

L'introduzione dell'istituto del trust in Svizzera

La pressione politica per l'adozione di un trust di diritto svizzero è aumentata negli ultimi anni



Giovanni Merlini

Avvocato e notaio, Dr. iur.
Studio legale e notarile Merlini Lappe Partners,
Ascona e Lugano

Tratto dal testo della relazione tenuta in occasione del Convegno organizzato dal Centro competenze tributarie della SUPSI e intitolato "Novità in ambito di trust", tenutosi il 4 febbraio 2020 a Manno.

La recente approvazione della mozione n. 18.3383 da parte delle Camere federali segna una svolta politica importante e obbliga il Consiglio federale a preparare un disegno di legge per l'introduzione dell'istituto del trust nel diritto privato svizzero. L'iter legislativo sarà ancora lungo e complesso, ma la via dovrebbe essere tracciata. Sarebbe vantaggioso disporre di un trust di diritto svizzero, considerata la versatilità di questo strumento affermato a livello internazionale. La diffidenza del Consiglio federale nei suoi confronti è stata alimentata dai casi di abuso a scopo di elusione fiscale di trust di diritto straniero nei decenni passati. La Circolare n. 20 dell'AFC, del 27 marzo 2008, ha quindi portato chiarezza e limitato la possibilità di un uso incongruo dell'istituto.

I. Le proposte parlamentari e la posizione del Consiglio federale.....	173
II. Il trust e le sue configurazioni possibili.....	174
III. La necessità di agire a livello legislativo (Handlungsbedarf).....	175
IV. I surrogati (inadeguati) del diritto svizzero vivente ..	176
V. Conclusioni.....	178

I. Le proposte parlamentari e la posizione del Consiglio federale

Nella sessione primaverile del 2019 il Consiglio nazionale ha approvato la mozione n. 18.3383 che chiede l'introduzione dell'istituto del trust nell'ordinamento giuridico svizzero; la stessa mozione era già stata adottata dal Consiglio degli Stati nella sessione estiva dell'anno precedente^[1].

[1] Mozione n. 18.3383, Introduzione del trust nell'ordinamento giuridico svizzero, depositata dalla Commissione degli affari giuridici del Consiglio degli Stati il 26 aprile 2018, in: <https://www.parlament.ch/it/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20183383> (consultato l'08.04.2020).

Negli ultimi anni, il Parlamento svizzero ha chiaramente espresso, a più riprese, il suo consenso nei confronti di uno strumento la cui adozione eliminerebbe un importante svantaggio competitivo per la nostra piazza finanziaria, venendo inoltre a colmare una lacuna nel diritto privato svizzero. Il 27 febbraio 2017, il Consiglio nazionale aveva infatti già approvato a larga maggioranza il postulato (n. 15.3098) depositato dal sottoscritto a nome del Gruppo liberale radicale che chiedeva di esaminare un'eventuale regolamentazione del trust nell'ambito del Codice civile (CC; RS 210) o del Codice delle obbligazioni (CO; RS 220)^[2] e il 20 ottobre dello stesso anno la Commissione degli affari giuridici del Consiglio nazionale aveva deciso di dare seguito all'iniziativa parlamentare nella forma generica (n. 16.488) del collega Fabio Regazzi, che pure mira ad ancorare il trust nel nostro diritto privato^[3]. La Commissione sorella del Camera dei Cantoni aveva a sua volta dato seguito a questa iniziativa parlamentare e anzi aveva rincarato la dose, decidendo appunto di depositare anche una mozione per aumentare la pressione sul Consiglio federale che finora – e comunque fino all'adozione dello scambio automatico di informazioni in materia fiscale – si è opposto all'ipotesi di introdurre il trust nel diritto svizzero, per altro senza avanzare argomenti convincenti.

Da quando la Svizzera ha riconosciuto i trust di diritto straniero, ratificando il 26 aprile 2007 la Convenzione dell'Aja sul diritto applicabile ai trust e sul loro riconoscimento^[4], i rischi di elusione fiscale in relazione ad un futuro trust di diritto svizzero risulterebbero sensibilmente ridimensionati, visto che la sua imposizione ricalcherebbe la prassi consolidata in materia

[2] Postulato n. 15.3098, Esame dell'opportunità di una normativa in materia di trusts, depositata dal Gruppo liberale radicale (Portavoce: on. Giovanni Merlini) l'11 marzo 2015, in: <https://www.parlament.ch/it/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20153098> (consultato l'08.04.2020).

