

Decreto federale che approva la Convenzione dell'Aia relativa alla legge applicabile ai trust e al loro riconoscimento

Rapporto esplicativo ai fini della procedura di consultazione

del 16 settembre 2004

Compendio

Il trust è un istituto caratteristico della tradizione giuridica dei Paesi di common law, ma è presente anche nella realtà economica e normativa svizzera. Data la crescente importanza economica di tale istituto giuridico e il sentimento di insoddisfazione causato dalle inadeguatezze dell'attuale legislazione, l'Associazione Svizzera dei Banchieri si è rivolta all'Ufficio federale di giustizia per chiedere che fosse intrapreso l'iter di ratifica della Convenzione dell'Aia sulla legge applicabile ai trust.

Nel maggio dell'anno scorso l'allora consigliere nazionale Marc Suter (PLR) ha presentato una mozione (03.3233, ripresa nel frattempo dal consigliere nazionale Fulvio Pelli) in cui chiedeva al Consiglio federale «di prendere celermente le disposizioni necessarie affinché possa essere immediatamente ratificata la Convenzione dell'Aia del 1985 relativa alla legge applicabile ai trust e al loro riconoscimento» e «di presentare al più presto un messaggio per l'adeguamento del diritto svizzero, segnatamente del diritto che disciplina l'insolubilità e le fondazioni di famiglia (art. 335 CC), affinché l'istituto giuridico del trust sia applicabile anche in Svizzera».

A metà ottobre il Consiglio federale si è detto disposto ad accogliere la mozione per quel che concerne l'elaborazione di un messaggio sul riconoscimento dei trust esteri e il necessario adeguamento del diritto svizzero. Siccome però tale proposito può essere realizzato in due modi diversi – vale a dire con la ratifica della Convenzione sui trust e i corrispondenti adeguamenti del diritto svizzero oppure mediante l'introduzione di una normativa autonoma nella legge federale sul diritto internazionale privato (LDIP) – e sarebbe prematuro decidere sin d'ora la via da percorrere, ha proposto di trasformare in postulato la prima delle due richieste contenute nella mozione, prospettando nel contempo la possibilità di esaminare rapidamente la questione della via da percorrere.

Tra la metà di dicembre 2003 e la fine di marzo 2004, l'Ufficio federale di giustizia ha svolto una procedura informale di consultazione preliminare. Le associazioni economiche interessate, determinate autorità e le facoltà di diritto delle università svizzere hanno ricevuto un primo avamprogetto di legge che, partendo dal presupposto di una ratifica della Convenzione dell'Aia sui trust, proponeva un adeguamento del diritto civile svizzero. Il presente disegno si basa su tale primo avamprogetto (elaborato sulla base delle proposte avanzate da una ricerca del prof. Luc Thévoz, dell'università di Ginevra) e sui pareri espressi in sede di consultazione.

Il disegno prevede l'approvazione della Convenzione dell'Aia sui trust e integra nella legge federale sul diritto internazionale privato (RS 291) le necessarie disposizioni sulla competenza e sul riconoscimento delle decisioni straniere, oltre ad alcune norme sulla pubblicità di diritto privato. Contestualmente viene adeguata anche la legge federale sulla esecuzione e sul fallimento (RS 281.1), per tener conto della separazione tra beni del trust e patrimonio del trustee prevista dalla normativa sui trust.

Indice

Compendio	2
1 Parte generale	5
1.1 Situazione iniziale	5
1.2 Il trust	6
1.2.1 Nozione e tipi	6
1.2.2 Funzioni del trust	6
1.2.3 Diffusione del trust	7
1.2.4 Importanza economica del trust in Svizzera	7
1.2.5 Effetti e natura giuridica del trust	8
1.2.5.1 Differenze tra trust e fiducia	8
1.2.5.2 Differenze tra trust e fondazione	8
1.2.5.3 Segregabilità nel fallimento	9
1.2.5.4 Posizione del beneficiario	9
1.2.5.5 Tracing	9
1.2.5.6 Nessun diritto reale a favore del beneficiario	10
1.3 Grandi linee della Convenzione dell’Aia sui trust	11
1.4 Conseguenze della ratifica della Convenzione	13
1.4.1 Situazione giuridica attuale	13
1.4.1.1 Riconoscimento del trust in base alla legge federale sul diritto internazionale privato (LDIP)	13
1.4.1.1.1 Qualificazione giuridica del trust	13
1.4.1.1.2 Il constructive trust	13
1.4.1.1.3 L’articolo 154 capoverso 1 LDIP	13
1.4.1.1.4 L’articolo 154 capoverso 2 LDIP	14
1.4.1.1.5 Il trust testamentario	14
1.4.1.1.6 Il trust con funzione di garanzia	15
1.4.1.1.7 L’articolo 335 capoverso 2 CC	15
1.4.1.2 Portata del riconoscimento secondo la LDIP	16
1.4.1.2.1 Principio	16
1.4.1.2.2 Segregabilità e ordine pubblico	16
1.4.1.2.3 No al riconoscimento del tracing	17
1.4.2 Situazione giuridica in caso di ratifica della Convenzione dell’Aia	18
1.4.2.1 Riconoscimento	18
1.4.2.1.1 Qualificazione	18
1.4.2.1.2 Il constructive trust	18
1.4.2.1.3 Legge applicabile	18
1.4.2.1.4 Il trust testamentario	18
1.4.2.1.5 Garanzie reali	19
1.4.2.2 Portata del riconoscimento secondo la Convenzione	19
1.4.2.2.1 Riconoscimento più esteso	19
1.4.2.2.2 Regime matrimoniale e diritto successorio	19
1.4.2.2.3 Ordine pubblico	19
1.4.2.2.4 Leggi d’applicazione necessaria	20
1.4.3 Vantaggi della Convenzione rispetto all’attuale LDIP	20
1.4.3.1 Scenario determinante	20

1.4.3.2	Certezza del diritto	20
1.4.3.3	Vantaggi connessi	21
1.4.4	Compatibilità della Convenzione con l'ordinamento giuridico svizzero	21
1.4.4.1	Principio di pubblicità nel diritto civile	21
1.4.4.2	No al pieno riconoscimento del tracing	22
1.4.4.3	Numerus clausus dei diritti reali	23
1.4.4.4	Azione derivante da atti illeciti e azione d'indebito arricchimento secondo il diritto svizzero	24
1.4.4.5	Riserva dello statuto reale	25
1.4.5	Possibili obiezioni di carattere giuspolitico	25
1.4.5.1	Riciclaggio di denaro	25
1.4.5.2	Diritto fiscale	26
1.4.5.3	Elusione del diritto civile svizzero	27
1.5	Revisione della LDIP quale alternativa alla ratifica della Convenzione	28
1.6	Risultati della procedura di consultazione preliminare	28
2	Parte speciale: commento delle modifiche legislative proposte	29
2.1	Legge federale sul diritto internazionale privato (LDIP, RS 291)	29
2.2	Rinuncia all'inserimento di disposizioni nel Codice civile svizzero (CC, RS 210)	35
2.3	Rinuncia all'inserimento di disposizioni nel Codice delle obbligazioni (CO, RS 220)	35
2.4	Legge federale sulla esecuzione e sul fallimento (LEF, RS 281.1)	36
2.5	Rinuncia all'inserimento di disposizioni sulla vigilanza	38
2.6	Rinuncia all'inserimento di norme di diritto fiscale	39
2.7	Dichiarazioni e riserve relative alla Convenzione	39
2.7.1	Articolo 16 capoverso 3	39
2.7.2	Articolo 20 capoverso 1	39
2.7.3	Articolo 21	40
2.7.4	Articolo 22	40
3	Diritto comparato	40
4	Ripercussioni del progetto	42
4.1	Ripercussioni di ordine finanziario e sul personale	42
4.2	Ripercussioni sull'informatica	42
4.3	Ripercussioni sull'economia	42
5	Rapporti con il diritto europeo	42
6	Basi legali	43

Rapporto esplicativo

1 Parte generale

1.1 Situazione iniziale

Nel 1985 la Conferenza dell'Aia di diritto internazionale privato ha adottato la *Convenzione relativa alla legge applicabile ai trust e al loro riconoscimento*. La Svizzera era presente alle deliberazioni, rappresentata da Alfred von Overbeck, professore all'università di Losanna e direttore dell'Istituto svizzero di diritto comparato. Di sua penna sono il rapporto della commissione speciale relativo all'avamprogetto e il rapporto esplicativo che accompagnava la versione definitiva della Convenzione.

La Convenzione, in vigore dal 1° gennaio 1992, si applica attualmente in Italia, in Olanda, a Malta, in Australia, in Canada, in Gran Bretagna e a Hong Kong. Dal 1° gennaio di quest'anno è in vigore anche nel Lussemburgo. La Dieta del Liechtenstein esaminerà l'eventualità di una ratifica verosimilmente nel prossimo autunno.

L'Ufficio federale di giustizia si era già chinato sulla questione di un'eventuale ratifica della Convenzione da parte della Svizzera agli inizi degli anni Novanta, ma in seguito al riscontro piuttosto sfavorevole da parte delle banche il progetto fu di nuovo accantonato, per essere ripreso nel 1999, quando su impulso di un gruppo di società ginevrine operanti nel settore della gestione patrimoniale l'Ufficio federale di giustizia incaricò Luc Thévenoz, professore all'università di Ginevra, di svolgere una ricerca sul tema, i cui risultati sono poi stati presentati in un libro pubblicato nel 2001. Da allora l'Ufficio federale di giustizia si è occupato approfonditamente della questione.

L'8 maggio 2003 l'allora consigliere nazionale Marc Suter ha presentato una mozione (03.3233, in seguito ripresa dal Consigliere nazionale Fulvio Pelli) dal tenore seguente: «Il Consiglio federale è incaricato

- di prendere celermente le disposizioni necessarie affinché possa essere immediatamente ratificata la Convenzione dell'Aia del 1985 relativa alla legge applicabile ai trust e al loro riconoscimento;
- di presentare al più presto un messaggio per l'adeguamento del diritto svizzero, segnatamente del diritto che disciplina l'insolubilità e le fondazioni di famiglia (art. 335 CC), affinché l'istituto giuridico del trust sia applicabile anche in Svizzera.»

Il Consiglio federale ha dichiarato di essere disposto ad accogliere il punto 1 della mozione, mentre ha proposto di trasformarla in postulato per quel che concerne il punto 2.

Come si evince dalla motivazione addotta dal Consiglio federale, il punto 1 corrisponde alla seconda richiesta della mozione e il punto 2 alla prima richiesta.

Tra la metà di dicembre 2003 e la fine di marzo 2004 l'Ufficio federale di giustizia ha svolto una procedura informale di consultazione preliminare. Le associazioni economiche interessate, talune autorità e le facoltà di diritto delle università svizzere hanno ricevuto un primo avamprogetto di legge che, partendo dal presupposto di una ratifica della Convenzione dell'Aia sui trust, proponeva un adeguamento del diritto

civile svizzero. Questo primo avamprogetto, insieme ai pareri inoltrati, sta alla base del disegno di legge proposto nell'ambito della presente procedura.

1.2 Il trust

1.2.1 Nozione e tipi

Il trust è un istituto giuridico nato storicamente in Inghilterra per poi diffondersi principalmente nei Paesi di *common law*. Il concetto sta ad indicare un rapporto giuridico consistente in un trasferimento fiduciario di beni a una o più persone (*trustee*), incaricate di amministrarli e di impiegarli per uno scopo prestabilito dal costituente (*settlor*). Lo scopo può essere di ordine generale (nel caso del cosiddetto “*purpose trust*”) oppure (nel caso del “*private trust*”) favorire determinate persone (*beneficiaries*).

Se il trust è istituito a vantaggio di singoli beneficiari, bisogna inoltre distinguere tra i casi in cui è noto sin dall'inizio chi riceve una determinata prestazione e i casi in cui tale decisione spetta invece ai *trustee*. Nel primo caso si parla di *fixed interest trust*, nel secondo caso di *discretionary trust*. Il *settlor* ha anche la possibilità di avvantaggiare se stesso e può anche riservarsi il diritto di liquidare il trust in un secondo tempo e di appropriarsi dei beni residui: in tal caso si parlerà di *revocable trust*.

Il trust può essere istituito sia per negozio giuridico tra vivi sia per testamento. In materia di trust si distingue tra *express trust* e *implied trust*, a dipendenza delle modalità d'istituzione (per dichiarazione di volontà espressa o per atto concludente). Le norme che disciplinano i trust associano a determinati comportamenti una presunzione confutabile quanto alle intenzioni. Il trust che nasce in virtù di una siffatta presunzione è denominato *resulting trust*.

Dall'*implied* e dal *resulting trust* occorre poi distinguere il cosiddetto *constructive trust*. Il *constructive trust* non fa parte dei trust istituiti mediante atto giuridico: si tratta in questo caso di una costruzione risultante dall'applicazione analogica delle norme sui trust ad altri rapporti giuridici. I sistemi di *common law* conferiscono a taluni rapporti giuridici effetti mutuati dalla legislazione sui trust. Uno dei principali casi d'applicazione è rappresentato dalla cosiddetta *fiduciary relationship*, i rapporti giuridici caratterizzati da un particolare rapporto di fiducia. Il «fiduciario» è tenuto a restituire al costituente i profitti ricavati dai negozi che ha concluso per suo conto ma che per loro natura spettano al costituente; quanto all'obbligo di restituzione, il fiduciario è considerato alla stessa stregua di un *trustee*, sicché la sua responsabilità è fondata sui principi della normativa sui trust e gli elementi patrimoniali interessati, ricavi e surrogazioni compresi, sono sottratti alle pretese dei suoi creditori (si veda il n. 1.2.5). Per «fiduciari» s'intendono qui soprattutto le persone responsabili, per contratto o per legge, dell'amministrazione di un patrimonio.

1.2.2 Funzioni del trust

Nei Paesi di *common law*, l'istituto giuridico del trust svolge tutta una serie di funzioni e pertanto assume un ruolo di primo piano nella vita giuridica degli Stati in questione. Tra le altre cose, il trust può assolvere le funzioni di istituti del diritto svizzero quali l'amministrazione fiduciaria, il trasferimento di proprietà a scopo di

garanzia, la fondazione, la fondazione di famiglia, l'associazione, la società cooperativa, la donazione onerosa o la disposizione per causa di morte, il legato, la sostituzione fedecommissaria o il legato con sostituzione fedecommissaria, la proprietà per piani, il sindacato di azionisti, la gestione o liquidazione patrimoniale nell'ambito di un concordato ai sensi della legge federale sulla esecuzione e sul fallimento (LEF, RS 281.1). Talune forme particolari di trust hanno inoltre funzione di istituzione di previdenza a favore del personale o di comunione di obbligazionisti. La legge prevede l'istituzione di un trust d'ufficio in caso di amministrazione concordataria, di esecuzione testamentaria, di tutela e di amministrazione di masse fallimentari.

Si ricorre al trust, o perlomeno vi si ricorreva in passato, anche come forma di organizzazione per i cartelli. È per questa ragione che nel diritto dei cartelli si parla di "legislazione anti-trust" e che il concetto di *trust* ha una connotazione negativa per molte persone.

1.2.3 Diffusione del trust

Come illustrato in precedenza, il trust è un istituto giuridico conosciuto innanzitutto nei sistemi di *common law*. Esiste però anche al di fuori di queste aree, negli ordinamenti giuridici di Paesi come la Scozia, il Sudafrica, il Québec e la Louisiana. Altri Stati, come il Giappone, Panama, il Liechtenstein, il Messico, la Colombia, Israele e l'Argentina, prevedono istituti analoghi.

1.2.4 Importanza economica del trust in Svizzera

In Svizzera vi sono numerosi beni che appartengono a trust o sono amministrati per conto di trust. Può trattarsi di titoli, denaro o altri collocamenti ubicati in Svizzera presso una banca nell'ambito di un contratto di deposito, di servizi bancari o simili, oppure di azioni od obbligazioni di società elvetiche acquisite da trust ubicati all'estero. Infine può anche trattarsi di beni immobili e mobili facenti parte di partecipazioni dirette o indirette, che vengono ceduti a trust.

