

UNICA

UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI CAGLIARI

DIPARTIMENTO
DI ECCELLENZA

23
27

Giurisprudenza

STUDI ECONOMICO-GIURIDICI

Semestrale

ISSN 1971-5692

VOLUME LXV
2024/1

ESTRATTO



JOVENE

STUDI ECONOMICO-GIURIDICI

ISSN 1971-5692

ISBN 978-88-243-2857-9

Rivista del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Cagliari
Centro dipartimentale di eccellenza in Diritto, innovazione e sviluppo sostenibile
Law, Innovation and Sustainable Development (DISS/LISD)

Gli Studi economico-giuridici ospiteranno, nel segno del pluralismo scientifico e metodologico che da sempre caratterizza il periodico, ricerche scientifiche di studiosi italiani e stranieri in materia giuridica ed economica.

Direttore responsabile: CRISTIANO CICERO (cicero@unica.it)

Comitato di direzione: Aldo Berlinguer - Marco Betzu - Valeria Caredda - Corrado Chessa - Pietro Ciarlo - Giovanni Cocco - Paoloefisio Corrias - Andrea Deffenu - Gianmario Demuro - Riccardo Fercia - Peter Gröschler (Johannes Gutenberg-Universität Mainz) - Margareth Helfer (Universität Innsbruck) - Franck Laffaille (Université Sorbonne Paris Nord) - Giuseppe Lorini - Angelo Luminoso - Anna Maria Mancaleoni - Ilenia Ruggiu - Maria Virginia Sanna - Francesco Seatzu - Francesco Sitzia - Marek Smolak (Adam Mickiewicz University) - Anna Paola Ugas - Stephan Wolf (Universität Bern)

Comitato scientifico nazionale: Vincenzo Barba - Alberto Maria Benedetti - Emanuele Bilotti - Roberto Bin - Roberto Calvo - Andrea Cardone - Raffaele Caterina - Fulvio Cortese - Vincenzo Cuffaro - Tommaso dalla Massara - Paolo Di Lucia - Iole Fagnoli - Vincenzo Ferrari (Università di Milano) - Giampaolo Frezza - Matilde Girolami - Antonio Incampo - Sara Landini - Raffaele Lener - Sara Longo - Enrico Minervini - Andrea Nervi - Stefano Pagliantini - Salvatore Patti - Giovanni Perlingieri - Fabrizio Piraino - Claudio Scognamiglio - Vito Velluzzi - Pietro Virgadamo - Roberto Virzo - Andrea Zoppini

Comitato scientifico internazionale: Christian Baldus (Universität Heidelberg) - Adoración Castro Jover (Universidad del País Vasco) - María José Bravo Bosch (Universidad de Vigo) - Sylvaine Laulom (Université de Saint-Etienne - Avocate générale à la Chambre Sociale de la Cour de Cassation française) - Guillaume Le Floch (Université de Rennes) - Marc Pichard (Université Paris Nanterre) - Johannes Platschek (Ludwig-Maximilians-Universität München) - Laura Sautonie Laguonie (Université de Bordeaux) - Jorge Enrique Viñuales (University of Cambridge) - Constantin Willems (Philipps Universität Marburg)

Comitato esterno di valutazione: Enrico Mario Ambrosetti - Stathis Banakas (University of East Anglia) - Maria Caterina Baruffi - Ettore Battelli - Gabriele Carapezza Figlia - Francesca Carimini - Marina Castellaneta - Alessandro Ciatti Càimi - Claudio Colombo - Edoardo Ferrante - Vincenzo Ferrante - Alessandro Ferrari - Vincenzo Ferrari - Arianna Fusaro - Mauro Grondona - Simona Grossi (Loyola Law School) - Marco Ieva - Claudia Irti - Paola Lambrini - Lorenzo Mezzasoma - Salvatore Monticelli - Antonio Musio - Luigi Nonne - Vittorio Occorsio - Massimo Palazzo - Angel Tinoco Pastrana (Universidad de Sevilla) - Francesco Paolo Patti - Massimo Proto - Maddalena Rabitti - Ilaria Riva - Roberto Senigaglia - Aziz Tuffi Saliba (Federal University of Minas Gerais) - Loredana Tullio - Giovanni Maria Uda - Abel Benito Veiga Copo (Comillas Universidad Pontificia) - Vincenzo Zeno Zencovich

Comitato editoriale: Daniele Amoroso - Luca Ancis - Stefano Aru - Fabrizio Calisai - Alessandra Camedda - Federico Cappai - Nicolas Carrillo Santarelli - Stefania Cecchini - Andrea Chelo - Alice Cherchi - Gabriele Civello - Giovanni Coinu - Valentina Corona - Maria Francesca Cortesi - Silvia Corso - Carlo Dore - Rossella Fadda - Maurizio Ferrari - Silvia Izzo - Alessandra Leuzzi - Olimpia Giuliana Loddo - Giovanni Manca - Anna Maria Mandas - Enrico Maria Mastinu - Lorenzo Moroni - Federico Onnis Cugia - Daniela Pappadà - Carlo Pilia - Elisabetta Piras - Alessandra Pisu - Stefania Puddu - Marianna Rinaldo - Luca Sitzia - Silvia Viaro

Sede del comitato editoriale:

Dipartimento di Giurisprudenza
Università degli Studi di Cagliari
Viale Sant'Ignazio 17 - 09121 Cagliari - Italia
email: studicagliari@unica.it

Sede amministrativa:

JOVENE EDITORE
Via Mezzocannone 109
80134 Napoli - Italia
www.jovene.it info@jovene.it

INDICE

gennaio - giugno 2024

STUDI

ROBERTO CALVO

Stato, positivismo e antivalori: un monito coscienziale..... p. 3

CRISTIANO CICERO

Le direttrici di evoluzione del sistema successorio..... » 15

CARLO DORE

Il “contratto estorto” al vaglio della più recente giurisprudenza:
spunti di riflessione sulla tutela del minacciato..... » 23

EDOARDO FERRANTE

L'interesse di classe..... » 43

MAURIZIO FERRARI

Danno alla persona, rendita vitalizia e neutralizzazione dell'alea » 71

MARCO IEVA

L'autotutela del testatore mediante la forma volontaria del testamento: inerzia del legislatore e interpretazione evolutiva » 83

OLIMPIA GIULIANA LODDO

Artefatti regolativi digitali » 113

GIUSEPPE LORINI

Immagini della normatività in Norberto Bobbio. Rileggendo
Scienza giuridica tra essere e dover essere (1968) » 131

DANIELA PAPPADÀ

L'avamprogetto sull'introduzione del trust in Svizzera: quali
risvolti per l'Italia? » 139

GABRIELE RACUGNO

- Società di persone e distribuzione di acconti sugli utili prima dell'approvazione del rendiconto. Un rigido revirement non condivisibile della Cassazione p. 177

APPROFONDIMENTI TEMATICI

ROBERTA ALFANO

- Politiche tributarie sostenibili per la promozione decentrata del turismo » 193

MARCELLA MARTIS

- Spunti ricostruttivi in tema di economia circolare..... » 225

ROSSELLA MICELI

- Politiche fiscali e decarbonizzazione..... » 245

ORIENTAMENTI

GIULIANO MATTACE

- Il trust discrezionale di famiglia in funzione successoria e la tutela dei legittimari » 276

LUIGI NONNE

- Nomina del notaio quale esecutore testamentario e responsabilità disciplinare del professionista..... » 298

RILETTURE DEL PASSATO

GIOVANNI COCCO

- (Nino Levi: formidabile e tragica figura di professore di diritto penale nel ventennio) » 323

rilegge

NINO LEVI

- Dolo e coscienza dell'illiceità nel diritto vigente e nel Progetto. » 365

RICCARDO FERCIA

- L'offerta reale tra deposito e sequestro nell'esordio degli Studi economico-giuridici cagliaritani..... » 469

rilegge

ROBERTO DE RUGGIERO

Note sul cosiddetto deposito pubblico o giudiziale in diritto romano p. 473

RECENSIONI

ROBERTO CALVO (a cura di)

Sapere e pensiero critico. Per un'idea di università [Cristiano Cicero] » 541

TEREZA PERTOT

L'inadempimento anticipato. Dalla tutela manutentiva ai rimedi risolutivi [Mauro Grondona]..... » 551

MARIA PIA PIGNALOSA

Giochi autorizzati. Contratti deboli, interessi forti, tutele [Marianna Rinaldo] » 561

GIOVANNI TARELLO

La disciplina costituzionale della proprietà [Mauro Grondona] .. » 567

AUTORI » 581

DANIELA PAPPADÀ

L'AVAMPROGETTO
SULL'INTRODUZIONE DEL TRUST IN SVIZZERA:
QUALI RISVOLTI PER L'ITALIA?*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Gli istituti affini al trust nell'ordinamento svizzero. – 3. I precedenti tentativi di introduzione di una normativa sul trust. – 4. L'avamprogetto posto in pubblica consultazione. – 5. I profili fiscali. – 6. L'iniziativa svizzera a raffronto con Francia e Italia. – 7. Rilievi d'insieme.

1. Nei primi 4 mesi del 2022, il Dipartimento federale di giustizia e polizia elvetico ha tenuto aperta una fase di consultazione pubblica in ordine ad un avamprogetto relativo all'introduzione del trust nell'ordinamento svizzero.

Gli esiti della consultazione non sono stati entusiasmanti vista la scarsa partecipazione e considerato che la maggior parte dei rilievi riguarda la disciplina fiscale prevista; quest'ultima è ampiamente criticata al punto che non è stato facile per il Consiglio Federale scegliere se abbandonare l'intero progetto, vista la quasi unanimità delle contestazioni, o affrontare i principali nodi fiscali e portare a compimento l'*iter*¹.

L'iniziativa elvetica si mostra interessante perché la Svizzera si

* Il presente contributo è stato realizzato nell'ambito delle attività svolte in seno alla sezione di diritto comparato del Centro di documentazione europea dell'Università degli Studi di Cagliari. Presentato il 4.10.2023.

¹ L'assenza di qualsivoglia provvedimento dopo oltre un anno dalla chiusura della consultazione fa ritenere che le difficoltà siano rilevanti. In particolare evidenziano che l'*iter* legislativo non è formalmente avviato in assenza del messaggio del Consiglio federale all'indirizzo dell'Assemblea federale, F. GIORCELLI, S. GENINI, R. STROBL, J. TRON, *Introduzione dell'istituto del trust nel diritto svizzero*, in *Novità fiscali*, gennaio 2023, 3-8, ISSN 2235-4573.

trova in una situazione simile a quella italiana: ha ratificato la Convenzione de l'Aja², conosce largamente la diffusione di trust retti da leggi straniere³ ma non ha una normativa propria sul trust. Sono peraltro presenti i principi del numero chiuso dei diritti reali e della responsabilità generale del debitore, i medesimi che hanno alimentato (e talvolta ancora alimentano) il dibattito italiano circa l'ammissibilità del trust in un ordinamento siffatto. Ne è conseguita, anche in Svizzera, una polarizzazione del confronto tra quanti ritengono che sia sufficiente *riprendere* istituti già presenti nel sistema (la fiducia o la fondazione) per raggiungere le medesime finalità perseguite con il trust e quanti reputano necessaria una adeguata regolamentazione che disciplini in maniera compiuta il trust svizzero⁴.

² Convenzione sulla legge applicabile ai trusts e sul loro riconoscimento, 1.7.1985, ratificata in Svizzera con decreto federale che la approva e traspone nel diritto svizzero, RU 2007 2849, disponibile <https://www.fedlex.admin.ch/eli/oc/2007/374/it>. Già prima della sua ratifica, il dibattito dottrinale riconosceva l'ammissibilità del trust, v. F. GUILLAUME, *Incompatibilité du trust avec le droit suisse? Un mythe s'effrite* in *Revue suisse de droit international et de droit européen*, 2000, 1-36.

³ Unica differenza a questo proposito è che, mentre l'Italia conosce la figura del trust interno (in cui tutti gli elementi oggettivi e soggettivi sono italiani fuorché la legge regolatrice), in Svizzera più frequentemente assets e trustees sono svizzeri ma non lo sono i disponenti. La ragione non risiede in motivi culturali o legali ma meramente fiscali. In questo senso v. L. THÉVENOZ, *A swiss perspective*, in *Trusts & Trustees*, 2013, 296-301.

⁴ Si è avuta una vera e propria distinzione fra cantoni ed anche fra le Università svizzere. In sintesi è possibile dire che mentre la Svizzera tedesca ha assunto posizioni al suo interno differenti, la Svizzera italiana ha accolto in modo positivo il progetto di introdurre uno strumento moderno e versatile. La Svizzera francese ha, invece, espresso una diffidenza generalizzata se non una ferma opposizione ("rap-presenterebbe un rischio per la reputazione e le finanze della Svizzera, poiché è di notorietà –pubblica che il suo utilizzo può avere uno scopo d'evasione fiscale e di frode in materia successoria"), il che "stona" con la grande presenza di trustees proprio a Ginevra e Losanna. Anche le due Università presenti in queste città hanno criticato fortemente il progetto, in particolare quella di Losanna che sostiene che vi sia incompatibilità con il *numerus clausus* dei diritti reali e con la eventuale permanenza della proibizione delle fondazioni di famiglia; meno perentoria la posizione dell'Università di Ginevra probabilmente per la presenza al suo interno del Professor Luc Thévenoz, che ha partecipato alla stesura del progetto. L'Università di Zurigo ha invece richiamato l'attenzione a che l'introduzione del nuovo istituto avvenga in maniera armonica e coerente con il vigente ordinamento. V. la ricostruzione operata da GIORCELLI, GENINI, STROBL, TRON, *Introduzione dell'istituto del trust nel diritto svizzero*, cit.

2. Sebbene non presente né nel codice civile né in quello delle obbligazioni, nel mondo degli affari svizzero opera la *fiducie*, «une institution étonnamment résiliente de notre ordre juridique»⁵. Difatti il Consiglio federale, già nel 2005 al momento della ratifica della Convenzione de l'Aja, nel rimarcare le differenze rispetto al trust, dà atto della sua presenza nell'ordinamento⁶.

