ragioni ed i beni in cui i beni in trust siano stati trasformati.

(5) Il privilegio riconosciuto dal paragrafo (1) è il diritto del trustee, quando egli non sia estromesso o rimborsato dai beni in trust, di individuare, recuperare ed appropriarsi dei beni in trust ai fini della vendita, pagamento e rimborso.

(omissis)

Judgment against trustee to be binding on beneficiaries.

62. (1) Any order, judgment or finding of law or fact of the Royal Court in an action against a trustee founded on breach of trust is binding on all beneficiaries of the trust, whether or not yet ascertained or in existence, and whether or not minors or persons under legal disability.

(2) Subsection (1) applies in respect of a beneficiary only if -

(a) he was represented in the proceedings (whether personally, or by his guardian, or as the member of a class, or otherwise), or

(b) if not so represented, he had notice of the proceedings and a reasonable opportunity of being heard.

(3) This section is without prejudice to the powers of the Royal Court in respect of representative proceedings and class actions.

Vincolatività nei confronti dei beneficiari delle sentenze rese nei confronti dei trustee.

62. (1) Qualsiasi provvedimento, sentenza ovvero accertamento in fatto od in diritto della Royal Court in un procedimento contro un trustee avente ad oggetto la sua violazione del trust è vincolante su tutti i beneficiari del trust, per quanto essi non siano ancora stati individuati od in esistenza, ed a prescindere dal fatto che essi possano essere minori od incapaci di agire.

(2) Il paragrafo (1) si applica nei confronti di un beneficiario solo se -

(a) esso si era costituito nel giudizio (tanto in proprio quanto tramite il suo tutore, come membro di una classe [di beneficiari] ovvero in altro modo), oppure

(b) se non costituito [in giudizio], se esso è stato notiziato del procedimento ed ha avuto una ragionevole opportunità di essere ascoltato.

(3) Questo articolo non pregiudica le prerogative della Royal Court per quanto attiene alle azioni collettive (“representative proceedings”) ed alle *class actions*.

Settlement of action against trustee by alternative dispute resolution to be binding on beneficiaries.

63. (1) Where -

(a) the terms of a trust direct or authorise, or the Court so orders, that any claim against a trustee founded on breach of trust may be referred to alternative dispute resolution (“ADR”),

(b) such a claim arises and, in accordance with the terms of the trust or the Court’s order, is referred to ADR, and

(c) the ADR results in a settlement of the claim which is recorded in a document signed by or on behalf of all parties, the settlement is binding on all beneficiaries of the trust, whether or not yet ascertained or in existence, and whether or not minors or persons under legal disability.

(2) Subsection (1) applies in respect of a beneficiary only if -

(a) he was represented in the ADR proceedings (whether personally, or by his guardian, or as the member of a class, or otherwise), or

(b) if not so represented, he had notice of the ADR proceedings and a reasonable opportunity of being heard, and only if, in the case of a beneficiary who is not yet ascertained or in existence, or who is a minor or person under legal disability, the person conducting the ADR proceedings certifies that he was independently represented by a person appointed for the purpose by a court of law.

“Notice” in paragraph (b) means 14 days’ notice or such other period as the person conducting the ADR proceedings may direct.

(3) A person who represents a beneficiary in the ADR proceedings for the purposes of subsection (2)(a) is under a duty of care to the beneficiary.

(4) For the avoidance of doubt, the ADR proceedings need not be conducted in Guernsey or in accordance with the procedural law of Guernsey.

(5) In this section -

“ADR” includes conciliation, mediation, early neutral evaluation, adjudication, expert determination and arbitration, and “proceedings” includes oral and written proceedings.

Vincolatività nei confronti dei beneficiari dei procedimenti contro i trustee definiti con mediazione od arbitrato.

63. (1) Nei casi in cui -

(a) le disposizioni del trust impongano o permettano, o la Corte così disponga, che ogni controversia tra il trustee ed un beneficiario o che diversamente abbia ad oggetto il trust od i beni in trust, può essere deferita a mediazione o ad arbitrato,

(b) una simile controversia insorga e, in conformità a

quanto previsto dalle disposizioni del trust o del provvedimento della Corte, essa sia deferita a mediazione o ad arbitrato, e

(c) la mediazione o l'arbitrato vengano definiti con una transazione formata per iscritto in un documento sottoscritto da tutte le parti o per loro conto, la transazione è vincolante su tutti i beneficiari del trust, per quanto essi non siano ancora stati individuati od in esistenza, ed a prescindere dal fatto che essi possano essere minori od incapaci di agire.

(2) Il paragrafo (1) si applica nei confronti dei un beneficiario solo se –

(a) esso era costituito nel procedimento di mediazione o di arbitrato (tanto in proprio quanto tramite il suo tutore, come membro di una classe [di beneficiari] ovvero in altro modo), oppure

(b) se non costituito [nel procedimento di mediazione o di arbitrato], se esso è stato notiziato del procedimento ed ha avuto una ragionevole opportunità di essere ascoltato, e solo se, nel caso in cui il beneficiario che non sia ancora stato nominato od in vita, ovvero che sia minore o soggetto senza la capacità di agire, se il mediatore o l'arbitro certifichino che esso è stato rappresentato da un soggetto indipendente.

(3) Al fine di evitare dubbi [si specifica che] la mediazione o l'arbitrato non devono essere necessariamente condotti in Guernsey od in conformità con la procedura prevista dalla legge di Guernsey.

(omissis)

Payment of costs.

71. The Royal Court may order the costs and expenses of and incidental to an application to the court under this Law to be paid from the trust property or in such manner and by such persons as the court thinks fit.

Pagamento delle spese.

71. La Royal Court può ordinare che le spese ed i costi derivanti o connessi ad una domanda a lei rivolta ai sensi di questa Legge siano pagati con i beni in trust, oppure secondo quelle modalità e da quei soggetti che essa riterrà opportuno.

(omissis)

Repeals and transitional provisions.

83. [...]

(3) For the avoidance of doubt, a director or former director of a corporate trustee shall not, after the date of commencement of this Law, be under any duty, obligation

or liability as guarantor by virtue of section 70 of the Trusts (Guernsey) Law, 1989 except by virtue of any proceedings instituted prior to that date against the trustee in respect of a breach of trust committed by the trustee.

[...]

Abrogazioni e disposizioni transitorie.

83. [...]

(3) Al fine di evitare dubbi [si specifica che] un amministratore od un ex amministratore di una società trustee non sarà più tenuto, dopo la entrata in vigore della presente legge, ad alcun dovere, obbligo o responsabilità quale garante ai sensi dell'articolo 70 della [abrogata] Trusts (Guernsey) Law 1989 tranne che nel caso in cui al momento di tale entrata in vigore non sia già stata avviata un'azione legale avente ad oggetto una violazione del trust compiuta dal trustee.

[...]

(omissis)

Italia

Autoveicoli in trust e iscrizione al P.R.A.

■ Automobile Club d'Italia, Direzione Centrale Servizi Delegati (DSD), Ufficio Normativa e Contratti, Circolare 10 febbraio 2009 – Oggetto: Trust. Trascrizione al PRA

Il "Trust" è uno dei più importanti istituti del sistema giuridico anglosassone di "common law" e serve a regolare una molteplicità di rapporti giuridici, in particolare in materia di successioni, pensionistica, diritto societario e fiscale. Si tratta di uno strumento giuridico che registra una crescita esponenziale di interesse a vari livelli.

L'istituto trova legittimazione nell'ordinamento giuridico italiano a seguito dell'adesione dell'Italia alla Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985, resa esecutiva ed in vigore dal 1° gennaio 1992 ai sensi della Legge n. 364 del 16.10.1989.

Inoltre, l'istituto è stato preso in considerazione dalla legge finanziaria 2007 (art. 1, commi 74-76) e dalla circolare dell'Agenzia delle Entrate del 6 agosto 2007 n. 48/E(1), quest'ultima al solo fine di regolamentarne gli aspetti fiscali e tributari.

Attualmente, sono numerose le sentenze di tribunali di vario grado che riconoscono gli effetti del trust con particolare riguardo a quello c.d. interno, intendendosi per tale il trust che presenta, quale unico elemento di estraneità rispetto all'ordinamento italiano, la legge regolatrice che deve essere necessariamente straniera (generalmente inglese), stante la mancanza nell'ordinamento italiano di norme specifiche in materia.

CARATTERISTICHE DEL TRUST

Il trust è un particolare negozio giuridico fondato sul rapporto di fiducia tra il disponente o costituente (*settlor*) e il fiduciario (*trustee*). Il disponente trasferisce, per atto *inter vivos* o *mortis causa*, taluni beni o diritti a favore del trustee, il quale li amministra, con i diritti e i poteri di un vero e proprio proprietario, nell'interesse del beneficiario o per uno scopo prestabilito.