Rivestono di sicuro una straordinaria importanza economica i beni collocati nelle banche in Svizzera e sui quali le banche prelevano diritti di custodia, commissioni per le operazioni su titoli e commissioni amministrative. Grazie alla maggiore mobilità dei privati, in Svizzera risiede un numero crescente di beneficiari e di altre persone che fanno parte di un trust. Ma aumenta sempre più, tra le ditte domiciliate in Svizzera, anche il numero di imprese specializzate nell'amministrazione di trust. Centro delle loro attività sono le piazze finanziarie di Ginevra, Zurigo, Basilea e Lugano. È in crescita anche il numero di banche che dispongono di un settore specializzato nei trust. Aumentano le società fiduciarie e gli studi legali specializzati nel settore della pianificazione e amministrazione dei trust. Si tratta di un affare che presenta un grande potenziale di crescita, dato che i cosiddetti *offshore centers* (Isole del Canale e talune isole dei Caraibi), che servivano da base per l'istituzione di gran parte dei trust, sono soggetti a una crescente pressione internazionale. La Svizzera, che vanta da un canto servizi di gestione e di consulenza di alto livello qualitativo e discrezione, nonché, dall'altro, una legislazione riconosciuta a livello internazionale in materia di vigilanza bancaria e di lotta al riciclaggio di denaro, potrebbe proporsi come valida alternativa.

La Svizzera ha a che fare con i trust anche sotto altre forme: le banche svizzere sono spesso creditrici o rappresentanti di creditori in prestiti che il debitore estingue anzitempo mediante rimborso a un trust istituito a favore dei creditori (cosiddetta "defeasance"). I privati svizzeri o gli investitori istituzionali investono sempre più in fondi d'investimento che talvolta prendono la forma di un *investment trust*. I contributi versati da ditte estere e dai loro dipendenti vengono spesso accreditati a trust che fungono da istituti di previdenza. Inoltre, succede che le indennità di partenza dovute a cittadini elvetici che lavorano all'estero per imprese multinazionali vengano versate a un trust, per fare in modo che il dipendente interessato riceva gli importi a lui dovuti soltanto una volta decaduta la clausola di non concorrenza.

1.2.5 Effetti e natura giuridica del trust

1.2.5.1 Differenze tra trust e fiducia

Come si desume da quanto precede, il trust rappresenta un rapporto di fiducia, il quale si distingue tuttavia dalla fiducia secondo il diritto svizzero (*fiducia*) essenzialmente sotto due aspetti: in primo luogo, il trust non si basa su un contratto ma su un atto giuridico unilaterale che, come detto, può anche formare l'oggetto di un testamento. La nascita del trust non dipende dal consenso del *trustee* designato. Se questi non accetta l'incarico proposto, una persona autorizzata o un'autorità designerà un altro *trustee*. La seconda differenza essenziale che distingue il trust dalla fiducia consiste nel fatto che il trust, fatto salvo qualche caso d'eccezione, non è legato alla persona del costituente e del fiduciario, bensì forma un patrimonio separato che acquisisce una propria autonomia: si tratta dunque di un'entità giuridica a sé stante, la cui esistenza e identità non dipendono dalle persone coinvolte. Il costituente (*settlor*), salvo i casi eccezionali in cui si sia riservato il potere di impartire istruzioni o addirittura un diritto di revoca, non ha più alcun influsso sul trust una volta che questo sia stato creato, e il fiduciario (*trustee*) può essere sostituito alla stessa stregua degli organi di una persona giuridica, senza che l'esistenza o l'identità del trust ne risulti toccata.

1.2.5.2 Differenze tra trust e fondazione

I suddetti criteri di distinzione tra trust e fiducia portano a individuare chiari parallelismi tra il trust e la fondazione ai sensi del Codice civile svizzero (CC, RS 210). Come la fondazione, il trust è un conferimento di beni in seguito al quale si crea un patrimonio autonomo a destinazione vincolata. La vera sostanziale differenza tra il trust e la fondazione consiste nel fatto che il soggetto formale del patrimonio separato creatosi con il conferimento non è il trust stesso: la proprietà di detto patrimonio appartiene piuttosto al *trustee*. In sostanza, il diritto angloamericano non riconosce all'istituto del trust alcuna capacità giuridica e di conseguenza non gli riconosce nemmeno la capacità patrimoniale. Il trust può pertanto esercitare i diritti di proprietà sul proprio patrimonio soltanto indirettamente, per il tramite dei *trustee*, i quali a questo riguardo sono una sorta di proprietari delegati o per procura. Contrariamente alla fondazione, quindi, nel caso del trust anche il godimento dei diritti civili, e non solo l'esercizio di tali diritti, dipende dall'esistenza di organi.

Non avendo il godimento dei diritti civili, formalmente il trust non è neppure titolare di obblighi formali. Il titolare formale degli obblighi derivanti dal trust è il *trustee*.

Nondimeno, il trust può essere titolare, oltre che di taluni diritti sul patrimonio fiduciario, anche di taluni doveri, ad esempio di obblighi che risultano dallo scopo del trust e segnatamente di obblighi contrattuali nei confronti dei beneficiari. Il *trustee* è tenuto al rispetto di tali obblighi soltanto fintanto che agisce come una sorta di organo del trust in questione. Se si dimette ne è liberato. Gli obblighi sono dunque connessi, in fin dei conti, ai beni in trust. Quanto agli impegni che non risultano direttamente dallo scopo del trust, ma che vengono assunti per conto del trust, di norma il *trustee* agisce in veste di rappresentante indiretto e quindi s'impegna in prima persona. In questi casi, tuttavia, il *trustee* ha un diritto, sempre nei confronti del titolare del patrimonio fiduciario, all'indennità da ogni danno. Anche sotto questo aspetto si può parlare di obbligo del trust. Le disposizioni che disciplinano i trust possono andare oltre e prevedere che il *trustee*, alla stregua di un rappresentante diretto, possa impegnare direttamente il patrimonio fiduciario. In taluni sistemi giuridici (ad esempio nel Québec) il *trustee* impegna esclusivamente i beni in trust.

1.2.5.3 Segregabilità nel fallimento

Il patrimonio fiduciario, in quanto patrimonio separato a destinazione vincolata, dev'essere gestito separatamente dal patrimonio privato dei *trustee* e comprende anche eventuali surrogazioni dei beni inizialmente conferiti, oltre a tutti i profitti. Esso è inoltre sottratto alle pretese dei creditori del *trustee* e può essere distratto dal fallimento di quest'ultimo.

1.2.5.4 Posizione del beneficiario

Una caratteristica che distingue il trust dalla fondazione del CC, se non nella sostanza, perlomeno nella sua forma usuale, consiste nel fatto che un potenziale beneficiario può adire il giudice sia per far valere eventuali pretese a prestazioni sul patrimonio fiduciario, sia per contestare la regolarità dell'amministrazione del trust da parte dei *trustee*. Il *beneficiary* dispone dunque non soltanto di un diritto deducibile in giudizio riguardo ai benefici che gli spettano, ma anche di determinati poteri di controllo e di vigilanza che ne fanno una sorta di organo. Il *beneficiary* condivide questo statuto, analogo a quello di un organo, con i *co-trustee* del *trustee* da sorvegliare, i quali dispongono degli stessi poteri.

1.2.5.5 Tracing

I poteri di vigilanza dei singoli *beneficiaries* e dei *co-trustee* implicano anche il diritto di adire il giudice per rivendicare beni appartenenti al patrimonio fiduciario o loro surrogati qualora il *trustee* li abbia illecitamente confusi con il proprio patrimonio o li abbia illecitamente alienati (cosiddetto *tracing*). In quest'ultimo caso, essi hanno inoltre il diritto di intentare un'azione di rivendicazione nei confronti dell'acquirente, purché questi abbia acquisito i beni in questione in mala fede o gratuitamente. Al pari del fiduciario ai sensi del diritto svizzero, il *trustee* gode del pieno diritto di disporre del patrimonio fiduciario, cosicché la proprietà passa all'acquirente anche in caso di alienazione illecita. L'acquisizione in mala fede di beni fiduciari alienati irregolarmente è però considerata un atto illecito, sicché ai singoli *trustee* e beneficiari è riconosciuto, in rappresentanza del trust che è sprovvisto

sto del godimento dei diritti civili, un diritto personale alla restituzione e alla reintegrazione nel patrimonio del trust. Chi acquisisce beni fiduciari in buona fede ma a titolo gratuito deve restituirli perché si ritiene che si sia arricchito indebitamente. Sussiste un analogo diritto fondato sulla responsabilità delittuale o sull'indebito arricchimento anche in caso di rivendita, nei confronti dei nuovi acquirenti del bene fiduciario oggetto dell'indebita appropriazione, se questi sono in malafede o hanno acquisito il bene in questione a titolo gratuito.

I beni fiduciari alienati indebitamente che sono oggetto di una rivendicazione ai sensi del paragrafo precedente vanno nuovamente a costituire, all'interno del patrimonio dell'acquirente tenuto alla restituzione, un patrimonio separato, sottratto come tale alle pretese dei creditori di detto acquirente. Il diritto angloamericano crea questo effetto giuridico rafforzando il diritto di rivendicazione, che di per sé ha natura personale, con un *constructive trust* (cfr. n. 1.2.1).

1.2.5.6 Nessun diritto reale a favore del beneficiario

In angloamericano, le aspettative economiche del beneficiario sui beni fiduciari sono designate nel linguaggio corrente con l'espressione *equitable estate*, *equitable ownership*, *equitable interest*, *equitable title* o simili, per contrapposizione all'espressione *legal estate/ownership/interest/title*, che sta a designare il diritto del *trustee*. Gli autori del continente europeo ne desumono spesso che il *beneficiary* è titolare di un diritto reale sui beni fiduciari o che la proprietà su detti beni sia addirittura divisa. Questa concezione, dovuta in parte al linguaggio anglosassone di uso corrente, fortemente improntato al pragmatismo e alla trasparenza, non corrisponde però alla reale nozione di trust. La competenza giuridica formale appartiene per intero al *trustee*, anche nell'ottica della *common law*. Una forma di proprietà dissociata non esiste né nel nostro sistema, né nei Paesi che prevedono il trust. Il *legal title* del *trustee* deve pertanto essere considerato, secondo la nostra terminologia, come proprietà piena, sicché al *beneficiary* si potrebbe riconoscere tutt'al più un diritto reale limitato sul patrimonio fiduciario. Ma bisogna negare anche una simile eventualità. Il *beneficiary* ha soltanto un diritto alle prestazioni che gli spettano in base alle disposizioni che disciplinano il trust, diritto che sussiste esclusivamente nei confronti del trust (rappresentato dai *trustee* che esercitano i diritti di proprietà e agiscono per conto del trust) e ha quindi carattere meramente personale. Nei confronti dei terzi acquirenti dei beni fiduciari non sussiste alcun diritto all'erogazione di prestazioni, bensì casomai un diritto di rivendicazione dei beni acquisiti a scapito del trust. Tale diritto di rivendicazione non costituisce più un diritto personale del *beneficiary*, bensì, praticamente, un diritto del trust stesso. Sotto questo aspetto, come abbiamo già esposto in precedenza, il *beneficiary* funge semplicemente da organo di vigilanza e di controllo, il che si desume già dal solo fatto che i *co-trustee*, i *trustee* subentranti dell'indebito possessore e addirittura quest'ultimo, vantano lo stesso diritto di rivendicazione. Tale diritto sussiste persino nel caso dei trust che perseguono un fine generale e che non hanno predeterminato la cerchia dei beneficiari (cfr. sull'intera questione il n. 156 del rapporto esplicativo del 15 dicembre 2003 sulla consultazione preliminare informale).

1.3 Grandi linee della Convenzione dell'Aia sui trust

Come ben dice il nome che porta, la Convenzione dell'Aia relativa alla legge applicabile ai trust e al loro riconoscimento definisce la legge applicabile ai trust. Le norme in questione non valgono soltanto tra Stati contraenti, bensì anche nei confronti degli altri Stati (effetto *erga omnes*). La Convenzione non contiene disposizioni né sulle autorità competenti né sul riconoscimento di decisioni straniere.

La Convenzione concepisce il trust in modo alquanto ampio. Secondo il tenore dell'articolo 2 capoverso 1, rientrano nel concetto di trust anche i rapporti fiduciari aventi base contrattuale, i quali sono legati alla persona dei contraenti e pertanto non presentano lo stesso grado di autonomia del trust della *common law*. La Convenzione presuppone comunque che i beni fiduciari formino un patrimonio separato all'interno del patrimonio del fiduciario. Ne consegue che la fiducia di matrice svizzera non dovrebbe rientrare nel campo d'applicazione della Convenzione, dato che secondo la giurisprudenza del Tribunale federale i beni fiduciari rientrano nella massa in caso di fallimento del fiduciario. Diverso è il caso della fiducia germanica, che secondo una parte della dottrina rientra nel concetto di trust previsto dalla Convenzione.

Il campo d'applicazione materiale della Convenzione è limitato ai trust istituiti con atto giuridico e comprovati per iscritto (art. 3). La Convenzione non si applica pertanto né al summenzionato *constructive trust*, né alle questioni preliminari relative alla validità dei testamenti che contemplano l'istituzione di un trust o di altri atti di disposizione relativi al trust (art. 4).

Il trust è regolato in primo luogo dalla legge scelta dal costituente o *settlor* (art. 6). In caso di omessa scelta del diritto applicabile, il trust è regolato dal diritto con il quale ha più stretti legami (art. 7 cpv. 1). Per determinare il diritto con il quale il trust ha più stretti legami si tiene conto in particolare (art. 7 cpv. 2):

- a) del luogo di amministrazione del trust designato dal costituente,
- b) della situazione dei beni in trust,
- c) della residenza o sede degli affari del *trustee* e
- d) degli scopi del trust e dei luoghi dove dovranno essere realizzati.

L'ordinamento giuridico con il quale il trust ha i più stretti legami è determinante anche nel caso in cui il diritto scelto dal *settlor* non preveda l'istituto del trust (art. 6 cpv. 2). Se l'istituto del trust è sconosciuto anche all'ordinamento con il quale esso ha più stretti legami, la Convenzione non si applica (art. 5). Gli Stati contraenti hanno la possibilità anche in altri casi di applicare una legge diversa da quella designata dalla Convenzione, se si tratta di norme di legge più favorevoli al riconoscimento del trust in questione (art. 14).

Il diritto applicabile al trust nella singola fattispecie (statuto del trust) disciplina in sostanza tutte le questioni giuridiche inerenti alla validità e agli effetti del trust in questione (art. 8). Il *settlor* ha la possibilità di escludere determinate questioni giuridiche dal campo d'applicazione dello statuto del trust e di sottoporle a una legge diversa (art. 9).

Il terzo capitolo della Convenzione disciplina il «riconoscimento» dei trust. A differenza della nozione di riconoscimento prevista dalla legge federale sul diritto internazionale privato (LDIP, RS 291), la quale con questo termine designa il rico-

noscimento di decisioni di un'autorità, la Convenzione intende invece una serie di disposizioni speciali concernenti la legge applicabile, disposizioni volte a garantire che lo statuto del trust si applichi agli effetti giuridici fondamentali del trust stesso. Tra questi, lo statuto di patrimonio a sé stante dei beni posti in trust, il che comporta in primo luogo che detti beni non rientrano né nelle masse di beni del regime matrimoniale del *trustee* né nella sua successione e possono essere scorporati in caso di esecuzione forzata contro quest'ultimo (art. 11 cpv. 2 e 3 lett. a – c), e in secondo luogo che i beni fiduciari illecitamente confusi con il patrimonio del *trustee* o ceduti a terzi possono essere rivendicati (art. 11 cpv. 3 lett. d).

La questione della misura in cui il riconoscimento comprenda i diritti di rivalsa del trust (o delle persone che lo rappresentano) nei confronti di terzi è controversa. Le divergenze riguardano soprattutto la seconda frase dell'articolo 11 capoverso 2 lettera d: „*I diritti e gli obblighi di un terzo possessore dei beni del trust rimangono soggetti alla legge applicabile in base alle norme di conflitto del foro*“. Taluni ritengono, privilegiando un'interpretazione basata sulla genesi storica della clausola, che la riserva non riguardi l'acquisizione da parte di una terza persona di beni fiduciari indebitamente ceduti e si limiti ai soli casi in cui il *trustee* delega l'amministrazione di detti beni a terzi, ad esempio a una banca. Altri auspicano invece un'applicazione estensiva della clausola e sostengono che la riserva in favore delle regole di conflitto del foro si applichi anche alla posizione giuridica dell'acquirente (soprattutto quello in buona fede) di beni fiduciari indebitamente alienati. Toccherà alle autorità giudicanti risolvere tale questione.

Gli Stati contraenti hanno la facoltà di non riconoscere un trust i cui elementi importanti, ad eccezione della scelta della legge applicabile, del luogo di amministrazione e della residenza abituale del *trustee*, sono più strettamente connessi a Stati che non prevedono l'istituto del trust o la categoria del trust in questione (art. 13). L'articolo 13 non si pronuncia sulle conseguenze giuridiche del mancato riconoscimento di un trust; tuttavia, se ne può ragionevolmente inferire che lo Stato contraente è autorizzato ad applicare il diritto che non riconosce il trust in luogo e vece di quello stabilito sulla base del secondo capitolo della Convenzione. Ciò non significa necessariamente che il trust sarà totalmente inefficace, bensì che dovrà essere convertito in una delle categorie previste dalla legislazione determinante, mantenendo a seconda delle circostanze parte dei suoi effetti.