La comunanza (tra *fiducie* e trust) di 3 tratti essenziali ha portato parte della dottrina svizzera, guidata dal Prof. Luc Thévenoz⁷, a ritenere possibile modificare la struttura attuale della prima in modo che essa possa garantire gli effetti principali che ci sia aspetta dal secondo. La *fiducie* offre infatti – al pari del trust – un rapporto duraturo, porta ad esistenza un patrimonio distinto e crea una dissociazione fra la titolarità giuridica di un patrimonio ed il beneficio derivante da quest'ultimo. Si tratta di un contratto fra fiduciante e fiduciario che può essere stipulato con finalità di gestione o di garanzia, ma mai con scopo di trasmissione in favore di terzi o con fine astratto (anche se di pubblica utilità). Secondo la citata dottrina, l'at-

⁵ In questi termini L. THÉVENOZ, *Proposition pour un trust suisse* in *Revue de droit des affaires et du marché financier*, 2018, vol. 90, n. 2, 99-112.

⁶ «Le trust constitue un rapport de fiducie. Il se distingue, cependant, de la fiducie au sens du droit suisse par deux caractéristiques importantes. D'abord, le trust n'est pas fondé sur un contrat mais sur un acte juridique unilatéral qui – nous l'avons déjà dit – peut être l'objet d'un testament [...] Une autre différence essentielle par rapport à la fiducie est que, sauf cas exceptionnels, le trust n'est pas lié à la personne du fiduciant ni à celle du fiduciaire, mais constitue un patrimoine distinct et autonome». *Message concernant l'approbation et l'exécution de la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance du 2 décembre 2005*, disponibile <https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2006/54/fr>.

⁷ Il prof. Luc Thévenoz ha, da sempre, rimarcato il fatto che Svizzera e Italia si sono distinte dal resto dei paesi di *civil law* europei in quanto hanno scelto di riconoscere operatività ed effettività al trust retto da leggi straniere senza crearne un avatar. Tutto ciò partendo dalla convinzione secondo la quale in ogni ordinamento vi è la fondamentale necessità di distinguere il controllo e la gestione di alcuni beni dal godimento dei benefici da essi derivanti. In questo senso, v. THÉVENOZ, *A swiss perspective in Trusts & Trustees*, cit. il quale aggiunge «that may explain why Professor Maurizio Lupoi and I are the only two Continental lawyers invited to address you today». L'intervento è avvenuto in occasione della *Trust Law Committee conference, The Future of Trusts*, svoltasi ad Aprile 2012. Nella medesima circostanza il prof. Maurizio Lupoi ha rimarcato la natura di laboratorio dell'ordinamento italiano, v. M. LUPOI, *Trusts in Italy as a living comparative law laboratory* in *Trusts & Trustees*, 2013, 19, 302-308.

tuale disciplina mostra una debolezza che può essere superata, ripensando e riscrivendo le norme senza necessità di attingere a nozioni estranee all'ordinamento.

Uno dei punti nodali sui quali intervenire è dare riconoscimento al rapporto (fiduciario) che viene in essere fra fiduciario e beneficiario, conferendo adeguata autonomia rispetto al rapporto contrattuale (fiduciante-fiduciario) dal quale quello fiduciario origina⁸. Ritenere che la *fiducie* (intesa come insieme di obbligazioni fiduciarie) sia un rapporto distinto dal contratto a monte porta a sostenere che essa possa essere creata anche con altri atti giuridici, ad esempio con una disposizione *mortis causa* o con un atto unilaterale del fiduciante che si obbliga a detenere alcuni beni a titolo fiduciario in favore di un terzo. In altre parole, occorre superare la confusione secondo la quale il rapporto fiduciario coincide con il contratto che lo crea. Quanto, invece, all'esistenza di un patrimonio fiduciario separato e destinato agli interessi dei beneficiari, si ritiene opportuno fare espressa menzione del principio di surrogazione reale dei beni acquistati in sostituzione di quelli inizialmente posti in *fiducie* e altrettanto necessario dar conto dell'esistenza di un tale patrimonio in maniera non difforme da quanto già legislativamente previsto in altri casi⁹.

Infine ulteriore riflessione merita l'ipotesi di introduzione della *fiducie* a scopo di liberalità (*fiducie-transmission*) la quale, non è consentita in ragione di lacune della disciplina attuale ma anche per il suo contrasto con gli artt. 335¹⁰ e 488¹¹ c.c., vale a dire rispettiva-

⁸ V. in questo senso THÉVENOZ, cit., il quale rimarca come il fatto che la *fiducie* diventi il rapporto duraturo fra fiduciario e beneficiario rappresenta un'allusione diretta all'art. 2 della Convenzione de l'Aja e questo non è frutto di una coincidenza. Ne consegue la necessità di disciplinare adeguatamente obblighi e diritti del fiduciario.

⁹ Non si tratterebbe di una innovazione legislativa inaspettata ma della conseguenza logica di un cammino intrapreso oltre 50 anni fa secondo THÉVENOZ, cit., il quale cita come primo esempio la legge sui fondi di investimenti del 1966.

¹⁰ Art. 335 c.c. 1 Possono essere erette delle fondazioni di famiglia secondo le norme del diritto delle persone o del diritto successorio, nel senso che si possono dedicare dei beni a beneficio di una famiglia per le spese di educazione, dotazione od assistenza dei suoi membri o per altro simile fine. 2 L'erezione di fedecommissi di famiglia non è più permessa.

¹¹ Art. 488 c.c. 1 Il disponente può obbligare l'erede istituito a trasmettere l'e-

mente il divieto di fidecommesso familiare e delle fondazioni di famiglia e la limitazione ad una generazione della sostituzione fedecommissaria. Anche su questi profili, la citata dottrina propone delle soluzioni suggerendo l'introduzione di una durata massima della *fiducie-transmission* ed il riconoscimento della facoltà (per il fiduciante) di attribuire diritti o aspettative ai beneficiari; allo stesso tempo, essa evidenzia che l'introduzione di una *fiducie* siffatta non limita né contrasta le norme sulla riserva ereditaria, né riduce la protezione dei creditori del fiduciante¹². Si ritiene poi che il ventaglio di situazioni che possono realizzarsi in costanza di una *fiducie-transmission* richiede il coinvolgimento della volontaria giurisdizione di tribunali civili atteso che le clausole contrattuali non possono disciplinare tutte le ipotesi e che può essere necessaria l'interpretazione di una clausola ambigua¹³. Tutt'altro che trascurabili sono, infine, i risvolti fiscali di un'operazione fiduciaria con finalità di trasmissione del patrimonio; su di essi si invoca l'applicazione del principio della neutralità onde evitare che, come accade per il trust, il profilo fiscale sia determinante (poiché penalizzante) per i cittadini svizzeri¹⁴.

L'altro istituto che può essere utilizzato per raggiungere finalità analoghe a quelle consentite dal trust (ed in particolare quello di famiglia cui l'avamprogetto sembra rivolto) è la fondazione di famiglia¹⁵. Nella versione vigente, l'art. 335 codice civile vieta le fonda-

redità ad un altro quale erede sostituito. 2 Tale obbligazione non può essere imposta al sostituito. 3 Le stesse regole valgono per i legati.

¹² A questo proposito l'A. rimarca che l'assenza di giurisprudenza sul punto dimostra che il danno alle posizioni dei creditori non è il principale problema posto in Svizzera da trust stranieri, v. THÉVENOZ, *Proposition pour un trust suisse in Revue de droit des affaires et du marché financier* cit., 111.

¹³ Anche in questo caso, secondo L. Thévenoz, non vi è nulla di nuovo rispetto a quanto accade già ora quando i tribunali svizzeri si pronunciano sulla *fiducie*, consacrandola a livello giurisprudenziale.

¹⁴ Ancora L. Thévenoz ipotizza anche due soluzioni di facile realizzazione: una secondo la quale il fiduciante, in ossequio al principio di trasparenza, può scegliere di assimilare il patrimonio fiduciario ad una fondazione e l'altra di consentire il prelievo dell'imposta sul reddito e sul patrimonio in capo al fiduciario. V. THÉVENOZ, *Proposition pour un trust suisse in Revue de droit des affaires et du marché financier*, cit., 112.

¹⁵ In questo senso, anche N. PETER, *Introduction of a trust law in Switzerland in Trusts & Trustees*, 2019, 25, 578-586 la quale afferma che, come per il Liechten-

zioni di famiglia che hanno scopi ulteriori rispetto a quelli di far fronte ai costi di istruzione, dote e sostentamento di alcuni membri¹⁶. In sostanza, è vietato l'accumulo di beni a vantaggio di una specifica famiglia per un lasso di tempo illimitato¹⁷ mentre, in caso di previsioni a vantaggio di singoli membri della famiglia, ben individuati, non varrebbe il divieto sancito dall'art. 335 c.c.¹⁸. L'incertezza del

stein, è impossibile realizzare un trapianto di trust. Inoltre aggiunge che, in assenza di un cambiamento delle norme sulla successione necessaria, anche il nuovo strumento (trust svizzero) incontrerebbe i medesimi limiti e non potrebbe essere utilizzato, sebbene in presenza di apposita legislazione. La stessa A. dubita che si possano aprire nuovi spazi ed opportunità professionali a seguito dell'introduzione legislativa del trust svizzero; allo stesso modo, ritiene che non vi sarebbe un accrescimento del mercato perché se anche un cittadino svizzero volesse istituire un trust non ci sarebbero nuovi beni (poiché verosimilmente già presenti in Svizzera) né nuove occasioni di lavoro per le banche. Sotto questo profilo, parrebbe pertanto più urgente una adeguata legislazione in punto di svolgimento del ruolo, o della professione di trustee, che non una legislazione sul trust. Sul punto: «It is more important that the Swiss trust industry markets itself as a jurisdiction providing high standards of trusteeship, unparalleled expertise in the field of wealth management, and due protection of individuals' rights to confidentiality within the boundaries of international laws». Ciò è avvenuto e, dal 1° gennaio 2020 per effetto della legge sugli istituti finanziari (LIsFi) del 15.6.2018 https://rivistataf.eu/documenti/Legge%20sugli%20istituti%20finanziari,%20LIsFi%20-%20Legge%20federale%2015%20giugno%202018,%20_1656662446), i trustee professionali sono stati classificati nell'alveo degli istituti finanziari, posti sotto la supervisione dell'autorità federale di vigilanza sui mercati finanziari (FINMA) e soggetti a obbligo di licenza. Si noti che sono esclusi quanti svolgano il ruolo di trustee nell'interesse di soggetti cui sono legati da rapporti economici o familiari. V., sul punto, M. JENI, *Sull'ordinamento del trustee professionale in Svizzera*, in *Trusts*, 2022, 790-796. Più in generale sugli obblighi del trustee nel diritto svizzero (antiriciclaggio, protezione dei dati, fiscali e acquisizione immobili) v. P. BERNASCONI, *Obblighi del trustee in diritto svizzero: novità legali e giurisprudenziali* in *Trusts*, 2020, 624-635.

¹⁶ V. nota n. 10.

¹⁷ In pratica non sono viste di buon occhio le fondazioni che hanno, come unico e principale scopo, quello di garantire un alto e piacevole tenore di vita.

¹⁸ Al momento dell'adozione del codice civile svizzero, ci fu un compresso per quanto concerne il fidecommesso vietato salvo l'ipotesi in cui fosse stato già istituito prima dell'entrata in vigore del codice. E, da questo, il Tribunale Federale Suprema, nel 2009 (sentenza 135 III 614), ha arguito che se il legislatore dell'epoca ha deciso in questo modo, è perché – in fondo – questo istituto non offende in maniera insopportabile la morale e il senso del diritto prevalente in Svizzera (testualmente «les mœurs et le sentiment du droit suisse»); anche perché non viola valori

dato ha fatto sì che l'istituto non venisse usato, anche in ragione delle norme che restringono fortemente la libertà testamentaria, e che fossero preferiti altri strumenti quali le fondazioni del Liechtenstein¹⁹ o i trusts. Da più parti si è ritenuto che si tratta di una norma ormai datata che può essere agevolmente rivista²⁰, attraverso l'introduzione di un limite temporale (ad esempio 100 anni) per l'esistenza di una fondazione ed un nuovo approccio fiscale che scongiuri una tassazione in due momenti (all'atto della dotazione del fondo ed al momento della distribuzione ai beneficiari).

L'attuale situazione della fondazione di famiglia contrasta con i probabili sviluppi positivi di tutte le altre fondazioni²¹, a seguito della riforma avvenuta nel 2021 portatrice di maggiore liberalizzazione²². Non è mancato chi ha evidenziato come uno sviluppo così altalenante sia poco proficuo, dovendosi – al contrario – offrire soluzioni per tutti gli scopi di pianificazione legittimi (inclusi quelli familiari) sia pur nel rispetto delle regole di trasparenza e *governance*²³. L'attenzione è, quindi, rivolta a due interventi legislativi già in atto: da un lato, la riforma delle norme sulla successione necessaria in or-

fondamentali dell'ordinamento giuridico (tutelati dall'art. 18 LDIP55), considerato che i problemi della lotta all'ozio e della proliferazione dei beni in regime di manomorta, «sont aujourd'hui dépassées» https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/it/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F135-III-614%3Ade&lang=it&zoom=&type=show_document. Per un raffronto su trust e fondazioni di famiglia v. P. BERNASCONI, *Trust e fondazioni di famiglia: novità dalla Svizzera* in *Trusts e attività fiduciarie*, collana Quaderni, 2018, n. 13, 153-179.

¹⁹ Anche sotto il profilo fiscale, è preferibile questo strumento poiché consente al fondatore di mantenere controllo sulla fondazione (o sui beni in essa collocati) in regime di trasparenza fiscale, raggiungendo al contempo i propri scopi.

²⁰ N. PETER, *Family foundation in Switzerland* in *Trusts & Trustees*, 2020, 26, 580-589.

²¹ A tutti di tipi di fondazioni si applicano gli artt. 80-89 del codice civile svizzero. Spesso le fondazioni svolgono attività commerciali o hanno partecipazioni in una società; l'imprenditore può infatti decidere di creare una fondazione per scopi sociali o politico-sociali.

²² Decisione federale 22.2.2021, FF 2021 486 <https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2021/486/it>, rif. Iniziativa parlamentare *Fondazioni. Rafforzare l'attrattiva della Svizzera* FF 2021 485 <https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2021/485/it>.

²³ D. JAKOB, L. BRUGGER, *Swiss Foundation Law - Tightrope act between freedom and regulation* in *Trusts & Trustees*, 2022, 28, 596-602.

dine alla quale sperare in una “limatura” dell’art. 335 c.c.²⁴, dall’altro l’avamprogetto sull’introduzione del trust che dovrebbe indurre il medesimo legislatore ad intervenire prima sulla disciplina delle fondazioni di famiglia e poi sul trust²⁵. Questo anche per scongiurare una situazione di contrasto fra norme e principi che si potrebbe avere se l’introduzione della disciplina sul trust avvenisse in assenza di un cambiamento delle norme sulla fondazione di famiglia. Tanto più che, già nel 2009, il Tribunale federale ha sancito il riconoscimento delle fondazioni del Liechtenstein argomentando che l’art. 335 c.c. non rappresenta una c.d. *lois d’application immédiate*²⁶. Un’interpretazione differente delle fondazioni di famiglia svizzere sarebbe difficilmente giustificabile.