L'effetto principale dell'istituzione di un trust è la segregazione patrimoniale, in virtù della quale i beni conferiti nel trust costituiscono un patrimonio separato rispetto al patrimonio del trustee, con l'effetto che non possono essere escussi dai creditori del trustee, del disponente o del beneficiario.

Il trustee acquista, in seguito all'atto di dotazione del settlor, la titolarità del bene solo in tale sua qualità: ciò

comporta che egli subisce i limiti imposti dal *settlor* per il perseguimento dello scopo del trust, limiti che si manifestano nella destinazione dell'utilizzo del bene, dei proventi e dei frutti (o dei redditi comunque attinenti direttamente al bene) a favore dei soggetti beneficiari.

L'art. 2 della Convenzione dell'Aja del 1985 prevede come elementi essenziali del trust:

- i beni vincolati nel trust sono una massa distinta e non sono parte del patrimonio del trustee;
- i beni vincolati nel trust sono intestati al trustee o ad altro soggetto per conto del trustee;
- il trustee è tenuto ad amministrare, gestire e disporre dei beni in trust secondo indicazioni dettate nell'atto istitutivo del trust e nel rispetto della legge. Il trustee deve rendere conto della gestione.

La convenzione si applica solo ai trust la cui istituzione sia approvata per iscritto nelle consuete forme previste dal codice civile ai sensi dell'art. 2657 c.c.

FORMALITÀ PRA

Ciò premesso, è possibile trascrivere al PRA l'atto istitutivo del trust nel quale il disponente (*settlor*) preveda, tra i beni, anche dei veicoli.

Il trustee agisce in relazione ad un bene proprio ancorché segregato nel suo patrimonio e la pubblicità che egli richiede ha due funzioni: proteggere i beneficiari o raggiungere il perseguimento dello scopo prefissato dal *settlor*.

Il trustee è obbligato a tenere i beni del trust separati dai propri. In particolare, tutte le volte che si tratti di beni o diritti iscritti o iscrivibili in registri pubblici o privati, il trustee è tenuto a richiederne l'iscrizione/intestazione.

Per quanto attiene al PRA, sarà necessario anteporre il termine "trustee" al nominativo, se persona fisica, o alla denominazione, se persona giuridica, del trustee cui il veicolo viene intestato. A tali intestatari saranno attribuite,

Nota:

(1) Il testo della Circolare può leggersi in questa Rivista, 2007, 630, con commento di M. Lupoi, L'Agenzia delle Entrate e i principi sulla fiscalità dei trust, ivi, 497.

come di consueto, tutte le responsabilità comprese quelle relative alla tassa automobilistica.

Si fa presente che l'atto istitutivo del trust non potrà essere autenticato ex art. 7 L. 248/06, atteso che non si tratta di un semplice atto di alienazione. Mentre i successivi atti di disposizione dei veicoli da parte del trustee, quale intestatario al PRA, potranno essere autenticati ai sensi dell'art. 7 L. 248/06.

La formalità potrà consistere in una prima iscrizione di veicolo nuovo a favore del soggetto indicato come trustee, qualora il *settlor* abbia previsto nell'atto istitutivo del trust che il capitale venga impiegato proprio per realizzare compravendite di veicoli. Oppure nel patrimonio destinato al trust potrebbero essere compresi dei veicoli usati ed, in tal caso, dovranno essere trascritti al PRA i relativi trasferimenti di proprietà, assolvendo gli importi relativi ad IPT, emolumenti e imposta di bollo.

Si ritiene, inoltre, che non debba considerarsi elemento ostativo alla trascrizione del trust la sussistenza sul veicolo di gravami, quali ad esempio vincoli ipotecari, sequestri, pignoramenti o altri provvedimenti giudiziari e amministrativi.

Non potranno essere trascritti al PRA i provvedimenti cd. "in odio alla parte" nei confronti del disponente - precedente intestatario, qualora il rapporto giuridico alla base dei suddetti provvedimenti sia sorto in data successiva alla costituzione del trust.

Non è ammissibile l'intestazione a favore di un trustee che non abbia la residenza in Italia, così come stabilito dal Codice della Strada e dalla legge che regola il PRA.

Se è prevista una scadenza, questa va inserita nel campo "altri dati".

In attesa delle modifiche alle procedure STA da concordare con il Dipartimento Trasporti, le formalità dovranno essere gestite in modalità Copernico. Pertanto, è di fondamentale importanza che le istruzioni sopra descritte vengano rispettate, sia per la corretta intestazione del veicolo, che per la corrispondente dicitura sul CdP, sulle visure e sulle certificazioni rilasciate.

La trascrizione di un atto di trust che preveda, tra i beni, veicoli che necessitano di un titolo autorizzativo oppure di collaudo o un certificato di approvazione, non può avvenire a favore di trustee che non possiedano i requisiti idonei per ottenere l'autorizzazione a circolare. In questo caso, si deve costituire un usufrutto a favore di soggetti che sono autorizzati ad utilizzare professionalmente i veicoli (cfr. art. 93 CdS).

Le formalità richieste dal trustee, sia in fase di prima iscrizione che sui veicoli già iscritti al PRA, verranno trascritte con le consuete modalità.

Nel ringraziare per la collaborazione, si coglie l'occasione per inviare i migliori saluti.

IL DIRETTORE CENTRALE
Vincenzo Pensa

Un trust “condiviso”

di **Giuseppe Gallizia**

Un trust con finalità successorie è essenzialmente uno strumento in favore di qualcuno, in particolare dei discendenti del disponente. Pertanto, sovente è bene che i discendenti/beneficiari siano a conoscenza, condividano e partecipino alle decisioni del genitore, eventualmente anche vedendo riservata loro la possibilità di “prenotare” parte dei beni vincolati in trust.

■ La fattispecie

Tizio, pensando alla propria successione nell'esclusivo interesse dei propri figli, vorrebbe far sì che una parte del proprio patrimonio, costituita da partecipazioni di controllo in due s.p.a. e da una notevole collezione di quadri, rimanga indivisa e unitariamente amministrata anche dopo la propria morte.

Conoscendo i propri figli, si rende, infatti, conto che dalla divisione del patrimonio non potranno che derivare, almeno nel breve periodo, risultati negativi in termini di mantenimento del valore dello stesso.

I beni aziendali, infatti, richiedono scelte unitarie, condivise e professionalmente meditate, in sostanza una gestione unitaria, considerata anche la situazione contingente che vede una delle due società nel corso di una operazione di ristrutturazione del patrimonio. Per non parlare, poi, della collezione di quadri, frutto di una vita di ricerca, al cui frazionamento viene associato dagli esperti un deprezzamento notevole.

Tuttavia poiché detto “vincolo” finirebbe per interessare la parte maggiore del patrimonio, Tizio sente la necessità di rendere partecipi del progetto anche i figli suddetti, i quali, preso atto che ciò avrebbe sottratto alla loro materiale disponibilità (e per un lungo periodo) una quota considerevole della futura eredità (pur a fronte di una maggiore efficienza e redditività) “chiedono in cambio” che a ciascuno di loro sia riconosciuto il diritto di chiedere/ottenere, durante la vigenza di detto vincolo, la “disponibilità” di alcuno dei beni interessati.

■ Il trust

Tizio si convince che il vincolo non può trovare esito che nella istituzione di un trust, giudica anche ragionevoli le istanze dei propri figli, ma si domanda:

- 1) la validità/efficienza di una clausola che desse attuazione, in tutto o in parte, alle loro richieste;
- 2) se la stessa sia in grado di escludere o dissuadere dall'azione di riduzione.

Domande rivolte prima al commercialista poi, di rinvio, a me notaio; entrambi, con le motivazioni e nei termini che seguono, riteniamo di poter dar corso al progetto.

Tizio, confortato, “mette a parte” i figli delle proprie determinazioni, istituisce il trust in oggetto mediante atto pubblico, indi muore.

La richiesta dei figli trova accoglimento nell'art. 7 del trust medesimo laddove, introducendo il concetto di “beni prenotati/anticipati”, testualmente si dice:

“C. Per “Beni Prenotati/anticipati” si intendono i Beni in trust che il Trustee, richiestone da un Beneficiario Attuale e avendo ottenuto il consenso del Garante,

1. individua all'interno del Fondo in trust
2. e attribuisce alla Quota di un Beneficiario Attuale, sotto la condizione risolutiva che, al termine finale della Durata del Trust o in qualsiasi momento anteriore, le spettanze di tale Beneficiario si rivelino inferiori al valore dei beni così individuati.

D. Sopraggiunto il termine finale della Durata del Trust, il Fondo in trust

1. è suddiviso, tenendo conto delle anticipazioni che il Trustee abbia effettuato e del regime dei Beni Prenotati [omissis]”.