L'articolo 15 della Convenzione prevede una riserva in favore delle norme cogenti previste dalle regole di conflitto del foro dei singoli Stati contraenti. La portata di questa disposizione deve ancora essere chiarita. Voci autorevoli sostengono che la riserva non si riferisca allo statuto del trust dello Stato interessato, ma unicamente alle norme di conflitto vigenti negli altri ambiti. La riserva sarebbe quindi in larga parte semplicemente declamatoria, prevalendo nettamente l'opinione secondo cui lo statuto convenzionale del trust non tocca comunque questioni preliminari come quelle riguardanti l'esercizio dei diritti civili, il diritto matrimoniale, il diritto successorio e in particolare le norme applicabili alla legittima degli eredi o il trasferimento della proprietà, che l'articolo 15 enumera a titolo esemplificativo.

Una ulteriore riserva è prevista all'articolo 16, in favore delle disposizioni legislative del foro che devono essere applicate anche a situazioni internazionali indipendentemente dalla legge designata dalle regole di conflitto di leggi. L'articolo è valevole anche per disposizioni di Stati terzi. In pratica, si tratta della riserva in favore delle cosiddette «norme d'applicazione necessaria», prevista anche dalla nostra legge

federale sul diritto internazionale privato (art. 18 e 19). La Convenzione contiene inoltre una clausola di riserva dell'*ordine pubblico* (art. 18).

1.4 Conseguenze della ratifica della Convenzione

1.4.1 Situazione giuridica attuale

1.4.1.1 Riconoscimento del trust in base alla legge federale sul diritto internazionale privato (LDIP)

1.4.1.1.1 Qualificazione giuridica del trust

I trust volontari del diritto angloamericano rientrano di norma nella definizione di *unità patrimoniale organizzata* di cui all'articolo 150 capoverso 1 LDIP e, trattandosi di patrimoni autonomi a destinazione vincolata dotati di organi, nel contesto della LDIP devono essere considerati delle società. Si devono però eccettuare quelle forme speciali di trust cui fa difetto l'elemento dell'autonomia e che presentano invece le caratteristiche di un contratto fiduciario (a favore di terzi). Ad esempio, ci si trova piuttosto di fronte a un rapporto contrattuale se la funzione di *trustee* è legata a una persona determinata e il trust nasce soltanto al momento in cui questa accetta l'incarico per poi estinguersi immediatamente non appena questa ne recede. Ciò è specialmente vero quando il *settlor* stesso è inoltre unico beneficiario. Potrebbe inoltre essere opportuno considerare il trust come un contratto nei casi in cui il *settlor* si è riservato un diritto generale di impartire istruzioni o addirittura un potere di revoca.

Parte della dottrina esige che il trust presenti un certo grado di organizzazione per poterlo identificare come unità patrimoniale organizzata, a difetto di che lo si deve considerare un contratto. Taluni autori ritengono addirittura, in maniera del tutto generale, che il trust debba essere regolato dalle norme della LDIP applicabili ai contratti.

1.4.1.1.2 Il constructive trust

Gli articoli 150 e seguenti LDIP non si applicano al *constructive trust*. Come detto, non si tratta di una figura giuridica autonoma ai sensi dell'articolo 150 LDIP, bensì dell'applicazione analogica del diritto dei trust ad altri rapporti giuridici (cfr. n. 1.2.1). Di norma, il *constructive trust* dev'essere assoggettato al diritto applicabile al rapporto giuridico soggiacente.

1.4.1.1.3 L'articolo 154 capoverso 1 LDIP

Secondo l'articolo 154 capoverso 1 LDIP il trust, in quanto «unità patrimoniale organizzata», è regolato anzitutto dal diritto del luogo d'incorporazione, vale a dire dal diritto dello Stato giusta il quale è organizzato. All'atto pratico, ciò equivale al riconoscimento dei trust esteri sorti validamente secondo le norme vigenti nel luogo d'incorporazione. A dire il vero, non sempre si sa con certezza secondo quale diritto il trust sia organizzato, in quanto, oltre al fatto che la maggior parte degli ordina-

menti giuridici d'origine non prevede praticamente alcuna prescrizione di forma o di pubblicità, la sua organizzazione può essere alquanto rudimentale.

1.4.1.1.4 L'articolo 154 capoverso 2 LDIP

Se l'articolo 154 capoverso 1 LDIP risulta inapplicabile o il trust non è valido secondo l'ordinamento giuridico del luogo d'incorporazione, si applica, in virtù del capoverso 2 dell'articolo 154, il diritto dello Stato in cui il trust è effettivamente amministrato. In molti casi, ne conseguirà in larga misura il mancato riconoscimento del trust, ad esempio se il trust è amministrato in Svizzera. Stando al noto precedente del Tribunale federale nella causa *Harrison Trust* (DTF 96 II 79 segg.), in tale ipotesi si dovrà perlopiù convertire il trust in un contratto fiduciario in favore di terzi.

1.4.1.1.5 Il trust testamentario

Nel caso dei trust testamentari rimangono riservati, per quanto riguarda la validità del testamento, gli articoli 90 e seguenti LDIP. Il trust testamentario è pertanto riconosciuto soltanto se il testamento che lo prevede è efficace in base al diritto successorio determinante. Inoltre, esso deve rispettare le legittime previste dal diritto applicabile in virtù degli articoli 90 e 91 LDIP. Per il resto anche i trust testamentari soggiacciono allo statuto della società, perlomeno quando servono (come una fondazione) uno scopo particolare e la loro funzione non si limita alla sola liquidazione della successione. Se il *trustee* ha mera funzione di esecutore testamentario o di erede istituito, il trust dovrebbe essere assoggettato agli articoli 90 segg. LDIP.

Se il testamento soggiace al diritto svizzero, la distinzione tra trust con funzione di fondazione e trust con mera funzione di liquidazione di eredità non dovrebbe rivestire alcun significato, in quanto la dottrina dominante sembra presumere che vi sia un *numerus clausus* dei modi di disporre. Pertanto, l'istituzione di un trust per testamento non dovrebbe affatto essere possibile. Una disposizione in tal senso risulterebbe quindi inefficace. Nella migliore delle ipotesi, il trust potrebbe essere convertito in una delle soluzioni previste dalla legge, vale a dire in fondazione, esecuzione testamentaria, sostituzione fedecommissaria, ecc.

Tuttavia, questa opinione non sembra imporsi in modo assoluto. È dunque lecito chiedersi se il concetto di fondazione di cui all'articolo 493 CC non debba essere interpretato estensivamente e riferito anche agli istituti equivalenti del diritto straniero, soprattutto perché la prassi sembra talvolta ammettere l'istituzione testamentaria di fondazioni di diritto straniero (ad esempio del Liechtenstein).

Uno degli autori si spinge ancora più lontano e limita il *numerus clausus* dei modi di disporre ai modi che vantano carattere successorio, come la menzionata istituzione di un esecutore testamentario o di un erede istituito. Nell'ambito dei modi di disporre privi di carattere successorio e che possono essere oggetto di un negozio giuridico tra vivi, come ad esempio l'istituzione di una fondazione, l'autore ammette anche modi non menzionati dalla legge. In quest'ottica si potrebbe considerare ammissibile in base al diritto svizzero anche l'istituzione testamentaria di un trust (assoggettato a un diritto straniero), a patto che il trust in questione non adempia funzioni di caratte-

re successorio quali l'esecuzione testamentaria o la sostituzione fedecommissaria e, pertanto, non serve unicamente alla liquidazione della successione.

1.4.1.1.6 Il trust con funzione di garanzia

I trust istituiti con atto giuridico che svolgono mera funzione di garanzia reale (trasferimento di proprietà a fini di garanzia, riserva di proprietà, ecc.) devono essere assoggettati alle disposizioni sui diritti reali della LDIP piuttosto che agli articoli 150 segg. di tale legge.

1.4.1.1.7 L'articolo 335 capoverso 2 CC

Occorre chiedersi in che misura il riconoscimento ai sensi della LDIP si estenda anche ai trust che svolgono la funzione di fondazione di mantenimento. In un primo tempo, il Tribunale federale aveva rifiutato, alla luce dell'articolo 335 CC, di riconoscere una fondazione con scopo di mantenimento istituita secondo il diritto del Liechtenstein ma con sede effettiva in Svizzera. La situazione giuridica è mutata in seguito all'adozione della LDIP. All'epoca il Tribunale federale aveva negato l'assoggettamento alla legge dello Stato d'incorporazione invocando l'abuso di diritto. In luogo e vece di tale legge, aveva applicato le norme svizzere sostanziali, in quanto legge dello Stato in cui il trust era amministrato effettivamente, sicché l'articolo 335 CC era risultato direttamente applicabile. Da quando è entrata in vigore la LDIP, il Tribunale federale non ammette più l'esistenza della cosiddetta riserva di *fraus legis* in rapporto con il collegamento al luogo d'incorporazione. Di conseguenza, l'articolo 335 CC può essere applicato alle entità giuridiche di diritto straniero soltanto come *legge d'applicazione necessaria* ai sensi dell'articolo 18 LDIP. Sotto questo aspetto bisogna tener conto del fatto che, per poter applicare una norma di diritto interno basandosi sull'articolo 18 LDIP, non basta che la norma in questione aspiri ad essere applicata, in base al proprio campo d'applicazione, anche ai rapporti giuridici stranieri. Occorre inoltre (cfr. messaggio del Consiglio federale del 10 novembre 1982 concernente la legge sul diritto internazionale privato, FF 1983 I 239 segg., punto 214.53) che la norma abbia un'importanza fondamentale e che la sua applicazione si imponga imperativamente ai fini del mantenimento dell'ordine pubblico. Nel caso della proibizione delle fondazioni di mantenimento, è lecito dubitare che tali condizioni siano soddisfatte. Tale proibizione si basa infatti su considerazioni morali (combattere l'ozio) e ideologiche (sopprimere le strutture feudali) che dal punto di vista odierno appaiono ormai superate. Su questo punto la dottrina è divisa.

Peraltro, i trust non dovrebbero porre problemi di conflitto con l'articolo 335 capoverso 2 CC, o tutt'al più potrebbero sorgere problemi soltanto entro certi limiti, dato che anche il diritto angloamericano prevede limitazioni riguardo alla possibile durata di un trust e ai relativi vincoli patrimoniali (*rule against perpetuities*).

1.4.1.2 Portata del riconoscimento secondo la LDIP

1.4.1.2.1 Principio

Se un trust assoggettato agli articolo 150 segg. LDIP viene riconosciuto, il riconoscimento si estende in sostanza all'intera struttura organizzativa (rapporti interni, amministrazione, ecc.) del trust in questione e anche alla regolamentazione riguardante la responsabilità dei beni fiduciari, prevista dal diritto applicabile al trust (statuto del trust). Se detto statuto prevede che i beni fiduciari non rispondono dei debiti personali del *trustee*, l'esclusione di responsabilità varrà anche per le autorità svizzere. In ogni caso, la questione del modo in cui debba essere attuata una simile esclusione di responsabilità nell'ambito di un procedimento esecutivo in Svizzera dev'essere giudicata secondo il diritto svizzero. Si potrebbe ipotizzare ad esempio una procedura di rivendicazione ai sensi dell'articolo 242 LEF per analogia con l'articolo 401 capoverso 3 del Codice delle obbligazioni (CO, RS 220), o una distrazione per analogia con l'articolo 16 della legge federale sui fondi d'investimento (LFI, RS 951.31).

1.4.1.2.2 Segregabilità e ordine pubblico

Il riconoscimento dell'esclusione di responsabilità soggiace alla riserva dell'*ordine pubblico* (art. 17 LDIP). Secondo il Tribunale federale, la riserva include anche gli articoli 715 e 717 CC e probabilmente, in maniera del tutto generale, il principio di pubblicità in materia di diritti reali previsto dal diritto svizzero. Detto principio può però essere d'ostacolo all'esclusione di responsabilità prevista dal diritto dei trust soltanto se non subisce restrizioni in base alla legislazione svizzera in materia di diritti reali. Di conseguenza, la segregabilità dei beni in trust dev'essere riconosciuta perlomeno nella misura prevista dall'articolo 401 CO. Per il Tribunale federale, detta disposizione vale soltanto per le cose mobili e i diritti che una persona acquista in rappresentanza indiretta, e non per i beni affidati a titolo fiduciario. Tuttavia, tanto la dottrina dominante quanto il Tribunale federale stesso reputano insoddisfacente una simile disparità di trattamento tra beni acquistati in rappresentanza indiretta e beni affidati, e propendono, *de lege ferenda* o persino *de lege lata*, per un'estensione del campo d'applicazione dell'articolo 401 CO. Pertanto, anche in caso di segregazione di beni affidati prevista da un diritto straniero, non si può più parlare di incompatibilità con l'*ordine pubblico*.

Tale interpretazione è inoltre suffragata dal fatto che, in una vecchia decisione, il Tribunale federale ha stabilito che la protezione dell'articolo 401 può estendersi anche agli averi affidati, se questi vengono trasferiti su un conto bancario e quindi convertiti in un credito verso terzi. Se è vero che la decisione in questione non è mai stata confermata apertamente, esistono però diverse decisioni più recenti che vanno nella stessa direzione.

L'applicazione del principio di pubblicità è limitata inoltre dall'articolo 16 LFI e dall'articolo 37b della legge federale sulle banche e le casse di risparmio (LBCR, RS 952.0). La dottrina ritiene che la distrazione prevista all'articolo 16 LFI si giustifichi in quanto il fondo d'investimento rappresenta un patrimonio a sé stante pubblicamente noto e amministrato separatamente. Se ci si basa su quest'argomentazione, bisogna per coerenza riconoscere anche la segregabilità dei beni in trust, prevista dallo statuto del trust, a patto che detti beni siano amministrati separatamente (come

prescritto dal diritto angloamericano) e che il trust sia pubblicamente noto. In questo contesto, l'articolo 16 LFI ha portata autonoma rispetto all'articolo 401 CO soltanto quando si tratta di immobili, poiché questi ultimi, com'è noto, non rientrano nel campo d'applicazione dell'articolo 401 CO. Sotto questo aspetto, tuttavia, l'applicazione analogica di tale regime al trust si giustifica soltanto, per analogia con l'articolo 36 capoverso 2 LFI, se il trust in questione è oggetto di una menzione nel registro fondiario. La questione se la legislazione svizzera in materia di registro fondiario (applicabile agli immobili ubicati in Svizzera) ammetta *de lege lata* la menzione dei trust per analogia con l'articolo 36 capoverso 2 lettera a LFI, è controversa. Taluni autori, tra cui anche l'Ufficio federale del registro fondiario e del diritto fondiario, reclamano una base legale esplicita per le menzioni nel registro fondiario. Altri ammettono anche la menzione di altri rapporti giuridici, purché sia dato un interesse sufficiente.

Anche nei casi in cui i beni immobili posti in trust non sono menzionati nel registro fondiario, non è affatto certo che la segregabilità nel fallimento prevista dallo statuto del trust possa essere ritenuta una violazione dell'ordine pubblico. Una parte della dottrina invoca già l'estensione dell'articolo 401 capoverso 3 CO agli immobili, benché non sia chiaro se la segregabilità debba dipendere da una menzione nel registro fondiario. D'altronde, in una sentenza del 2001 il Tribunale federale ha affermato in modo del tutto generale che la segregabilità dei beni posti in trust non è contraria all'*ordine pubblico*.

Per quanto riguarda i titoli, oltre ai già menzionati articoli 401 capoverso 3 CO, 16 LFI e 37b LBCR, occorre richiamare anche l'articolo 201 LEF, secondo cui, in determinati casi di trasferimento fiduciario di titoli al portatore o all'ordine, questi possono essere rivendicati nel fallimento del destinatario. Nel caso dei titoli all'ordine, la pubblicità è ulteriormente limitata dalla possibilità di effettuare una girata pignorizia occulta, strumento che lascia apparire il beneficiario che riceve il titolo unicamente in pegno appare come avente diritto a pieno titolo.

L'importanza della questione se la segregabilità del patrimonio posto in trust violi l'*ordine pubblico* scema ulteriormente se si considera che gli stessi sistemi angloamericani conoscono determinate riserve in favore del principio di pubblicità. Come detto, i beni fiduciari devono essere amministrati separatamente rispetto agli altri beni del *trustee*. In caso di inosservanza, in certi casi la segregazione dei beni fiduciari viene negata. In America, taluni Stati federali esigono addirittura la registrazione dei trust.