[3] Iniziativa parlamentare n. 16.488, Introdurre l'istituto del trust nella legislazione Svizzera, depositata dall'on. Fabio Regazzi il 13 dicembre 2016, in: <https://www.parlament.ch/it/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20160488> (consultato l'08.04.2020).

[4] Convenzione che risale al 1° luglio 1985 ed è entrata in vigore, per il nostro Paese, il 1° luglio 2007 (RS 0.221.371).

di *trust* stranieri, chiaramente definita dalla Circolare n. 30 della Conferenza svizzera delle imposte (CSI), del 22 agosto 2007, e dalla Circolare n. 20 dell'Amministrazione federale delle contribuzioni (AFC), del 27 marzo 2008, su cui tornerò in seguito.

II. Il trust e le sue configurazioni possibili

Prima di entrare nel merito delle ragioni che militano a favore della codificazione di questo istituto nel diritto elvetico, però, può essere utile rammentare per sommi capi le caratteristiche principali del *trust*, senza alcuna pretesa di completezza. A tal proposito è famosa la battuta di Hayton, il quale diceva che *"like an elephant, a trust is difficult to describe but easy to recognise"*. Il *trust* affonda le sue radici nella storia medioevale inglese e le sue varie configurazioni sono poi andate sviluppandosi anche negli altri Paesi di tradizione giuridica anglosassone. Rispondeva soprattutto all'esigenza di regnanti ed esponenti della nobiltà cavalleresca di affidare la gestione delle loro ricchezze (immobili e mobiliari) a persone di fiducia durante le loro prolungate assenze in missioni che li tenevano lontani dalla madrepatria, come nel caso delle crociate. Almeno due aspetti sono sempre stati centrali nell'evoluzione del *trust* durante i secoli:

- il primo è quello del rapporto di fiducia – come indica il suo stesso nome inglese – tra il disponente o costituente che dir si voglia da una parte e l'affidatario dall'altra, e
- il secondo aspetto è quello della preservazione del patrimonio a beneficio di singole persone (familiari o meno che fossero) oppure a beneficio di scopi filantropici e caritatevoli.

La specificità del *trust* consiste nella possibilità prevista dal *common law* – e perlopiù sconosciuta al *civil law* continentale – di attribuire contemporaneamente la titolarità della proprietà su di uno stesso bene a due diversi soggetti: la *legal ownership* (o *legal estate*) ad una persona e la *real ownership* (o *equitable estate*) a un'altra. Vedremo subito dopo come ciò avviene.

Ai giorni nostri la struttura in sé di questo negozio giuridico fiduciario non appare particolarmente complicata, se ci riferiamo alla definizione che ne dà l'art. 2 della Convenzione dell'Aja succitata.

Il *trust* presuppone una relazione giuridica triangolare che si instaura tra un costituente o fondatore (detto *settlor*) che – con una disposizione tra vivi o *mortis causa* (*trust agreement* o *trust deed*) – sottopone il suo patrimonio al potere di disposizione di un fiduciario (persona fisica o giuridica, detto *trustee*, generalmente un professionista del settore finanziario e assicurativo, un gestore patrimoniale, un avvocato d'affari o una società fiduciaria) trasferendoglielo integralmente o solo in parte, a favore tuttavia di terze persone e cioè di uno o di più beneficiari (detti *beneficiaries*, perlopiù i suoi discendenti o altri parenti, così come il convivente o la convivente e altre persone che il *settlor* intende beneficiare) oppure – ma solo nel caso del *charitable trust* – a favore di un determinato scopo caritatevole, che deve però essere definito in modo concreto e preciso. È inoltre facoltà – ma non obbligo – del *settlor* prevedere un sorvegliante (detto *protector* che pure può essere

persona fisica o giuridica), il quale è tenuto a controllare che il *trustee* (ossia il fiduciario) svolga il suo compito secondo le volontà contenute nell'atto di fondazione del *trust*; atto di fondazione che secondo la Convenzione necessita della forma scritta per la sua validità (mentre nei Paesi del *common law* ciò non è sempre il caso per tutti i tipi di *trust*).