Questa clausola contiene due diverse fattispecie che di seguito chiameremo:

Giuseppe Gallizia - Notaio in Sant'Angelo Lodigiano.

Il testo riproduce la relazione, con modificazioni, presentata al Quarto Congresso Nazionale dell'Associazione “Il trust in Italia”, svoltosi in Milano il 16-18 ottobre 2008.

Gli atti del Congresso sono in corso di pubblicazione nel volume “I professionisti e il Trust - Atti del IV Congresso Nazionale dell'Associazione ‘Il trust in Italia’”, Trusts, Quaderni, n. 10, Milano, 2009.

L'atto istitutivo del trust in commento può leggersi in questa Rivista, 2009, 85.

- 1) “dei beni prenotati”;
- 2) “dei beni anticipati”;

per spiegare le quali si farà uso dei seguenti termini:

- beni prenotati/affidati: si intendono comunque beni inizialmente in trust;
- quota di diritto: ciò che spetta al beneficiario alla fine del trust;
- quota di fatto: ciò che viene attribuito al beneficiario nel corso del trust;
- imputazione: operazione contabile (algebrica) di sottrazione della quota di fatto dalla quota di diritto;
- beneficiario “prenotato”: colui, fra i beneficiari, che abbia ottenuto la prenotazione di un bene in trust;
- beneficiario “anticipato”: colui, fra i beneficiari, che abbia ottenuto, a titolo di anticipo sulla futura assegnazione, la proprietà (o altro diritto reale) di un bene in trust.

■ Beni prenotati

Ciascuno dei beneficiari ha il diritto di domandare al trustee la “prenotazione” di un bene determinato fra quelli in trust, dove per “prenotazione” si deve intendere che un bene determinato viene messo nella “disponibilità individuale” di uno dei beneficiari, con la conseguenza che il valore complessivo di questa messa a disposizione individuale sarà imputato a quanto dovuto al medesimo in sede di liquidazione del trust. Da notare che il bene in questione rimane in proprietà al trustee, essendo la prenotazione un semplice diritto di credito. A titolo di esempio, il figlio Caio può chiedere al trustee la disponibilità della casa nella quale Caio stesso vive, facente parte del patrimonio in trust, facendo, inoltre, pagare al trust stesso le spese di ristrutturazione.

L'art. 14 dell'atto istitutivo del trust attribuisce, inoltre, al beneficiario il diritto di chiedere al trustee l'alienazione del bene prenotato ed il reimpiego del ricavato nell'acquisto di altri beni indicati dal beneficiario stesso che assumono automaticamente la natura di beni prenotati, secondo un meccanismo di semplice surrogazione.

In sede di liquidazione del trust e attribuzione ai beneficiari dei saldi attivi, dalla quota di Caio (che chiamiamo “quota di diritto”) verrà dedotto il valore complessivo del diritto di abitazione e delle spese di ristrutturazione (che chiamiamo “quota di fatto”), salvo che il valore dei diritti prenotati si riveli superiore alla quota spettante a Caio. In tal caso scatta la condizione risolutiva. A questo punto, è bene notare

che detta condizione non risolve l'attribuzione anticipata, ma agisce soltanto, e in modo differenziale, sul meccanismo di imputazione. Non vi è, infatti, alcun interesse a porre nel nulla ciò che ormai è stato, ossia la messa a disposizione di un beneficiario di valori del trust; l'interesse, invece, è quello al mantenimento del criterio di parità di trattamento fra tutti i beneficiari. Quindi la condizione risolutiva comporta che i valori anticipati siano imputati alla quota di diritto del beneficiario “prenotato” sino al suo complessivo ammontare; per la differenza diventino “ipso iure” un debito del beneficiario stesso verso il trust, ovvero verso gli altri beneficiari. Infatti, verificatasi la condizione risolutiva, il trustee potrebbe ottenere il consenso dei beneficiari alla liquidazione del trust nonostante la sopravvenienza di detto credito del trust stesso verso uno dei beneficiari, credito che verrà assegnato *pro-quota*, quindi ceduto agli altri beneficiari.

■ Beni anticipati

Ciascuno dei beneficiari ha il diritto di domandare al trustee l'assegnazione in proprietà piena ed esclusiva di un bene del trust che gli viene attribuito in acconto sulla sua quota di diritto del trust. Questa fattispecie diverge dalla precedente perché al beneficiario viene attribuito un diritto reale (di regola la proprietà) e non un diritto di credito, con la conseguenza che si modifica (e non di poco) il meccanismo della imputazione.

È una fattispecie analoga a quella che, nel contratto di divisione, si chiama “assegnazione in acconto” o anche (con terminologia scolastica) “divisione parzialmente oggettiva”.

Anche il trasferimento a titolo di anticipazione, come la prenotazione, è sottoposto alla condizione risolutiva della incapienza della quota di diritto, ma in questo caso il verificarsi della condizione non genera soltanto conseguenze di tipo “contabile”, come nel caso dei beni prenotati, ma provoca il ritorno al trust del bene anticipato con un effetto di tipo retroattivo e reale.

La principale conseguenza di questa disciplina sta nel fatto che, durante il trust, il bene anticipato, pur passato al patrimonio del beneficiario, di fatto non sarà alienabile in quanto gravato dalla condizione risolutiva; come è noto, se il bene venisse venduto, l'acquirente subirebbe, nel caso, gli effetti risolutivi dell'avveramento della condizione.

Ciò in pratica significa che la condizione risolutiva

va traduce sul bene assegnato, e con effetti reali, il medesimo vincolo nascente dal trust.

E codesta conseguenza non è detto sia negativa: vi potrebbe, infatti, essere l'interesse a che il beneficiario "anticipato" non alieni a terzi il bene sino a che dura il trust, ovvero, come si dirà, non alieni senza il concorso degli altri beneficiari.

Infatti, il vincolo prodotto dalla condizione risolutiva non è ineludibile, ma può essere modificato secondo due diverse modalità.

Siccome la condizione è apposta in considerazione esclusiva degli interessi sottesi al trust, nella misura in cui detti interessi coincidano con quelli dei beneficiari, è ben possibile che i beneficiari stessi abbiano a rinunciare alla condizione dando il proprio consenso alla vendita del bene anticipato.

Sempre con il consenso unanime dei beneficiari il vincolo reale dato dalla condizione può anche essere trasformato in un vincolo di natura obbligatoria che avvicina il regime dei beni anticipati a quello dei beni prenotati. Così facendo, si consente la libera alienazione del bene stesso, ma si evita il rischio che l'anticipazione si traduca in un danno per i beneficiari non anticipati. Ad esempio, potrebbe darsi che la clausola: "il trasferimento è soggetto alla condizione risolutiva che, al termine finale della Durata del Trust o in qualsiasi momento anteriore, le spettanze di tale Beneficiario si rivelino inferiori al valore dei beni così individuati" si trasformi in: "qualora il valore del bene anticipato superi quello della complessiva spettanza del beneficiario di detta anticipazione al termine del trust, quest'ultimo sarà obbligato a conguagliare in denaro il trust stesso di detta differenza". Anche qui con la variante che il credito del conguaglio spettante al trust sia trasferibile dal trustee agli altri beneficiari in sede di chiusura del trust stesso.

Sin qui abbiamo discusso dell'ipotesi che ai beneficiari sia concesso di chiedere al trustee prenotazioni o anticipi; mi pare, tuttavia, che il trust possa attribuire ai beneficiari stessi anche di più, ossia il diritto non solo di chiedere, ma di ottenere, sempre previo consenso del garante/*protector*, dette assegnazioni. È chiaro come una clausola così formulata sia in grado di spostare il baricentro del trust dal trustee ai beneficiari, i quali potrebbero ottenere tutti i beni e così lo svuotamento del trust stesso. Potrebbe, quindi, essere opportuno o necessario introdurre limitazioni quantitative e/o temporali all'esercizio di questa facoltà.

■ La condivisione come valore aggiunto al trust

Il secondo rilevante aspetto del trust in questione riguarda le modalità con le quali il disponente ha cercato di risolvere il tema dell'impatto inevitabile con i diritti riservati ai legittimari e, quindi, con le conseguenze (potenzialmente) deflagratorie dell'azione di riduzione. Si è detto che il valore del trust in esame supera ampiamente la quota disponibile e che il disponente è defunto subito dopo l'istituzione del trust stesso.

In previsione di ciò, egli aveva sentito la necessità di "mettere a parte" i figli dei contenuti del trust.