1.4.1.2.3 No al riconoscimento del tracing

Il riconoscimento di un trust sulla base dell'articolo 154 LDIP non si estende ai diritti delle persone che agiscono per suo conto (*trustee/beneficiari*) nei confronti di terzi (restituzione al trust di beni fiduciari indebitamente alienati). Come detto, si tratta di diritti derivanti da atti illeciti o dall'indebito arricchimento che, in quanto tali, non soggiacciono agli articoli 150 segg., bensì agli articoli 129 segg. e 127 LDIP. Anche uniformandosi alla dottrina dominante, secondo cui tali pretese vanno annoverate tra i diritti reali, non è possibile assoggettarle allo statuto del trust, perché in tal caso si applica il capitolo della LDIP relativo ai diritti reali.

1.4.2 Situazione giuridica in caso di ratifica della Convenzione dell'Aia

1.4.2.1 Riconoscimento

1.4.2.1.1 Qualificazione

A prescindere dal fatto che la Convenzione dell'Aia si applica soltanto ai trust comprovati per iscritto, il campo d'applicazione dello statuto del trust previsto dalla Convenzione è più esteso di quello della LDIP in quanto, come detto, la nozione di trust su cui poggia la Convenzione abbraccia anche i rapporti giuridici in cui la funzione di *trustee* è legata a una persona determinata. Per di più, il terzo capoverso dell'articolo 2 della Convenzione afferma che in linea di massima ci si può trovare di fronte a un trust anche nei casi in cui il *settlor* conserva «alcune prerogative e diritti», ossia per esempio un diritto di revoca e un ampio potere di impartire istruzioni. Come detto, secondo la LDIP i trust di questo tipo devono essere considerati alla stregua di rapporti contrattuali.

1.4.2.1.2 Il constructive trust

Quanto ai *constructive trust*, la ratifica della Convenzione dell'Aia non comporterebbe alcuna novità. Dette entità giuridiche non sono comprese nello statuto di trust, tanto sotto il regime convenzionale quanto sotto il regime della LDIP.

1.4.2.1.3 Legge applicabile

Come detto, secondo la Convenzione dell'Aia il trust soggiace anzitutto al diritto scelto dal *settlor* (art. 6). Qualora non sia stata scelta alcuna legge, si applicherà il diritto con il quale il trust ha più stretti legami (art. 7). In sostanza, quindi, la Convenzione è più incline al riconoscimento di quanto non lo sia la LDIP. Rispetto all'articolo 154 capoverso 1 LDIP, infatti, la Convenzione si accontenta di una semplice scelta del diritto e non esige che l'entità giuridica in questione sia organizzata, in modo riconoscibile dall'esterno, in base a un determinato diritto. Riguardo al collegamento oggettivo accessorio, la Convenzione è meno rigorosa, poiché tollera che si prendano in considerazione più punti di vista e ammette l'applicazione di norme di legge più favorevoli al trust (principio del *favor negotii*; art. 14). Inoltre, la Convenzione mira ad applicarsi soltanto nei casi in cui il diritto che essa dichiara applicabile prevede effettivamente l'istituto del trust.

1.4.2.1.4 Il trust testamentario

La ratifica della Convenzione dell'Aia non comporterebbe alcuna novità neanche per quanto concerne i trust testamentari. Anche a questo riguardo, il diritto successorio della LDIP rimane riservato per quanto attiene alla questione della validità dei testamenti e a quella della successione necessaria (art. 4 e 15 cpv. 1 lett. c Conv.). La Convenzione permette anche di assoggettare al diritto successorio della LDIP i trust che servono soltanto alla liquidazione della successione (esecuzione testamentaria, sostituzione fedecommissaria, ecc.).

1.4.2.1.5 Garanzie reali

Le autorità giudicanti avrebbero la possibilità (art. 15 cpv. 1 lett. d Conv.) di assoggettare i trust con funzione di garanzia reale al relativo statuto reale (art. 99/100 LDIP) anche nel caso in cui la Convenzione dovesse entrare in vigore.

1.4.2.2 Portata del riconoscimento secondo la Convenzione

1.4.2.2.1 Riconoscimento più esteso

Il trust è riconosciuto essenzialmente con tutti i suoi effetti giuridici anche secondo la Convenzione, come già oggi in caso di applicazione degli articoli 150 segg. LDIP. Alla luce del suo tenore, la Convenzione va però oltre quanto stabilito dalla LDIP nella misura in cui il riconoscimento, come accennato, abbraccia almeno in parte anche i diritti nei confronti dei terzi acquirenti di beni fiduciari alienati in violazione degli obblighi derivanti dal trust, a condizione che tali diritti siano previsti dalla legislazione sui trust che risulta applicabile (cfr. art. 11 cpv. 2 lett. d Conv.). Come detto, nel sistema della LDIP tali diritti non soggiacciono allo statuto del trust, bensì alle norme sugli atti illeciti o sull'indebito arricchimento. In altri termini, detti diritti sono riconosciuti soltanto se sono previsti dalla normativa applicabile in materia di atti illeciti o di indebito arricchimento. Trattandosi di cose mobili o immobili, sarà lo statuto reale in questione in base agli articoli 99 e 100 LDIP a stabilire se l'acquirente dei beni fiduciari ne diviene effettivamente proprietario, tanto secondo la LDIP quanto secondo la Convenzione (art. 15 cpv. 1 lett. d Conv.).

1.4.2.2.2 Regime matrimoniale e diritto successorio

Il riconoscimento di un trust in base alla Convenzione dell'Aia implica anche il riconoscimento dello stesso come patrimonio separato nel contesto del regime matrimoniale e del diritto successorio. Altrimenti detto, il trust non rientra né nelle masse del regime matrimoniale né nella successione del *trustee* (art. 11 cpv. 2 lett. c Conv.). Questo principio dovrebbe applicarsi anche nel caso in cui si riconoscesse al trust la qualità di «società» ai sensi della LDIP.

1.4.2.2.3 Ordine pubblico

Come detto, la Convenzione dell'Aia prevede anch'essa (art. 18) una riserva in favore dell'ordine pubblico (svizzero). Tuttavia, la riserva prevista dalla Convenzione concerne unicamente i casi di *manifesta* incompatibilità con l'ordine pubblico. Di conseguenza, per quanto riguarda la segregabilità dei beni fiduciari, la riserva dev'essere applicata con maggiore cautela rispetto a quanto avvenga nell'ambito della LDIP, la quale consente di applicarla tutt'al più agli immobili. Independentemente da ciò, se si vuole applicare la riserva dell'ordine pubblico anche ad altri elementi patrimoniali del trust, ciò dovrà avvenire nell'ambito dell'articolo 11 capoverso 3 lettere a e b della Convenzione, il quale prevede che il riconoscimento di un trust deve riferirsi anche alla segregabilità dei beni fiduciari. Così, la segregazione può essere negata tutt'al più in casi particolari, come nell'eventualità di una confusione dei beni fiduciari con il patrimonio privato del *trustee*. L'articolo 11

capoverso 3 lettere a e b della Convenzione permette eventualmente di invocare l'incompatibilità della segregazione con l'ordine pubblico per escludere la rivendicazione di immobili la cui appartenenza a un trust non è stata menzionata nel registro fondiario. Spetterà ai tribunali risolvere tutti questi interrogativi.

1.4.2.2.4 Leggi d'applicazione necessaria

Gli Stati conservano peraltro la facoltà di fare salve le loro *leggi d'applicazione necessaria* (art. 16 cpv. 1 Conv.). Per stabilire se l'articolo 335 CC rientra tra queste, occorre esaminare se la disposizione merita di avere portata internazionale ai sensi dell'articolo 18 LDIP (cfr. n. 1.4.1.1.7).

1.4.3 Vantaggi della Convenzione rispetto all'attuale LDIP

1.4.3.1 Scenario determinante

Nel soppesare i pro e i contro di una ratifica della Convenzione dell'Aia sui trust non bisogna dimenticare che lo *status quo* attuale, lungi dall'ostacolare un riconoscimento generale dei trust, permette invece un ampio riconoscimento nel contesto degli articoli 150 segg. LDIP. In base a tali articoli, persino una parte dei trust qualificati come contratti e non come società dovrebbe essere ampiamente riconosciuta, ad esempio nel caso frequente in cui è stato scelto il diritto di uno Stato che riconosce i trust. La questione che si pone non è dunque se convenga riconoscere i trust stranieri nel nostro Paese, bensì se sia più vantaggioso il sistema di riconoscimento della LDIP o quello della Convenzione dell'Aia.

1.4.3.2 Certezza del diritto

Nel paragonare il sistema della Convenzione dell'Aia sui trust a quello della LDIP occorre tener presente che il trust è già largamente diffuso nella realtà giuridica elvetica (cfr. n. 1.2.4) e che la certezza del diritto è un'esigenza altrettanto sentita. Conviene tanto alle parti interessate quanto alle autorità coinvolte (in particolare il fisco e le autorità incaricate di combattere il riciclaggio di denaro) poter stabilire con la maggior certezza possibile quali siano le disposizioni applicabili a un trust nella singola fattispecie.

Per la Svizzera, una maggiore certezza del diritto comporterebbe in particolare anche vantaggi economici. Come si è detto al numero 1.2.4, in Svizzera il trust sta diventando una realtà sempre più diffusa: l'istituzione di una base giuridica certa consentirebbe non solo di mantenere a lungo termine l'attrattiva della piazza Svizzera, ma addirittura di incrementarla ulteriormente, con conseguenze ugualmente positive sul volume d'affari. Per i trust, l'utilità consisterebbe tra l'altro anche nel fatto che tutti i servizi potrebbero essere forniti in Svizzera e non si dovrebbe più far capo a strutture complesse con il concorso di Stati terzi.

1.4.3.3 Vantaggi connessi

Dal profilo della certezza del diritto, la Convenzione dell'Aia presenta vantaggi di rilievo:

1. Diverrebbe superflua la distinzione, necessaria nell'ambito della LDIP, tra i trust con struttura analoga a quella di una società e quelli con struttura analoga a quella di un contratto.
2. La regola di cui all'articolo 6 della Convenzione, secondo cui il trust è retto dalla legge scelta dal *settlor*, è più agevole da utilizzare nel caso concreto e più prevedibile di quanto non lo sia il criterio dell'incorporazione del trust previsto dall'articolo 154 capoverso 1 LDIP. Di norma, i trust non sono caratterizzati da un'incorporazione formale. Pertanto, se non è stato scelto il diritto applicabile, può risultare difficile, allo stato attuale della legislazione, determinare in base a quale diritto il trust sia stato organizzato. Se invece questa scelta è stata fatta, resta ancora da chiarire se il diritto prescelto è anche quello in base al quale il trust è stato effettivamente organizzato. Nell'uno come nell'altro caso, bisogna inoltre esaminare se l'organizzazione in base a un determinato diritto sia sufficientemente percettibile dall'esterno.
3. Come detto, la Convenzione dell'Aia è più incline al riconoscimento dei trust di quanto non lo siano gli articoli 150 segg. LDIP. Il vantaggio consiste nel fatto che nella singola fattispecie i trust possono molto più spesso essere esaminati in base a un ordinamento giuridico che conosce tale istituto. La trasposizione di un trust in un ordinamento giuridico cui l'istituto è estraneo può non solo risultare estremamente complessa e quindi oltremodo onerosa per le autorità giudicanti, ma anche rendere assai imprevedibile, per gli interessati, l'apprezzamento giuridico di una fattispecie.
4. L'apprezzamento del singolo trust in base all'ordinamento giuridico previsto dalle parti risulta ulteriormente agevolato dal fatto che la Convenzione (art. 9) ammette che per taluni aspetti separabili venga fatta una scelta parziale del diritto (*Teilrechtswahl*). L'articolo 154 LDIP, invece, ammette tale possibilità a condizioni restrittive o addirittura l'esclude.
5. Oltre a favorire la certezza del diritto, bisogna considerare che la Convenzione ne promuove anche l'unificazione: tra l'altro contribuisce a impedire che un trust cui si interessano le autorità di diversi Stati sia sottoposto in ogni Paese a un ordinamento diverso. Esempio: uno straniero istituisce presso una banca svizzera un trust assoggettato al diritto di un altro Stato o la cui sede amministrativa è ubicata all'estero.

1.4.4 Compatibilità della Convenzione con l'ordinamento giuridico svizzero

1.4.4.1 Principio di pubblicità nel diritto civile

Anche a prescindere dal fatto che la LDIP attuale già consente di riconoscere i trust, la ratifica della Convenzione dell'Aia non farebbe sorgere conflitti di rilievo con i principi fondamentali del nostro ordinamento giuridico. Innanzitutto perché la Convenzione prevede una riserva a favore dell'ordine pubblico e delle leggi

d'applicazione necessaria. Per quanto riguarda il nostro principio di pubblicità, è lecito chiedersi in che misura la riserva dell'ordine pubblico potrebbe essere invocata anche per la segregabilità dei beni in trust nel contesto dell'esecuzione forzata; come detto, però, la segregabilità è perlopiù auspicata, nella misura in cui già non sia realtà, anche nell'ambito del nostro ordinamento; sicché non si può più parlare di inconciliabilità tra trust e principio di pubblicità. Ancora una volta, il problema si pone eventualmente rispetto agli immobili, ma l'avamprogetto lo risolve grazie al nuovo articolo 149c LDIP, secondo cui i rapporti di trust devono essere menzionati nel registro fondiario, altrimenti sono inefficaci nei confronti dei terzi in buona fede. L'avamprogetto prevede un'analogia disposizione anche per i diritti immateriali (art. 149c cpv. 2 LDIP).

Benché nel caso dei beni mobili prevalga l'opinione secondo cui il principio di pubblicità debba cedere il passo di fronte all'interesse dell'avente diritto economico, la pubblicità rimane senz'altro auspicabile. Per questa ragione, l'Ufficio federale di giustizia aveva proposto, in un primo progetto, di prevedere l'iscrizione dei rapporti di trust in un apposito registro, analogamente a quanto dispone l'articolo 715 CC nel caso della riserva di proprietà. Tuttavia, i pareri pervenuti erano quasi unanimemente contrari alla proposta dell'Ufficio federale, sicché la disposizione in questione è stata espunta dal presente avamprogetto. Nella stessa occasione è stata soppressa un'ulteriore disposizione sulla pubblicità, che prevedeva per i titoli all'ordine connessi a rapporti di trust un obbligo di menzione sul titolo stesso, e che ha destato critiche analoghe in sede di consultazione. Gli avversari del registro hanno sostenuto che esso avrebbe comportato un onere amministrativo sproporzionato e complicazioni nelle attività connesse ai trust. Il registro avrebbe creato grosse difficoltà in molte transazioni commerciali correnti, soprattutto in rapporto con i titoli. Avrebbe avuto un effetto deterrente sui potenziali clienti dei trust, soprattutto su quelli provenienti dai Paesi di *common law*. Tale effetto deterrente sarebbe poi stato ulteriormente rinforzato dalla mancanza di riservatezza legata all'iscrizione. Oggigiorno, dal possesso di una cosa non sarebbe comunque più possibile inferire una effettiva legittimazione del detentore. Il regime proposto avrebbe inoltre rappresentato un passo in dietro rispetto allo *status quo*.

Uno dei pareri proponeva come alternativa un registro dei *trustee*. Ogni *trustee* avrebbe dovuto iscriversi in un registro. In seguito all'iscrizione, i terzi avrebbero dovuto prevedere la possibilità che i beni in possesso dell'interessato potevano fare parte di un trust.

Per i crediti ordinari, e in particolare per gli averi bancari, non è di norma prevista alcuna pubblicità. Di per sé sola, tale circostanza fa del riconoscimento dei trust stranieri, dal profilo del rispetto del livello svizzero di pubblicità, una questione di scarso rilievo, dato che verosimilmente gran parte dei beni in trust presenti in territorio svizzero è costituita da averi bancari.

1.4.4.2 No al pieno riconoscimento del tracing

La Convenzione non impone il riconoscimento del diritto alla distrazione dei beni di un trust in caso di rivendicazione nei confronti degli acquirenti di beni fiduciari indebitamente alienati. L'articolo 11 capoverso 3 lettera b menziona soltanto l'insolvenza o il fallimento «del *trustee*» e la lettera d della medesima disposizione esige soltanto il riconoscimento del diritto di rivendicazione in quanto tale, senza

neppure accennare al *constructive trust* eventualmente connesso. Oltretutto, come rilevato in altro contesto, è controverso addirittura l'obbligo di riconoscere il diritto di rivendicare i beni del trust. Se si dovesse ritenere, ciò nonostante, che l'articolo 11 capoverso 3 lettera d della Convenzione abbraccia tutti i diritti di rivendicazione, compreso il connesso *constructive trust*, resterebbe sempre la possibilità di evitare il riconoscimento del *tracing* invocando l'articolo 15, il quale consentirebbe ai tribunali svizzeri di rifiutare il riconoscimento del *constructive trust* e del relativo diritto di segregazione nella misura in cui lo statuto derivante dalla LDIP non ne esiga il riconoscimento.