Vi sono poi ancora alcuni requisiti che risultano per altro dalla definizione del *trust* secondo la Convenzione. Il primo è che il *settlor* si spossessi completamente dei beni affidati alla gestione del *trustee* (che possono essere immobili, beni mobili, denaro, titoli, imbarcazioni, opere d'arte e quant'altro) e che questi beni vengano quindi separati dal resto della sostanza personale del fondatore, venendo così a formare un patrimonio a sé stante e indipendente.

Il secondo requisito consiste nell'acquisizione da parte del *trustee* (il fiduciario) sia della proprietà civilistica dei beni che formano il *trust*, di modo che egli ne diventa *legal owner* (ossia legittimo proprietario), sia della titolarità dei crediti che eventualmente lo compongono.

Da qui discende il terzo requisito, ossia una duplice facoltà del *trustee*: quella di disporre dei beni del *trust*, che però egli deve amministrare e utilizzare in conformità alle indicazioni contenute nell'atto costitutivo, e quella di far valere le pretese creditorie del *trust* nei confronti di terzi. Insomma, il *trustee* è formalmente, ma non materialmente proprietario del patrimonio separato che forma il *trust*. È la tipica situazione in cui al fiduciario compete un potere effettivo di disposizione che va oltre il perimetro dei suoi obblighi (*überschüssende Verfügungsmacht*) nei confronti del fondatore stesso *in primis*, ma anche nei confronti dei beneficiari, i quali sono sì gli aventi diritto economico sulla sostanza e sui redditi prodotti dai beni e dai diritti che formano il *trust*, ma hanno unicamente una pretesa giustiziabile di natura obbligatoria (*einklagbares Forderungsrecht*) verso il *trustee* ai fini di ottenere che egli adempia a quanto stabilito nell'atto costitutivo. Da notare che questa pretesa giustiziabile di natura obbligatoria compete solo ai beneficiari e non al *settlor*, cioè al fondatore.

Merita ancora di essere sottolineata una caratteristica tipica del *trust*: i beni che vi sono conferiti e che vengono trasferiti al *trustee* non entrano a far parte del suo patrimonio personale e sono anzi segregati (o "posteggiati" separatamente) dal suo patrimonio, risultando così sottratti alle pretese dei suoi creditori personali. Alla stessa stregua i beni del *trust* non possono, quindi, far parte del regime matrimoniale e dell'asse successorio del *trustee*. Significa, dunque, che non si dà luogo alla cd. confusione dei beni del *trust* con quelli del *trustee*, cosicché nel caso di una sua insolvenza o di un suo fallimento gli stessi beni non rientrano nella massa fallimentare. Inoltre i beneficiari hanno un diritto di revoca dei beni del *trust* nel caso in cui il *trustee* dovesse violare l'obbligo di tenere distinto il patrimonio del *trust* dal suo personale.

Di regola, il *trust* può essere costituito solo a tempo determinato (*rule against perpetuities*), fatta salva la regolamentazione del *trust* caritatevole, che non essendo costituito a favore

di persone beneficiarie designate nell'atto, bensì a favore di scopi di beneficenza, può durare a tempo indeterminato. Ma la regola è che una volta decorso il termine, il patrimonio del *trust* deve essere suddiviso tra i beneficiari. Di principio il *trust* deve sussistere, una volta costituito, per la durata media della vita di una persona a cui si aggiungono 21 anni. Nella prassi questo principio si rivela talora complesso da applicare e, in caso di violazione, può condurre a considerare il *trust* come non giuridicamente valido, con la conseguente restituzione dei beni al *settlor*, rispettivamente alla sua successione.

Il *trust* si distingue dalla fondazione, tra l'altro, per il fatto che il suo patrimonio distinto, separato e dedicato allo scopo previsto non ha personalità giuridica e, quindi, il *trust* stesso non è un soggetto giuridico e dunque nemmeno fiscale. Inoltre, la fondazione viene costituita a tempo indeterminato e non può essere revocata dal costituente, cosa che invece il fondatore di un *trust* che non sia irrevocabile può sempre fare a condizione che la facoltà di revoca (*power of revocation*) sia espressamente riservata nell'atto costitutivo (in questo caso si parla di *grantor trust* e negli Stati Uniti d'America di *living trust*).