Questa esigenza, va detto, non è stata istintiva (anzi, l'istinto paterno iniziale è stato di segno opposto), ma il frutto di un certo cammino di maturazione prima di tutto compiuto dal disponente e poi esteso ai suoi discendenti, i quali, pure loro, avevano inizialmente manifestato una sostanziale ostilità. Percorso che potremmo sintetizzare così: un trust in genere, ma un trust con finalità successorie in particolare, non può mai essere concepito come essenzialmente contro qualcuno, bensì sempre come uno strumento a favore di qualcuno. Ciò comporta che non si può pensare il trust come strumento per evitare o scardinare l'azione di riduzione, ma quale opportunità per i legittimari migliore rispetto all'azione di riduzione.

E ciò che vale per i legittimari, vale (e forse a maggior ragione) per i creditori; un trust concepito essenzialmente contro i creditori ha molte possibilità di venire disconosciuto (art. 13 della Convenzione de L'Aja) e, quindi, di tradire la sua essenziale natura di strumento che risolve le controversie.

A mio avviso questa è la filosofia di fondo di ogni trust che, a differenza del contratto, non sorge dalla composizione di interessi contrapposti, ma per il raggiungimento di finalità essenzialmente condivise.

Italia

Trust per la gestione indipendente di un gruppo societario - I

■ Atto istitutivo di trust

Parte I Dati di base

- Art. 1. "Trust"; denominazione, irrevocabilità
- Art. 2. Legge regolatrice
- Art. 3. Il "Trustee"
- Art. 4. Il "Fondo in trust"
- Art. 5. La "Durata del Trust"
- Art. 6. I "Beneficiari"; termine dei rispettivi interessi beneficiari
- Art. 7. Finalità del Trust
- Art. 8. Il "Guardiano"

Parte II Il Fondo in trust e il suo reddito

- Art. 9. Posizione del Trustee rispetto al Fondo in trust
- Art. 10. Segregazione, custodia, mandati
- Art. 11. Consultazione facoltativa con il Guardiano e i Beneficiari
- Art. 12. Investimenti finanziari
- Art. 13. Reddito del Fondo in trust

Parte III Il Trustee

- Art. 14. Poteri del Trustee e consensi per il loro esercizio
- Art. 15. Esercizio di poteri in favore del Disponente
- Art. 16. Diligenza e responsabilità del Trustee
- Art. 17. Libro degli eventi
- Art. 18. Conflitto di interessi
- Art. 19. Rendiconto
- Art. 20. Riservatezza
- Art. 21. Sede dell'amministrazione
- Art. 22. Successione nell'ufficio
- Art. 23. Pluralità di Trustee
- Art. 24. Trasferimento del Fondo in trust in caso di mutamento nell'ufficio del trustee
- Art. 25. Compenso e costi del Trustee

Parte IV Il Guardiano

- Art. 26. Posizione del Guardiano

- Art. 27. Compenso del Guardiano
- Art. 28. Successione nell'ufficio

Parte V Disposizioni generali e finali

- Art. 29. Definizioni e convenzioni
- Art. 30. Forma degli atti
- Art. 31. Giurisdizione
- Art. 32. Allegati
- Art. 33. Modificazioni di questo Strumento

(forma dell'atto pubblico, sottoscritto dai coniugi, dalle figlie e dal trustee)

Premesso:

- che i Disponenti sono coniugati e hanno avuto due figlie gemelle, A. e F., nate nel 1981 (d'ora innanzi "le Figlie"), nubili;
- che i Disponenti intendono pienamente spogliarsi di qualunque loro partecipazione nella società ... srl, con sede in ... (d'ora innanzi "la Società"), alla quale fa capo un gruppo societario operante nei campi della sicurezza, vigilanza, impiantistica e servizi, trasferendola sin d'ora *pro indiviso*, unitamente ad altre partecipazioni che integrano il pieno controllo societario del gruppo, alle Figlie e, se del caso, ai loro discendenti;
- che i Disponenti intendono, ulteriormente, prevenire qualsiasi possibilità che il suddetto gruppo societario risenta delle vicende personali o patrimoniali tanto di essi disponenti che delle Figlie;
- che, infine, i Disponenti intendono assicurare la efficiente gestione del gruppo a esclusiva cura di un soggetto indipendente fino a quando esso pervenga alle Figlie o ai loro discendenti;
- che l'unico istituto giuridico che consente il raggiungimento di queste finalità è il trust;
- che, contestualmente alla istituzione del presente trust, i Disponenti trasferiscono al trustee appresso nominato

.....
L'atto istitutivo del trust è commentato da M. Lupoi, supra, 133.

le proprie rispettive partecipazioni nella Società, che assommano al 100% del relativo capitale sociale e le altre elencate in allegato;

- che al riconoscimento del trust istituito da questo Strumento si applicano le disposizioni della Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985, ratificata dalla Repubblica italiana in forza della legge 16 ottobre 1989 n. 364 ed entrata in vigore il 1° gennaio 1992, salve disposizioni di maggiore favore.

Parte I Dati di base

Art. 1. "Trust"; denominazione, irrevocabilità

A. Il termine "Trust" individua il trust nascente da questo Strumento.

B. Il Trust è identificato per mezzo della denominazione "A."

C. Questo Strumento è irrevocabile.

Art. 2. Legge regolatrice

Il Trust è regolato dalla legge inglese.

Art. 3. Il "Trustee"

A. Trustee del Trust è il dott. ..., prefetto della Repubblica ... /indirizzo e codice fiscale/

B. L'ufficio di Trustee può essere ricoperto da una o più persone.

C. Il termine "Trustee" individua chi riveste l'ufficio di trustee; in caso di più persone "un Trustee" indica ciascuna di esse.

Art. 4. Il "Fondo in trust"

A. Per "Fondo in trust" si intendono:

1. le partecipazioni di cui in Premessa e ogni altro bene o diritto trasferiti al Trustee quale trustee del Trust;
2. ogni reddito del Fondo che il Trustee vi accumuli;
3. ogni trasformazione, permutazione, sostituzione, incremento, surrogazione di quanto sopra.

B. Il Fondo in trust è separato dal patrimonio proprio di un Trustee, non è aggredibile dai suoi creditori personali e, qualora un Trustee sia una persona fisica, non fa parte di alcun regime patrimoniale nascente dal suo matrimonio o da convenzioni matrimoniali e non forma oggetto della sua successione ereditaria.

Art. 5. La "Durata del Trust"

A. Per "Durata del Trust" si intende il periodo:

1. il cui termine iniziale è la data della sottoscrizione di questo Strumento

2. e il cui termine finale è

a. il decorso di quaranta anni dal termine iniziale

b. ovvero la anteriore data

i. che il Trustee dichiara per atto autentico, purché successiva

a. di almeno cinque anni alla sottoscrizione di questo Strumento e

b. alla data della sua dichiarazione;

ii. ovvero nella quale sia venuto a mancare l'ultimo discendente dei Disponenti rimasto in vita.

Art. 6. I "Beneficiari";

termine dei rispettivi interessi beneficiari

A. Il termine "Beneficiari del Fondo" indica i discendenti dei Disponenti nati entro il termine finale della Durata del Trust.

B. Sopraggiunto il termine finale della Durata del Trust, il Fondo in trust è suddiviso in tante quote pro indiviso quante siano le Figlie dei Disponenti

1. allora in vita

2. o defunte lasciando discendenti allora in vita;

e la quota riferibile a ciascuna Figlia è attribuita:

1. a tale Figlia, ove vivente, in usufrutto per la durata della sua vita;

2. ai discendenti di tale Figlia in proprietà pro indiviso, soggetta all'usufrutto dell'ascendente ove e finché esistente.

C. La ripartizione fra i discendenti di una Figlia avviene come nella successione legittima, incluso il meccanismo della rappresentazione, con riferimento alla data del termine finale della Durata del Trust o, qualora anteriore, alla data della morte di tale Figlia.

D. Qualora non venga formata alcuna quota in proprietà, piena o nuda, ai sensi dei commi che precedono, la San Damiano Onlus, con sede in Roma, prende il posto dei rispettivi discendenti delle Figlie.

E. Il Trustee tiene il Fondo a disposizione dei soggetti così individuati e cura qualunque adempimento necessario per rendere i rispettivi diritti giuridicamente opponibili ai terzi.

F. La posizione giuridica di un Beneficiario dura fino al momento nel quale egli compie un atto dispositivo o fino all'accadere di un qualsiasi altro evento in conseguenza del quale egli perderebbe, in tutto o in parte, quanto la sua posizione di beneficiario gli attribuisce e allora egli cessa di essere incluso fra i Beneficiari e, per i fini di questo articolo, è considerato non più in vita.

Art. 7. Finalità del Trust

Il Trust viene istituito per assicurare una indipendente ed efficiente gestione del Fondo in trust affinché esso pervenga ai Beneficiari al termine della Durata del Trust nella consistenza che allora avrà.