Se si ritiene che il *constructive trust* previsto in rapporto con il *tracing* non debba essere riconosciuto, la ratifica della Convenzione dell'Aia non comporterebbe, dal profilo del principio di pubblicità, praticamente alcun cambiamento rispetto alla situazione giuridica attuale. Anche il riconoscimento di un trust in base alla LDIP implica il riconoscimento del diritto di segregazione. Sotto questo aspetto, la riserva dell'ordine pubblico interverrebbe in ragione dell'esistenza dell'articolo 401 CO tutt'al più per gli immobili, beni per i quali il problema di pubblicità che si porrebbe in caso di ratifica della Convenzione sarebbe facilmente sormontabile con l'adozione di una norma quale l'articolo 149c LDIP proposto dall'avamprogetto.

Rispetto allo *status quo* vi sarà comunque un cambiamento, nella misura in cui dopo la ratifica probabilmente vi sarà un numero maggiore di trust riconosciuti; questo non solo perché la Convenzione è più incline al riconoscimento di quanto non lo sia la LDIP, ma anche perché in caso di ratifica le attività dei trust in Svizzera aumenterebbero.

1.4.4.3 Numerus clausus dei diritti reali

Il riconoscimento del trust non lede il principio del *numerus clausus* dei diritti reali. L'istituto della proprietà fiduciaria esiste anche nel diritto svizzero. La particolarità giuridica del trust, ossia il fatto che i beni in trust non siano accessibili ai creditori personali del fiduciario, non costituisce un'ingerenza nel sistema dei nostri diritti reali. Da un lato, tale particolarità esiste anche nel diritto tedesco, il quale conosce fondamentalmente gli stessi diritti reali che conosciamo noi; dall'altro anche il nostro sistema contiene elementi di trattamento privilegiato della proprietà fiduciaria dal profilo dell'esecuzione forzata. Basti citare ancora una volta gli articoli 16 LFI, 37b LBCR e 401 capoverso 3 CO.

Come detto, il diritto di rivendicazione nei confronti di chi acquisisce beni fiduciari in malafede o a titolo gratuito non ha carattere di diritto reale. Tuttavia, la pretesa presenta una componente reale nella misura in cui è rafforzata da un *constructive trust* e di conseguenza può essere invocata anche nei confronti dei creditori dell'acquirente. Ma questo non basta certo a farne un diritto reale ai sensi del nostro ordinamento. Si tratta piuttosto di un'analogia con la regolamentazione stabilita dall'articolo 401 capoverso 3 CO in rapporto con il diritto di rivendicazione del mandante. Del resto, abbiamo già visto che il testo della Convenzione non implica l'obbligo di riconoscere il *constructive trust* e il relativo diritto di segregazione.

Il diritto scozzese, che come il nostro opera una distinzione rigorosa tra diritti reali e diritti personali, non conosce forme di proprietà dissociata e si basa su un *numerus clausus* dei diritti reali, ha accolto senza difficoltà l'istituto del trust all'interno del proprio sistema. Semplicemente, considera il *trustee* come proprietario fiduciario e i

beni fiduciari come patrimonio separato sottratto ai creditori privati del *trustee*. Non prevede invece una legittimazione reale del *beneficiary*. Eventuali pretese nei confronti di un acquirente di beni fiduciari non sono fondate su una legittimazione reale, bensì su un rapporto personale (pretesa derivante da atti illeciti, impugnazione di donazioni).

1.4.4.4 Azione derivante da atti illeciti e azione d'indebito arricchimento secondo il diritto svizzero

Tralasciando il summenzionato *constructive trust*, in definitiva il diritto di rivendicazione nei confronti di chi ha acquisito un bene in malafede o a titolo gratuito non è nulla di particolare. Anche il nostro ordinamento conosce un'azione di risarcimento di carattere delittuale nei confronti di chi acquisisce in malafede beni posti in trust, dacché il comportamento dell'acquirente di malafede può essere considerato perlomeno un atto contrario alla morale. In certi casi potrebbe addirittura trattarsi di istigazione o ricettazione (art. 160 del Codice penale svizzero [CP, RS 311.0]) in combinazione con il reato di appropriazione indebita (art. 138 comma 1 CP, nella variante prevista dalla seconda ipotesi) o di amministrazione infedele (art. 158 CP). Quanto al tipo di risarcimento, il diritto dei trust diverge dal nostro ordinamento nella misura in cui l'attore può scegliere tra riparazione *in natura* (restituzione della cosa o del surrogato più eventuali redditi) e risarcimento in valore (a sua volta, il convenuto riceve in restituzione il prezzo d'acquisto e, nella misura in cui sia andato a beneficio del trust stesso, *realiter* o in compensazione). Tuttavia, questa regolamentazione non è affatto incompatibile con il nostro sistema di responsabilità civile. L'articolo 43 CO affida la determinazione del modo e della misura del risarcimento all'apprezzamento del giudice e così facendo lascia aperta anche la possibilità di una restituzione in natura.

Il diritto nei confronti di chi acquisisce in buona fede beni a titolo gratuito si fonda, come detto, sull'indebito arricchimento. Nel sistema angloamericano, chi acquista gratuitamente beni in seguito a un atto di slealtà (*breach of trust*) si arricchisce in modo iniquo. Anche sotto questo aspetto si notano forti parallelismi con il diritto svizzero. Le nostre norme sull'indebito arricchimento mirano anch'esse alla compensazione di trasferimenti patrimoniali iniqui, e la dottrina assimila a un tale trasferimento anche l'acquisizione in buona o mala fede di beni indebitamente alienati mediante donazione. Il principio è che le donazioni di beni altrui non meritano tutela. Così, l'articolo 239 CO viene interpretato in modo tale da riconoscere come donazione soltanto le liberalità concesse coi propri beni. Se ne desume quindi che le liberalità concesse con il patrimonio altrui non configurano una valida *causa* e pertanto non possono provocare il trasferimento della proprietà. Le liberalità concesse con beni affidati di cui formalmente è proprietario il donatore comportano il passaggio del titolo, ma fanno nascere un'azione di indebito arricchimento contro l'acquirente. Anche per quanto riguarda l'estensione del diritto vi sono parallelismi con il diritto svizzero. Anche il diritto di rivendicazione previsto in materia di trust si limita all'arricchimento sussistente (cfr. art. 64 CO), e le spese necessarie e utili devono essere rimesse all'acquirente in entrambi i sistemi (cfr. art. 65 CO).

1.4.4.5 Riserva dello statuto reale

In sintesi, occorre ribadire che il riconoscimento dei trust non comporta l'introduzione di nuovi diritti reali nel nostro ordinamento. Il *trustee* dev'essere considerato unico avente diritto reale sui beni posti in trust, purché i singoli diritti patrimoniali gli siano stati trasferiti validamente. Come nel contesto della LDIP, la validità del trasferimento dei vari diritti patrimoniali si determina in base allo statuto di trasferimento dei singoli diritti, vale a dire, per le cose, allo statuto reale (art. 99 segg. LDIP). Lo statuto reale è riservato anche per altri diritti reali relativi a beni posti in trust. I trust che svolgono soltanto funzione di garanzia potrebbero, come abbiamo già esposto, essere sottoposti interamente allo statuto reale.

1.4.5 Possibili obiezioni di carattere giuspolitico

In Svizzera si guarda spesso con scetticismo all'istituto del trust, spesso considerato uno strumento utilizzato per l'occultamento degli effettivi rapporti di proprietà, l'evasione fiscale, il riciclaggio di denaro, la violazione delle norme sulle legittime e simili. In proposito va precisato quanto segue.

1.4.5.1 Riciclaggio di denaro

Nell'ambito dei lavori del *Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux* (GAFI) la Svizzera ha sinora assunto un atteggiamento critico rispetto al trust, non da ultimo in conseguenza delle pressioni esercitate soprattutto da parte anglosassone sull'azione al portatore svizzera. Ma nel quadro della revisione delle proprie raccomandazioni, il GAFI ha ora trovato un'intesa sul testo seguente, elaborato su impulso della Svizzera (Raccomandazione 34):

Les pays devraient prendre des mesures pour empêcher l'utilisation illicite de constructions juridiques par les blanchisseurs de capitaux. Les pays devraient notamment s'assurer que des informations adéquates, pertinentes et à jour sur les trusts exprès, notamment des informations sur les personnes ayant constitué ces trusts exprès, les administrateurs et les bénéficiaires, peuvent être obtenues ou consultées en temps voulu par les autorités compétentes. Les pays pourraient envisager de prendre des mesures pour faciliter l'accès aux informations sur les bénéficiaires effectifs et sur le contrôle des constructions juridiques, nécessaires aux institutions financières pour se conformer aux obligations découlant de la Recommandation 5.

La Svizzera soddisfa già tali requisiti grazie alla legge federale relativa alla lotta contro il riciclaggio di denaro nel settore finanziario (LRD; RS 955.0). Il *trustee* è tenuto, in qualità di intermediario finanziario, a identificare tanto il *settlor* («controparte» ai sensi dell'art. 3 LRD) quanto i *beneficiaries*, vale a dire gli aventi economicamente diritto (art. 4 cpv. 1 lett. a LRD; cfr. in generale art. 20 cpv. 2 dell'ordinanza dell'Autorità di controllo per la lotta contro il riciclaggio di denaro relativa agli obblighi degli intermediari finanziari che le sono direttamente sottoposti [ORD AdC; RS 955.16]). L'obbligo sussiste non solo all'inizio ma anche nel corso della relazione d'affari (art. 5 cpv. 1 LRD), dato che in determinati trust il *beneficiary* può cambiare o non essere ancora determinato. Se il *trustee* non opera egli stesso a titolo professionale e non può quindi essere ritenuto un intermediario finanziario ai sensi dell'articolo 2 capoverso 3 LRD, lavorerà di regola con uno di essi, ad

esempio con una banca o un gestore patrimoniale professionista, il quale avrà l'obbligo da parte sua di raccogliere una dichiarazione scritta indicante l'avente economicamente diritto. Tale obbligo sussiste sia in base alla lettera a sia in base alla lettera b dell'articolo 4 capoverso 1 LRD, poiché in questo ambito i trust sono considerati società di domicilio (o «società di sede», art. 3 ORD AdC). Le banche sono comunque tenute all'identificazione dell'avente economicamente diritto in virtù degli articoli 3 e 4 della Convenzione di diligenza.

Dalle constatazioni che precedono si evince anzitutto che per i trust amministrati in Svizzera la trasparenza necessaria a prevenire il riciclaggio di denaro è garantita, e secondariamente che la ratifica della Convenzione dell'Aia sui trust da parte della Svizzera non contraddirebbe l'atteggiamento assunto nell'ambito del GAFI. Tanto più che, come abbiamo già spiegato, il trust esiste già in Svizzera e non verrebbe introdotto *ex novo* con la ratifica. La ratifica avrebbe come unica conseguenza l'assoggettamento del trust a una base legale più solida, a tutto vantaggio, in definitiva, della lotta contro il riciclaggio di denaro. La sorveglianza dei trust è più efficace se vi è chiarezza circa gli effetti di carattere civile dell'istituto. In tal senso, l'Autorità svizzera di controllo per la lotta contro il riciclaggio di denaro vedrebbe di buon occhio la ratifica.

Va inoltre rilevato che i problemi di trasparenza associati al trust si presentano già nella nostra «fiducia» (nel senso di «Treuhand»), che per quanto riguarda la trasparenza presenta le caratteristiche fondamentali del trust. Anche la fiducia poggia su una dissociazione tra proprietà formale e legittimazione economica. Può essere istituita senza rispettare alcuna forma, esattamente come il trust, e anche le regole sui beneficiari possono essere strutturate allo stesso modo. Il fiduciante può istituire come beneficiario se stesso o una terza persona, oppure affidare la scelta dei beneficiari al fiduciario o ad altri. Può persino arrogarsi il diritto di ridefinire le regole sui beneficiari nel corso della relazione d'affari. Sotto questo profilo, la fiducia è addirittura più pericolosa del trust, in quanto il fiduciante può riservarsi interamente il potere di impartire istruzioni, riserva che invece il diritto angloamericano non ammette.

Ciò che probabilmente conferisce al trust un'attrattiva maggiore rispetto alla fiducia per chi svolge attività illegali è il fatto che i creditori del *trustee* non possono attingere al patrimonio fiduciario. A questo proposito occorre comunque tener presente che secondo la già evocata prassi del Tribunale federale la stessa regola sembra valere, in forza dell'articolo 401 capoverso 1 CO, anche nel caso della fiducia, non appena il fiduciario si sia premurato di trasferire gli averi fiduciari su un conto bancario. Se è vero che il credito nei confronti della banca rientra in un primo momento nel patrimonio affidato al fiduciario, con il fallimento di quest'ultimo passa però, in virtù di una cessione legale, al fiduciante.

1.4.5.2 Diritto fiscale

Oggi come oggi le autorità fiscali elvetiche devono già occuparsi del trattamento fiscale dei trust. I trust vengono ricondotti all'interno delle categorie previste dal sistema tributario in questione principalmente in base alla legittimazione economica, piuttosto che all'assetto giuridico. Naturalmente, bisogna considerare anche gli effetti di carattere civile che il trust comporta; anche le autorità fiscali avvertono pertanto la necessità di poter contare sulla certezza del diritto in questo ambito. Vari

esponenti del settore si sono infatti espressi in termini positivi sulla eventualità di una ratifica.

In Svizzera, il trattamento fiscale dei trust continuerebbe comunque a essere retto esclusivamente dal diritto svizzero, anche in caso di ratifica della Convenzione. L'articolo 19 della Convenzione precisa del resto che la competenza degli Stati in materia fiscale non è compromessa.

Il diritto fiscale svizzero è riservato in particolare per la questione dell'imponibilità del patrimonio conferito in trust. In molti Paesi l'importanza considerevole assunta dal trust è legata a questioni di ordine fiscale. Talune forme di trust consentono, nelle relazioni internazionali, di sottrarre legalmente al fisco beni e redditi per un lungo periodo, talvolta anche per varie generazioni, in quanto detti beni non rientrano in alcuna categoria imponibile. In Svizzera, invece, i patrimoni conferiti in trust sono sostanzialmente imponibili.

1.4.5.3 Elusione del diritto civile svizzero

Vi è chi teme che l'istituto del trust possa essere sfruttato allo scopo di eludere disposizioni imperative del diritto civile svizzero, benché gran parte degli ambiti che nel nostro ordinamento sono retti da norme imperative non sia nemmeno toccata dalla Convenzione (art. 4, 8 e 15 Conv.). La Convenzione non si applica ad esempio al diritto delle persone (esercizio dei diritti civili), alle norme sui regimi matrimoniali, al diritto successorio (forma delle disposizioni e modi di disporre, norme sulle porzioni legittime) e ai diritti reali (contenuto e trasmissione dei diritti reali). Per quanto concerne questi ultimi, in particolare, si potrebbe anche qualificare i trust con funzione di garanzia reale, equivalenti a un diritto di pegno o a una riserva di proprietà, come fattispecie di diritto reale e pertanto assoggettarli al diritto del luogo di situazione in applicazione del capitolo 7 della LDIP (diritti reali). Sussiste una possibilità di elusione eventualmente nell'ambito delle disposizioni applicabili alle persone giuridiche, disposizioni che però possono essere eluse anche senza ricorrere al trust, ad esempio istituendo una *Anstalt* o una fondazione secondo il diritto del Liechtenstein. Il capitolo 10 della LDIP, determinante per le persone giuridiche, poggia peraltro sul principio liberale dell'incorporazione, in base al quale le persone giuridiche possono essere create secondo qualunque diritto, basta che siano valide secondo il diritto in questione.

Del resto, bisogna tener presente che nell'ordinamento giuridico svizzero le norme imperative servono principalmente a proteggere singole parti o determinati gruppi di persone. Anche il diritto angloamericano dei trust conosce disposizioni di questo tipo, in particolare in rapporto con la posizione del *trustee*, il quale nel sistema angloamericano soggiace a un severo regime di obblighi.