Come noto, esistono più tipologie di *trust*. Senza entrare troppo nei dettagli basti qui ricordare che oltre al *trust* revocabile vi sono due tipi di *trust* irrevocabili:

- uno è l'*irrevocable fixed interest trust* per il quale il *settlor* ha già previsto nell'atto costitutivo i dettagli relativi ai beneficiari, designandoli individualmente e precisando i loro diritti e, dunque, il *trustee* non ha alcun potere discrezionale nella scelta dei beneficiari e nell'attribuire loro proventi e/o i valori patrimoniali del *trust*; in questo tipo di *trust* irrevocabile il *settlor* si priva definitivamente della propria sostanza e i beneficiari sono considerati gli usufruttuari delle quote stabilite dal fondatore: le singole devoluzioni sono, quindi, assoggettate alle imposte cantonali di successione ed eventuali proventi incassati dai beneficiari soggiacciono all'imposta sul reddito, a meno che si tratti di utili in capitale privati non imponibili secondo la Circolare dell'AFC;
- per contro, nell'*irrevocable discretionary trust*, il *settlor*, pur avendo alienato al *trustee* la proprietà sul patrimonio del *trust*, definisce di regola soltanto delle categorie ideali di beneficiari, senza specificarne l'identità (ad es. i membri della famiglia) e la decisione finale su coloro che dovranno beneficiare delle elargizioni viene lasciata alla discrezione del *trustee*. I beneficiari (che possono anche non sapere di esserlo) hanno, quindi, unicamente un'aspettativa sui beni del *trust* perché al momento della sua costituzione non vi è ancora un loro arricchimento, non essendo stato ancora stabilito quali persone, in quale misura e in quale momento beneficeranno davvero un giorno di un'elargizione. Dal profilo fiscale il patrimonio e i proventi della sostanza nel *trust* discrezionale non è imputabile al *trust* perché non è un soggetto giuridico e nemmeno al *trustee* che non ne è l'avente diritto economico e tantomeno ai beneficiari designati, e ciò finché non vi è alcun afflusso a loro vantaggio. In questo caso nella prassi, secondo la Circolare dell'AFC, sostanza e redditi del *trust* vengono imputati al *settlor* se egli aveva il suo domicilio in Svizzera al momento

della costituzione del *trust*. In caso di domicilio all'estero il patrimonio non è imponibile né in capo al *settlor* né in capo ai beneficiari e gli averi patrimoniali i proventi, rispettivamente i loro proventi diventano imponibili in capo a questi ultimi solo quando confluiscono nella loro sostanza e nei loro redditi.

III. La necessità di agire a livello legislativo (Handlungsbedarf)

Perché vi è necessità di agire a livello legislativo? Prima di tutto per accrescere la trasparenza; oggi è, infatti, indispensabile far ricorso a disposizioni legali di altri Stati con cui pochi addetti ai lavori hanno dimestichezza; queste disposizioni possono, infatti, variare anche significativamente a seconda del diritto straniero applicabile nel caso concreto.

Maggiore trasparenza comporta anche maggiore sicurezza del diritto e, quindi, prevedibilità degli effetti giuridici per i clienti e per la piazza finanziaria, il che a sua volta va a tutto vantaggio della credibilità e reputazione dell'istituto stesso nella misura in cui viene ridotta al minimo – se non esclusa – la possibilità di strumentalizzazione del *trust* a fini dell'evasione fiscale, e ciò anche da parte di soggetti non residenti in virtù allo scambio automatico di informazioni.