Art. 8. Il “Guardiano”

A. “Guardiano” del Trust sono le Figlie o chi fra esse rimanga in vita nel corso della Durata del Trust.

B. Il termine “Guardiano” individua chi riveste l'ufficio di guardiano del Trust; in caso di più persone, “un Guardiano” indica ciascuna di esse.

Parte II Il Fondo in trust e il suo reddito

Art. 9. Posizione del Trustee rispetto al Fondo in trust

A. Il Fondo in trust è in piena proprietà del Trustee, che liberamente e discrezionalmente lo gestisce, ne dispone e ne varia la consistenza qualitativa e quantitativa.

B. Il Trustee

1. ha capacità processuale attiva e passiva rispetto al Fondo in trust;
2. può comparire nella sua qualità di trustee dinanzi a Notari e pubbliche autorità;
3. può rivolgersi all'Autorità giudiziaria per ottenerne direttive.

Art. 10. Segregazione, custodia, mandati

A. Il Trustee custodisce il Fondo in Trust e ne tutela la consistenza fisica, i titoli di appartenenza ed il possesso.

B. Il Trustee tiene i beni inclusi nel Fondo in trust separati sia dai propri che da qualunque altro bene del quale sia trustee o fiduciario e distintamente identificabili. Inoltre

1. istituisce ogni conto bancario e stipula ogni contratto nella propria qualità di trustee o in altro modo che palesi l'esistenza del Trust;
2. deposita ogni somma o strumento finanziario nei conti così denominati;
3. quando si tratti di beni iscritti in registri, pubblici o privati, il Trustee ne richiede l'iscrizione al proprio nome in qualità di trustee o in altro modo che palesi l'esistenza del Trust.

C. Il Trustee può delegare a chiunque, esclusi i Disponenti, l'esercizio di uno specifico potere gestionale per un periodo determinato quale mandatario alle condizioni che

ritenga opportune, ma comunque sempre in forza di atto scritto che non consenta all'altra parte

1. deleghe di funzioni,
2. limitazioni di responsabilità al di là della colpa ordinaria,
3. compimento di attività in circostanze che possono dare luogo a conflitto di interessi.

D. Qualsiasi Beneficiario e il Guardiano possono chiedere che il giudice accerti che determinati beni o diritti sono inclusi nel Fondo in trust.

Art. 11. Consultazione facoltativa con il Guardiano e i Beneficiari

Il Trustee si consulta quando ritiene con il Guardiano e con i Beneficiari maggiorenni e tiene conto delle loro indicazioni circa la gestione, disposizione e consistenza del Fondo in trust qualora le ritenga conformi alla Finalità del Trust.

Art. 12. Investimenti finanziari

Per la gestione di quella parte del Fondo in trust, che consista di disponibilità liquide e di investimenti finanziari, il Trustee acquista obbligazioni valutate come “AA” o superiore da Moody's; per tale fine, egli:

1. si avvale della consulenza di un Istituto bancario o di altro intermediario autorizzato (“Consulente”), conformemente alla normativa di settore, autorizzandolo a conferire delega a un gestore professionale o a più gestori professionali, scelti dopo avere sentito il parere del Guardiano, e può cessare quando crede tali rapporti contrattuali, ma li cessa se glielo richiede il Guardiano;
2. consegna al Consulente una dichiarazione scritta per guidarlo nell'esercizio delle sue funzioni;
3. valuta periodicamente, consultandosi con il Guardiano,
 - a. se sia necessario modificare la dichiarazione
 - b. se il Consulente la attui.

Art. 13. Reddito del Fondo in trust

A. Nel corso della Durata del Trust il Trustee

1. impiega il reddito del Trust:
 - a. per il pagamento del proprio compenso;
 - b. per sostenere i costi di gestione del Trust;
 - c. per fare fronte a ogni obbligazione legittimamente assunta;
 - d. per rimborsare se stesso di ogni anticipazione fatta;
 - e. per sostenere il costo delle cure mediche o di assistenza personale delle quali un Disponente sia bisognoso;

2. versa il reddito non impiegato per le finalità che precedono:

a. fino a che entrambe le Figlie sono viventi: alle Figlie in parti eguali;

b. dopo la morte di una Figlia o il sopravvenire del termine della sua posizione beneficiaria: ai soggetti che, qualora il termine finale della Durata del Trust sopravvenisse in quel momento, sarebbero destinatari di quote del Fondo in trust e in proporzione a tali quote.

B. Qualora un Beneficiario sia minore o incapace il Trustee può

1. impiegare a suo vantaggio le somme spettantegli in forza del comma A che precede;

2. eseguire versamenti, rispettivamente, a un genitore o al tutore o al curatore o all'amministratore di sostegno, senza essere tenuto a verificare l'uso delle somme a meno che sia a conoscenza di circostanze che richiedono una verifica.

Parte III Il Trustee

Art. 14. Poteri del Trustee e consensi per il loro esercizio

A. Il poteri del Trustee sono esercitati con discrezionalità assoluta secondo le circostanze.

B. Quando in questo Strumento è richiesto un consenso per il compimento di un atto del Trustee nell'esercizio di un suo potere si intende:

1. che il consenso, se prestato, lo sia non oltre il momento del compimento dell'atto di esercizio del potere;

2. che la sua forma sia la medesima dell'atto, ma comunque scritta.

C. In qualsiasi altro caso l'atto è invalido e i suoi effetti debbono essere eliminati dal Trustee.

Art. 15. Esercizio di poteri in favore del Disponente

Nessun potere attribuito da questo Strumento o dalla legge al Trustee o ad altri soggetti è validamente esercitabile in favore di alcuno fra i Disponenti e in nessun caso essi possono divenire titolari di diritti sul Fondo in trust, né tali diritti possono essere destinati a loro vantaggio se non nel caso previsto nell'Art. 13.A.1.e.

Art. 16. Diligenza e responsabilità del Trustee

A. Nello svolgimento di qualsiasi sua funzione il Trustee deve agire in buona fede, con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e delle sue specifiche competenze nell'interesse dei Beneficiari e per il perseguimento della Finalità del Trust.

B. Un Trustee non risponde delle perdite arrecate al Fondo in trust in conseguenza di suoi atti o omissioni a meno che esse siano derivate da sua "fraud" o "wilful default" o "wilful misconduct" o "dishonesty" o "gross negligence" come queste nozioni sono intese secondo la legge regolatrice del Trust.

C. Il Trustee non è responsabile delle azioni dei soggetti che egli abbia legittimamente delegato

1. se ha conferito la delega e ne ha consentito la prosecuzione in buona fede e senza colpa

2. tranne quando il Trustee sarebbe responsabile secondo le disposizioni che precedono se avesse compiuto direttamente l'azione.

D. Le disposizioni che precedono si applicano anche agli amministratori, dirigenti e dipendenti di una società che rivesta l'ufficio di trustee.

Art. 17. Libro degli eventi

A. Il Trustee mantiene e aggiorna il "Libro degli eventi", vidimato in data odierna dal medesimo Notaro che autentica questo Strumento.

B. Il Trustee annota in tale libro:

1. ogni avvenimento che questo Strumento prescriva di annotare;

2. ogni altro avvenimento del quale ritenga opportuno conservare memoria;

3. gli estremi e il contenuto degli atti per i quali la forma autentica è prescritta in questo Strumento o che il Trustee ritiene opportuno registrare; di essi il Trustee mantiene una raccolta completa.

C. Chiunque contraiga con il Trustee è legittimato a fare pieno affidamento sulle risultanze del Libro degli eventi.

Art. 18. Conflitto di interessi

Il Trustee deve astenersi dal compiere qualsiasi operazione che possa risultare in conflitto di interessi, come inteso dalla legge regolatrice del Trust, e comunque dal porre in essere qualsiasi operazione che coinvolga o interessi lo stesso Trustee, o enti o società facenti parte del gruppo societario cui il Trustee appartiene, a meno che vi sia il Guardiano e il Guardiano dichiarati che non è contrario agli interessi del Beneficiari.

Art. 19. Rendiconto

A. Il Trustee mantiene una contabilità accurata e la documentazione di ogni operazione.

B. Il Trustee consegna annualmente al Guardiano una relazione sull'andamento del Trust, l'inventario del Fondo in trust e il proprio rendiconto.

C. Ove il Guardiano lo richieda, il Trustee si sottopone a una verifica contabile e amministrativa, condotta da un professionista abilitato, nominato dal richiedente e compensato dal Trust.