L'elusione è esclusa *a priori* per tutte quelle norme imperative che, in virtù della loro particolare rilevanza, hanno statuto di *legge d'applicazione necessaria* ai sensi dell'articolo 18 LDIP. La Convenzione prevede una riserva in favore di queste norme (art. 16 Conv.), come per l'*ordine pubblico* dei singoli Stati contraenti, riservato dall'articolo 18. In particolare, continuerà ad applicarsi anche la legge federale sull'acquisto di fondi da parte di persone all'estero (RS 211.412.41), la quale è già riservata in virtù dell'articolo 3 della Convenzione.

L'articolo 149b LDIP proposto dall'avamprogetto prevede una variante consistente nell'aggiunta di un terzo capoverso. Se questo capoverso aggiuntivo fosse integrato nella legge, l'istituzione di un trust di diritto straniero sarebbe valida soltanto nel caso in cui il trust in questione presentasse un certo carattere di estraneità.

1.5 Revisione della LDIP quale alternativa alla ratifica della Convenzione

La maggiore certezza del diritto perseguita con la ratifica della Convenzione dell'Aia sui trust potrebbe essere ottenuta anche conferendo maggior chiarezza alle norme della LDIP in rapporto con il trust. Rispetto a una semplice revisione della LDIP, la ratifica della Convenzione presenta tuttavia due evidenti vantaggi: primo, consentirebbe alla Svizzera di partecipare a un'opera di unificazione internazionale del diritto nel campo del diritto internazionale privato del trust; secondo, avrebbe una risonanza internazionale. In caso di ratifica della Convenzione, la certezza del diritto conseguita in Svizzera riguardo al trattamento dei trust stranieri lancerebbe un segnale a livello internazionale. Una soluzione incentrata sulla sola LDIP sarebbe ragionevolmente da preferirsi soltanto nel caso in cui, dal punto di vista svizzero, le norme della Convenzione non dovessero offrire una soluzione soddisfacente. Nel rapporto esplicativo relativo alla preconsultazione informale (n. 36) si dimostra che così non è, e che invece i criteri di collegamento previsti dalla Convenzione ben si conciliano con i principi generali della LDIP.

1.6 Risultati della procedura di consultazione preliminare

Nell'ambito della fase di preconsultazione cui si è accennato in ingresso sono pervenuti complessivamente 11 pareri, tra cui sei di associazioni economiche, uno di una grande banca e quattro da ambienti accademici. Tutti i pareri pervenuti sono chiaramente favorevoli alla ratifica della Convenzione dell'Aia sui trust. L'alternativa che propone un semplice adeguamento della LDIP (si veda il n. 1.5) viene chiaramente respinta. Le disposizioni di aggiustamento proposte dall'avamprogetto incontrano in sostanza il favore di chi si è espresso. Voci isolate chiedono, in adesione al progetto Thévenoz, l'espunzione delle parentesi quadre che racchiudono le disposizioni del Codice civile svizzero proposte come semplice opzione nell'avamprogetto (si veda in proposito il n. 2.2) nonché il completamento di dette disposizioni con l'aggiunta di un articolo supplementare. Altri lamentano che l'avamprogetto non preveda una codificazione della fiducia svizzera. Tuttavia, tra questi ultimi alcuni convengono che la codificazione della fiducia potrebbe essere intrapresa anche dopo la ratifica della Convenzione. In tutti i pareri si sottolinea l'importanza di una sollecita ratifica della Convenzione dell'Aia sui trust. Gli altri risultati della preconsultazione saranno esaminati nell'ambito del commento alle singole modifiche legislative.

2 Parte speciale: commento delle modifiche legislative proposte

2.1 Legge federale sul diritto internazionale privato (LDIP, RS 291)

Osservazioni preliminari

Ratificando la Convenzione dell'Aia, la Svizzera farebbe propria una regolamentazione di diritto internazionale privato in materia di trust, rendendo necessario un contemporaneo adeguamento della LDIP, la quale non contiene attualmente disposizioni specifiche sul trust.

I capitoli che costituiscono la parte speciale della LDIP sono di norma suddivisi in tre parti, una sulla competenza delle autorità svizzere nella materia in questione, una sul diritto applicabile da parte delle autorità svizzere competenti nella singola fattispecie e una sul riconoscimento di decisioni straniere. Ritroviamo questa struttura tripartita anche nel capitolo dedicato al trust.

Poiché, in virtù della sua natura giuridica, il trust è un ibrido tra il rapporto fiduciario e la fondazione, il nuovo capitolo è stato inserito tra quello sul diritto delle obbligazioni e quello sulle società. Dato che, in assenza di disposizioni speciali, gran parte dei trust sarebbe assoggettata alle società della LDIP, le disposizioni del previsto nuovo capitolo 9a si ispirano prevalentemente agli articoli 150 segg. LDIP. Si è tenuto inoltre conto delle norme della LDIP sui contratti nonché della Convenzione del 16 settembre 1988 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (Convenzione di Lugano, RS 0.275.11).

Articolo 5 capoverso 4 LDIP

Il nuovo articolo 149a LDIP proposto dall'avamprogetto prevede, per analogia con il vigente articolo 5 capoverso 1 LDIP, la possibilità di pattuire il foro. Il nuovo capoverso 4 dell'articolo 5 LDIP assoggetta la proroga di foro al regime previsto dai vigenti capoversi 2 e 3 dello stesso articolo, i quali si addicono (in particolare l'inefficacia prevista al capoverso 2 in caso di privazione abusiva di un foro) anche ai casi di proroga di foro per atto giuridico unilaterale.

Articolo 21a LDIP

Gli articoli 149a e 149d LDIP, che commenteremo più avanti, fanno riferimento alla «sede» del trust. L'articolo 21a LDIP proposto dall'avamprogetto ne fornisce la necessaria definizione limitandosi a richiamare la nozione di sede di cui all'articolo 21 LDIP, prevista per le società. La sede di un trust è dunque il luogo designato nello statuto del trust oppure, in difetto, il luogo in cui il trust è amministrato effettivamente. Sotto questo aspetto sussiste un parallelismo con la nozione di «*place of administration of the trust*», cui fanno capo taluni ordinamenti giuridici statunitensi. Anche questa nozione si basa sul luogo dell'amministrazione effettiva, salvo diversa disposizione nello statuto del trust.

Mediante il rinvio contenuto all'articolo 21a LDIP, si precisa inoltre che la sede del trust equivale al domicilio di una persona fisica. Sarà lo statuto del trust a determinare se in una vertenza convenga agire contro il trust stesso o contro uno o più *trustee*. L'introduzione di una causa contro il trust è ipotizzabile ad esempio nei casi in cui un *trustee* impegni i beni del trust in un contratto stipulato con terzi.

La «sede» ai sensi della LDIP è un mero criterio di collegamento che, pur derivando dal concetto di sede del diritto civile svizzero, non coincide però esattamente con esso. In particolare, il fatto che nel contesto della LDIP si attribuisca una sede a un trust non significa necessariamente che il trust in questione vi gestisca fisicamente degli uffici o un domicilio postale.

Articolo 149a LDIP

L'articolo 149a LDIP disciplina la competenza per le azioni inerenti al diritto dei trust. Dato che per la questione del diritto applicabile, regolata successivamente, si rinvia alla Convenzione dell'Aia, anche per quanto concerne la competenza si rimanda al concetto di trust da essa previsto.

Nonostante il rinvio all'articolo 2 della Convenzione dell'Aia, l'articolo 149a LDIP non riguarda soltanto i trust che rientrano nel campo d'applicazione materiale della Convenzione: il nuovo capitolo 9a della LDIP contiene regole valide per tutti i trust ai sensi della Convenzione, anche per quelli che non sono comprovati per iscritto e che quindi non rientrano nel campo d'applicazione della Convenzione. Nel contesto della LDIP non avrebbe senso prevedere due diversi regimi per i trust comprovati per iscritto e per quelli istituiti in base a meri accordi verbali. In special modo, non sarebbe ragionevole continuare a sottoporre i trust non comprovati per iscritto al regime attuale (con tutte le sue incertezze), tanto più che gran parte dei trust istituiti in base ad accordi puramente verbali dovrebbero essere assoggettati alle disposizioni sulle società. Tuttavia, il problema è più che altro di natura accademica, in quanto in Svizzera l'importanza pratica dei trust non comprovati per iscritto dovrebbe essere estremamente modesta.

La regolamentazione proposta all'articolo 149a LDIP si basa sulla libertà di scelta del *settlor*. Da questo profilo si riscontra una differenza con la normativa prevista dalla LDIP per le società, la quale, contrariamente al capitolo sui contratti, non ammette la proroga di foro. Nonostante i parallelismi che intercorrono tra il trust e le società della LDIP, la differenza di trattamento riguardo alla proroga di foro è giustificata. In primo luogo, una soluzione di questo tipo è conforme alla Convenzione di Lugano (art. 17 cpv. 2). Secondariamente, riconoscere il trust significa accettare un istituto caratterizzato da una larghissima autonomia del costituente, il quale può scegliere liberamente anche il diritto applicabile al trust. Assumere un atteggiamento restrittivo riguardo alla possibilità di proroga sarebbe pertanto incoerente.

Il primo capoverso dell'articolo 149a, che sanziona la libertà di scelta del *settlor*, si basa, pur con qualche ritocco, sul progetto Thévenoz.

Il passaggio «la validità, gli effetti, l'amministrazione e la modifica» è stato completato con l'aggiunta «e la cessazione», la quale, senza essere assolutamente necessaria, si rivela comunque essere una precisazione utile.

Nella versione tedesca l'espressione «freiwillig», un po' infelice, è stato sostituita con «rechtsgeschäftlich». Benché il termine «gewillkürt» sia più calzante, «rechtsgeschäftlich» ha il vantaggio di essere comprensibile ai più. Inoltre, la versione tedesca della Convenzione di Lugano parla di costituzione «durch Rechtsgeschäft» (art. 5 n. 6). Essendo il campo d'applicazione dell'articolo 149a limitato ai trust istituiti con atto giuridico, il *constructive trust* ne è escluso. A questo proposito si veda il commento all'articolo 149b.

Come detto, il nuovo capitolo 9a della LDIP si applica a tutti i trust ai sensi dell'articolo 2 della Convenzione, e non soltanto a quelli comprovati per iscritto. In questo senso, si è deciso di sostituire «Trusturkunde» («documento istitutivo del trust») con «Trustbestimmungen» («disposizioni regolatrici del trust»). Inoltre, la preposizione «in» è stata sostituita dalla preposizione «gemäss» («gemäss den Trustbestimmungen») onde tener conto anche dei casi in cui le disposizioni regolatrici del trust non prevedono un foro ma autorizzano il *settlor* o un'altra persona a designarne uno in seguito. In fase di preconsultazione si è detto a più riprese che l'articolo 149a capoverso 1 avrebbe dovuto contemplare anche i casi di questo tipo. Nell'avamprogetto, il problema delle possibilità di abuso che potrebbero presentarsi da questo profilo viene risolto inserendo un richiamo all'articolo 5 capoverso 4 LDIP nel capoverso 2 della stessa disposizione.

In seguito alla sostituzione del termine «Trusturkunde» con «Trustbestimmungen» si è resa necessaria l'aggiunta di una frase. Se è vero che il capoverso 1 comprende fondamentalmente anche i trust istituiti verbalmente, la designazione di un tribunale sarà presa in considerazione soltanto se è stata effettuata per iscritto. Quanto detto vale anche per l'abilitazione a designare un foro in un secondo tempo. Il parallelismo con l'articolo 5 capoverso 1 LDIP, che prescrive la forma scritta per la proroga di foro, dev'essere mantenuto. Non vi è ragione di privilegiare i trust rispetto alle proroghe di foro contenute nei contratti. Il bisogno di certezza del diritto che sta alla base dell'articolo 5 capoverso 1 LDIP è dato infatti anche in questo caso.

In assenza di una valida proroga di foro l'avamprogetto prevede, al capoverso 2, una regola corrispondente a quella dell'articolo 151 capoversi 1 e 2 LDIP. Sono quindi competenti il foro del domicilio del convenuto, rispettivamente della sua dimora abituale, e il foro della sede del trust (cfr. art. 21a LDIP). La soluzione adottata corrisponde ampiamente a quella della Convenzione di Lugano, la quale prevede la facoltà di scegliere tra il domicilio del convenuto e la sede del trust (art. 2 e art. 5 cpv. 6 Conv. Lugano).

Poiché in molti casi la sede del trust dovrebbe corrispondere al luogo della stabile organizzazione, rispettivamente al domicilio o alla dimora abituale del *trustee*, si potrebbe ipotizzare di adottare come foro, invece della sede del trust, la stabile organizzazione, il domicilio o la dimora abituale del *trustee*. In tal caso sorgerebbero nondimeno dei problemi non appena ci si trovi in presenza di più *trustee*. Oltretutto, verrebbe a cadere anche il parallelismo con la Convenzione di Lugano.

Taluni dei pareri inoltrati chiedevano di sostituire «del convenuto» con «del trustee». Ma il foro del domicilio del convenuto dovrebbe valere per tutte le controversie interne al trust, e quindi anche per le azioni del *trustee* contro un beneficiario (relative ad esempio a un diritto di rivalsa invocato dal trustee per le spese sostenute in favore del trust). Spetta allo statuto del trust precisare chi sia il convenuto in una controversia interna al trust. L'articolo 149a non si applica invece ai rapporti esterni dei trust. Ciò vale in particolare per le azioni derivanti da negozi che il *trustee* ha concluso con terze persone per conto del trust. Dal campo d'applicazione dell'articolo 149a esulano anche altre controversie che non riguardano il diritto dei trust, in particolare le azioni in rapporto con una questione preliminare come la capacità del *settlor* di esercitare i diritti civili, la validità di un testamento, la violazione di una legittima, la validità del trapasso della proprietà al *trustee*, ecc.

Uno dei motivi addotti a sostegno della richiesta di sostituire l'espressione «del convenuto» con «del trustee» è la volontà di impedire che le azioni concernenti

l'esistenza o la validità di un trust potessero essere promosse al domicilio di un *beneficiary*. In casi del genere si potrebbe ipotizzare di escludere il foro del capoverso 2 lettera a, ma così facendo verrebbe meno anche il parallelismo con la Convenzione di Lugano, la quale ammette l'azione al domicilio del convenuto per le controversie che concernono lo statuto di un trust, mentre non l'ammette per le cause che concernono lo statuto di una società o di una persona giuridica, per le quali prevede il foro esclusivo della sede (art. 16 n. 2).

Il terzo capoverso dell'articolo 149a corrisponde a quello dell'articolo 151 LDIP (a parte che in quest'ultimo caso si parla, nella versione tedesca, di «Gerichtsstandsvereinbarung» e nel primo caso di «Gerichtsstandswahl» [in italiano «proroga di foro» in ambedue i casi]). Le emissioni di titoli di partecipazione o di prestiti hanno luogo anche in rapporto con i trust.

Articolo 149b LDIP

L'articolo 149b LDIP definisce il diritto applicabile ai trust basandosi, come l'articolo 149a, sulla nozione di trust di cui all'articolo 2 della Convenzione. Come quello contenuto all'articolo 149a, il rinvio dell'articolo 149b vale per tutti i trust istituiti con atto giuridico, compresi quelli ai quali la Convenzione non è applicabile in virtù dell'articolo 3. In certi casi, quindi, il rinvio ha un effetto costitutivo, benché in linea di principio abbia un effetto puramente declamatorio.

Come detto, la nozione di trust di cui all'articolo 2 è molto ampia e ingloba anche i rapporti giuridici che rientrano nella categoria dei contratti piuttosto che in quella dei trust. Altrettanto ampia è la nozione che ritroviamo all'articolo 149b LDIP. Se si volesse scongiurare un tale risultato, si dovrebbe prevedere un rinvio autonomo, limitato ai soli trust propriamente detti. Tale soluzione sarebbe nondimeno fonte di problemi poiché tutti gli altri rinvii della LDIP si basano di norma su una preesistente nozione del diritto civile svizzero, mentre per il trust tale nozione non esiste. Inoltre, inserendo una nozione autonoma di trust all'articolo 149b si creerebbe di nuovo un duplice regime, secondo il quale la Convenzione sarebbe applicabile (direttamente o in forza del rinvio di cui all'art. 149b cpv. 1 LDIP) a tutti i trust *stricto sensu* e ai trust *lato sensu* comprovati per iscritto, mentre per i trust meramente orali in senso lato varrebbero le restanti regole della LDIP.