3. La Svizzera ha ratificato la Convenzione de l’Aja solo nel 2007²⁷, sebbene le sue corti riconoscano l’istituto dal lontano 1874 e

²⁴ Una prima parte della riforma è già entrata in vigore (dal 1.1.2023) v. 18.069 AS 2021 312 <https://www.fedlex.admin.ch/eli/oc/2021/312/fr>; si spera che la parte successiva definita «elementi tecnici» possa includere una riforma dell’art. 335 c.c.

²⁵ In questi termini, v. JAKOB, BRUGGER, *Swiss Foundation Law - Tightrope act between freedom and regulation*, cit.: «a Swiss trust law would be a “nice to have”, a reform of the Swiss family foundation, however, is a “must have”».

²⁶ Sentenza 135 III 614, v. *supra* nota n. 18.

²⁷ Già nel 2003 era stata presentata una mozione, da parte del gruppo liberale radicale, in cui si sosteneva che fosse «giunto il momento di decidere se, oltre alla ratifica della Convenzione, vi è la necessità di integrare nell’ordine giuridico svizzero anche una legislazione dettagliata sull’amministrazione fiduciaria e il trust». L’intento è, anche in questo momento, quello di rafforzare la piazza finanziaria rendendo più trasparente, e quindi più sicura, la situazione giuridica relativa ai trust stranieri in Svizzera. V. mozione 3.3233 come riassunta nella banca dati degli atti parlamentari dell’assemblea federale svizzera, <https://www.parlament.ch/it/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20033233>. Sull’assenza, nel testo di ratifica, dell’art. 13 della Convenzione de l’Aja proprio al fine di evitare qualsiasi incertezza sul riconoscimento del trust all’interno del foro, v. M. GRAZIADEI, *Recognition of common law trust in civil law jurisdiction under the Hague Trusts Convention with particular regard to the Italian experience*, in L. SMITH (cur.), *Re-imagining the Trust*, Cambridge, 2012, 64. (Testualmente art. 13: Nessuno Stato è tenuto a riconoscere un trust i cui elementi significativi, ad eccezione della scelta della legge applicabile, del luogo di amministrazione o della residenza abituale del trustee, siano collegati più strettamente alla legge di Stati che non riconoscono l’istituto del trust o la categoria del trust in questione).

le sue piazze finanziarie siano state, altresì da lungo tempo, scelte da una clientela internazionale per la gestione delle proprie ricchezze²⁸. Contestualmente alla citata ratifica, viene modificata la legge federale sul diritto internazionale privato (LDIP), con l'aggiunta di un nuovo capitolo 9a sui trust (art. 149a-149e LDIP). Sempre nel 2007 vengono affrontati i profili fiscali del trust attraverso la circolare n. 30 della Conferenza svizzera delle imposte (CSI)²⁹. In quel momento, in Svizzera, si ritiene che non è necessaria né auspicabile una legge svizzera sui trusts³⁰. Autorevoli commentatori ritenevano che ciò non avrebbe rappresentato un'ulteriore opportunità per gli investitori stranieri (già presenti nel mercato svizzero) ma avrebbe contribuito a diffondere l'idea di trust «volgarizzandola, senza che in questo vi fosse nulla di volgare»³¹. Eppure i dati dimostravano già all'epoca la cospicua presenza del trust, il cui potenziale è stato stimato in 2.048 miliardi di franchi, pari al 56% del patrimonio privato detenuto dalle banche svizzere³².

²⁸ La sentenza del *Tribunal de Commerce* ginevrino, caso Pught et Weatchers c. Syndic Schlesinger, è richiamata da F.B. D'USSEAUX, *La ratifica della Convenzione de l'Aja nell'ordinamento svizzero* in *Trusts e attività fiduciarie*, 2007, 652-654: v. anche M. LUPOI, *La Svizzera e la Convenzione de l'Aja del 1985*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2002, 151-160.

²⁹ Circolare della Conferenza fiscale svizzera n. 30, *Imposizione dei trust*, 22.8.2007, reperibile <https://www.estv.admin.ch/estv/it/home/imposta-federale-diretta/informazioni-specifiche-afd/circolari.html>.

³⁰ «SATC does not propose that a Swiss law on trusts is necessary or desirable. SATC would propose that Switzerland may grow its own “trust industry” by marketing itself as a jurisdiction providing high standards of trusteeship, unparalleled expertise in the field of wealth management, due protection of individuals' rights to confidentiality within the boundaries of international laws and – under these proposals – a unique and effective regime of regulation.», in questi termini *White Paper on the Regulation of Trustees in Switzerland* adottato dalla SATC (Swiss Association of Trust Companies) nel Maggio 2012, <https://www.step-ch-fl.com/publications/articles/white-paper-on-the-regulation-of-trust-companies-in-switzerland>

³¹ «I believe it would contribute to the expansion and vulgarisation of the trust idea. There is nothing vulgar to vulgarisation»; v. THÉVENOZ, *A swiss perspective*, cit., 301. Aggiunge, infine, che in un paese conservatore e prudente, come la Svizzera, le buone idee spesso arrivano molto prima del loro momento politico.

³² I dati sono riportati dall'avamprogetto del 12.1.2022 nel quale si legge anche che, nel 2013, vi erano almeno 3.000 trust amministrati in Svizzera, per un totale di attivi di oltre 45 miliardi.

Appena due anni dopo, vengono presentate 2 mozioni che sottopongono al Consiglio Federale l'ipotesi di introdurre correttivi, ancora una volta, per colmare lacune e svantaggi del diritto svizzero, derivanti dall'utilizzo dello strumento del trust. La prima iniziativa nasce a valle della decisione svizzera di revocare la riserva contenuta nell'art. 26 del modello di convenzione dell'OCSE per evitare le doppie imposizioni, ossia lo scambio di informazioni con le autorità fiscali estere. In sostanza, si auspica che la Svizzera si doti di uno strumento in grado di competere con il trust³³, istituto diffuso sulle principali piazze antagoniste di quella svizzera (Londra e New York) dove l'utilizzo del trust consente «scappatoie fiscali legali»³⁴ vale a dire di mantenere – legalmente – un certo livello di segretezza dei dati dei proprietari di determinati patrimoni³⁵. La seconda mira anch'essa a mantenere alta l'attrattività della Svizzera, intervenendo però non sul trust ma sull'istituto della fondazione. Come riportato nella stessa motivazione della mozione, in Svizzera si è sviluppato un numero di fondazioni superiore alla media internazionale, con uno dato pro capite di patrimoni di fondazione fra i maggiori a livello mondiale ma, essendo i Paesi limitrofi diventati molto più attrattivi³⁶, occorre rendere fiscalmente più competitiva la piazza svizzera³⁷.

Tutte le ipotesi sinora descritte sono respinte dal Consiglio Fe-

³³ Nella motivazione della mozione si afferma che «gli istituti giuridici del *common law* non si possono trasporre tali e quali nel nostro sistema e che pertanto l'obiettivo da perseguire consiste nel creare pari condizioni».

³⁴ Si annovera il trust tra tutti quegli strumenti/istituti con cui viene, in sostanza, consentito in tutta legalità di non dichiarare gli aventi diritto economici di un valore patrimoniale attraverso misure di diritto societario e fiscale.

³⁵ V. mozione n. 09.3147 «Segreto bancario. Parità di condizioni» <https://www.parlament.ch/it/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20093147>.

³⁶ Nella mozione si sostiene che «fiscalmente oggi è più vantaggioso costituire una fondazione in Germania [...] con il previsto statuto europeo delle fondazioni, quelle provenienti dai Paesi membri dell'UE potranno operare senza grossi ostacoli a livello transfrontaliero. Mentre l'Europa diventerà così molto più dinamica e attrattiva per le fondazioni, la Svizzera perderà terreno».

³⁷ V. mozione 09.3344 «Fondazioni. Aumentare l'attrattiva della Svizzera» <https://www.parlament.ch/it/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20093344>.

derale che ritiene non necessaria l'adozione di una disciplina specifica sul trust³⁸.

Nel biennio 2015-2016 si susseguono 2 iniziative dalle quali prenderà – in qualche misura – le mosse l'*iter* che ha portato alla redazione dell'avamprogetto posto in consultazione sino alla primavera 2022. Così nel 2015 Giovanni Merlini richiede nuovamente al Consiglio Federale di analizzare l'opportunità di introdurre un trust svizzero come parte del proprio mercato finanziario oltre che di adeguare i regimi fiscali applicabili³⁹. In prima battuta, nello stesso 2015, il Consiglio federale ritiene che la tendenza alla trasparenza si sia rafforzata nel tempo e che non ci siano motivi per valutare la situazione in maniera differente da quanto fatto in precedenza, rinunciando espressamente a esaminare nuovamente l'opportunità di introdurre il trust nel diritto svizzero. La mozione viene, viceversa, accolta dal Consiglio nazionale nel febbraio 2017 e diviene la base di una successiva depositata dalla Commissione degli affari giuridici nel 2018⁴⁰.

Il punto di svolta si ha, tuttavia, con la successiva iniziativa (mozione Regazzi) presentata nel 2016 con la quale si chiede di creare le «basi legali per l'introduzione nel nostro codice delle obbligazioni o Codice civile dell'istituto del trust»⁴¹. Dopo una ricognizione dello

³⁸ Come indicato «la diffidenza del Consiglio federale nei suoi confronti è stata alimentata dai casi di abuso a scopo di elusione fiscale di trust di diritto straniero nei decenni passati», v. G. MERLINI, *L'introduzione dell'istituto del trust in Svizzera, Novità fiscali*, aprile 2020, 173-178, ISSN 2235-4573.

³⁹ Si richiama infatti l'adozione, da parte della Svizzera, dello standard di scambio di informazioni di cui all'art. 26 modello Ocse e la conseguente opportunità di «esaminare attentamente l'eventuale adozione dell'istituto giuridico del trust nel diritto privato svizzero, valutando il relativo adeguamento del diritto delle fondazioni e dei regimi fiscali a loro applicabili o una revisione del diritto del mandato e dei negozi fiduciari». V. mozione 15.3098 «Esame dell'opportunità di una normativa in materia di trusts» <https://www.parlament.ch/it/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20153098>.

⁴⁰ Si tratta della mozione 18.3383 «Introduzione del trust nell'ordinamento giuridico svizzero» <https://www.parlament.ch/it/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20183383>.

⁴¹ V. mozione 16.488 «Introdurre l'istituto del trust nella legislazione svizzera» <https://www.parlament.ch/it/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20160488>. Il codice civile svizzero (ZGB) è stato spesso indicato come il mi-

stato dell'arte, il proponente sostiene che l'ambito civile è quello in cui è effettivamente presente una lacuna normativa e che sono almeno 3 i motivi che «giustificano l'adozione dell'istituto del trust nel diritto civile svizzero», ossia più facile accesso e comprensione per i cittadini, maggiore trasparenza e certezza del diritto e nuove opportunità di lavoro per i professionisti svizzeri. Il Consiglio Nazionale «fa propria» la mozione e così, in accoglimento di quella presentata dalla Commissione affari giuridici, il Parlamento incarica il Consiglio federale di presentargli un disegno legislativo per l'introduzione del trust⁴².

Da più parti è stato evidenziato come questa iniziativa rappresenti una contromossa elvetica alla fine del segreto bancario ed alla conseguente «fuga degli investitori opachi»; in sostanza un modo per continuare ad avere un ruolo di primo piano nella gestione di grandi patrimoni⁴³.

4. Nel gennaio 2022 viene messo in pubblica consultazione l'avamprogetto con cui il Consiglio federale intende introdurre il trust nel codice delle obbligazioni apportando le necessarie modifiche agli altri testi legislativi e a trattamento fiscale previsto⁴⁴.

gliore tra tutti quelli moderni, in ragione del particolare e sapiente equilibrio creato nella ricezione del modello francese e tedesco. V. sul punto, A. GAMBARO, *I moderni sistemi di civil law tra influenze francesi e tedesche*, sez. III (287-303), in A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, 2009.

⁴² Seguono, nel 2020 e nel 2022, due richieste di proroghe – da parte della predetta Commissione – del termine per l'elaborazione di un progetto legislativo. N. Peter evidenzia che in tutte le mozioni volte all'introduzione del trust in Svizzera viene preso a modello il trust di *common law*, rimarcando quindi come sia importante per un sistema di *civil law* comprendere il concetto di trust di *common law*; v., sul punto, PETER, *Introduction of a trust law in Switzerland*, cit., 580.

⁴³ In questo senso v. P. VALENTINI, *Trust made in Svizzera*, 5.2.2022 in Milano Finanza ma anche A. Galimberti che definisce l'avamprogetto 2022 come «un nuovo marchio per una piazza finanziaria in piena trasformazione e in cerca di una nuova identità», v. A. GALIMBERTI, *Il nuovo trust made in Suisse sarà operativo già dal 2023*, in *Il Sole 24 Ore*, 16.1.2022, Norme e Tributi, 14.

⁴⁴ Il rapporto esplicativo e l'avamprogetto sono consultabili <https://www.admin.ch/gov/it/pagina-iniziale/documentazione/comunicati-stampa.msg-id-86746.html>; la procedura di consultazione (n. 2021/32) si è conclusa il 30.4.2022 ed è disponibile https://fedlex.data.admin.ch/eli/dl/proj/2021/32/cons_1.

Di particolare interesse si rivelano, ancor prima delle singole norme, alcune considerazioni svolte in punto di diritto comparato (specialmente europeo). In particolare l'affermazione secondo la quale «*per l'introduzione del trust nel proprio ordinamento giuridico, la Svizzera segue la tendenza a livello sia europeo che internazionale e non apre una propria via*»⁴⁵. E così anche l'individuazione della soluzione scelta, ossia quella del «*recepimento per analogia che consiste nell'introdurre il trust come nuovo istituto giuridico nel Codice delle obbligazioni. Il trust proposto nell'avamprogetto si basa su istituti giuridici già noti nel diritto svizzero*», cui si aggiunge un passaggio chiarificatore fondamentale «*l'avamprogetto non riprende alcun concetto di common law, quindi non costituisce un trapianto del diritto straniero*».