Art. 20. Riservatezza

A. Tutti i documenti e le informazioni relative al Trust sono riservati.

B. Il Trustee non comunica ad alcuno alcun documento o informazione riguardante o relativa al Trust, a meno che

1. lo consenta una disposizione di questo Strumento
2. ovvero vi sia un ordine di giustizia
3. ovvero vi sia un ordine dell'autorità amministrativa
4. ovvero il Trustee lo consideri necessario affinché

egli

- a. eserciti alcun potere
- b. adempia alcuna obbligazione
- c. si difenda in un procedimento giudiziario
- d. ottenga un parere professionale
5. ovvero il Trustee ritenga che ciò sia nell'interesse di uno o più Beneficiari.

Art. 21. Sede dell'amministrazione

A. La sede dell'amministrazione del Trust è presso il domicilio del Trustee.

B. La contabilità e ogni atto e documento sono custoditi presso la sede dell'amministrazione.

C. Qualora un Trustee sia una società, essa comunica periodicamente al Guardiano il nome della persona o delle persone che seguono l'amministrazione ordinaria del Trust.

Art. 22. Successione nell'ufficio

A. Un Trustee rimane nell'ufficio per il termine o fino all'evento stabiliti nella nomina ovvero, se anteriori, fino a dimissioni o revoca ovvero:

1. se persona fisica: fino a morte o sopravvenuta incapacità, personale o legale;
2. se persona giuridica: fino a messa in liquidazione o inizio di alcuna procedura concorsuale.

B. Il Trustee può essere revocato in ogni tempo dal Guardiano purché il nuovo Trustee sia contestualmente nominato.

C. Il Trustee nomina il proprio successore con il consenso:

1. dei Disponenti o di chi fra essi sia in vita e capace
2. e, dopo loro morte o sopravvenuta incapacità, del Guardiano.

D. Trustee aggiuntivi possono essere nominati in ogni tempo

1. dai Disponenti o da chi fra essi sia in vita e capace
2. e, dopo loro morte o sopravvenuta incapacità, dal Guardiano.

E. Le revoche, nomine e relative accettazioni sono fatte per atto autentico.

F. Il Presidente del Tribunale di Roma nomina il Trustee qualora

1. non vi sia alcun trustee ovvero
2. il Trustee singolo dimessosi rimanga nell'ufficio per la mancanza di nuovo trustee
3. e chi ha il potere di nominare trustee non provveda in un tempo ragionevole.

Art. 23. Pluralità di Trustee

A. Quando i Trustee sono più di uno tutti debbono concorrere nel compimento di qualunque funzione del trustee.

B. Quando i Trustee sono più di due essi deliberano all'unanimità.

Art. 24. Trasferimento del Fondo in trust in caso di mutamento nell'ufficio del trustee

A. Un Trustee che cessa dall'ufficio perde ogni diritto sul Fondo in trust in favore di colui o coloro che gli succedono o che rimangono nell'ufficio.

B. Chi cessa dall'ufficio:

1. pone in essere senza indugio ogni comportamento necessario per consentire al Trustee di esercitare i diritti spettanti al trustee sul Fondo in trust;
2. consegna al Trustee il Fondo in trust, il Libro degli eventi e ogni documento riguardante il Trust che sia in suo possesso, gli fornisce ogni ragguglio il Trustee gli richieda e in genere lo pone in grado, per quanto in suo potere, di prendere possesso del Fondo in trust e di assolvere le obbligazioni inerenti l'ufficio;
3. può fare e trattenere copie dei documenti che consegna, ma unicamente per avvalersene in caso di azioni proposte contro di lui.

C. In caso di morte di un trustee i suddetti diritti e obbligazioni di consegna fanno capo ai suoi eredi.

Art. 25. Compenso e costi del Trustee

Un Trustee ha diritto di ricevere un compenso mensile di € 4.500,00 per i suoi servizi o il diverso compenso che sia da lui convenuto con il soggetto che ha il potere di nominare trustee.

Parte IV Il Guardiano

Art. 26. Posizione del Guardiano

A. Il poteri del Guardiano sono fiduciari, nell'esclusivo interesse dei Beneficiari.

B. Le Figlie, in quanto siano Guardiano, possono legittimamente prendere in considerazione i propri personali interessi patrimoniali.

C. Il Guardiano:

1. può esprimere la propria opinione su qualsiasi attività del Trust anche se non ne sia richiesto dal Trustee;

2. ha diritto di agire in giudizio

a. per l'esecuzione del Trust e in caso di inadempimento delle obbligazioni di un Trustee;

b. in caso di violazione della legge regolatrice del Trust o della legge applicabile a uno specifico atto del Trustee.

Art. 27. Compenso del Guardiano

A. L'ufficio di Guardiano è gratuito.

B. Le spese che il Guardiano sostenga nell'esercizio del suo ufficio sono a carico del Trust.

Art. 28. Successione nell'ufficio

A. Un Guardiano ha il potere di nominare il proprio successore nell'ufficio fra i propri discendenti. La nomina può essere sottoposta a termine, iniziale o finale, o a condizione, sospensiva o risolutiva.

B. Qualora manchi il Guardiano, qualsiasi interessato può chiederne la nomina al Presidente del Tribunale di Roma, che lo nomina fra i discendenti dei Disponenti.

Parte V Disposizioni generali e finali

Art. 29. Definizioni e convenzioni

A. Il termine "persona" include le persone fisiche e le persone giuridiche.

B. I termini "incapace" e "incapacità" si riferiscono alla inidoneità di un soggetto di attendere in modo stabile, vigile e pronto alle incombenze della funzione alla quale il

termine è riferito, attestata con perizia munita di sottoscrizioni autenticate da tre medici, uno fra i quali specializzato in neurologia e uno in psichiatria, nominati dal Presidente dell'Ordine dei Medici del luogo di residenza del soggetto su richiesta di qualsiasi interessato.

C. Tutte le parole e le espressioni definite nel corso di questo Strumento si applicano, se non indicato diversamente, a ogni sua disposizione.

Art. 30. Forma degli atti

A. Ogni comunicazione, nomina e consenso per i quali né la legge applicabile né questo Strumento prescrivano alcuna forma deve essere fatto per iscritto e accompagnato dalla prova della sua ricezione.

B. I riferimenti che la legge applicabile a un atto del Trustee faccia alla forma del "deed" sono sostituiti da riferimenti ad atti muniti di autentica notarile.

Art. 31. Giurisdizione

A. Ogni controversia relativa all'istituzione, alla validità o agli effetti del Trust o alla sua amministrazione o ai diritti o obbligazioni di qualunque soggetto menzionato in questo Strumento è sottoposta esclusivamente alla magistratura italiana, foro di Roma.

B. Ogni procedimento mirante a fare pronunciare dal Giudice la nomina di un trustee o a impartire direttive al Trustee o a esercitare i poteri spettanti al Giudice rispetto ai trust è proposto esclusivamente dinanzi la magistratura italiana, foro di Roma; qualora essa declini di provvedere, alla magistratura dello Stato la cui legge regola il Trust.

Art. 32. Allegati

Accede a questo Strumento un allegato, contenente l'elenco delle partecipazioni trasferite al Trustee.

Art. 33. Modificazioni di questo Strumento

A. Le disposizioni di questo Strumento possono essere modificate dal Trustee per atto autentico, ottenuto il consenso del Guardiano.

B. Nessuna modificazione di questo Strumento, neanche se autorizzata dal Giudice, può rendere un Disponibile beneficiario del Fondo in trust o del suo reddito.

Italia

Trust per la gestione indipendente di un gruppo societario - II

■ Atto istitutivo di trust

ISTITUZIONE DEL "TRUST R.V."

REPUBBLICA ITALIANA

Addì sette agosto duemilaotto, in Crotone e nel mio studio alla via Vittorio Veneto, 50.

Davanti a me dott. GIULIO CAPOCASALE Notaio in Crotone, iscritto nel ruolo dei Distretti Notarili di Catanzaro, Crotone, Lamezia Terme e Vibo Valentia;

SI SONO COSTITUITI

1°) V.R., nato a ... il ..., ivi residente, via ..., codice fiscale ...

(nell'ambito del presente atto individuato come "Disponente");

2°) B.A., nato a ... il ..., residente a ..., via ..., codice fiscale ...;

(nell'ambito del presente atto individuato come "Trustee");

3°) V.G., nato a ... il ..., residente a ..., via ..., codice fiscale ...;

(nell'ambito del presente atto individuato come "Protector").

Della identità personale di essi costituiti io Notaio sono certo.