L'articolo 3 della Convenzione limita il campo d'applicazione ai soli trust istituiti volontariamente. Non è tuttavia necessario esaminare se occorra desumerne che la nozione di trust di cui all'articolo 2 comprenda anche i trust non istituiti volontariamente, in quanto l'articolo 149b capoverso 1 contiene a sua volta una limitazione esplicita ai trust istituiti con atto giuridico. Pertanto, l'articolo 149b non riguarda il *constructive trust*. Come abbiamo già detto più volte, il *constructive trust* non rappresenta un organismo creato per atto volontario come una società o un rapporto contrattuale, bensì è il prodotto dell'applicazione analogica di norme sui trust a un rapporto giuridico preesistente. Per questo motivo non pare ragionevole assoggettarlo al capitolo 9a della LDIP: è preferibile che continui a essere retto, come sinora, dallo statuto che regola il rapporto giuridico soggiacente.

In fase di preconsultazione taluni interpellati hanno chiesto che l'inapplicabilità del capitolo 9a al *constructive trust* fosse espressamente prevista dal testo di legge. Considerate le riflessioni esposte al paragrafo precedente, una precisazione in tal senso è tuttavia superflua.

Al capoverso 2 dell'articolo 149b si dichiara implicitamente che la Svizzera rinuncia a invocare la clausola d'eccezione di cui all'articolo 13 della Convenzione. Il capoverso, che figurava già in forma analoga nel progetto Thévenoz, parte dal presupposto che l'articolo 13 della Convenzione relativizzi considerevolmente la certezza del diritto che si vorrebbe instaurare con la ratifica. L'articolo 13 contraddice inoltre lo spirito della LDIP, la quale consacra l'autonomia delle parti tanto per i contratti (art. 116 cpv. 1), quanto per le società (art. 154 cpv. 1). Come giustamente afferma Thévenoz nel suo rapporto (pag. 137), l'articolo 13 della Convenzione corrisponde alla nostra riserva della sede fittizia, la quale, secondo la giurisprudenza del Tribunale federale, è venuta a cadere con l'entrata in vigore dell'articolo 154 capoverso 1 LDIP.

Anche una perizia giuridica redatta per conto dell'Ufficio federale di giustizia dal professor Frank Vischer di Basilea raccomanda l'adozione di una disposizione equivalente a quella prevista dall'articolo 149b capoverso 2 LDIP. A mente dell'autore, il mancato riconoscimento di singoli trust in forza dell'articolo 13 equivarrebbe a una involuzione rispetto al diritto vigente. L'applicazione dell'articolo 13 potrebbe per giunta produrre risultati indesiderati: ad esempio, un cittadino britannico domiciliato in Svizzera non potrebbe istituire un trust inglese in territorio svizzero.

Quale alternativa, si discute l'adozione di un capoverso 3 che limiti in qualche modo la portata del capoverso 2 e tenga conto delle perplessità manifestatesi quanto alla possibilità di ammettere la scelta del diritto anche per quei trust che non presentano alcun legame con l'estero; in realtà, secondo l'opinione dominante, l'autonomia delle parti riconosciuta dal diritto internazionale privato in materia di contratti presuppone l'esistenza effettiva di un collegamento con l'estero.

La restrizione di cui al capoverso 3 (derivante dal capoverso 2) consiste nell'escludere, per i trust puramente «interni», la scelta del diritto prevista dall'articolo 6 della Convenzione. Di conseguenza, il giudice svizzero fonderà la propria decisione sul diritto straniero designato se in un primo momento si è persuaso che la fattispecie presenta il necessario carattere di estraneità. Un mero trust interno resta quindi definitivamente assoggettato al diritto svizzero: in altri termini, la sua validità e il suo contenuto andranno determinati in base al diritto contrattuale e societario svizzero. In tal modo si evita che, in una situazione puramente interna, si possano eludere disposizioni cogenti del diritto svizzero semplicemente ricorrendo alla scelta di un diritto estero.

Il necessario carattere di estraneità può essere ammesso in particolare se uno dei luoghi seguenti è ubicato all'estero:

1. il domicilio, la dimora abituale o il Paese d'origine del costituente o di uno dei beneficiari;
2. il domicilio, la dimora abituale o, in caso di attività commerciale, la stabile organizzazione di uno dei trustee;
3. il luogo in cui dev'essere realizzato uno degli scopi del trust;
4. il luogo di situazione dei beni del trust;
5. il luogo di amministrazione del trust.

Che i luoghi menzionati ai numeri 2, 3 e 4 debbano essere ritenuti un elemento di estraneità rilevante si desume già dal semplice fatto che, ad eccezione del domicilio menzionato al numero 2, la Convenzione li designa espressamente come criteri di

collegamento essenziali per la determinazione del diritto applicabile (art. 7 cpv. 2 Conv.).

Il momento in cui deve sussistere l'auspicato collegamento con l'estero va determinato in base all'articolo 13 della Convenzione, il quale costituisce la base legale del terzo capoverso dell'articolo 149b LDIP. Per quanto riguarda l'articolo 13 Conv., non è chiaro se il momento determinante debba essere quello dell'istituzione del trust o il «momento del riconoscimento». La questione dovrà essere acclarata dai tribunali. Bisognerà inoltre valutare su quale momento occorra basarsi per determinare la legge applicabile ai sensi dell'articolo 7. Dal profilo della certezza del diritto, converrebbe basarsi sul momento dell'istituzione del trust, tanto all'articolo 13 quanto all'articolo 7. Nel contesto dell'articolo 13 sembra avere senso anche un eventuale riferimento al momento della scelta del diritto, riferimento che diverrebbe effettivo qualora la scelta del diritto avvenisse dopo l'istituzione del trust.

In fase di preconsultazione è stato rilevato che nel primo emistichio dell'articolo 149b capoverso 2 LDIP si parla di diritto applicabile, e non di riconoscimento come all'articolo 13 della Convenzione. Al riguardo si può obiettare che detto emistichio ingloba anche la questione del riconoscimento ai sensi dell'articolo 11 della Convenzione. In definitiva, anche l'articolo 11 concerne infatti la questione del diritto applicabile, dato che designa una serie di problematiche da sottoporre imperativamente al diritto applicabile. Disponendo che il diritto designato dal capitolo 2 della Convenzione è applicabile senza eccezione (fatto salvo l'articolo 3), l'articolo 149b capoverso 2 LDIP fa dunque sì che l'articolo 11 della Convenzione prevalga in tutti i casi.

Articolo 149c LDIP

Il primo e il secondo capoverso di questa disposizione prevedono la pubblicazione dei rapporti di trust esistenti allo scopo di tutelare i terzi in buona fede. Poiché non si tratta di vere e proprie norme di diritto internazionale privato, potrebbero essere integrate nel diritto applicabile alla materia in questione. È tuttavia giudizioso collocarle a ridosso dell'articolo 149b LDIP, dato che il terzo capoverso della disposizione implica una limitazione dello statuto del trust. Non è inoltre possibile trovare una collocazione adeguata del capoverso 1 nel Codice civile, le cui disposizioni sul registro fondiario non comprendono una vera e propria regolamentazione delle menzioni. In genere, le basi legali delle menzioni sono contemplate dalle disposizioni che disciplinano i rapporti giuridici da menzionare, com'è il caso in particolare anche della menzione del fondo d'investimento, citato a più riprese nel presente rapporto come termine di paragone (art. 16 LFI).

L'articolo 149c corrisponde all'articolo 149d del progetto Thévenoz, il quale parla genericamente di iscrizione nei registri pubblici. In concreto, la disposizione si riferisce soltanto al registro fondiario, al registro del naviglio e al registro aeronautico (cpv. 2). La norma del progetto Thévenoz prevede un diritto all'iscrizione, mentre l'articolo 149c del presente progetto enuncia un obbligo la cui violazione comporta la sanzione prevista al capoverso 3 della disposizione.

Il capoverso 3 prevede l'inefficacia dei rapporti di trust non pubblicati nei confronti dei terzi in buona fede. La norma tutela tanto i creditori in buona fede del *trustee* quanto gli acquirenti in buona fede in caso di alienazione di beni fiduciari. Ai creditori del *trustee* consente di rivalersi nell'escussione di quest'ultimo anche sui beni del trust che non sono stati oggetto di un'iscrizione. Per l'acquirente in buona fede di

beni non iscritti, invece, comporta che non è tenuto a restituzione nemmeno nel caso in cui l'alienazione sia avvenuta indebitamente. La normativa angloamericana sui trust prevede un diritto di rivendicazione nei confronti dell'acquirente in buona fede soltanto se l'acquisizione è avvenuta a titolo gratuito.

L'articolo 149c contiene prescrizioni di diritto sostanziale che si applicano anche quando il trust o il diritto di rivendicazione nei confronti dell'acquirente non soggiace al diritto sostanziale svizzero. Questa norma configura una *legge d'applicazione necessaria* ai sensi dell'articolo 16 della Convenzione.

L'avamprogetto inviato in preconsultazione conteneva tre altri articoli sulla pubblicità. Due di essi, gli articoli 19d (registro dei trust in caso di beni mobili) e 149e (menzione dei trust in caso di titoli all'ordine), sono stati soppressi (in proposito si veda il n. 1.4.4.1). L'articolo 149f è stato integrato nell'articolo 149c (cpv. 2) e l'articolo 149g del progetto Thévenoz è divenuto l'articolo 149d.

Articolo 149d LDIP

Le competenze indirette di cui alle lettere b, c e d corrispondono a quelle previste all'articolo 165 LDIP. La lettera a è necessaria in quanto l'articolo 26 lettera b LDIP (perlomeno in base al suo testo) non contempla l'ipotesi della scelta unilaterale del diritto. L'articolo 26 lettera b LDIP potrebbe tutt'al più applicarsi qualora le parti in causa concludano a posteriori una proroga di foro. Il testo originario della lettera a, criticato in sede di preconsultazione, è stato modificato nel presente avamprogetto.

2.2 Rinuncia all'inserimento di disposizioni nel Codice civile svizzero (CC, RS 210)

Quale variante, il progetto inviato in preconsultazione prevedeva l'inserimento nel Codice civile svizzero di due disposizioni relative al trattamento del trust nell'azione di riduzione ereditaria. Ambedue le disposizioni sono state soppresse in quanto superflue. In sede di preconsultazione, la questione ha tuttavia destato reazioni controverse.

2.3 Rinuncia all'inserimento di disposizioni nel Codice delle obbligazioni (CO, RS 220)

Il progetto Thévenoz prevedeva la codificazione del diritto fiduciario svizzero nel Codice delle obbligazioni. Anche nel presente avamprogetto, come in quello precedente, si è rinunciato a introdurre disposizioni in proposito, in quanto da un lato l'auspicabilità di una codificazione del diritto fiduciario è controversa e dall'altro un simile passo, benché possa essere considerato un valido complemento alla ratifica della Convenzione, non sembra però essere indispensabile alla sua attuazione (in merito al risultato della preconsultazione si veda il n. 1.6).

2.4 Legge federale sulla esecuzione e sul fallimento (LEF, RS 281.1)

Articolo 284a LEF

Nella procedura esecutiva connessa con un trust occorre distinguere tra due categorie di debiti: quelli assunti dal *trustee* in «rappresentanza indiretta» del trust stesso e per i quali il *trustee* risponde dunque sul suo patrimonio personale, e quelli di cui risponde il patrimonio conferito in trust, vuoi perché il *trustee* l'ha impegnato direttamente, vuoi perché il debito è per sua natura legato al patrimonio in trust (cfr. in proposito il n. 1.2.5.2). Per i debiti della prima categoria, di cui il *trustee* risponde personalmente, bisogna procedere secondo le regole previste dalla LEF. In altri termini, l'esecuzione forzata è rivolta contro il trustee e si svolge sostanzialmente come se il *trustee* fosse escusso per debiti privati, con l'unica ma importante differenza che il patrimonio conferito in trust può essere segregato o, per meglio dire, distratto (si veda il commento all'art. 284b LEF). Invece, per l'esecuzione dei debiti appartenenti alla seconda categoria, vale a dire i «debiti del trust» occorre prevedere una regolamentazione speciale.

L'avamprogetto inviato in preconsultazione si ispirava all'esempio dell'eredità indivisa (la quale come il trust rappresenta un'indivisione a sé stante e secondo la vigente LEF [art. 49] può essere escussa autonomamente) e prevedeva che il trust potesse essere escusso in modo indipendente. Tuttavia, taluni dei pareri pervenuti hanno sostenuto che al trust non può essere concessa qualità di parte e che l'esecuzione contro il patrimonio conferito in trust deve anch'essa rivolgersi formalmente contro il *trustee*. In caso contrario si avrebbe un conflitto con il diritto angloamericano dei trust, secondo cui occorre sempre procedere contro il *trustee*. Tale conflitto potrebbe essere d'ostacolo al riconoscimento di decisioni svizzere all'estero. Pertanto, nel presente avamprogetto si propone una soluzione diversa: il patrimonio in trust può e deve pur sempre essere escusso in modo indipendente, ma l'esecuzione deve rivolgersi formalmente contro il *trustee* o uno dei *trustee*, in qualità di rappresentante del trust. In tal modo, la esecuzione è certo rivolta contro il *trustee*, ma non in quanto effettivo debitore bensì semplicemente come rappresentante del trust. Il creditore deve sottolineare espressamente questa circostanza nella domanda d'esecuzione, indicando a proposito della causa del credito che si tratta del debito di un trust (art. 67 cpv. 1 n. 4 LEF).

Se un trust è amministrato da più *trustee*, i beni conferiti formano in mano loro un'indivisione. Di conseguenza, per poter accedere al patrimonio in trust l'esecuzione dovrebbe essere diretta in linea di massima contro tutti i trustee. Ma l'articolo 284a LEF prevede che il creditore istante possa scegliere uno dei *trustee* come debitore escusso. Questi sarà considerato d'ufficio come rappresentante dell'indivisione. In sintesi, la situazione corrisponde a quella che viene a crearsi in caso di esecuzione diretta contro una massa ereditaria.

Lo statuto del trust determina i debiti di cui risponde il trust e quelli di cui risponde il patrimonio del o dei *trustee*. Se di un debito rispondono entrambi i patrimoni, questi devono essere escussi separatamente.

In virtù del secondo capoverso dell'articolo 284a LEF, le esecuzioni basate su questa disposizione si proseguono in via di fallimento. Siccome l'esecuzione è diretta contro il trustee nella sua veste di rappresentante del trust, il fallimento coinvolgerà soltanto il patrimonio conferito in trust, come espressamente sottolineato al capoverso 2. Il patrimonio personale del *trustee* escusso non è quindi coinvolto nel fallimen-

to e può essere scorporato secondo le regole abituali. Il fallimento non riguarda nemmeno i debiti personali del *trustee*.

L'esecuzione in via di fallimento, già prevista anche nell'avamprogetto dell'Ufficio federale di giustizia, ha destato reazioni controverse. Due interpellati hanno affermato che il tipo di esecuzione dovrebbe corrispondere allo statuto della LEF applicabile al *trustee* escusso. Va tuttavia rilevato che il *trustee* non è escusso personalmente, bensì come rappresentante del trust. Pertanto, la questione del tipo di esecuzione determinante non può dipendere dallo statuto del *trustee* in base alla LEF. In un altro parere si sono espresse delle perplessità circa il fatto che in Svizzera le società e le fondazioni possono essere escusse in via di fallimento soltanto se soggiacciono al diritto svizzero, criterio che nessun trust potrà mai soddisfare. Inoltre, negli Stati che prevedono il trust il patrimonio conferito in trust è sottoposto soltanto alla esecuzione individuale. Una liquidazione totale vanificherebbe i diritti dei futuri beneficiari. Su queste critiche ha però prevalso la considerazione secondo cui, nelle procedure esecutive dirette contro entità giuridiche che vantano un numero elevato di creditori, occorre evitare che nell'esecuzione forzata uno dei creditori abbia la meglio sugli altri e risulti ingiustamente privilegiato. Occorre garantire la soddisfazione simultanea ed equa, e quindi la parità di trattamento, di tutti i creditori.

L'eventuale scioglimento del trust in seguito al fallimento del patrimonio conferito dipenderà dallo statuto del trust, e non dalla LEF.

Articolo 284b LEF

Se un *trustee* è escusso personalmente, e non come rappresentante del trust, il patrimonio conferito in trust è scorporato d'ufficio dalla massa fallimentare. Naturalmente, questo non significa che l'amministrazione del fallimento debba ricercare d'ufficio l'esistenza di un rapporto di trust sui singoli elementi patrimoniali del fallito. Come gli altri diritti esistenti su elementi patrimoniali in possesso del fallito, anche i rapporti di trust devono essere insinuati nel fallimento (art. 232 cpv. 2 punto 2 LEF). Se ritiene insufficientemente comprovato un preteso rapporto di trust, l'amministrazione del fallimento deve, in applicazione dell'articolo 242 capoverso 2 LEF, impartire un termine per promuovere l'azione. Lo statuto del trust dirà chi è legittimato a promuovere una siffatta istanza di segregazione, ma in genere questa facoltà è riconosciuta ai *trustee* e ai beneficiari.