Sono almeno 3 i punti chiave che rappresentano il nucleo dell'avamprogetto⁴⁶: *a*) l'esistenza di un patrimonio separato, *b*) la proprietà (funzionale) del trustee, *c*) le obbligazioni fiduciarie che quest'ultimo assume nei confronti dei beneficiari⁴⁷. La coesistenza di questi elementi fa sì che il rapporto esplicativo parli di un nuovo istituto giuridico in cui convivono tratti della fiducia e della fondazione; i primi si ravvedono nella distinzione tra proprietà legale e beneficio

⁴⁵ V. avamprogetto, cit., 58. Ma v. anche, cit., 35 in cui si legge che l'ipotesi del trapianto legale è da scartare a favore di proposte basate su concetti e istituzioni giuridiche già esistenti nel diritto svizzero. Il procedere per analogia è stato seguito da tutti gli Stati di diritto continentale che hanno integrato il trust (Liechtenstein, Québec, Louisiana); ha invece seguito un percorso appena differente la Francia che non ha inteso recepire integralmente il trust e si è limitata ad adottare alcune sue funzioni, realizzando di fatto un istituto molto diverso dal trust anglosassone. La disciplina svizzera si discosta dal modello della *fiducie* alla francese. Solo in un rapido passaggio si dà conto della situazione italiana, ritenendo che la nostra soluzione sia stata quella di disciplinare la fiducia attraverso la legge n. 51/2006 che ha introdotto l'art. 2645-ter c.c.

⁴⁶ In questi termini v. L. THÉVENOZ, *Under the hood of the draft Swiss trust law in Trusts & Trustees*, 2022, 28, 824-833.

⁴⁷ A questi 3 profili si può aggiungere quello della previsione di interventi giudiziari in diverse circostanze tra le quali l'ipotesi in cui un trustee, un guardiano o un disponente abbiano un dubbio fondato in ordine ai propri diritti o obblighi e richiedano al tribunale di verificare in ossequio alle disposizioni del trust o di legge (art. 529 v).

economico, nel carattere obbligatorio del rapporto tra trustee e beneficiari, nei contenuti degli obblighi di diligenza del trustee; i secondi si scorgono nella costituzione di un patrimonio distinto, nell'indipendenza del trust rispetto al disponente o anche alla posizione dei beneficiari⁴⁸.

Che siamo di fronte ad un nuovo rapporto obbligatorio duraturo⁴⁹ tra trustee e beneficiari è confermato anche dalla collocazione: all'interno del codice delle obbligazioni – a sgombrare il campo da eventuali dubbi circa l'introduzione di una nuova forma di proprietà⁵⁰ – e precisamente nel titolo ventesimosecondo *bis* che segue la parte dedicata ai contratti e precede quella che disciplina le società di persone⁵¹. Nella norma di apertura che definisce il trust si pone l'attenzione su cosa ne è oggetto; si legge infatti che «*il trust ha per oggetto la destinazione di beni da parte di uno o più disponenti a un patrimonio distinto, detenuto e amministrato da uno o più trustee nell'interesse di uno o più beneficiari*»⁵². La destinazione impressa al pa-

⁴⁸ V. rapporto esplicativo, cit., 69 e ss.

⁴⁹ Il trust si scioglie, al più tardi, 100 anni dopo la sua costituzione; v. art. 529 u.

⁵⁰ Testualmente il rapporto esplicativo afferma: «A questo stadio occorre sottolineare che l'avamprogetto non prevede né modifiche né deroghe alle regole del CC in materia di diritti reali che rimangono interamente applicabili. Il trustee detiene l'insieme dei diritti di proprietà sui beni in trust, mentre i beneficiari dispongono soltanto di diritti personali consolidati da un privilegio nel fallimento in caso di esecuzione forzata contro il trustee e di un diritto di seguito se i beni in trust sono stati alienati in violazione degli obblighi del trustee. La normativa proposta non presuppone quindi un *frazionamento* della proprietà né prevede di riprendere concetti tipici della tradizione della *common-law* come la distinzione tra *legal ownership* e *equitable interest*».

⁵¹ La bozza prevede l'introduzione di un unico articolo (529) composto da 23 commi.

⁵² Art. 529a. Dal secondo capoverso si deduce che la nuova disciplina riconosce solo i cd *express trust* atteso che esso può essere costituito mediante dichiarazione scritta o per disposizione a causa di morte. È altresì esclusa la costituzione per legge o per decisione giudiziaria, come sono esclusi (data la necessaria presenza di beneficiari) i *purpose trust*. Su questo profilo sono numerose le osservazioni pervenute in sede di pubblica consultazione che invitano a riconsiderare il problema. Il prof. Thévenoz pone in rilievo come ci sia una ragione strutturale che motiva la

trimonio distinto è chiarita dalle successive norme ed in particolare dalla lett. n) in cui è stabilito che i beni in trust e i debiti che li gravano sono distinti dal patrimonio personale, non rientrano né nel regime matrimoniale né nella successione, né possono essere aggrediti dai creditori personali del trustee⁵³. Quest'ultimo, da quando acconsente alla sua nomina⁵⁴, è proprietario⁵⁵ e per tale ragione detiene ed amministra ma non gode dei benefici economici di questa proprietà; il godimento è infatti attribuito ai beneficiari cui l'atto di trust conferisce diritti a prestazioni o semplici aspettative sottoposte alla di-

scolta: nell'ordinamento svizzero non vi è – allo stato – una forma di enforcement pubblico o privato nei confronti del trustee (in assenza di beneficiari) ed estendere le norme sulle fondazioni potrebbe significare creare confusione tra le fondazioni ed i trusts. V. THÉVENOZ, *Under the hood of the draft Swiss trust law*, cit., 827. In ordine all'opportunità di togliere il divieto di istituire trust di scopo e soprattutto di quelli a scopo ideale, v. P. BERNASCONI, *Novità svizzere per il trust. Un laboratorio di soluzioni nuove in Novità fiscali*, marzo 2022, 128-132, ISSN 2235-4573.

⁵³ Art. 529n 1 I beni in trust e i debiti che li gravano costituiscono un patrimonio distinto dal patrimonio personale del trustee. I beni in trust non rientrano né nel regime matrimoniale né nella successione del trustee. 2 I beni in trust rispondono soltanto per le obbligazioni previste nelle disposizioni dell'atto di trust e per quelle sostenute dal trustee nel regolare adempimento della sua funzione. Per tutte le altre obbligazioni l'esecuzione forzata è esclusa. Parimenti sono fatte salve le disposizioni per la protezione dei creditori, del coniuge nonché degli eredi del disponente (art. 529 b 6).

⁵⁴ Il trust diviene efficace quando il trustee ha acconsentito per scritto alla sua nomina e ha acquisito i beni destinati al trust, art. 529 c 5.

⁵⁵ Art. 529l 1 Il trustee è proprietario dei beni in trust. I beni in trust comprendono le cose, i crediti e altri diritti e beni destinati al trust al momento della sua costituzione o in seguito, nonché i loro ricavi, i loro aumenti e i beni corrispondenti acquisiti in sostituzione. 2 Se il disponente medesimo è il trustee, la successiva destinazione al trust di beni di sua proprietà richiede una dichiarazione scritta in cui tali beni sono menzionati con precisione. In ordine al secondo capoverso, il rapporto esplicativo chiarisce che: «La destinazione dei beni al momento della costituzione del trust deve rispettare i requisiti formali previsti all'articolo 529° capoverso 2 AP-CO per le diverse forme di costituzione (dichiarazione scritta o disposizione a causa di morte). Le destinazioni effettuate in seguito dal disponente o da terzi non sono sottoposte ad alcuna regola speciale di forma. Tuttavia il capoverso 3 precisa che, se il disponente medesimo è il trustee, la destinazione al trust di beni di cui lui è proprietario richiede che tali beni siano elencati in dettaglio in una dichiarazione scritta».

screzione del trustee⁵⁶. A costui i beneficiari possono chiedere informazioni sulle predette prestazioni o aspettative ed hanno il diritto di ricevere risposta, salvo che vi siano gravi motivi (stabiliti nell'atto di trust) o che interessi legittimi di altri beneficiari possano essere compromessi⁵⁷. La posizione di questi ultimi è accresciuta dai «*quasi-proprietary effects*»⁵⁸ quale il diritto di seguito sul bene in trust indebitamente alienato dal trustee, salvo il caso di acquisto in buona fede a titolo oneroso⁵⁹. I beneficiari possono inoltre agire nei confronti del trustee per il risarcimento del danno causato⁶⁰ e rivolgersi al tribunale per chiederne la revoca in caso di grave violazione dei suoi obblighi⁶¹. Il trustee deve altresì rendere conto della sua gestione, in ogni momento, non solo ai beneficiari ma anche al disponente che si sia riservato tale diritto nell'atto costitutivo e ad altro trustee o beneficiario⁶². Questo aspetto equipara il trustee ad un mandatario facendo emergere la cultura della fiducia⁶³.

⁵⁶ Art. 529d 1; l'articolo precisa, quindi, che il diritto alle prestazioni può essere ceduto ma non trasmesso per successione mentre le aspettative non possono essere né cedute né trasmesse per successione. Infine, è stabilito che a diritti ed aspettative si può rinunciare in ogni momento con dichiarazione scritta al trustee.

⁵⁷ Art. 529i.

⁵⁸ In questi termini, THÉVENOZ, *Under the hood of the draft Swiss trust law*, cit., 828.

⁵⁹ Che non si tratti di azioni in rem ma in personam lo dimostra già il primo comma in cui si fa riferimento all'ingiusto arricchimento. Art. 529q. 1 Se il trustee ha indebitamente alienato un bene del trust, l'acquirente è tenuto a restituirlo secondo le norme sull'indebito arricchimento. Sono fatte salve altre pretese fondate sulla presente legge. 2 Può chiedere la restituzione il disponente che si è riservato tale diritto nelle disposizioni dell'atto di trust, un altro trustee, un guardiano o ciascun beneficiario. 3 La restituzione non può essere chiesta all'acquirente che ha acquistato il bene in buona fede e a titolo oneroso.

⁶⁰ Art. 529k.

⁶¹ Art. 529s 2.

⁶² È possibile il trust autodichiarato a patto che il disponente individui precisamente i beni destinati al trust, art. 529 b 3; mentre non è possibile che il trustee sia l'unico beneficiario (art. 529 c 2). Infine il trustee può essere nominato dal giudice nel caso in cui il trust sia istituito con atto mortis causa che non provvede sul punto (art. 529 b 2).

⁶³ In questi termini M. LUPOI, *Trust svizzero frutto della cultura della fiducia. Formula votata al successo*, in Sole 24 ore, NT+Fisco, 17.1.2022. L'A. afferma che

A quest'ultima si possono ricondurre anche altri aspetti quali la facoltà del disponente di cambiare i beneficiari⁶⁴, di modificare l'atto istitutivo⁶⁵, di vietare il compimento di atti da parte del trustee⁶⁶, di sostituirlo⁶⁷ e di agire contro di lui⁶⁸; si delinea, in sostanza, una figura di disponente che non ha analoghi altrove e che, per tali ragioni, potrebbe suscitare l'interesse di cittadini svizzeri ma anche internazionali⁶⁹. La bozza, riconoscendo in capo al disponente la possibilità di riservarsi numerosi poteri⁷⁰, è stata ritenuta liberale e frutto

«il successo del trust svizzero sembra assicurato; auguri ai nostri vicini, giunti per ultimi nel mondo del trust e forse destinati a essere primi». Lo stesso A. ha però evidenziato che la disciplina elvetica si allinea a quella inglese e, non essendo la Svizzera un paese di *common law*, potrebbero sorgere difficoltà in particolare, ad esempio, riguardo la previsione che attribuisce una responsabilità personale al trustee per le obbligazioni contratte in questa veste. V., L. CARRELLO, *Cercasi legge sul trust per fare dell'Italia la nuova Svizzera*, in *Milano Finanza*, 3.12.2022. Nutre invece qualche dubbio sulla effettiva introduzione della disciplina di un trust svizzero L. Thévenoz, (*Under the hood of the draft Swiss trust law*, cit.) il quale ritiene che sarà molto difficile trovare un regime fiscale equilibrato e non dissuasivo. Sui profili fiscali v. *infra*, par. 5.

⁶⁴ Art. 529t. 1 L'atto di trust può conferire al disponente, al trustee o a un guardiano la facoltà di modificare le disposizioni dell'atto medesimo, in particolare per quanto concerne i beneficiari, il diritto applicabile e il foro o la competenza di un tribunale arbitrale. 2 Le modifiche delle disposizioni dell'atto di trust richiedono la forma scritta.

⁶⁵ Art. 529t.

⁶⁶ Art. 529e. 1 L'atto di trust può conferire al disponente in particolare le seguenti facoltà: 1. revocare o sciogliere il trust; 2. sottoporre al suo consenso determinati atti del trustee; 3. chiedere al trustee i conti del trust e ordinarne la revisione; 4. sostituire il trustee o designarne il successore; 5. designare uno o più guardiani, sostituirli o designarne i successori. 2 Il disponente esercita di persona la facoltà che gli sono conferite dall'atto di trust o dalla legge. È esclusa ogni rappresentanza.

⁶⁷ Art. 529e

⁶⁸ Art. 529 k 2 L'azione di risarcimento del danno ai beni in trust può essere proposta dal disponente che si è riservato tale diritto nelle disposizioni dell'atto di trust, da un altro trustee, da un guardiano e da ogni beneficiario.

⁶⁹ V. sul punto, LUPOI, *Trust svizzero frutto della cultura della fiducia. Formula votata al successo*, cit.

⁷⁰ Il disponente può anche nominare uno o più guardiani (che non possono essere trustee) cui attribuire una o più facoltà che il disponente può riservare a se stesso; facoltà da esercitare in ogni caso nell'interesse dei beneficiari (art. 529 f).

della scelta di offrire ampia flessibilità che dovrà e potrà essere gestita al meglio da professionisti altamente specializzati ed esperti⁷¹.

Da attribuirsi, invece, al diritto inglese la scelta dell'avampromprogetto di prevedere che il trustee risponda con il proprio patrimonio delle obbligazioni assunte, salvo diversa pattuizione⁷²; è stato tuttavia evidenziato che si tratta di un'ipotesi che difficilmente supererà il vaglio della consultazione pubblica atteso che la prassi moderna muove in senso contrario⁷³. Allo stesso modo, riconducibile al diritto inglese è la variazione della regola *Saunders v. Vautier*⁷⁴ che, nella bozza del progetto svizzero, prevede che i beneficiari, se tutti definiti, possano sciogliere anticipatamente il trust con un accordo scritto, fatto salvo il consenso del disponente (che si sia riservato tale facoltà)⁷⁵.