PREMESSO CHE:

- il Disponente è coniugato, in regime di separazione dei beni, con la Signora C.P., nata a ... il ..., residente a ..., via ..., codice fiscale ...; e da tale unione sono nate due figlie, e precisamente,

- V.L., nata a ... il ..., residente in ..., via ..., codice fiscale: ...; e

- V.V., nata a ... il ..., residente in ..., via ..., codice fiscale: ...;

- il Disponente intende regolamentare la destinazione dei beni che verranno attribuiti al Trust secondo i criteri indicati nel presente atto;

- a tali fini, il Disponente dichiara che intende istituire un "Trust" al quale si applicano le disposizioni della Convenzione dell'Aja del 1 luglio 1985, ratificata dalla

Repubblica Italiana con Legge 16 ottobre 1989 n° 364, entrata in vigore il 1° gennaio 1992;

- il Disponente doterà il Trust di fondi sufficienti al fine di procedere al programma gestorio previsto dal presente atto;

- i beneficiari del Trust sono, in parti uguali fra loro, il coniuge C.P. e le due figlie del Disponente V.L. e V.V., tutte sopra generalizzate.

Peraltro, vista l'esigenza di tutela dei legittimari del Disponente, giusta il disposto dell'art. 15, comma 1, lettera e), della Convenzione dell'Aja, sia il Trustee, sia i Beneficiari del Trust saranno obbligati, in ogni momento e su eventuale richiesta di un ipotetico legittimario, a soddisfare le ragioni che dovessero essere avanzate da questo ultimo quali derivanti dagli articoli 536 e seguenti del codice civile. Più precisamente, qualora dovesse essere riconosciuto un diritto di legittima ad un soggetto pretermesso in conseguenza dell'esistenza del Trust, il Trustee ed i Beneficiari sono obbligati nei confronti del legittimario, qualora si sia verificata una lesione di legittima, a trasferire a questo ultimo una somma di denaro, di valore o importo pari a quello della quota di legittima allo stesso spettante, con spese a carico del Trust o dei Beneficiari, e con facoltà per il legittimario di agire per l'esecuzione in forma specifica del suddetto obbligo;

- il Trust avrà una durata di 3 (tre) anni a far tempo dalla data di sottoscrizione del presente atto di istituzione, salvo eventuali proroghe che dovessero essere decise dal Disponente; al termine del Trust, il patrimonio conferito in Trust sarà distribuito a favore dei beneficiari sopra detti, in parti eguali fra loro.

Qualora al termine del Trust vi sia stata preminenza di uno dei Beneficiari, la proprietà dei beni in Trust a lui spettanti, allo scadere del Trust, verrà assegnata ai suoi eredi legittimi.

Il presente atto è finalizzato al perseguimento di fina-

L'atto istitutivo del trust è stato oggetto del decreto del Tribunale di Crotone del 29 settembre 2008, pubblicato in questa Rivista, 2009, 37, ed è commentato da M. Lupoi, *supra*, 133.

lità meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico italiano, per cui non trova applicazione la riserva prevista all'art. 13 della Convenzione dell'Aja, sopra citata.

Al fine di realizzare i suddetti scopi, il Disponente stabilisce che il Trust sia regolato dalla legge del Regno Unito.

Ai fini del presente atto, i seguenti termini dovranno essere così intesi: Deed = Atto; Settlor = Disponente; Protector - Garante/Guardiano.

TUTTO CIÒ PREMESSO,

che forma parte integrante e sostanziale del presente atto, i comparenti, con il presente atto mi dichiarano e stipulano quanto segue:

ARTICOLO 1. ISTITUZIONE DEL TRUST.

Con il presente atto il costituito V.R., nella sua qualità di Disponente, istituisce un Trust irrevocabile e discrezionale denominato "TRUST R.V." (nel corso del presente atto anche indicato come "Trust").

Il Disponente nomina quale Trustee il costituito signor B.A., che accetta tale nomina e le condizioni relative.

Nell'esercizio dei propri diritti il Trustee è tenuto all'osservanza delle disposizioni del Trust costituito con il presente atto.

Il Trust avrà sede nel domicilio del Trustee.

ARTICOLO 2. PATRIMONIO DEL TRUST.

Il patrimonio del Trust è formato da tutti i valori, i beni ed i diritti che il Disponente destini a tale scopo, nonché i frutti degli stessi ed ogni altro bene o diritto acquistato o derivante dai beni del Trust.

Possono entrare a formare il patrimonio del Trust anche i valori, i beni ed i diritti che soggetti terzi, con il preventivo consenso del Disponente, destinino a tale scopo.

I beni del Trust sono separati dal patrimonio personale del Trustee, e, in generale, non saranno in alcun modo aggredibili dai suoi eventuali creditori personali; non formeranno, altresì oggetto della sua successione ereditaria.

Nel caso in cui Trustee dovesse divenire nel corso della vigenza del Trust una persona giuridica, rimane espressamente inteso che i beni oggetto del Trust non saranno trasferibili in caso di liquidazione, fusione, scissione o trasformazione, del Trustee stesso quale entità giuridica, fatto salvo quanto disposto dal presente atto.

Al fine di dotare il Trust dei mezzi iniziali per il perseguimento dello scopo cui l'istituzione del Trust stesso è finalizzata, il Disponente dichiara di segregare in Trust tutto quanto meglio descritto in calce al presente atto.

ARTICOLO 3. SCOPO DEL TRUST E BENEFICIARI.

Scopo del Trust è di consentire, per tutto il periodo di vigenza del Trust, l'amministrazione indipendente da parte del Trustee del patrimonio conferito in Trust al fine di garantire l'integrità dello stesso patrimonio a favore dei Beneficiari.

Il Trust, pertanto, svolgerà una funzione di garanzia di integrità e di buona amministrazione nell'interesse dei Beneficiari stessi.

Il Disponente istituisce quali Beneficiari del Trust, in parti uguali fra loro:

- il coniuge C.P., sopra generalizzata, e
- le loro figlie V.L. e V.V. sopra generalizzate;

(tutte nel corso del presente atto congiuntamente individuate come i "Beneficiari").

Il Disponente ha il potere finché in vita ovvero anche attraverso disposizione testamentaria sia di nominare altri beneficiari, sia di revocare i beneficiari nominati.

Per tutta la durata del Trust, i Beneficiari avranno diritto a percepire quella parte di rendita prodotta dal patrimonio costituito in Trust che il Trustee non ritenga necessario reinvestire al fine di salvaguardare il valore del patrimonio stesso.

Il Trustee potrà, solo in caso di necessità di uno o più dei Beneficiari e solo dopo aver ottenuto il consenso scritto del Protector, trasferire ad uno o più dei Beneficiari una parte del patrimonio costituito in Trust quale anticipazione della propria quota futura.

ARTICOLO 4. POTERI DEL TRUSTEE.

Il Trustee, a seguito del presente atto, diviene proprietario del patrimonio che gli viene trasferito a tale titolo e, pertanto, è legittimato a compiere qualunque atto di amministrazione ordinaria e straordinaria e di disposizione, nessuno escluso, come spettanti al pieno proprietario, ivi compresi i poteri di avvalersi di collaboratori, consulenti, di affidare in tutto o in parte la gestione del patrimonio mobiliare ad Istituti Bancari o Primarie Società di Gestione, al fine di ottenere il miglior rendimento dal patrimonio trasferitogli in Trust salvaguardandone l'integrità.

Il Trustee gode e dispone dei beni del Trust, senza alcuna limitazione e senza dover mai giustificare i propri poteri che coincidono con quelli che la legge riconosce al proprietario o titolare dei beni del Trust, potendo anche disporre dell'eventuale capitale ove i redditi non fossero sufficienti allo scopo proposto.

Il Trustee ha capacità processuale attiva o passiva in relazione ai beni del Trust. Egli può comparire nella sua qualità di Trustee dinanzi a Notai e a qualunque pubblica au-

torità senza che mai gli si possa eccepire mancanza o indebitatezza di poteri.

Resta fermo ed impregiudicato il diritto del Trustee di rivolgersi all'Autorità Giudiziaria per ottenere prescrizioni o direttive.

Il Trustee, fra l'altro:

- può delegare a professionisti e a consulenti l'amministrazione dei beni del Trust;

- può delegare a terzi il compimento di singole attività per un tempo determinato;

- può avvalersi di mandatari e procuratori, per singoli atti o per categorie di atti, nonché di assistenti e di ausiliari;

- può avvalersi di consulenti e professionisti per la risoluzione di problemi di speciale difficoltà tecnica o che non rientrino nella sfera delle sue competenze professionali;

- deve compiere ogni adempimento di natura tributaria in conseguenza dell'esistenza o degli effetti del Trust o del reddito da esso ricevuto o distribuito, assolvendo qualunque imposta a carico del Trust o del Disponente o dei Beneficiari in conseguenza dell'esistenza o degli effetti del Trust o del reddito o del capitale da esso ricevuto o distribuito, anche se tale imposta non potrà essere pretesa contro il Trustee.