La seconda ragione è la creazione di valore aggiunto per la nostra piazza economica: grazie ad un *trust* di diritto svizzero si creerebbero posti di lavoro nel nostro Paese per poter soddisfare la domanda costantemente in crescita. A dispetto della grande mobilità del capitale sarebbe così possibile trattenere in Svizzera consistenti averi patrimoniali di cittadini svizzeri residenti all'estero e attirare quelli di cittadini stranieri interessati ad una gestione patrimoniale secondo i criteri di qualità dei nostri istituti finanziari. Il terzo motivo è che la vigilanza sui *trustee* stranieri è molto più complessa in un'ottica di prevenzione del riciclaggio di denaro che non invece sui *trustee* svizzeri e residenti nel nostro Paese.

Sempre in punto alla necessità di agire a livello legislativo va segnalato quanto è emerso da uno studio intitolato "*Regulierungsfolgenabschätzung zur Schaffung einer gesetzlichen Regelung von Trusts in der Schweiz – Analyse der volkswirtschaftlichen Auswirkungen*, riportato nel recente rapporto finale del Büro für Arbeits- und sozialpolitische Studien (BASS AG)", del 5 dicembre 2019, allestito su incarico dell'Ufficio federale di giustizia, del Segretariato di Stato per le questioni finanziarie internazionali e dalla SECO^[5]. Lo studio si fonda tra l'altro su una serie di interviste e di questionari sottoposti a diversi esperti e attori nei settori giuridico, fiscale e finanziario del nostro Paese, che si occupano professionalmente anche della gestione di *trust* stranieri. Il risultato più interessante di questo lavoro è che anche quegli esperti che hanno menzionato le difficoltà tecniche che potrebbero sorgere nella codificazione di un *trust* di diritto svizzero, sono dell'opinione che vi sia comunque

[5] Lo studio è disponibile al seguente link: https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Publikationen_Dienstleistungen/Publikationen_und_Formulare/Regulierung/regulierungsfolgenabschaetzung/vertiefte-rfa/rfa_zur_schaffung_einer_gesetzlichen_regelung_von_trusts_in_der_schweiz/rfastudie.html (consultato l'08.04.2020).

necessità di agire a livello legislativo, soprattutto in considerazione della prassi assai restrittiva del Tribunale federale circa gli scopi ammissibili delle fondazioni di famiglia e alla luce del divieto delle fondazioni di mantenimento. Questa forte limitazione rende pressoché impossibile soddisfare il bisogno della pianificazione successoria individuale e giustifica pertanto la regolamentazione di un modello di *trust* elvetico.

Molti esperti hanno anche segnalato la necessità di andare oltre, modificando le norme vigenti in materia di porzione legittima. Le attuali porzioni legittime del diritto successorio svizzero risultano, infatti, troppo elevate e vanificano spesso una pianificazione successoria individuale efficace: non per nulla è pendente davanti al parlamento una proposta del Consiglio federale di revisione in senso più liberale, con un accrescimento sensibile della porzione disponibile.

Altri esperti hanno evidenziato il contributo che un *trust* di diritto svizzero fornirebbe all'attrattività della nostra piazza finanziaria agli occhi di persone benestanti residenti all'estero che, soprattutto per ragioni di sicurezza e di stabilità politica, desiderano trasferire tutto o parte del loro patrimonio nel nostro Paese. Oltre a incrementare la nostra competitività, il valore aggiunto diretto e indiretto, legato alla prevista diffusione del *trust* di diritto svizzero – anche se l'istituto interessa solo una ristretta fascia di popolazione con patrimonio netto superiore ai 5 mio. di fr. secondo lo studio – viene stimato nella variante di calcolo media a 137 mio. di fr. e nella variante elevata a 454 mio. di fr. all'anno, mentre il gettito fiscale supplementare per gli enti pubblici (imposta federale diretta, imposta sul reddito dei Cantoni e dei Comuni, imposta sul valore aggiunto e contributi sociali) è stato stimato nella variante media a 57 mio. di fr. all'anno e in quella elevata a 190 mio. di fr. all'anno.

