

NRCP 2007

**Nuova rivista
di diritto commerciale e
processuale**

www.commercialarbitration.ch

Fascicolo a cura di:

Avv. Bruno Cocchi, già giudice d'appello

Avv. Stefano Codoni, LL.M.

Avv. Emanuela Epiney-Colombo, giudice d'appello

Avv. dr. Charles Jaques

Avv. Carlo Lombardini

Avv. Francesco Trezzini, LL.M., pretore

Avv. Francesco Wicki, LL.M. notaio

LA COMPATIBILITÀ DEL TRUST INTERNO COL DIRITTO SVIZZERO

Francesco Naef
avvocato e notaio

Sommario:

- I. INTRODUZIONE
- II. OGGETTO DEL PROBLEMA DI COMPATIBILITÀ
 - 1. Cenni storici
 - 2. I lavori preparatori del Codice Civile Svizzero
 - 3. Gli istituti vietati
- III. TRUST E *FRAUS LEGIS*
- IV. TRUST E LEGGI DI APPLICAZIONE NECESSARIA
- V. TRUST E ORDINE PUBBLICO
- VI. CONCLUSIONE

I. INTRODUZIONE

Si sa che, dal 1 luglio 2007, è in vigore anche per la Svizzera la Convenzione dell'Aia relativa alla legge applicabile ai trust ed al loro riconoscimento¹; anche alla Svizzera dunque, l'art. 11 della Convenzione impone, di principio, di riconoscere un trust costituito conformemente alla legge applicabile definita dalla Convenzione stessa, e quindi, solitamente, a quella scelta dal *settlor* secondo l'art. 6.

Ma ciò vale anche per il c.d. *trust interno*², vale a dire quel trust il cui *unico* elemento di estraneità è il diritto (estero) a questi applicabile, *settlor*, *trustee*, *beneficiaries* e *protector* risiedendo in Svizzera, ove sono pure situati i beni oggetto del trust?

Secondo il progetto di circolare sull'imposizione del trust della Conferenza svizzera delle imposte (CSI) - che ha il lodevole scopo di creare un po' di certezza del diritto mettendo ordine nelle disparità di trattamento fiscale del trust tra i vari Cantoni svizzeri, adottando criteri di imposizione che, tutto sommato, rispettano le caratteristiche di diritto privato dell'istituto del trust - la risposta sarebbe negativa: in particolare nel caso di un trust costituito da un *settlor* residente in Svizzera, questo sarebbe, in linea di massima, incompatibile coi divieti previsti dagli art. 335 e 488 CCS, e quindi dovrebbe essere considerato (anche) fiscalmente illecito e trasparente, patrimonio e reddito dei beni in trust dovendo essere imposti presso il *settlor*³. In pratica, ciò equivale a non riconoscere il *trust interno* in Svizzera.

Vi è poi un autore che, più prudentemente, non si spinge in affermazioni di principio sulla compatibilità e quindi riconoscibilità del *trust interno* col diritto svizzero, ponendo comunque in evidenza che si dovrebbe in ogni caso concreto esaminare se un trust con numerosi elementi di collegamento con la Svizzera non sia da disconoscere perché costitutivo di un abuso di diritto o perché lesivo del divieto di creare nuovi fedecommissi di famiglia (art. 335 cpv. 2 CCS)⁴.

¹ RS 0.221.371

² Sulla nozione di trust interno cfr. NEDIM PETER VOGT, Basler Kommentar, Basilea 2007, Vor Art. 149a-e IPRG, n. 41; JULIEN PERRIN, Le trust à l'épreuve du droit successoral, Ginevra 2006, n. 167

³ Schweizerische Steuerkonferenz, Besteuerung von Trusts (Entwurf der Arbeitsgruppe Trust vom 15. Mai 2007) Kreisschreiben des Vorstandes SSK vom..., Version 26.6.07, n. 5.1.1.2

⁴ ANTON K. SCHNYDER, Trust, Pflichtteilsrecht, Familienfideikommiss, in: Festschrift für Hans Michael Riemer zum 65. Geburtstag, Berna 2007, p. 348-349

Da qui l'interesse di esaminare il quesito in dettaglio. Perché, fossero fondate le opinioni summenzionate, lo scopo perseguito dal legislatore di garantire finalmente la certezza del diritto in materia di trattamento dei trust in Svizzera⁵ sarebbe da considerarsi mancato, il riconoscimento del trust risultando certo praticamente solo ove non presenti alcun elemento di collegamento interno, ed opinabile in tutti gli altri casi.