Il Trustee è tenuto a tenere separati i beni del Trust dai propri. In particolare:

1. tutte le volte che si tratti di beni o diritti iscrivibili in registri pubblici o privati, il Trustee è tenuto a richiederne l'iscrizione o nella sua qualità di Trustee o al nome del Trust o in qualsiasi altro modo che riveli l'esistenza del Trust,

2. i rapporti bancari istituiti dal Trustee e tutti i contratti dal medesimo stipulati saranno intestati o al Trust o al Trustee nella sua qualità.

In caso di nomina di una pluralità di Trustees, essi agiscono in forma congiunta (nei termini di cui oltre) per le operazioni di straordinaria amministrazione del patrimonio del Trust e in forma disgiunta per le operazioni di ordinaria amministrazione. Qualora i Trustees fossero più di due, si intende che essi abbiano agito in forma congiunta quando all'atto di straordinaria amministrazione abbia concorso la maggioranza di essi. Qualora la qualità di Trustee sia attribuita ad una pluralità di soggetti, tutto quanto previsto nel presente atto con riferimento al "Trustee" si intende applicabile ad ognuno di essi.

Il Trustee non può rendersi acquirente, direttamente o per interposta persona, dei beni del Trust, né prendere in locazione o in qualsiasi altra forma di godimento, gratuita od onerosa, i beni del Trust; non può stipulare, nei confronti dei beni del Trust, contratti con se stesso o, comunque, compiere operazioni nelle quali egli stesso o persone con egli medesimo collegate da rapporti di parentela o di

affinità, abbiano conflitto di interesse, pure se solo potenziale, e ciò anche se nessun danno derivi allo scopo del Trust e ai beni conferiti nel Trust.

ARTICOLO 5. LEGGE REGOLATRICE E FORO ELETTIVO.

Il Trust è regolato dalla legge sul Trust inglese.

Ogni controversia relativa alla validità del Trust sarà regolata dalla predetta legge. Per ogni altra controversia relativa all'istituzione o agli effetti del Trust, ovvero tra il Disponente ed il Trustee o il Protector, o qualunque altro interessato secondo quanto previsto dal presente atto ed una delle altre Parti, è sottoposta esclusivamente al Foro di Crotone.

ARTICOLO 6. NOMINA E POTERI DEL PROTECTOR.

Il Disponente nomina sin d'ora quale Protector il costituito V.G., che presente, accetta l'incarico.

La nomina del Protector è irrevocabile.

In caso di morte del Protector o di sua non accettazione dell'incarico o di impossibilità ad adempiere allo stesso incarico, riconosciuta e comprovata, il Disponente, con lettera separata dal presente atto, indicherà due nominativi tra i quali, all'occorrenza, il Presidente del Tribunale di Crotone, su istanza del Disponente stesso, sceglierà il nuovo Protector.

Qualora i soggetti indicati dal Disponente non dovessero accettare l'incarico o fossero impossibilitati ad adempiere all'incarico stesso, il Presidente del Tribunale di Crotone, sempre su istanza del Disponente provvederà a designare il Protector tra soggetti aventi caratteristiche di provata esperienza e professionalità, con riconosciute doti di integrità morale e di indipendenza, che possano garantire l'amministrazione del Trust secondo gli scopi e le caratteristiche previste dal presente atto.

ARTICOLO 7. SUCCESSIONE DEL TRUSTEE.

La nomina di un nuovo Trustee deve avvenire per atto pubblico.

Nel caso sia stato nominato un solo Trustee, il Trustee, previo consenso del Protector, può nominare uno o più Trustees affinché gli succedano secondo le regole previste dalla legge regolatrice del Trust.

Nel caso siano stati nominati più Trustees, ciascun Trustee, previo consenso degli altri Trustees nominati e del Protector, può nominare un Trustee affinché gli succeda secondo le regole previste dalla legge regolatrice del Trust.

La rinuncia di un Trustee non ha effetto prima di trenta giorni da quando egli ne abbia fatto comunicazione

scritta al Protector e, in caso siano stati nominati più Trustees, anche agli altri Trustees. La nomina del nuovo Trustee spetta in ogni caso al Protector. Spetta all'Autorità Giudiziaria la revoca del Trustee nei casi previsti dalla legge regolatrice del Trust.

ARTICOLO 8. COMPENSO DEL TRUSTEE.

Le spese sostenute dal Trustee per l'adempimento di quanto disposto nel presente atto sono a carico del fondo del Trust, così come pure il compenso per l'incarico stesso previsto annualmente in euro 120.000,00 (centoventimila virgola zero zero).

ARTICOLO 9. RENDICONTO.

Il Trustee consegna annualmente al Protector, entro il 30 aprile di ogni anno, l'inventario dei Beni del Trust, unitamente ad una relazione sull'amministrazione.

Previa richiesta al Trustee, il Protector ha diritto di eseguire verifiche contabili ed amministrative anche per il tramite di un professionista nominato dallo stesso Protector ed a spese del Trust.

ARTICOLO 10. REDDITO DEL TRUST.

Il reddito del Trust, assolto ogni costo relativo all'esercizio del Trust, all'amministrazione dei Beni del Trust ed al raggiungimento dello scopo indicato all'articolo 3 e fatto salvo quanto previsto nel medesimo articolo 3, sarà dal Trustee distribuito in parti eguali ai beneficiari.

ARTICOLO 11. ESONERO DELLA RESPONSABILITÀ.

Il Trustee è esonerato da responsabilità per gli atti e omissioni dei terzi, da lui incaricati o delegati, qualora si tratti di professionisti e consulenti, ove essi siano legalmente abilitati a svolgere tale attività e di comprovata esperienza nei temi richiesti, salvo il caso di dolo o colpa grave.

Salvo quanto disposto nel presente atto e dalla legge regolatrice del Trust, il Trustee è tenuto a non comunicare alcuna informazione e a non consegnare alcun documento riguardante il Trust, salvo che al Disponente e/o al Protector.

Descrizione dei beni segregati in Trust:

- numero 2.200 (duemila duecento) azioni rappresentanti il 50% (cinquanta per cento) del capitale sociale della "... S.p.A.", con sede in ..., ..., capitale sociale euro ... interamente versato, codice fiscale e numero di iscrizione nel Registro Imprese di ...;

Valore della partecipazione euro 2.273.364,00 (due milioni duecentosettantatremila trecentosessantaquattro virgola zero zero);

- numero 161 (centosessantuno) azioni rappresentanti il 26,83% (ventisei virgola ottantatre per cento) del capitale sociale della "... S.p.A.", con sede in ..., ..., capitale sociale euro interamente versato, codice fiscale e numero di iscrizione nel Registro Imprese di ...;

Valore della partecipazione euro 537.205,82 (cinquecentotrentasettemila duecentocinque virgola ottantadue)

- Quota di partecipazione pari al 40% (quaranta per cento) del capitale sociale della "... S.r.l.", con sede in ..., ..., capitale sociale euro ... interamente versato, codice fiscale e numero di iscrizione nel Registro Imprese di ...;

Valore della partecipazione euro 698.639,60 (seicentonovantottomila seicentotrentanove virgola sessanta).

- Quota di partecipazione pari al 50% (cinquanta per cento) del capitale sociale della "... S.r.l.", con sede in ..., ..., capitale sociale euro ... interamente versato, codice fiscale e numero di iscrizione nel Registro Imprese di ...;

Valore della partecipazione euro 24.369,50 (ventiquattromila trecentosessantanove virgola cinquanta).

- Quota di partecipazione pari al 50% (cinquanta per cento) del capitale sociale della "... S.r.l.", con sede in ..., ..., capitale sociale euro ... interamente versato, codice fiscale e numero di iscrizione nel Registro Imprese di ...;

Valore della partecipazione euro 78.696,00 (settantotomila seicentonovantasei virgola zero zero).

- Credito di euro 720.000,00 (settecentoventimila virgola zero zero) per finanziamento soci in conto futuro aumento di capitale sociale effettuato nei confronti della detta "... S.r.l." con sede in ... e risultante dalle relative scritture contabili.

Credito, liquido ed esigibile, di euro 720.000,00 (settecentoventimila virgola zero zero) vantato dal disponente nei confronti della predetta ... S.p.A, e risultante dalle relative scritture contabili.

ARTICOLO 12 - REGIME FISCALE

Ai fini fiscali ai beni segregati in Trust si attribuisce il complessivo valore di euro 5.052.274,92 (cinque milioni cinquantaduemila duecentosettantaquattro virgola novantadue); e si richiede l'applicazione dell'imposta sulle successioni e donazioni reintrodotta dal D.L. 3 ottobre 2006 n. 262 convertito nella legge 24 novembre 2006 n. 286 con le aliquote e le franchigie previste per il grado di parentela esistente tra i beneficiari ed il disponente.

Il presente atto, scritto da persona di mia fiducia su quattro fogli occupati per pagine quattordici e parte della quindicesima, è stato da me Notaio letto ai costituiti che lo hanno approvato,

(omissis)