Non vi sono richiami all'*equity* né in termini di obblighi, né di rimedi né di interessi; a conferma che le radici del trust svizzero vogliono essere di *civil law*, sebbene si allineino al diritto inglese⁷⁶.

⁷¹ «The Draft opts for some level of *ex post* uncertainty to avoid *ex ante* rigidity. The settlors and their advisors will need to carefully balance the advantages of reserved powers with the risks of subsequent challenges to the trust. In the view of this author, this should already be standard professional practices.». In questi termini, THÉVENOZ, *Under the hood of the draft Swiss trust law*, cit.

⁷² Art. 529 g 3 Risponde con il proprio patrimonio personale per le obbligazioni assunte in adempimento dei suoi obblighi in quanto trustee. Questa responsabilità personale può essere esclusa mediante una convenzione con il creditore.

⁷³ V. sul punto, LUPOI, *Trust svizzero frutto della cultura della fiducia. Formula votata al successo*, cit.

⁷⁴ Per una recente rilettura del principio espresso dalla regola *Saunders v Vautier*, v. M. GRAZIADEI, M. LUPOI, *Una ricerca sulla collocazione storica di Saunders v Vautier nel diritto inglese* in *Trusts*, 2023, 1-29.

⁷⁵ Art. 529 u 2. Se sono tutti definiti, i beneficiari possono sciogliere anticipatamente il trust mediante accordo scritto. Per lo scioglimento, l'atto di trust può fare salvo il consenso del disponente. La scelta è stata ritenuta originale, sebbene vi siano perplessità e dubbi in ordine alla sua permanenza anche dopo la consultazione pubblica. V. M. CECCHI, *Trust: la nuova legge regolatrice svizzera* in *Trust, impresa, famiglia*, 2022, 30-33, ma anche LUPOI, *Trust svizzero frutto della cultura della fiducia. Formula votata al successo*, cit.

⁷⁶ Così M. Lupoi in CARRELLO, *Cercasi legge sul trust per fare dell'Italia la nuova Svizzera*, cit., THÉVENOZ, *Under the hood of the draft Swiss trust law*, cit., 826.

5. Il legislatore elvetico ha mostrato di credere nella fondatezza dell'avamprogetto sul trust solo se coerente con il resto dell'ordinamento ed ha, pertanto, offerto una disamina organica che intende – contestualmente – modificare anche le norme fiscali, processuali, penali, fallimentari ed internazionali-privatistiche⁷⁷.

Se su queste ultime e su quelle civilistiche vi è un diffuso apprezzamento dell'intervento legislativo, su quelle fiscali vi sono forti

⁷⁷ Nel rapporto esplicativo si legge: «L'avamprogetto propone tuttavia alcuni adeguamenti per tenere conto dell'introduzione del trust nel nostro ordinamento giuridico e garantire una certa coerenza. Si tratta dei seguenti adeguamenti: *Diritto successorio* L'avamprogetto propone di precisare che, nel quadro della successione, la porzione disponibile può essere destinata in tutto o in parte alla costituzione di un trust (art. 493 AP-CC) così come il diritto vigente prevede per le fondazioni. Inoltre precisa a quali condizioni i beneficiari, o il trustee, possono essere tenuti a restituire le liberalità fatte a un trust (art. 528, al. 3, AP-CC). Inoltre le liberalità tra vivi fatte da un coniuge a un trust sono reintegrate negli acquisti (art. 208 CC) nel quadro della liquidazione del regime dei beni se soggiacciono alla riduzione nel quadro della successione (art. 527 CC). Questo risulta anche dalla riserva di cui all'articolo 529b capoverso 6 AP-CO. *Diritti reali* L'avamprogetto propone di sancire nel CC l'attuale regola dell'articolo 149d LDIP che permette di menzionare nel registro fondiario il rapporto di un immobile con un trust e di precisarne gli effetti per i terzi (art. 962b AP-CC). *Procedura civile* Il CPC deve essere modificato per stabilire le regole del foro nelle vertenze in materia di diritto dei trust. L'avamprogetto propone che, in assenza di proroga di foro valida, la vertenza possa essere sottoposta al tribunale del domicilio o della sede del convenuto (foro ordinario) o del trustee (art. 39a AP-CPC). Prevede anche di aggiungere le questioni non contenziose del diritto dei trust all'elenco degli affari sottoposti alla procedura sommaria (art. 250 lett. b n. 10-13 AP-CPC). *Diritto in materia d'esecuzione* Il foro di esecuzione alla sede del trust è sostituito dal foro del domicilio del trustee (art. 284a AP-LEF) per farlo corrispondere alla regola sul foro proposta dal CPC (art. 39a AP-CPC). *Diritto internazionale privato* Le modifiche proposte mirano a precisare le regole applicabili alla proroga di foro nelle vertenze in materia di trust e aggiungere l'applicazione del diritto svizzero al trust nell'elenco dei casi in cui un tribunale pattuito non può declinare la propria competenza (art. 5 cpv. 3 lett. c e 149b cpv. 2 lett. c AP-LDIP). *Codice penale* Per garantire un'attuazione effettiva del dispositivo legale e soddisfare le esigenze del GAFI, l'articolo 327a, che punisce con una multa la violazione delle regole di trasparenza del diritto societario, è esteso all'inosservanza degli obblighi d'identificazione e documentazione del trustee (art. 529k AP-CO). *Legge federale sugli istituti finanziari* Sul piano della normativa finanziaria, viene proposto un solo adeguamento terminologico (art. 17 cpv. 2 AP-LIsFi). Per il rimanente, il quadro normativo attualmente applicabile ai trust stranieri è soddisfacente. Garantisce segnatamente un livello di supervisione e trasparenza sufficiente di modo che l'introduzione di un trust svizzero non richiede modifiche.»; v. rapporto esplicativo, cit., 79.

e numerose critiche, tanto che si teme che le difficoltà legate alla disciplina di questi profili possano indurre il Consiglio federale a desistere dal proseguire l'*iter* avviato⁷⁸.

Come detto la Svizzera si è dotata, subito dopo la ratifica della Convenzione de l'Aja, di una circolare che disciplina i profili fiscali dei trust riconosciuti dall'ordinamento⁷⁸. In essa si esclude che il trust possa essere soggetto di imposta atteso che esso è un patrimonio destinato al conseguimento di un determinato scopo e, come tale, non ha personalità giuridica. Ne discende che bisogna individuare i soggetti debitori di imposta e ciò varia a seconda della natura del trust: se è revocabile, si ritiene – da un punto di vista fiscale – che i beni siano ancora attribuibili al disponente che è tenuto versare le imposte; se, invece, il trust è irrevocabile occorre distinguere a seconda della posizione dei beneficiari, titolari di pretese (trust irrevocabile fisso) o di mere aspettative (trust irrevocabile discrezionale). Nel primo caso, è possibile ricondurre ai beneficiari i beni in trust mentre nel secondo occorre distinguere a seconda che il disponente sia o meno residente in Svizzera. La residenza in Svizzera consente di affermare che si è in presenza di un impoverimento solo quando un altro soggetto fiscale si arricchisce e, pertanto, fino a tale momento, i beni in trust si continuano a ritenere attribuibili al disponente. Nell'ipotesi di disponente non residente, non vi è una regola chiara ed universale ma la prassi valuta a seconda del caso specifico.

L'avamprogetto ritiene di far proprie le conclusioni cui la circolare giunge per le prime due ipotesi (trust revocabile e trust irrevocabile fisso) poiché conformi al principio di capacità economica mentre propone una soluzione nuova per l'ultima ipotesi (trust irrevocabile discrezionale)⁸⁰. A questo proposito, è necessario eviden-

⁷⁸ In questo senso, THÉVENOZ, *Under the hood of the draft Swiss trust law*, cit., S. GENINI, S. VORPE, *L'introduzione del trust in Svizzera: vietato sbagliare l'approccio fiscale in Novità fiscali*, marzo 2022, 126-127, ISSN 2235-4573. Sperano che la questione fiscale non diventi l'ago della bilancia e che si possa offrire nuove risposte sulla base delle casistiche che si presenteranno proprio in virtù di una più ampia applicazione dello strumento GIORCELLI, GENINI, STROBL, TRON, *Introduzione dell'istituto del trust nel diritto svizzero*, in *Novità fiscali*, cit.

⁷⁹ V. nota n. 29.

⁸⁰ Legge federale del 14 dicembre 1990 sull'imposta federale diretta. Art. 10a. Trust 1 Il reddito di un trust è aggiunto a quello del disponente se questo non si è

ziare come nell'avamprogetto siano state ventilate ben sette opzioni⁸¹ e la scelta finale sia avvenuta all'esito di un delicato bilanciamento fra vari principi ed istanze, oltre che finalità perseguite⁸². L'equilibrio si è rivelato in tutta la sua fragilità nella fase della consultazione pubblica; i rilievi sono stati infatti numerosi e l'intera disciplina fiscale è divenuta uno dei punti salienti che – probabilmente – determinerà le sorti di questo avamprogetto. Il legislatore elvetico ha ritenuto di proporre l'istituzione di un nuovo soggetto fiscale autonomo (alla stregua di una fondazione) prevedendo, così, l'imposizione del trust in quanto tale e dei redditi in capo ai beneficiari una volta distribuiti⁸³. L'effetto sarebbe quello, assai disincentivante, di una tripla tassazione: al momento dell'apporto dei beni in trust, durante l'esistenza del trust e nella fase della distribuzione ai beneficiari⁸⁴.

A ben vedere, le motivazioni riportate nel rapporto esplicativo appaiono deboli, a partire dalla considerazione che il trattamento fiscale è analogo a quello di una fondazione di famiglia «che può perseguire scopi simili a quelli di un *family trust* e, nel limite del possi-

privato definitivamente dei beni in trust. 2 Il reddito di un trust è aggiunto proporzionalmente a quello dei beneficiari se: a. il disponente si è privato definitivamente dei beni in trust; e b. i beneficiari hanno diritto alle prestazioni derivanti dai beni in trust. 3 Negli altri casi il trust è imponibile come una fondazione. È assoggettato illimitatamente se almeno un beneficiario è imponibile in Svizzera in virtù della sua appartenenza personale. Il suo assoggettamento illimitato non si estende ai beneficiari senza appartenenza personale alla Svizzera. Qualora non sia possibile determinare i beneficiari, il trust è assoggettato illimitatamente se il disponente è imponibile in Svizzera in virtù della sua appartenenza personale o lo era al momento del decesso. 4 Se, in base alla convenzione per evitare le doppie imposizioni applicabile, il trust di cui al capoverso 3 è residente all'estero, il suo reddito è aggiunto a quello del disponente.

⁸¹ V. rapporto esplicativo, cit., 82-95.

⁸² Il bilanciamento è avvenuto alla luce del principio di legalità, costituzionalità e di capacità economica ma anche tenendo conto dell'attrattività del trust di diritto svizzero.

⁸³ È ovviamente richiesto che almeno uno dei beneficiari sia residente in Svizzera poiché, diversamente, non è soggetto alle imposte svizzere sul reddito e sulla sostanza.

⁸⁴ Si perderebbe, inoltre, uno dei vantaggi fiscali attuali rappresentato dal c.d. *pre-immigration trust* che consente al disponente che intende trasferirsi in Svizzera un risparmio di imposta, non dovendo versare in futuro imposte relative ai beni posti in trust prima del trasferimento.

bile, la scelta fra i due strumenti non dovrebbe essere influenzata dal diritto fiscale». Le differenze dalla fondazione di famiglia sono state evidenziate sopra e questo rischia di apparire come un vero e proprio corto circuito del legislatore elvetico.

6. La fase di pubblica consultazione dell'avamprogetto svizzero sul trust costituisce l'occasione per raffrontarlo con le iniziative intraprese da altri due ordinamenti europei: Francia e Italia. La prima non ha ratificato la Convenzione de l'Aja ed ha introdotto nel *code civil*, ormai oltre 15 anni fa, la *fiducie*⁸⁵. La seconda, come detto accomunata alla Svizzera sotto molteplici aspetti, tenta da anni l'introduzione di una disciplina del trust o di istituti analoghi e, in questa fase, si interroga sulle potenziali evoluzioni del mercato del trust anche all'esito del percorso svizzero. In comune, rispetto alla Svizzera, è anche l'idea coltivata da parte della dottrina di poter individuare uno strumento analogo al trust attraverso principi già noti e propri del nostro ordinamento.

6.1. Francia

«*Fiducie à la française*»⁸⁶, «*trust yes, albeit the Swiss way*»⁸⁷. È riassunto in queste parole l'approccio dei due legislatori che hanno deciso di introdurre nel proprio ordinamento un istituto analogo al trust.

Se appare simile l'intento di rivendicare la creazione di una disciplina "propria", differenti sono gli esiti cui si approda; del resto,

⁸⁵ Artt. 2011-2030 *code civil*.

⁸⁶ «*S'agissant de l'institution d'une fiducie "à la française", une précision me paraît d'abord devoir être apportée: il ne s'agit pas de remédier à la carence du droit français en important "tel quel" le trust anglo-saxon. Une telle option n'est ni envisageable ni souhaitable, tant le trust est marqué par l'empreinte de la common law, système fort éloigné de notre droit, ce dernier puisant ses racines dans le droit romain [...]*». V. Pascal Clément, *Ministre de Justice*, 17.10.2006 <http://www.senat.fr/seances/s200610/s20061017/s20061017005.html>.

⁸⁷ F. NOSEDA, *The new Swiss trust: Is it a trust? Practical considerations in Trusts & Trustees*, 2022, 1-6 si esprime in questi termini per riassumere l'intento di non operare un trapianto giuridico ma di integrare il quadro normativo esistente, utilizzando figure già note e dando così vita ad un «istituto *sui generis*» (come indicato nel rapporto esplicativo dell'avamprogetto sul trust, cit., 69).

lo stesso legislatore elvetico ha chiaramente affermato che «la disciplina svizzera si discosta dal modello della *fiducie* alla francese».

Che ci si muova nell'alveo dei rapporti contrattuali pare chiaro in entrambi i sistemi; le differenze in ordine alla collocazione all'interno dei codici vigenti non rappresentano vere scelte di campo. La *fiducie*, introdotta nel *code civil* a ridosso della disciplina del mandato, è stata definita, all'esito di un travagliato *iter* parlamentare, una *opération* (con una dicitura volutamente atecnica), ma si concreta in un contratto in cui si opera un trasferimento di beni, a favore dei beneficiari, con finalità di gestione o garanzia⁸⁸. In Svizzera, invece, il trust sarebbe collocato nel codice delle obbligazioni, in un titolo autonomo che segue la disciplina sui contratti e precede quello sulla società semplice, a conferma della natura *sui generis* dell'istituto. Anche in questo caso emerge il profilo contrattuale: le norme parlano di atto di trust riferendosi ad una dichiarazione scritta o ad una disposizione *mortis causa* che assumono efficacia quando il trustee acconsente, per iscritto, alla sua nomina. Del trust il legislatore svizzero preferisce non dire cosa è ma cosa ha ad oggetto, ovvero la destinazione di alcuni beni in favore di beneficiari senza limitazioni in punto di finalità.