II. OGGETTO DEL PROBLEMA DI COMPATIBILITÀ

Posto che, per la Convenzione dell'Aia, un trust dovrebbe essere di principio riconosciuto se validamente costituito secondo la legge applicabile scelta dal costituente, ci si deve chiedere quali principi potrebbero giustificare un'eccezione e quindi di fare astrazione dalla legge normalmente applicabile, per rifiutare il riconoscimento ad un trust.

Nel diritto internazionale privato svizzero ciò potrebbe teoricamente essere ipotizzabile nel caso della frode alla legge, o per effetto di una legge di applicazione necessaria (art. 18 LDIP), o ancora in virtù dell'eccezione di contrarietà con l'ordine pubblico (art. 17 LDIP); ipotesi del resto riservate da disposizioni della Convenzione stessa (art. 13, 16 e 18).

Tali eccezioni vanno analizzate con riferimento ai rapporti del trust con gli art. 335 e 488 cpv. 2 CCS, che prevedono il *divieto* in diritto svizzero di tre istituti, che talvolta non vengono sufficientemente distinti: quello del fedecommesso di famiglia (art. 335 cpv. 2 CCS), quello della sostituzione fedecommissaria graduale o ripetuta (art. 488 cpv. 2 CCS), e quello della fondazione di mantenimento di famiglia (art. 335 cpv. 1 CCS).

1. Cenni storici

Il termine *fedecommesso* trova la sua origine nell'istituto romano del *fidei commissum*, una disposizione per causa di morte con la quale il *de cuius* pregava l'erede di trasferire ad un terzo un bene; si trattava di un istituto simile al legato ma che, non esigendo forme particolari per la sua creazione, permetteva di stabilire disposizioni per causa di morte altrimenti non riconosciute, favorendo ad esempio persone come i servi, i peregrini o le donne, che non potevano o potevano solo in parte succedere per diritto civile⁶. Inizialmente venne concepito come un mero obbligo morale dell'erede, ma in seguito Augusto ne assicurò la tutela legale *extra ordinem*, facendolo così divenire un obbligo giuridico, un diritto di credito del fedecommissario verso l'erede⁷.

Un'applicazione del fedecommesso era poi il c.d. fedecommesso universale o fedecommesso di eredità, con il quale l'erede era gravato dell'obbligo di restituire in tutto od in parte l'eredità ad un terzo; la qualità di erede non essendo però trasferibile per lo *ius civile*, la restituzione doveva avvenire tramite una serie di atti di disposizione per i beni, e per le obbligazioni tramite reciproci impegni, dell'erede a trasferire al fedecommissario il provento della riscossione di crediti successori, e del fedecommissario a tenere indenne l'erede del pagamento dei debiti successori⁸. Il sistema era però complesso, il fedecommissario rimaneva un acquirente a titolo particolare, e l'erede rimaneva comunque tale e quindi responsabile dei debiti successori, ciò che lo induceva spesso a ripudiare l'eredità lasciando così privo di concreta efficacia il fedecommesso; per ovviare a tali inconvenienti il senato-consulto Trebelliano⁹ dispose che con un uni-

⁵ Messaggio 05.088 del Consiglio federale del 2 dicembre 2005, FF 2006 p. 518, 539-540

⁶ MAX KASER, *Das Römische Privatrecht*, I. Abschnitt, Monaco 1955, §189, I p. 630; BIONDO BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1956, §193 p. 690; ALFRED SÖLLNER, *Zur Rechtsgeschichte des Familienfideikommisses*, in: *Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag*, Monaco 1976, p. 657;