Circa il 66% dei professionisti interpellati hanno ritenuto che il nostro diritto presenti a tal proposito una vera e propria lacuna da colmare e, di conseguenza, un gruppo di esperti ha formulato anche una proposta di modello normativo per un *trust* svizzero da regolare nel CO. A loro avviso l'istituto dovrebbe riprendere quanto previsto dalla già citata Convenzione dell'Aja, almeno nei suoi lineamenti principali, e presentare inoltre le seguenti caratteristiche:

- la costituzione dovrebbe avvenire o per contratto o per dichiarazione unilaterale o per disposizione *mortis causa*, ritenuto che nei primi due casi la forma scritta dovrebbe essere obbligatoria;
- la costituzione dovrebbe prevedere una o più persone beneficiarie già determinate e il *trust* dovrebbe avere una durata determinata (massimo 60 anni), con possibilità di revoca da parte del *settlor*;
- dovrebbero essere esclusi il *trust* caritatevole e il *purpose trust*, per ridurre il rischio di abusi;
- il patrimonio del *trust* dovrebbe configurarsi come distinto da quello del *trustee* e, quindi, per sé stante, con la conseguente separazione dalla sua massa fallimentare;
- dovrebbero essere disciplinati i diritti e gli obblighi del *trustee*, in particolare con riferimento ai doveri di diligenza, di

rendiconto e di informazione e dovrebbe essere prevista la facoltà di designare un *protector*;

- andrebbero precisati i diritti dei beneficiari (anche di essere informati), indicando quando essi possono far valere pretese giustiziabili verso il *trustee* e quando, invece, essi hanno soltanto delle aspettative sul *trust*;
- andrebbe prevista una giurisdizione non litigiosa e una procedura arbitrale per tutte le questioni relative ad un *trust*, per snellire i tempi procedurali e ridurre i costi giudiziari in caso di contenzioso;
- le restrizioni previste dall'art. 335 CC (divieto delle fondazioni di famiglia finalizzate al mantenimento) e quelle dell'art. 488 cpv. 2 CC non andrebbero applicate al *trust* (divieto della sostituzione fedecommissaria ripetuta; *de lege lata* l'obbligo di trasmettere l'eredità ad un erede sostituito non può, infatti, essere imposta anche a quest'ultimo);
- infine, il trattamento fiscale del *trust* svizzero dovrebbe rispecchiare di regola quello previsto attualmente per i *trust* stranieri.

IV. I surrogati (inadeguati) del diritto svizzero vigente

Ma vi sono anche altri motivi che suggeriscono l'adozione del *trust* nel diritto svizzero. La flessibilità di questo strumento lo rende particolarmente idoneo alla pianificazione successoria in casi particolari, dove ad es. i beneficiari possono essere minorenni bisognosi di protezione o adulti portatori di *handicap*, oppure ancora per un trapasso successorio in più fasi e secondo precise modalità decise dal *settlor* o ancora per il perseguimento di progetti di utilità pubblica, per la successione aziendale e per determinati negozi giuridici di garanzia o a fini previdenziali. Non per niente Paesi come la Scozia, il Liechtenstein, Malta e l'Austria lo hanno codificato nella loro legislazione civile e fiscale.

Come ha rilevato la dottrina e, in particolare, il professor Luc THÉVENOZ^[6], benché i *trust* assoggettati a una legislazione straniera siano riconosciuti nel nostro Paese in virtù della Convenzione dell'Aja, i privati e le imprese residenti in Svizzera vi fanno raramente ricorso perché l'applicazione del diritto straniero è più impegnativa e crea sempre una certa esitazione o insicurezza. Infatti, “[l]es actes du trust, presque toujours rédigés en anglais, sont d'une grande complexité et reposent sur des notions juridiques qui ne sont pas les nôtres. De ce fait, les personnes qui pourraient souhaiter organiser une transmission de certains biens sur plusieurs générations, et notamment pourvoir aux besoins d'un descendant vulnérable ou incapable de discernement, n'ont pas d'accès à un instrument de structuration patrimoniale utilisé dans de nombreux autres Pays. [...] Un trust de droit interne permettrait de régler de nombreuses situations dans les limites fixées par notre ordre public. Il permettrait aussi de donner une solution simple et fiable à des problèmes répandus qui n'ont pas encore trouvé une solution sûre en droit actuel”^[7].

[6] LUC THEVENOZ, Propositions pour un trust suisse; in: *Revue suisse de droit des affaires et du marché financier*, n. 2/2018, vol. 90, pp. 99-112, <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:105758> (consultato l'08.04.2020).

[7] THÉVENOZ, p. 99.