Ecco la prima importante differenza; la sanzione della nullità prevista per la *fiducie-libéralité*⁸⁹ non trova omologo disposto nell'ordinamento svizzero che non preclude la realizzazione di un trust con siffatte finalità. Unico limite è il rispetto delle norme in punto di successioni⁹⁰ ed, anzi, l'avamprogetto svizzero prevede una modifica al codice civile indicando espressamente che «il disponente può dedicare la porzione disponibile dei suoi beni o parte di essa ad una fondazione per uno scopo qualsiasi o alla costituzione di un trust»⁹¹.

⁸⁸ Art. 2011 *code civil*: «La fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires».

⁸⁹ Art. 2013 *code civil*.

⁹⁰ Art. 529 b 6. Sono fatte salve le disposizioni legali per la protezione dei creditori, del coniuge o del partner registrato nonché degli eredi del disponente.

⁹¹ Modifica dell'art. 493 codice civile, v. rapporto esplicativo, allegato n. II, 9/13.

Le distanze tra i due modelli diventano salienti in punto di fiduciario e di patrimonio. Il legislatore francese non definisce il fiduciario come un proprietario né qualifica i beni in *fiducie* come un patrimonio separato o segregato⁹²; viceversa quello elvetico afferma che il trustee è proprietario dei beni in trust i quali costituiscono un patrimonio distinto⁹³. Su di esso opera un effetto segregativo pieno⁹⁴, sebbene il testo non parli apertamente di segregazione⁹⁵.

La posizione del fiduciario è differente, nei due ordinamenti, anche per quanto concerne il ruolo, i doveri e le responsabilità; in altre parole se in uno (Francia) pare non esserci traccia di obbligazioni fiduciarie, nell'altro particolare attenzione è posta proprio al contenuto del rapporto fra trustee e beneficiari ed al consolidamento delle posizioni di questi ultimi attraverso l'introduzione di un ampio diritto di informazione, di un diritto di seguito nonché instaurando una ipotesi di volontaria giurisdizione.

⁹² Gli artt. 2012, 2018-1, 2021, 2023, 2025 *code civil* parlano di *patrimoine fiduciaire*. Solo le disposizioni contabili lo definiscono *patrimoine d'affectation* e sembrano riconoscere una sorta di smembramento della proprietà in quanto si legge: «*en raison du transfert de la propriété juridique tel qu'organisé par la loi, les actifs et passifs faisant l'objet du contrat de fiducie sont transférés du patrimoine du constituant dans la fiducie, qui constitue un patrimoine d'affectation séparé du patrimoine propre du fiduciaire, au sein duquel ils feront l'objet d'une comptabilité autonome*». V. art. 12 della legge n. 2007-211 e il regolamento CRC (Comitato di regolamentazione contabile) n. 2008-01 del 3.4.2008 relativo al trattamento contabile delle operazioni di *fiducie*.

⁹³ La posizione di proprietario impedisce al trustee di godere di qualsivoglia vantaggio tant'è vero che «salva disposizione contraria dell'atto di trust, il trustee deve restituire tutti i beni o vantaggi acquistati o ricevuti per qualsiasi motivo nell'esercizio della sua funzione.»; v. art. 529 p.

⁹⁴ Non lo è nel caso della *fiducie*: i creditori della *fiducie* possono infatti rivarsi sul patrimonio del costituente qualora la massa fiduciaria sia insufficiente. I predetti creditori possono, però, rafforzare la segregazione prevedendo che il passivo fiduciario sia limitato al solo patrimonio della *fiducie* oppure disponendo che tutto o parte del passivo sia a carico del fiduciario ma, in entrambi i casi, ciò deve essere accettato, v. art. 2025 *code civil*.

⁹⁵ V. art. 529 n 2. I beni in trust rispondono soltanto per le obbligazioni previste nelle disposizioni dell'atto di trust e per quelle sostenute dal trustee nel regolare adempimento della sua funzione. Per tutte le altre obbligazioni l'esecuzione forzata è esclusa.

Quanto al trustee, partendo dai requisiti relativi al ruolo, nessuna limitazione è prevista in Svizzera mentre in Francia solo persone giuridiche tassativamente individuate e solo gli avvocati, tra le persone fisiche, possono svolgere il ruolo di trustee. Si avvicina più ad un mandatario che ad un rappresentante il trustee svizzero il quale è gravato di obblighi di diligenza e lealtà (che includono l'obbligo di evitare conflitti di interesse), di rendiconto, di informazione e di identificazione. Peraltro può essere chiamato a rispondere con il proprio patrimonio personale per le obbligazioni assunte in adempimento dei suoi obblighi in quanto trustee; ha diritto al rimborso delle spese (e di eventuale ritenzione o compensazione sui beni), ad una retribuzione adeguata ed al risarcimento del danno patito. Il fiduciario francese, pur gravato da obbligo di rendiconto, deve fare menzione del suo ruolo solo ove agisce per conto della *fiducie* ed è responsabile con il suo patrimonio solo degli errori che commette durante quella che viene definita «missione». La morte del trustee non determina la fine del trust così come, invece, previsto per la *fiducie* francese che, sotto questo profilo, riprende le norme sul mandato. In Svizzera la morte del trustee (come l'insolvenza in caso di persona giuridica) determina la cessazione della funzione di trustee e la sua sostituzione in base alle disposizioni dell'atto di trust o, in mancanza, per decisione del giudice.

Quanto, invece, alla posizione dei beneficiari, essa è più tutelata in Svizzera che non in Francia. Per quanto, infatti, la *fiducie* non possa più essere revocata se non con l'accordo dei beneficiari una volta che essi abbiano accettato il contratto, questi ultimi non hanno – almeno espressamente – alcuno strumento per reagire alle ipotesi di disposizioni infedeli da parte del trustee. La Svizzera, sotto questo profilo, si mostra più attenta e prevede che siano le norme (già conosciute all'ordinamento svizzero) sull'indebito arricchimento a comportare la restituzione dell'acquisto da parte dell'acquirente. Unica eccezione l'ipotesi in cui si sia di fronte ad un acquirente di buona fede a titolo oneroso. Oltre ai beneficiari, possono chiedere la restituzione altri trustee, il guardiano e il disponente che si sia riservato tale diritto. I beneficiari di un trust svizzero (se tutti definiti) possono, inoltre, sciogliere anticipatamente il trust mediante accordo scritto fatto salvo il consenso del disponente ove previsto. Come accennato, quelli di una *fiducie* possono impedirne la revoca a patto che abbiano accettato la *fiducie* stessa.

Le molteplici differenze evidenziate inducono a ritenere che, sebbene sia analogo l'obiettivo (creare istituti propri), distante è il risultato raggiunto. E non foss'altro che per l'assenza di limitazioni (in punto di finalità e natura del fiduciario), quello svizzero pare un tentativo più vicino alla meta.

6.2. *Italia*

Il nostro ordinamento non ha una disciplina interna sul trust ma è noto che svariati sono stati i tentativi di introduzione di un istituto analogo⁹⁶. Nella scorsa legislatura coesistevano, addirittura, due proposte di legge: una riguardante il trust⁹⁷ e una il contratto di affidamento fiduciario⁹⁸.

⁹⁶ I tentativi di introdurre una disciplina normativa del trust (o di un istituto ad esso affine) nel nostro ordinamento sono davvero numerosi e i primi risalgono ormai ad oltre 15 anni fa (Disegno di legge n. 1234 del 28.12.2006 relativo all'istituzione di un trust di diritto italiano; ma è dello stesso anno la proposta di legge relativa al contratto di affidamento fiduciario (n. 6320 del 1.2.2006). Tra di essi merita di essere menzionato il progetto datato 2010 (il quale contemplava la delega al Governo per la disciplina della fiducia definita come «come lo strumento negoziale con il quale un soggetto (fiduciante) trasferisce in forma di patrimonio separato beni o diritti o somme di denaro a un altro soggetto (fiduciario) che li amministra in funzione di uno scopo determinato, anche nell'interesse di uno o più beneficiari determinati, o determinabili», disegno di legge n. 2322-XVI legislatura, consultabile https://www.senato.it/leg/16/BGT/Schede/Ddliter/testi/35780_testi.htm) concernente l'introduzione del contratto di fiducia e ritenuto dai più una vera occasione perduta. Così P. PARDOLESI, *Percorsi microcomparatistici: dal trust al contratto di affidamento fiduciario*, Quaderni del Dipartimento ionico Università degli Studi di Bari, 2018, 140. L'A. pone in rilievo come il legislatore avesse già fatto proprie alcune conclusioni della dottrina a proposito delle situazioni affidanti, ovvero quello per cui tali atti di autonomia privata ricevono più ampie possibilità di utilizzazione in presenza di norme quali l'art. 2645-ter c.c. coordinate con gli artt. 1322 c. 2 c.c. e 1706 c.c. sancendo il potere dei privati di realizzare interessi meritevoli di tutela attraverso l'autonomia privata senza alcuna limitazione ai beni immobili e mobili registrati (come previsto dall'art. 2645-ter c.c.).

⁹⁷ Il disegno di legge n. 1151 del 19.3.2019 (presentato dall'allora Primo Ministro Prof. Giuseppe Conte di concerto con il Ministro della Giustizia Bonafede) conteneva la delega al Governo per la revisione del codice civile, reperibile https://www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/Ddliter/testi/51488_testi.htm.

⁹⁸ D'iniziativa della senatrice Riccardi è, invece, il disegno di legge n. 1452 del 5.8.2019 relativo al negozio di affidamento fiduciario, reperibile https://www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/Ddliter/testi/52177_testi.htm.

A seguito della presentazione dell'avamprogetto svizzero, da più parti si è sollevata la domanda in ordine alla necessità o meno che anche l'Italia si doti di una disciplina sul trust. È stato anche evidenziato che il testo svizzero, laddove adottato, potrebbe essere utilizzato da cittadini italiani proprio perché scritto anche in italiano. E ciò potrebbe anche significare “migrazione di capitali” sul suolo elvetico⁹⁹. D'altro canto non è mancato chi ha sottolineato che il tentativo svizzero, per quanto messo in atto da un legislatore esperto ed avveduto, non realizzerà a pieno l'obiettivo di affrancarsi dal trust, finendo per «scimmiettarlo»¹⁰⁰. A tal fine parrebbe ancor più opportuna l'idea di dare un quadro normativo al contratto di affidamento fiduciario che tenta di creare gli effetti del trust attraverso meccanismi propri del nostro ordinamento.

Per quanto riguarda la prima delle citate proposte, il raffronto è limitato dal fatto che il disegno di legge n. 1151 conteneva solo la delega al Governo per la revisione del codice civile attraverso «*la definizione delle modalità di costituzione e di funzionamento del trust e degli altri contratti di affidamento fiduciario, al fine di assicurare adeguate forme di tutela dei beneficiari*»¹⁰¹.

⁹⁹ Ritiene che la proposta svizzera sia rivolta unicamente alla clientela straniera ed evidenzia che l'introduzione di siffatta disciplina è foriera di contraddizioni ed incongruenze A. REALI, *Prime considerazioni sull'Avamprogetto svizzero per inserire il trust nel codice delle obbligazioni: una disciplina per stranieri - parte I* in *Trusts*, 2022, 808-819 e *parte II*, in *Trusts*, 2022, 1004-1017.

¹⁰⁰ M. Lupoi in CARRELLO, *Cercasi legge sul trust per fare dell'Italia la nuova Svizzera*, cit.

¹⁰¹ Art. 1, comma 1, lett. p) del disegno di legge delega n. 1151/2019. Sia pur nella brevità ed estrema concisione del testo in punto di trust, il disegno di legge è stato oggetto di una prima lettura in chiave critica sia in ordine al metodo che all'oggetto del futuro intervento legislativo. L'invito è infatti quello di «correggere il tiro» alla luce di quelle che sono ormai delle evidenze che mostrano un punto di scollamento fra la nobile ma obsoleta tradizione codicistica e la elevazione codicistica dell'individuo. Un intervento realmente riformatore dovrebbe svincolare le manifestazioni di autonomia negoziale dalla tipicità formale dando ad essere rilevante anche esterna. In particolare si dovrebbe eliminare il ricorso al concetto di fiducia facendo emergere quella che è la realtà del procedimento negoziale, ossia la realizzazione graduale e finalistica dell'assetto degli interessi perseguito. Gli studi sul trust hanno fatto emergere la dimensione dinamica e programmatica di una operazione dispositiva; ne discende, secondo questa dottrina, la opportunità (pre-

Per quanto riguarda il secondo disegno di legge è opportuno ricordare che il contratto di affidamento fiduciario appare, a livello dottrinale, nel 2014 con la monografia ad esso dedicata dal Prof. Maurizio Lupoi¹⁰², all'esito – come da lui stesso indicato – di una ventennale ricerca nel campo delle situazioni affidanti¹⁰³. Ricerca che lo ha portato a porre in evidenza come soluzioni anche migliori del trust possono essere raggiunte utilizzando gli strumenti della nostra tradizione giuridica¹⁰⁴. Dell'inevitabile raffronto con il trust¹⁰⁵, lo

feribile) di novellare le norme sul mandato o sull'atto di destinazione patrimoniale, senza introdurre nuovi schemi codicistici. In questo senso G. PALERMO, *Trust e mandato a disporre* in Atti del convegno "Il diritto patrimoniale – una rivisitazione: le revisioni" organizzato dall'Associazione Civilisti Italiani, Roma, 14 e 15 giugno 2019.

¹⁰² M. LUPOI, *Il contratto di affidamento fiduciario*, Milano, 2014. Lo stesso A. si era già espresso sul punto *Il contratto di affidamento fiduciario* in *Riv. not.*, 2012, 522-530 e in *Trusts e attività fiduciarie*, 2012, 585-591 ed aveva salutato con favore l'introduzione nella Repubblica di San Marino della legge n. 43/2010 avente ad oggetto appunto il contratto di affidamento fiduciario, v. M. LUPOI, *Note circa la legge sammarinese sull'affidamento fiduciario* in *Trusts e attività fiduciarie*, 2010, 469-471., *The new law of San Marino on the "affidamento fiduciario"* in *Trusts e attività fiduciarie*, 2011, 353-359.