⁷ KASER, (n. 6), §189, III p. 632

⁸ BIONDI, (n. 6), §201 p. 708

⁹ 56-57 d. C.

co atto avvenisse la *restitutio hereditatis*, con passaggio di tutte le azioni al fedecommissario, ed accordando all'erede un'eccezione difensiva contro i creditori della successione¹⁰. Ciononostante accadeva che l'erede ripudiasse l'eredità per carenza di interesse, ove fosse tenuto alla restituzione di tutta la stessa; per indurlo ad accettarla, il senato-consulto Pegasiano¹¹, tra l'altro, accordò all'erede il diritto di trattenere un quarto dell'eredità (c.d. *quarta Pegasiana*), similmente a quanto la *lex Falcidia* stabiliva in merito ai legati¹². Una forma di fedecommissario di eredità era quella del fedecommissario di famiglia, col quale veniva fatto divieto all'erede di alienare un fondo od una casa, obbligandolo a restituirlo a parenti determinati dal *de cuius* o dal titolare *pro tempore* del bene¹³.

Giustiniano infine, abolì il Pegasiano pur conservando per l'erede il diritto alla deduzione della quarta (detta di lì in poi Trebelliana), e parificò i fedecommissari ai legati; inoltre limitò, con la novella 159, la durata dei fedecommissari di famiglia a quattro generazioni¹⁴. Detto fedecommissario di famiglia non era però (ancora) quell'istituto che conobbe larga diffusione in Europa nel XVI-XVII secolo - sviluppatosi sulla base di elaborazioni medievali - e tendente ad assicurare il lustro e la potenza del casato¹⁵.

Soprattutto i giuristi del XV secolo approfondirono la relazione esistente tra l'istituto delle clausole testamentarie relative al divieto di alienazione *extra familiam* e quello del fedecommissario ereditario, facendo evolvere entrambi nel senso di strumenti per la conservazione del patrimonio familiare, e comprendendo il fedecommissario tra le varie forme di sostituzione ereditaria¹⁶.

Anche il sistema successorio feudale contribuì allo sviluppo dell'istituto del fedecommissario di famiglia. Ancorché il feudo fosse generalmente ereditario dopo l'anno 1037, la sua trasmissione per successione era solitamente regolata nell'atto di investitura e, ad esempio in Italia, si suddivideva in due tipologie: il feudo franco era per natura indivisibile e destinato al solo primogenito¹⁷, mentre quello longobardo era divisibile per stirpi tra tutti i figli¹⁸. L'erede succedeva nel feudo *ipso iure* alla morte dell'investito, ma doveva formalmente richiedere al signore una nuova investitura versando a questi un *laudemio*¹⁹. Già nel XII secolo apparve quindi l'esigenza, anche per i feudi longobardi, di tenere unito in un solo erede il feudo, sia nell'interesse del concedente (che voleva garantita la prestazione) sia della famiglia (che temeva un suo indebolimento); tale scopo, e perciò la trasformazione in feudi ordinati a primogenitura, fu raggiunto mediante la creazione di fedecommissari, unendo alle leggi di successione fissate nell'atto di investitura quelle familiari fissate nel fedecommissario²⁰. Inalienabilità, indivisibilità, legame con una famiglia e ordine prestabilito di successione furono le caratteristiche del nuovo istituto del fedecommissario di famiglia, che avrebbe conosciuto grande successo e diffusione nel XVI e XVII secolo²¹.

Infatti, quando, a partire dal XVI secolo e per influenza spagnola, l'istituto non fu più confinato ai beni feudali ma esteso a quelli allodiali, risultò utilizzabile ed utilizzato non solo dalle famiglie aristocra-

¹⁰ KASER, (n. 6), §190, III p. 634-635; BIONDI, (n. 6), §201 p. 708

¹¹ 69-70 d. C.