In effetti, come rileva per altro lo stesso autore, le alternative offerte dal diritto svizzero non solo non presentano la flessibilità del *trust*, ma neppure rendono possibile il raggruppamento di tutti gli scopi che generalmente si prefigge un *settlor*. Il diritto svizzero sulle fondazioni (art. 80 ss. CC) si rivela subito problematico per un disponente che intendesse ad es. garantire il mantenimento di un membro della sua famiglia attraverso il versamento di una rendita periodica, evitando che entri in possesso del patrimonio appartenente all'asse successorio. La fondazione di famiglia del nostro diritto può essere eretta, infatti, unicamente per far fronte ai costi di educazione, dotazione o assistenza dei membri di una famiglia o per altri simili fini (art. 335 CC), ma non per il loro mantenimento e quindi non per beneficiare uno o più membri della famiglia, a prescindere dalla loro situazione personale (una disabilità o una malattia), con versamenti di mantenimento regolari che consentano loro semplicemente un buon o migliore tenore di vita^[8].

Il secondo grosso problema della fondazione è che le disposizioni vigenti impediscono al disponente di revocarla e, quindi, di ridiventare proprietario del patrimonio personificato (*personifiziertes Vermögen*) dedicato allo scopo prescelto.

Un terzo problema è di natura fiscale: l'erezione di fondazione è soggetta di per sé all'imposta di donazione e successione per i valori patrimoniali conferiti nel suo capitale di dotazione e in taluni Cantoni l'aliquota d'imposta è quella applicata ai beneficiari non parenti del disponente e, quindi, la più elevata, con un onere fiscale quindi assai gravoso. Durante la sua esistenza la fondazione è assoggettata – come un normale soggetto fiscale con personalità giuridica propria – alle imposte sulla sostanza e sul reddito. Inoltre le prestazioni finanziarie della fondazione ai suoi destinatari (beneficiari statuari) non sono trattate in modo uniforme dal diritto fiscale dei Cantoni: alcuni le tassano con l'imposta sul reddito, altri con l'imposta di donazione, altri ancora le considerano esenti da ogni imposta se si tratta di contributi di sostegno finanziario. A tale proposito, secondo una sentenza dell'Alta Corte "*sind Ausschüttungen von Ertrag der Einkommenssteuer und nicht der Schenkungssteuer zu unterwerfen*"^[9]. Il Tribunale federale non si è, invece, pronunciato su come vadano trattati i proventi versati a terze persone attingendo alla sostanza della fondazione.

Complessivamente la soluzione della fondazione appare, quindi, svantaggiosa e inadeguata, in particolare per il cumulo fiscale che comporta (con doppia imposizione: prima a livello di conferimento del capitale di dotazione alla neocostituita fondazione e poi al livello di versamenti ai beneficiari, oltretutto spesso, ad entrambi i livelli, attraverso l'imposta di donazione ad aliquota massima).

A parte la fondazione del diritto svizzero, entrerebbe in considerazione quale surrogato al *trust* un negozio fiduciario. Si

tratta di un contratto con cui il fiduciante incarica il fiduciario, il quale accetta, di stipulare un negozio giuridico in rappresentanza indiretta, ossia in proprio nome, ma nell'interesse e per conto del fiduciante.

Pur non essendo regolato dal CO, il contratto fiduciario è disciplinato per analogia dagli artt. 394 ss. CO, applicabili al contratto di mandato. La gestione fiduciaria e la garanzia fiduciaria (derivanti rispettivamente dalla fiducia *cum amico* e dalla fiducia *cum creditore* del diritto romano) presentano un'analogia funzionale con il *trust* nella misura in cui entrambi prevedono una dissociazione temporanea (ma spesso anche duratura) tra la titolarità giuridica di determinati attivi e il loro beneficio economico, perché il fiduciante (come il *settlor*) trasferisce la titolarità giuridica dei suoi beni al fiduciario che si impegna ad agire nell'interesse di uno o più beneficiari.