¹⁰³ M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, Padova, 2008.

¹⁰⁴ L'alternativa consisterebbe nella possibilità di impiegare uno strumento dalle funzioni speculari al trust attraverso l'applicazione della legge italiana (e non il richiamo ad una legge straniera) fornendo una risposta "certa" in termini di regole. Così P. PARDOLESI, *Riflessione comparativa in tema di trust e contratto di affidamento fiduciario*, in *Annali del dipartimento ionico Università degli studi di Bari*, 2019, 279-289. L'A. evidenzia alcuni profili di imprescindibile rilevanza funzionale quali la predisposizione della stabile realizzazione di un programma destinatorio meritevole; l'effetto combinato del negozio autorizzativo e dei meccanismi di autotutela; il regime pubblicitario degli acquisti dell'affidatario fiduciario. Lo stesso ritiene verosimile delineare alcuni punti di affinità con la versione contrattuale di trust prospettata da Langbein; testualmente «nella c.d. *consensual information* si rinviene una fase prodromica tra settlor e trustee finalizzata a predisporre un programma condiviso nel quale prevedere e disciplinare gli aspetti salienti dell'ufficio da ricoprire (quali i poteri e le responsabilità del trustee, il suo compenso e il rapporto con il protector)».

¹⁰⁵ Conduce un'indagine sulla possibilità di equiparare trust, *fiducie* e contratto di affidamento fiduciario P. PARDOLESI, *Trust, fiducie e contratto di affidamento fiduciario: omologazione contrattuale?*, in *Trusts*, 2020, 503-521. In partico-

stesso Prof. Lupoi, già nel 2012, scriveva: «rispetto al trust, necessariamente retto da una legge straniera, il contratto di affidamento fiduciario è retto dalla legge italiana ed è in base ad essa interpretato e adempiuto: questo è un indubbio vantaggio, ma anche un rischio, perché spontanea è la tendenza alla omologazione con tipi negoziali conosciuti (per esempio, il mandato) e quindi la perdita delle specificità che ho cercato di delineare nelle pagine precedenti. Al contratto di affidamento fiduciario si arriva dopo avere conosciuto il trust e averne ripreso le valenze in un'ottica di diritto civile, esplicitando quanto il nostro ordinamento ha sotteraneamente suggellato e ora riportiamo alla luce. Si tratta di una operazione in primo luogo culturale, ma, al tempo stesso, di tecnica giuridica. Confido che questa volta la dottrina colga l'occasione e che la prassi professionale, come fu per il trust, segni la strada»¹⁰⁶.

Il tentativo pare, dunque, quello di utilizzare istituti noti al nostro ordinamento; il richiamo è al mandato, all'esecutore testamentario ed alle obbligazioni fiduciarie, "dimenticate" ma mai escluse dal nostro ordinamento. In un tentativo di sintesi, il contratto di affidamento fiduciario appare come un negozio di durata (non oltre novanta anni), ad effetti obbligatori (paiono avere natura fiduciaria le obbligazioni gravanti sull'affidatario) e funzionalmente caratterizzato dal c.d. programma destinatorio¹⁰⁷. Quest'ultimo rivela tutta la sua importanza poiché è l'oggetto del contratto e rappresenta «la destinazione e i modi per realizzarla»¹⁰⁸. L'affidamento fiduciario mira

lare l'A. evidenzia che, al netto della natura contrattuale propria della *fiducie* e del contratto di affidamento fiduciario, occorre soffermarsi sulla possibilità di "contrattualizzare" il trust e giunge alla conclusione che ciò è possibile nei termini e nelle premesse della ricostruzione di John H. Langbein, uno dei maggiori esperti nordamericani di trust.

¹⁰⁶ LUPOI, *Il contratto di affidamento fiduciario*, in *Riv. not.*, cit., 512.

¹⁰⁷ G. AMORE, *Trust, vincoli di destinazione e affidamento fiduciario nella legge del "dopo di noi"* in *Studium iuris*, 2019, n. 6, 718-726, e n. 7, 895-905.

¹⁰⁸ La presenza di un programma fa venire in rilievo l'esistenza di una obbligazione fiduciaria o meglio, come evidenziato da M. GRAZIADEI nel suo *Proprietà fiduciaria e proprietà del mandatario*, in *Quadrimestre*, 1990, 1-13: «l'obbligazione fiduciaria si modella in larga misura sul contenuto delle situazioni programmate dalle parti». Siamo di fronte ad un vincolo e ciò attrae il contratto di affidamento fiduciario nell'area degli atti di destinazione ma con una precisa distinzione: il vincolo

alla stabilità sino al punto di rifiutare rimedi quali la risoluzione per inadempimento che – di fatto – esaurirebbe il programma destinatorio¹⁰⁹ e preferire soluzioni di autotutela¹¹⁰ che favoriscano e garantiscano – appunto – la stabilità del programma¹¹¹.

non è sui beni ma sull'attività e, in questo, si differenzia dagli atti o negozi di destinazione, fiduciari o meno e dai contratti gestori i quali pongono massima attenzione alla persona obbligata e non all'attività. V. M. LUPOI, *Le ragioni della proposta dottrinale del contratto di affidamento fiduciario; la comparazione con il trust*, in *Contratti di convivenza e contratti di affidamento fiduciario quali espressioni di un diritto civile postmoderno*, Atti dei Convegni Bologna, 26 novembre 2016 - Roma, 3 marzo 2017 (quaderni Fondazione italiana del notariato n. 1/2017), 128-133.

¹⁰⁹ Ciò avviene attraverso la sostituzione dell'affidatario tramite il meccanismo della autorizzazione ed in virtù di un rapporto dominicale necessariamente temporaneo fra l'affidatario e i beni affidati. Ciò fa sì che il rapporto cessi al venir meno della funzione (per morte, sopravvenuta incapacità, rinuncia, sostituzione con altro affidatario) e che operi la condizione risolutiva che accede sempre ad un trasferimento di beni affidati. La sostituzione opera attraverso la cessione del contratto.

¹¹⁰ “E autotutela e negozi autorizzativi sono aspetti sconosciuti (e forse addirittura collidenti) rispetto alla figura storica e tradizionale del negozio fiduciario perché esso, detto in estrema sintesi, difetta di organizzazione e di un interesse oggettivo diverso da quello dei singoli soggetti” scrive G. BARALIS, *Autotutela e autorizzazioni nell'ambito del contratto di affidamento fiduciario*, in *Contratti di convivenza e contratti di affidamento fiduciario quali espressioni di un diritto civile postmoderno*, Atti dei Convegni Bologna, 26 novembre 2016 - Roma, 3 marzo 2017 (quaderni Fondazione italiana del notariato n. 1/2017), 145-154.

¹¹¹ Ritiene che sia fondamentale proprio un vincolo forte del ruolo, o ufficio, sostenuto da pieni poteri sui beni, a prescindere dalla persona o dal bene, A. GENTILI, *Atti di destinazione e negozio fiduciario comparati con l'affidamento fiduciario*, in *Contratti di convivenza e contratti di affidamento fiduciario quali espressioni di un diritto civile postmoderno*, Atti dei Convegni Bologna, 26 novembre 2016 - Roma, 3 marzo 2017 (quaderni Fondazione italiana del notariato n. 1/2017), 139-144. Una conferma, in questo senso, pare essere venuta proprio dalla citata l. n. 112/2016 la quale, accomunando trust, atti di destinazione patrimoniale e contratto di affidamento fiduciario, ha inteso porre in evidenza l'aspetto comune ossia la protezione dei beni rispetto alle vicende del loro temporaneo titolare in funzione del progetto di vita del soggetto disabile. In questo senso A. GAMBARO, *La posizione soggettiva dell'affidatario fiduciario e la segregazione patrimoniale*, in *Contratti di convivenza e contratti di affidamento fiduciario quali espressioni di un diritto civile postmoderno*, Atti dei Convegni Bologna, 26 novembre 2016 - Roma, 3 marzo 2017 (quaderni Fondazione italiana del notariato n. 1/2017), 155-161. Lo stesso A. pone in evidenza che una qualche difficoltà può derivare dal difficile inserimento del pro-

Il testo del disegno di legge n. 1452 è debitore di questa ricostruzione dottrinale dalla quale, pertanto, non si poteva prescindere. Rispetto al trust svizzero è (forse) più marcata la matrice contrattuale, non solo perché tale è la definizione¹¹² ma anche perché sono precisamente individuate le parti che (testualmente) «convengono il programma»; in ogni caso, al pari dell'avamprogetto svizzero in punto di trustee, il citato disegno di legge richiede l'accettazione da parte dell'affidatario fiduciario¹¹³. Non si parla di proprietà ma di appartenenza temporanea, così che l'affidatario esercita ogni facoltà dominicale entro i limiti posti dal contratto¹¹⁴.

Quanto al patrimonio (definito affidato), nel testo si evidenzia l'essere distinto da quello personale dell'affidatario, senza pronun-

gramma negoziale disposto dal contratto di affidamento fiduciario nel sistema pubblicitario; in particolare, il sistema della trascrizione non consente che il vincolo su un certo bene possa valere tale e quale sul bene che lo surroga secondo le previsioni di gestione dinamica fissate dal programma di affidamento fiduciario. V. A. GAMBARO, *La proprietà. Trattato di diritto privato* (G. Iudica, P. Zatti cur.), Milano, 2017; in particolare sez. IX, La proprietà nell'interesse altrui, 402-432. La segregazione del patrimonio affidato rappresenta, infine, la provvista per l'esecuzione del programma a vantaggio di terzi; il riferimento è a quel complesso di beni connessi funzionalmente in quanto strumentali alla realizzazione del programma. I beni affidati sono in una posizione dinamica e non statica; v. GAMBARO, *La posizione soggettiva dell'affidatario fiduciario e la segregazione patrimoniale*, cit., il quale ritiene che si possa parlare di una "universalità" giuridica. Beni in relazione ai quali opera la surrogazione reale proprio per effetto della unificazione che si ha di essi affidati in ogni loro eventuale mutazione (variazione, permuta o sostituzione). L'affidatario ne diviene custode cosicché qualunque loro incremento, anche se dovuto alla sua opera o all'impiego di suoi mezzi finanziari, diviene oggetto dell'affidamento ed è al servizio del programma destinatorio. Secondo LUPOI ne diviene custode nel senso di "custos" del diritto comune, v. *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, cit., 221.

¹¹² V. art. 1. Con il negozio di affidamento fiduciario l'affidante e l'affidatario fiduciario convengono il programma che l'affidatario fiduciario si obbliga a attuare impiegando uno o più beni a favore di uno o più beneficiari entro un termine non eccedente novanta anni.

¹¹³ In caso di negozio istituito in via testamentaria, l'accettazione della qualità di affidatario fiduciario dalle norme sull'accettazione della nomina di esecutore testamentario.

¹¹⁴ Agisce quale soggetto tenuto a soddisfare esclusivamente interessi altrui e non compie alcun atto dal quale possa ricavare vantaggio, neanche indiretto; v. lett. a) art. 8 disegno di legge n. 1452.

ciarsi sul rapporto con i creditori ma chiarendo l'effetto di surrogazione reale (per ogni trasformazione o permutazione in altri beni). Un approccio differente rispetto a quello svizzero che si sofferma sull'effetto segregativo ed alla posizione proprietaria del trustee.

Diversa è la disciplina dei beneficiari che non godono di nessun diritto di seguito né della facoltà di porre fine al negozio che, come detto, punta alla stabilità attraverso meccanismi che ne consentano la prosecuzione nel tempo. Da qui la particolare attenzione posta alla attuazione del programma cui il disegno di legge italiano dedica ben 8 articoli. Al pari della disciplina svizzera il negozio può prevedere che l'affidante (e anche il garante) esprimano il proprio consenso al compimento di un atto dell'affidatario fiduciario. Quest'ultimo ha, sostanzialmente, i medesimi obblighi di correttezza, buona fede, diligenza e di rendiconto. Vi sono differenze però in ordine all'ipotesi di inadempimento dell'affidatario fiduciario in quanto non vi è, come nel testo svizzero, un obbligo di restituzione in capo agli acquirenti ma è il medesimo affidatario ad essere tenuto a ripristinare il patrimonio affidato, fermo il diritto al risarcimento di quanti siano stati direttamente danneggiati.

Anche il rapporto dell'affidatario fiduciario con i terzi è disciplinato in maniera differente: se, infatti, nell'avamprogetto svizzero il trustee risponde con il patrimonio personale per gli errori compiuti durante il proprio compito, per l'affidatario fiduciario ciò avviene solo nel caso in cui non abbia fatto espressa menzione della propria qualità e rimane comunque salvo il diritto di rivalsa sul patrimonio affidato.

Del tutto propria del contratto di affidamento fiduciario è, infine, la disciplina delle ipotesi di annullabilità di determinati negozi compiuti dall'affidatario fiduciario (ad esempio in conflitto di interessi) e della previsione contrattuale contenente il negozio (di autorizzazione) di autorizzazione con cui l'affidatario autorizza l'affidante o il garante a trasferire ad un diverso affidatario i rapporti derivanti dal negozio di affidamento fiduciario (ad esempio in caso di morte o incapacità di un affidatario fiduciario o mancanza di esso). Entrambi gli aspetti non trovano analoghi nell'avamprogetto svizzero in cui, ad esempio, la morte del trustee comporta la sua sostituzione ma senza una preventiva autorizzazione in tal senso.

L'avamprogetto svizzero parla in più punti di un istituto *sui generis* ed in effetti esso pare essere la risultante di due istituti. Desta qualche dubbio anche il percorso logico attraverso il quale il legislatore giunge ad esso¹¹⁵. Forse davvero potrebbe essere sufficiente “migliorare” la fiducia.

7. Quale la strada da seguire per il legislatore italiano?

Autorevole dottrina ha chiosato che «solo qualche sprovveduto può pensare che con il trust si possa fare di tutto e di più»¹¹⁶. Esiste infatti una precisa geometria da rispettare; non si ha dunque mano libera. Da qui una critica nei confronti del legislatore italiano che ha dato risposte parziali, in occasione di riforme più o meno recenti (quali l'introduzione degli artt. 2645-*ter* c.c. e 2929-*bis* c.c.) ed un invito a far tesoro dell'esperienza compiuta in materia di trust e fiducia per dare all'ordinamento un corpo di regole radicato nel tessuto del diritto italiano¹¹⁷. Quello a cui stiamo assistendo è un flusso giuridico¹¹⁸ che – come è stato detto – sta subendo un processo di metabolizzazione¹¹⁹; esso ha già offerto la nascita di una figura dottrinale e può indirizzare i passi del legislatore se vorrà mantenere la peculiare posizione assunta sinora dal nostro ordinamento in punto di trust.