¹² KASER, (n. 6), §190, IV p. 635; BIONDI, (n. 6), §201 p. 709

¹³ ROMUALDO TRIFONE, Fedecommissario (Diritto romano), in: Novissimo Digesto Italiano, Torino 1961, p. 192

¹⁴ BIONDI, (n. 6), §201 p. 709-710; LUIGI TRIA, Il fedecommissario nella legislazione e nella dottrina dal secolo XVI ai nostri giorni, Milano 1945, p. 7-8

¹⁵ HEINRICH DERNBURG, Pandekten, Berlino 1897, §114 p. 235; BERNHARD WINDSCHEID/THEODOR KIPP, Lehrbuch des Pandektenrechts, Francoforte 1906, §637 p. 614

¹⁶ MARIO CARVALE, Fedecommissario (diritto intermedio), in: Enciclopedia del diritto, Milano 1968, p. 112; SÖLLNER, (n. 6), p. 660

¹⁷ TRIA, (n. 14), p. 11

¹⁸ ANDREA ROMANO, Famiglia, successioni e patrimonio familiare nell'Italia medievale e moderna, Torino 1994, p. 69

¹⁹ ROMANO, (n. 18), p. 71, prestazione dovuta per la reinvestitura, proporzionale al valore del feudo

²⁰ ROMANO, (n. 18), p. 72

²¹ TRIA, (n. 14), p. 11

tiche ma anche da quelle borghesi, diffondendosi rapidamente in Europa, ed anche in Svizzera²². Diffusione favorita dal fatto che fu riconosciuta la possibilità di costituire un fedecommesso di famiglia non solo tramite atto *mortis causa* (tipico della sostituzione fedecommissaria propriamente detta) ma anche per atto tra vivi²³, e la cui durata poteva essere eterna, la limitazione a quattro generazioni prevista dalla novella 156 di Giustiniano essendo ritenuta (in particolare in Germania) inapplicabile²⁴.

L'indisponibilità dei beni gravati da fedecommesso venne però ben presto ritenuta fonte di litigi ed insicurezza delle transazioni, e quindi in taluni Paesi limitata (almeno) nel tempo. In Francia l'Ordonnance d'Orléans del 1560 limitò a due gradi la validità delle sostituzioni fedecommissarie²⁵, e similmente fu statuito a Ginevra nel 1568²⁶; in Piemonte, Carlo Emanuele I stabilì nel 1598 che i fedecommessi da istituire non potessero superare i quattro gradi²⁷. Con l'avvento delle nuove idee settecentesche in materia economica e sociale l'istituto del fedecommesso divenne oggetto di aspre critiche, essendo visto come ostacolo alla libera circolazione dei beni ed alla loro commerciabilità²⁸, e fu oggetto di nuove limitazioni che portarono col tempo alla sua abolizione.

Nelle codificazioni dei Cantoni svizzeri del XIX secolo l'istituto del fedecommesso di famiglia e quello delle sostituzioni fedecommissarie gradualmente erano già fortemente limitati.

A Ginevra e Neuchâtel la sostituzione fedecommissaria era semplicemente proibita, mentre i Cantoni di Vaud, Friburgo, Vallese e Ticino vietavano quella oltre un grado, quest'ultimo Cantone prevedendo altresì il diritto dell'erede gravato a trattenere la quarta trebelliana; Friburgo vietava inoltre esplicitamente qualsiasi fedecommesso di famiglia ed il Ticino proibiva ogni fedecommesso²⁹.

Lucerna vietava ogni sostituzione fedecommissaria, e Glarona, Zugo ed i Grigioni proibivano l'istituzione di nuovi fedecommessi di famiglia³⁰; nei Cantoni di Argovia, Basilea Città, San Gallo, Soletta, Sciaffusa, Turgovia e Zurigo la sostituzione fedecommissaria era permessa ma per un solo grado, ed a Berna per due³¹.