Nella gestione fiduciaria il beneficiario è lo stesso fiduciante al quale il fiduciario dovrà restituire i beni alla fine del rapporto giuridico e nella garanzia fiduciaria il beneficiario è, *in primis*, il creditore (spesso il fiduciario) e, in via sussidiaria, il fiduciante dopo che il creditore è stato tacitato. Tipico esempio è la prassi della consegna fiduciaria alla banca creditrice di cartelle ipotecarie con contestuale trasferimento della proprietà sui titoli a garanzia del credito ipotecario: la stragrande maggioranza dei crediti immobiliari in Svizzera (un mercato di oltre 1'000 mia. di fr.) è garantita in questa modalità.

Tuttavia il negozio fiduciario non è stato concepito storicamente ai fini della trasmissione di beni a terze persone beneficiarie, ciò che invece contraddistingue la stragrande maggioranza dei *trust*. Il negozio fiduciario non è un succedaneo valido al *trust* anche per due altre ragioni:

- primo, perché l'art. 404 CO – che è di natura imperativa – prevede la revocabilità del mandato da parte del mandante, rispettivamente la deposizione del mandato da parte del mandatario in qualsiasi momento, e
- secondo perché il fiduciante conserva la facoltà di dare istruzioni vincolanti al fiduciario (art. 397 CO), di modo che quest'ultimo rimane necessariamente sottoposto al controllo del fiduciante nell'interesse del quale è tenuto ad agire, anziché poter operare in modo indipendente.

Ma proprio l'indipendenza del *trustee* è, invece, uno dei punti di forza del *trust*: il *trustee* non è tenuto, infatti, a rispondere al *settlor* per l'adempimento conforme delle volontà espresse nell'atto costitutivo, bensì deve semmai risponderne ai beneficiari. Un'ulteriore differenza consiste nel fatto che, riservato l'art. 401 CO, gli attivi e passivi affidati al fiduciario non si configurano come un patrimonio distinto dal patrimonio personale di quest'ultimo e, quindi, (salvo in casi particolari) non possono essere estromessi dalla sua massa fallimentare in caso di insolvenza.

Inoltre in caso di decesso, incapacità di agire e fallimento del fiduciante o del fiduciario si estingue il rapporto fiduciario, riservati i patti contrari (art. 405 CO). Ne segue che eventuali terzi beneficiari dal negozio fiduciario non sono abilitati a far

[8] Divieto delle cd. *Unterhaltstiftungen*, cfr. DTF 127 III 337; DTF 108 II 393 e DTF 93 II 439.

[9] Sentenza TF n. 2A.668/2004 del 22 aprile 2005.

valere pretese risarcitorie verso il fiduciario, a meno che la loro posizione giuridica sia stata rafforzata attraverso la costituzione di un usufrutto a loro favore sui beni affidati al fiduciario (art. 745 CC) o che il negozio fiduciario sia stato combinato con un contratto a favore di terzi ai sensi dell'art. 112 CO.

V. Conclusioni

Nelle prossime settimane dovrebbe essere licenziato il rapporto del Consiglio federale in merito al mio postulato n. 15.3098, citato in esordio: scopriremo, quindi, se il Governo sarà riuscito a mitigare il suo scetticismo di fondo nei confronti di un *trust* di diritto svizzero, anche alla luce di una così chiara maggioranza parlamentare, delle risultanze della consultazione negli ambienti interessati e dell'evoluzione in corso in diversi altri Paesi europei.

L'introduzione di questo istituto flessibile nell'ordinamento giusprivatistico svizzero aprirebbe nuovi spazi d'azione interessanti nell'ambito della pianificazione successoria, privata e aziendale, e del perseguimento di progetti di utilità pubblica o a finalità previdenziale. Se ne gioverebbe anche la nostra piazza finanziaria che potrebbe offrire uno strumento apprezzato da residenti e non residenti con patrimoni rilevanti e interessati ad una gestione di qualità. Ne guadagnerebbero sia la trasparenza per gli addetti ai lavori sia la sicurezza del diritto, potendo essere applicate disposizioni del diritto domestico e non più di diritto straniero (con tutte le difficoltà connesse). Sarebbero così superate le difficoltà e inadeguatezze legate alle restrizioni tipiche del diritto svizzero delle fondazioni, delle fondazioni di famiglia e delle norme che disciplinano i negozi fiduciari.