La necessità di un intervento legislativo nasce non solo (e non tanto) per la situazione incertezza derivante da un vuoto normativo cui cercano di supplire dottrina, giurisprudenza e prassi, ma anche

¹¹⁵ Su questo, v. in particolare, REALI, *Prime considerazioni sull'Avamprogetto svizzero per inserire il trust nel codice delle obbligazioni: una disciplina per stranieri - parte I e parte II*, cit. il quale evidenzia che il fatto di aver fatto scivolare, per l'occasione, l'accostamento tra il trust, da un lato, e la fiducia, dall'altro, al di fuori della voce «analogia» (recepita), per farlo invece rientrare in quella dell'«avvicinamento funzionale» (respinta), è un qualcosa che appare, di per sé, oggettivamente misterioso.

¹¹⁶ M. GRAZIADEI, *Trust e fiducia in Italia*, in M.L. BICCARI (cur.), *Fiducia, trusts, affidamenti. Un percorso storico comparatistico. Studi Urbinati, Scienze Giuridiche, Politiche ed Economiche*, 2016, vol. 66, 349-368.

¹¹⁷ GRAZIADEI, *Trust e fiducia in Italia*, cit., 352.

¹¹⁸ In questi termini M. LUPOI, *Sistemi giuridici comparati*, Napoli, 2002; lo stesso A. ha posto in rilievo la “delicatezza” del tema in *Si fa presto a dire “trust”*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 669-680.

¹¹⁹ M. LUPOI, *La metabolizzazione del trust*, in *Corriere giur.*, 2017, 6, 781-795.

dalla circostanza di dover – una volta per tutte – prendere atto dell'avvenuto cambiamento (e fors'anche superamento) di alcuni limiti che sono nel nostro ordinamento¹²⁰ e dall'opportunità di verificare l'effettiva solidità e persistenza degli stessi¹²¹.

Sotto il primo profilo merita evidenziare come non vi sia solo incertezza ma anche difficoltà di «replicare» sino in fondo il modello di *common law*. Il Prof. Antonio Gambaro ha – di recente – posto in rilievo come gli strumenti di tutela dei costituenti e dei beneficiari costituiscono il centro di gravità di quel modello ma sono difficilmente accessibili ai trust interni poiché il diritto interno non li prevede e la giurisprudenza può non essere disponibile ad attivarsi giusto il disposto dell'art. 13 Conv. de l'Aja¹²². Quanto al secondo aspetto, basti pensare al concetto di proprietà (ed al connesso principio di responsabilità patrimoniale) così differente tra Codice Civile e Costituzione; neppure un decennio tra l'uno e l'altro testo ma un approccio differente¹²³. Pare altrettanto necessario ripensare al tentativo del diritto italiano di mettere al bando ogni forma di proprietà eretta nell'interesse altrui, il quale non si è rivelato vincente¹²⁴ e ri-

¹²⁰ Ritiene che debba essere evidenziato che sembrano essere le esigenze economiche a voler travolgere inesorabilmente categorie e tradizioni, univocamente orientate G. SCIANCALEPORE, *L'Italia si conferma ordinamento no trust (spigolando oltre ogni contaminazione)* in www.comparazionedirittocivile.it, 2015. Lo stesso A. afferma che il nostro ordinamento, sfornito di una normativa speciale sul trust, non tollera pedissequi trasposizioni, sol perché praticamente utili.

¹²¹ Pare essere opinione ormai abbastanza diffusa se, sulla stampa specializzata, si leggono interventi come M. BAROC, *È l'ora del trust italiano?*, in *IlSole24Ore*, Norme e tributi, 10.2.2022, L. INCORVATI, *Attesa da 30 anni una norma nazionale*, in *IlSole24Ore*, 29.1.2022.

¹²² Si può dunque ottenere l'effetto di rendere opponibile la separazione dei beni all'interno del patrimonio del fiduciario ma non di munire i beneficiari di rimedi reipersecutori rispetto ai beni usciti illecitamente dal fondo e non di trovare un giudice disposto alla sostituzione del trustee quando abbia violato doveri o non sia in grado di adempierli. V. GAMBARO, *La proprietà*. cit., 402-432.

¹²³ V. A. GAMBARO, *La proprietà. Trattato di diritto privato* (G. IUDICA, P. ZATTI cur.), Milano, 2017; in particolare Cap. III sez. II e III, 161-251.

¹²⁴ In questi termini, M. GRAZIADEI, *La proprietà fiduciaria, la proprietà nell'interesse altrui, e i trust. Un itinerario in Trusts*, 2022, 26-47. Già nel 1990 lo stesso Graziadei scriveva: «ci muoviamo con un certo disagio quando affrontiamo il tema della proprietà fiduciaria, perché la proprietà fiduciaria presenta una dissociazione

spetto al quale è stata aperta una breccia molto importante sotto il profilo economico sfruttando la distinzione tra proprietà e legittimazione che esiste in tema di titoli di credito e che ha consentito il diffondersi delle intestazioni fiduciarie a favore di apposite società¹²⁵. Ma, oltre ad una rilettura di questi limiti e della loro effettiva valenza, pare utile verificare se e in che misura per il nostro ordinamento sia davvero “altro” un istituto che, al pari del trust, si fondi su fiducia e destinazione patrimoniale¹²⁶.

L'esame va – in ogni caso – condotto alla luce del concetto chiaramente espresso da autorevole dottrina la quale, interrogandosi sul futuro della fiducia nell'esperienza italiana, ritiene che molto dipenderà dall'atteggiamento generale, consapevoli che fiducia e trust

tra la posizione giuridica attribuita al fiduciario e l'interesse sottostante, ignorata dalla tavola dei diritti soggettivi elaborata dalla nostra cultura giuridica. Si tratta forse di un disagio non del tutto giustificato se consideriamo che nei sistemi di *civil law* il potere di rappresentanza assolve senza sollevare difficoltà dogmatiche una buona parte delle funzioni svolte al di là della Manica dal trust, in virtù del dualismo tra *common law* e *equity*. Il fiduciario agisce in nome proprio. Su questa proposizione convergono i consensi della dottrina e della giurisprudenza di tutti i Paesi europei. Questo dato mette in luce una intersezione tra le regole del mandato senza rappresentanza e la commissione, e quelle in tema di titolarità di diritti per conto altrui. Per ragioni storiche nessun codice europeo regola in modo organico questa connessione, e tuttavia nessun legislatore ha potuto ignorarla completamente». GRAZIADEI, *Proprietà fiduciaria e proprietà del mandatario*, cit., 11.

¹²⁵ GAMBARO, *La proprietà*, cit., 409. Secondo l'A., dottrina e giurisprudenza si riferiscono alla stessa dissociazione parlando di un proprietario formale, l'intestatario, e di un proprietario sostanziale, l'affidante, e da questa configurazione traggono ispirazione per risolvere le questioni che possono sorgere in materia. Al di là della discutibile felicità dell'espressione, si deve prendere atto che si tratta di un modo per sottolineare che nel caso le proprietà sono due anche se insistono sui medesimi beni.

¹²⁶ Per il prof. Maurizio Lupoi, archiviato il tema della doppia proprietà di cui non si parla più da un decennio, rimangono due punti da superare: le obbligazioni fiduciarie e la destinazione patrimoniale che rappresenta la nuova frontiera da abbattere. Occorre infatti sempre tenere a mente che il trust vincola il comportamento del trustee poiché il trust si muove sul piano obbligatorio e non dei diritti reali. V. M. LUPOI, nell'intervento dal titolo *I nuovi scenari della fiducia e della destinazione patrimoniale*, svolto all'interno del convegno «Fiducia e destinazione» tenutosi a Bologna nell'ottobre 2020 (<https://eventi.unibo.it/destinazionepatrimoniale2020/programma>), pubblicato P. MANES, *I nuovi scenari della fiducia e della destinazione patrimoniale. Un dialogo con Maurizio Lupoi*, in *Trusts*, 2022, 627-632.

sono strumenti dell'autonomia¹²⁷ e «vivono bene solo in una atmosfera giuridica pronta a riconoscerne il valore (abbandonando atteggiamenti paternalistici di legislatori e regolatori)»¹²⁸.

Il nostro legislatore potrà inoltre far tesoro delle conclusioni cui giunge un *common lawyer* che, affrontando il tema, ha affermato che: «se un paese di *civil law* desidera competere con il trust di *common law*, può introdurre il medesimo trust nella sua legislazione interna. Questo può risultare semplice (come in Jersey) o più complesso (come in San Marino) ma è possibile. Se questo non è accettabile, allora è possibile adattare istituti di *civil law* affinché provvedano alle stesse funzioni che un trust svolge in Inghilterra. San Marino lo ha fatto bene, con l'affidamento fiduciario. La Francia, invece, in maniera più blanda, con la sua *fiducie*»¹²⁹.

Potremmo dire che il nostro ordinamento non ha ancora deciso se seguire l'una o l'altra strada vista la compresenza, nella scorsa legislatura, di progetti di legge che mirano ciascuno ad uno dei predetti obiettivi¹³⁰. L'approvazione dell'avamprogetto svizzero potrebbe rappresentare una «sconfitta» per il nostro sistema visto che cittadini italiani potrebbero decidere di trasferire in Svizzera patrimoni per conferirli in trust. Al contempo potrebbe essere una ragione in più per dare effettivo seguito ad iniziative legislative sul punto e consentire all'ordinamento italiano di mantenere la posizione peculiare assunta con il riconoscimento del trust c.d. interno e con l'apporto – ormai abbastanza sedimentato – di giurisprudenza e dottrina.

La Svizzera ha mostrato di cogliere l'invito ad un approccio maggiormente liberale; l'Italia, dal canto suo, ha un punto a favore

¹²⁷ Già nel 1994 rimarcava che «il trust costituisce un possente strumento di autonomia privata» A. GAMBARO, *Il "trust" in Italia e in Francia*, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, Milano, 1994, 497-513.

¹²⁸ A. GAMBARO, *Considerazioni finali* in M.L. BICCARI (cur.), *Fiducia, trusts, affidamenti. Un percorso storico comparatistico*, cit., 2016, 515-525.

¹²⁹ P. MATTHEWS, *Il trust di civil law visto da un common lawyer*, in M.L. BICCARI (cur.), *Fiducia, trusts, affidamenti. Un percorso storico comparatistico*, cit., 425-435.

¹³⁰ In ogni caso, nulla pare vietare che possano coesistere due discipline, come l'esperienza di San Marino dimostra.

rappresentato da una disciplina fiscale sufficientemente chiara e cristallizzata¹³¹. Il dato fiscale, come visto, è una delle ragioni che potranno far arenare l'avamprogetto svizzero e, al contrario, favorire un'iniziativa italiana.

E proprio questo sembra essere lo scenario ormai prossimo visto che, da ultimo, il Consiglio Federale ha proposto di togliere dal ruolo l'avamprogetto relativo all'introduzione del trust «per mancanza di sufficiente consenso politico, in particolare in merito al trattamento fiscale»¹³².

Abstract

Il contributo analizza l'ultimo tentativo volto a disciplinare il trust in un sistema di *civil law* in Europa. È il caso della Svizzera che, nei primi mesi del 2022, ha tenuto aperta una consultazione pubblica su un avamprogetto redatto a valle di una mozione presentata nel 2018. La circostanza si è rivelata di particolare interesse poiché l'ordinamento elvetico, sotto questo profilo, presenta diversi tratti in comune con quello italiano. Tra di essi gli svariati tentativi di dotarsi di una disciplina interna sul trust e la divisione della dottrina in ordine alla possibilità di poter utilizzare, rinnovandoli, istituti già presenti nel sistema, in grado di offrire soluzioni analoghe a quelle garantite dall'istituto anglosassone. Inevitabile il raffronto anche con il sistema francese che, ormai da 15 anni, ha introdotto nel *code civil* la *fiducie* al fine di avere un antagonista del trust. Se, di primo acchito, potrebbe sembrare che l'Italia sia indietro – rispetto a Francia e Svizzera – in questo percorso, a ben vedere si comprende come il nostro ordinamento possa avere una posizione di partenza migliore rappresentata da una condivisa ricostruzione fiscale del trust. L'aspetto fiscale è quello che ha ostacolato per anni l'introduzione della disciplina del trust in Francia e rischia di

¹³¹ Di recente, l'Agenzia delle Entrate ha “rieopilato” la sua posizione nella circolare n. 34/E del 20.10.2022, <https://www.agenziaentrate.gov.it/portale/documents/20143/4723049/Circolare+Trust+n.+34+derl+20+ottobre+2022.pdf/f286f49d-debe-7eda-89fc-8cf2bbe568fb>.

¹³² Il 15.9.2023 il Consiglio federale ha proposto al Parlamento lo stralcio della mozione 18.3383 (*Introduzione del trust nell'ordinamento giuridico svizzero*) in ragione della situazione di stallo creatasi in fase di consultazione, anche a fronte dell'ipotesi di modernizzare la fondazione di famiglia invece di introdurre il trust svizzero, <https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/82552.pdf>.

farlo – ora – anche in Svizzera; se il nostro legislatore decidesse di offrire una cornice normativa ad un istituto fiduciario (sia esso il trust o il contratto di affidamento fiduciario), si potrebbe giovare di un punto di forza rappresentato – appunto – da un quadro fiscale sufficientemente condiviso e chiaro.

The paper analyses the latest attempt to regulate trust in a civil law system in Europe. This is the case of Switzerland, which held a public consultation in the early months of 2022 on a draft drawn up following a motion presented in 2018. This circumstance is of particular interest because in this respect the Swiss legal system shares several similarities with the Italian one. Among them, there are various attempts to establish internal regulations on trusts; also, as in Italy, the doctrine is divided regarding the possibility of using, with adaptations, items already present in the system, which could provide solutions similar to those guaranteed by the trust. A comparison with the French system is also inevitable since France introduced the *fiducie* into the *code civil* 15 years ago to have an alternative to the trust. While one may think that Italy is behind France and Switzerland in this process, upon closer examination, it becomes clear that the Italian legal system may have a better starting position, represented by a shared tax treatment of trusts. The tax aspect is what has hindered the introduction of trust regulations in France for years and is now a potential obstacle in Switzerland as well. If the Italian legislator decides to provide a regulatory framework for a fiduciary instrument (whether it is trust or *contratto di affidamento fiduciario*), it could benefit from a sufficiently shared and clear tax framework.