L'articolo 284b sostituisce l'articolo 242a del primo avamprogetto, il quale, oltre al testo dell'attuale articolo 284b, conteneva la seguente proposizione secondaria: «nella misura in cui le prescrizioni sulla pubblicità di cui agli articoli 149c - f LDIP siano state osservate». Questo emistichio è stato soppresso. L'articolo 149c capoverso 3 (come detto, gli art. 149d - f del precedente progetto non figurano più nell'attuale avamprogetto) prevede unicamente la protezione dei creditori in buona fede. Un'ulteriore limitazione della segregabilità dei beni del trust appare problematica in considerazione dell'articolo 11 capoverso 3 lettera b della Convenzione. Per i creditori in buona fede, la soppressione del suddetto emistichio non comporta inconvenienti di rilievo. Se un rapporto di trust non è menzionato nel registro fondiario o nel registro della proprietà intellettuale, l'elemento patrimoniale in questione può essere segregato d'ufficio dalla massa del fallimento soltanto se il rapporto di trust risulta evidente sulla base di altri elementi. Spetta del resto alle persone autorizzate ad agire per conto del trust in base allo statuto del trust stesso promuovere un'azione

di segregazione e dimostrare che i creditori erano al corrente, o avrebbero dovuto esserlo, dell'esistenza di un rapporto di trust.

Il primo avamprogetto contemplava un articolo 242a che prevedeva espressamente la possibilità di un'azione di segregazione per i trust (capoverso 2). Nella convinzione che le norme vigenti (art. 242 cpv. 2 LEF) siano sufficienti, abbiamo rinunciato a una simile disposizione. Nel primo progetto si era già deciso di rinunciare all'inserimento di norme sulla segregazione dei beni conferiti in trust nell'ambito dell'esecuzione in via di pignoramento diretta contro il *trustee*. Anche in tal caso si applicano le norme vigenti. Chi afferma che un oggetto pignorato fa parte di un trust procederà in base all'articolo 107 o all'articolo 108 LEF, a dipendenza del fatto che l'oggetto in questione si trovi esclusivamente in possesso del debitore oppure in possesso o copossesso del trust (in quanto terzo). Per stabilire, nei rapporti tra trust e *trustee*, chi detenga il possesso dell'oggetto in questione si devono applicare le stesse regole che valgono tra una persona giuridica e i propri organi.

2.5 Rinuncia all'inserimento di disposizioni sulla vigilanza

A prescindere dall'adozione della normativa proposta dal presente progetto, il legislatore elvetico resta libero di emanare disposizioni in materia di vigilanza in rapporto con i trust. Può ad esempio assoggettare i trust a una vigilanza analoga a quella prevista per le fondazioni, oppure può subordinare al rilascio di un permesso ufficiale l'esercizio a titolo professionale dell'attività di *trustee*.

I pareri pervenuti nell'ambito della preconsultazione si oppongono tuttavia all'istituzione di disposizioni speciali in materia di vigilanza sui trust. Nondimeno, parte degli interpellati sostiene che, con la ratifica della Convenzione, in Svizzera si dovrebbe introdurre un obbligo di autorizzazione per i *trustee*. Il presente avamprogetto non contiene una siffatta disposizione. Il Consiglio federale ha però incaricato una commissione peritale, presieduta dal professor Ulrich Zimmerli, di elaborare un progetto di «legge federale sulla sorveglianza dei mercati finanziari (FINMAG)». Allo stato attuale, il relativo avamprogetto prevede di condensare in un'unica legge le norme sulla vigilanza statale oggi contemplate dalla legge sulle obbligazioni fondiarie, dalla legge sul contratto d'assicurazione, dalla legge sui fondi d'investimento, dalla legge sulle banche, dalla legge sulle borse e da quelle sulla sorveglianza delle assicurazioni. Anche i compiti di vigilanza sarebbero attribuiti a una sola e unica autorità, la «FINMA». Sono attualmente al vaglio, in particolare, l'opportunità di integrare in tale legge eventuali altre autorità attive nel campo della vigilanza sui mercati finanziari (ad es. l'autorità di controllo per la lotta contro il riciclaggio di denaro) nonché l'eventuale assoggettamento dei gestori di patrimoni indipendenti e di altri intermediari finanziari alla vigilanza globale della nuova autorità. La categoria dei gestori di patrimoni e altri intermediari finanziari comprende anche i *trustee* che esercitano la funzione a titolo professionale. Pertanto, la commissione Zimmerli dovrebbe chinarsi sulle questioni dell'assoggettamento di tale categoria di persone a una vigilanza statale e dell'obbligo di autorizzazione, tanto più che non parrebbe opportuno sottoporre i *trustee* a un regime diverso da quello cui soggiacciono gli altri gestori di patrimoni, tra cui ad esempio i fiduciari.

2.6 Rinuncia all'inserimento di norme di diritto fiscale

Le autorità fiscali hanno già a che fare con i trust. La prassi non è tuttavia uniforme e per questa ragione in sede di preconsultazione le banche hanno raccomandato all'Amministrazione federale delle contribuzioni di costituire un gruppo di lavoro, precisando tuttavia che i lavori di tale gruppo non dovranno ritardare la ratifica della Convenzione.

Attualmente il desiderio di veder costituito un gruppo di lavoro sta per essere esaudito. In ogni caso, il compito dovrebbe essere assunto dalla Conferenza fiscale svizzera (Schweizerische Steuerkonferenz, SSK). Il programma prevede che un gruppo di lavoro si incaricherà di elencare i problemi fiscali connessi con l'istituto del trust e di proporre delle soluzioni che in un secondo tempo saranno messe a fuoco in una circolare della SSK o dell'Amministrazione federale delle finanze.

2.7 Dichiarazioni e riserve relative alla Convenzione

2.7.1 Articolo 16 capoverso 3

La Svizzera non ha motivo di ricorrere alla riserva di cui all'articolo 16 capoverso 3 della Convenzione. Ha invece interesse ad applicare il capoverso 2 dell'articolo 16, cui accenna il capoverso 3 della stessa disposizione; in effetti, in virtù del capoverso 2 le autorità svizzere potrebbero applicare l'articolo 19 LDIP anche nell'ambito della Convenzione.

I soli Stati firmatari che abbiano formulato una riserva ai sensi dell'articolo 16 capoverso 3 sono il Regno Unito, la Cina (per Hong Kong), il Canada (per lo Stato di Alberta) e il Lussemburgo.

2.7.2 Articolo 20 capoverso 1

Conviene rinunciare anche a una dichiarazione ai sensi dell'articolo 20 capoverso 1 della Convenzione, poiché non è noto che cosa si intenda in realtà per «trust costituiti in base a una decisione giudiziaria», tanto più che il testo inglese («declared by judicial decisions») e quello francese («créés par une décision de justice») non coincidono. Un'eventuale dichiarazione non farebbe dunque che creare un'inutile confusione.

L'*implied* e il *resulting trust* (cfr. n. 1.2.1) rientrano nel campo d'applicazione della Convenzione anche in assenza di un'apposita dichiarazione, in quanto si tratta di entità costituite per atto giuridico. A giusta ragione, la Convenzione non riguarda invece il *constructive trust* che, come detto, non rappresenta un vero e proprio trust e dev'essere assoggettato allo statuto del rapporto giuridico soggiacente. Una dichiarazione di estensione potrebbe essere eventualmente vantaggiosa per i trust istituiti da un tribunale con giudizio costitutivo, purché si tratti di veri e propri trust con struttura simile a quella di una fondazione, e non invece, come nel caso del *constructive trust*, dell'applicazione analogica degli effetti previsti dal diritto dei trust ad altri rapporti giuridici. La rilevanza pratica di questi casi è comunque dubbia.

Hanno fatto uso della possibilità di estensione soltanto gli Stati seguenti: il Regno Unito, il Canada, la Cina (per Hong Kong) e, unico Stato con ordinamento civilistico, il Lussemburgo.

2.7.3 Articolo 21

È opportuno rinunciare anche a una riserva basata sull'articolo 21. In primo luogo, la norma non ha molto senso, dato che si riferisce soltanto al capitolo III della Convenzione e non al capitolo II, al quale il capitolo III è inscindibilmente legato. Secondariamente, essa tende a relativizzare l'effetto *erga omnes* della Convenzione, il che non è auspicabile dal punto di vista della Svizzera. Con la ratifica della Convenzione ci si prefigge di disciplinare per quanto possibile in modo chiaro e unitario la questione del diritto applicabile ai trust. Non sarebbe pertanto logico frantumare il campo d'applicazione territoriale della Convenzione.

Sinora nessuno degli Stati membri si è avvalso della facoltà di formulare questa riserva.

2.7.4 Articolo 22

Una riserva ai sensi dell'articolo 22 limiterebbe anch'essa inutilmente il campo d'applicazione della Convenzione, nocendo inutilmente all'unificazione e alla certezza del diritto.

Neanche questa possibilità è stata sin qui sfruttata da alcuno Stato membro.

3 Diritto comparato

La Convenzione dell'Aia sui trust è già stata ratificata da quattro Stati a ordinamento civilistico: l'Italia, l'Olanda, Malta e, di recente, anche il Lussemburgo.

L'Olanda ha adottato una legge d'applicazione (*Wet conflictenrecht trusts* [WCT]) contenente due disposizioni di raccordo con il diritto civile nazionale.

L'articolo 3 WCT ricalca l'articolo 12 della Convenzione, ma tralascia l'emistichio «a meno che ovvero incompatibile con essa», il che coincide all'atto pratico con l'articolo 149d capoverso 1 del progetto Thévenoz. Il presente avamprogetto, come detto, si spinge oltre e prevede l'iscrizione obbligatoria nei registri pubblici esistenti.

L'articolo 4 WCT dispone che le norme nazionali relative al trapasso di proprietà, alle garanzie o alla protezione dei creditori non ostano, in caso di insolvenza, agli effetti previsti all'articolo 11 della Convenzione. La disposizione tiene conto in particolare dell'articolo 3:84 capoverso 3 del Codice civile olandese, secondo cui il trasferimento di una cosa avviene senza valida *causa* se il trapasso è inteso come mera garanzia e non è finalizzato al trasferimento nel patrimonio del destinatario. Non è tuttavia necessario sapere se questa norma sia davvero d'ostacolo al riconoscimento di un trust straniero ai sensi dell'articolo 11 della Convenzione, dal momento che in ogni caso l'ordinamento giuridico elvetico non prevede una disposizione analoga.

Benché l'Italia abbia rinunciato a una legge d'attuazione, la prassi italiana impone ai *trustee* di registrare la loro posizione nel registro fondiario e nel registro degli azionisti. Quanto alla Svizzera, un obbligo d'iscrizione nel registro degli azionisti non appare giustificato, in quanto detto registro non è dotato di alcun effetto di pubblicità. L'obbligo di iscrizione potrebbe tutt'al più rivelarsi utile dal profilo della trasparenza (lotta contro il riciclaggio di denaro, ecc.).

Il Lussemburgo ha emanato una legge composta di 15 articoli, due dei quali riguardano la ratifica della Convenzione nonché le relative dichiarazioni e riserve. Quattro articoli disciplinano i rapporti tra la Convenzione e il diritto civile.

Il primo capoverso dell'articolo 2 dispone che il *trustee* dev'essere trattato come proprietario del patrimonio conferito in trust. Il capoverso 2 della stessa norma precisa quindi che la regola di cui al capoverso 1 non pregiudica il principio della separazione legale tra il patrimonio conferito in trust e il patrimonio personale del *trustee*, principio sancito dall'articolo 11 della Convenzione. Dal punto di vista della Svizzera, conviene rinunciare a una disposizione analoga all'articolo 2 della legge lussemburghese. I diritti sul patrimonio conferito in trust sono determinati dal diritto applicabile in virtù della LDIP ai singoli elementi patrimoniali. Se si applica il diritto svizzero (com'è il caso ad es. per le cose situate in Svizzera), secondo il diritto vigente il *trustee* è già considerato come avente diritto a pieno titolo.

L'articolo 10 della legge lussemburghese prevede che, nell'ambito di transazioni relative a diritti reali su beni immobili, i rapporti fiduciari o di trust eventualmente esistenti debbano essere menzionati nel registro fondiario. Secondo l'articolo 11, i fiduciari e i *trustee* devono provvedere affinché il rapporto fiduciario o di trust sia menzionato anche negli altri registri pubblici. Nel presente avamprogetto, questi aspetti sono regolati dall'articolo 149c. La regolamentazione prevista è più esauriente di quella lussemburghese in quanto definisce anche le conseguenze di un'eventuale inadempienza.

L'articolo 12 disciplina la questione delle prescrizioni di forma applicabili ai rapporti fiduciari e ai trust che interessano immobili, navi o aeromobili. Dal punto di vista svizzero, non è necessario adottare alcuna norma al riguardo. In virtù dell'articolo 8 della Convenzione, la questione della validità formale di un trust è regolata dal relativo statuto. Il trasferimento di diritti reali, invece, continua a essere retto dal diritto applicabile ai beni in questione (art. 4 Conv.), il quale determinerà anche se il negozio obbligatorio soggiacente debba rispettare delle condizioni di forma.

Gli articoli 4 - 9 modificano parzialmente il diritto fiduciario lussemburghese. Come abbiamo già avuto modo di esporre (n. 2.3), il presente avamprogetto rinuncia invece a questo tipo di disposizioni.

Gli articoli 13, 14 e 15 della legge lussemburghese contengono soltanto disposizioni finali.

Il progetto del Principato del Liechtenstein non prevede per ora una legge d'applicazione, ma la questione è tuttora in sospeso. Sotto questo aspetto, il Liechtenstein si trova in una situazione particolare, dato che il diritto privato interno prevede un istituto giuridico (la «*Treuhänderschaft*») simile al trust.

4 Ripercussioni del progetto

4.1 Ripercussioni di ordine finanziario e sul personale

La ratifica della Convenzione dell'Aia sui trust e la legislazione d'accompagnamento prevista dall'avamprogetto non comportano conseguenze di ordine finanziario per la collettività.

4.2 Ripercussioni sull'informatica

Non si prevedono ripercussioni sull'informatica.

4.3 Ripercussioni sull'economia

L'incremento della certezza del diritto derivante dalla ratifica della Convenzione rafforzerà la piazza finanziaria svizzera, creando presupposti migliori per l'istituzione e l'amministrazione dei trust nel nostro Paese. Il trust è uno strumento molto apprezzato da buona parte della clientela straniera. Migliorando la certezza del diritto si evita che attività esistenti vengano trasferite all'estero, verso nuovi centri che stanno specializzandosi nell'amministrazione di trust (come ad es. Singapore). Parallelamente, con la ratifica si potrà offrire una valida alternativa agli investimenti nelle aree *offshore*, sottoposte a pressioni internazionali sempre più energiche.

5 Rapporti con il diritto europeo

Il diritto europeo non prevede che poche disposizioni sul trust. La Convenzione di Roma riguardante il diritto applicabile ai debiti contrattuali e il «progetto preliminare di proposta di regolamento del Consiglio sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali» escludono espressamente il trust dal proprio campo d'applicazione. La Convenzione di Bruxelles concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale nonché il relativo Regolamento (CE) n° 44/2001 del Consiglio concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale contengono singole disposizioni sulla questione della competenza giurisdizionale nelle cause connesse con un trust. Analoghe disposizioni sono contemplate anche dall'«accordo parallelo» alla Convenzione di Bruxelles conclusa il 16 settembre 1988 tra gli Stati della Comunità europea e dell'AELS, vale a dire la Convenzione di Lugano concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (RS 0.275.11), la quale è in vigore anche per la Svizzera. La Convenzione di Lugano non è toccata dalla ratifica della Convenzione dell'Aia sui trust né dagli adeguamenti della legislazione nazionale previsti dall'avamprogetto. L'articolo 149a LDIP deve infatti cederle il passo (art. 1 cpv. 2 LDIP). Tuttavia, nell'elaborare l'articolo 149a LDIP si è comunque tenuto conto del fatto che le disposizioni proposte si sovrappongono a quelle della Convenzione di Lugano.

6 Basi legali

Il presente decreto del Consiglio federale si basa sull'articolo 54 capoverso 1 della Costituzione federale (Cost., RS 101), secondo cui gli affari esteri competono alla Confederazione. Secondo l'articolo 166 capoverso 2 Cost., il decreto è di competenza dell'Assemblea federale. In virtù dell'articolo 141 capoverso 1 lettera d numero 3 Cost., esso sottostà inoltre al referendum facoltativo.