2. I lavori preparatori del Codice Civile Svizzero

L'avanprogetto di CCS vietava la sostituzione fedecommissaria oltre un grado (art. 507 cpv. 2 AP-CCS), ma permetteva invece la costituzione di fedecommessi e fondazioni di famiglia, riservando ai Cantoni la competenza di eventualmente limitarli o proibirli (art. 362 AP-CCS). Secondo Eugen Huber, il popolo svizzero aveva, in materia sociale, delle convinzioni sufficientemente radicate per cui non vi era da teme-

²² ROMANO, (n. 18), p. 77-78; EUGEN HUBER, *System und Geschichte des Schweizerischen Privatrecht*, Basilea 1893, Band IV §144 p. 627; SÖLLNER, (n. 6), p. 660; THEODOR BÜHLER, *Der Kampf um das Fideikommiss im 19. Jahrhundert*, RDS 1969, I, p. 136

²³ ROMANO, (n. 18), p. 78; BÜHLER, (n. 22), p. 137; ROBERT-JOSEPH POTHIER, *Traité des substitutions*, in: *Oeuvres de Pothier*, Parigi 1819, Tome X, p. 576

²⁴ WINDSCHEID/KIPP, (n. 15), §637 p. 614; SÖLLNER, (n. 6), p. 661-665; BÜHLER, (n. 22), p. 136; JEAN-FRANCOIS POUDRET, *Coutumes et coutumiers*, Berna 2002, Partie IV, p. 339; cfr. anche il POTHIER, (n. 23), p. 648, secondo il quale in diritto romano non vi era limitazione alle sostituzioni fedecommissarie gradualmente

²⁵ POTHIER, (n. 23), p. 648

²⁶ POUDRET, (n. 24), p. 376

²⁷ TRIA, (n. 14), p. 65

²⁸ CARVALE, (n. 16), p. 113

²⁹ VIRGILE ROSSEL, *Manuel du droit civil de la Suisse romande*, Ginevra 1886, p. 266 nota 1; HUBER, (n. 22), Band II, §57, p. 247-250

³⁰ HUBER, (n. 22), Band II, §57, p. 251

³¹ HUBER, (n. 22), Band II, §57, p. 252-254

re uno sviluppo eccessivo della mano-morta familiare; anzi, l'accumulo di forze economiche in qualche famiglia avrebbe potuto accrescere la comune prosperità³².

Nella Commissione di esperti il fedecommesso di famiglia fu però combattuto perché contrastante col divieto della sostituzione fedecommissaria a più di un grado, e perché simbolo di una società aristocratica; l'istituto fu dunque esplicitamente vietato. Quanto alla possibilità di creare fondazioni di famiglia, che in quanto istituti simili al fedecommesso avrebbero potuto permettere di aggirarne il divieto, questa fu mantenuta, restringendo però notevolmente gli scopi leciti di una simile fondazione; l'avanprogetto fu conseguentemente modificato³³.

Nei dibattiti parlamentari fu sottolineato che era stata scorta una differenza essenziale tra il fedecommesso di famiglia e la fondazione di famiglia, nel senso che il primo era ritenuto nocivo perché provocava l'inalienabilità perpetua di immobili ristabilendo i beni in mano-morta, mentre la seconda era una vera e propria persona giuridica, e quindi gli immobili costituenti il suo patrimonio non erano sottratti al circuito commerciale, ma avrebbero potuto, se del caso, essere venduti. La limitazione degli scopi della fondazione di famiglia serviva ad evitare che la stessa fosse comunque costituita unicamente per un interesse economico e materiale della famiglia³⁴.

Le disposizioni in questione, così come modificate dalla Commissione di esperti, divennero dunque legge.

3. Gli istituti vietati

Il Codice civile vieta innanzitutto il *fedecommesso di famiglia* (art. 335 cpv. 2 CCS), cioè quel (a) patrimonio speciale senza personalità giuridica, (b) il cui godimento spetta ad un membro di una famiglia con (c) l'onere di (d) mantenerne la sostanza e quindi non alienarlo né gravarlo³⁵, (e) e di trasmetterlo alla sua morte, (f) secondo un ordine di successione determinato, ad un altro membro della famiglia (g) con il medesimo onere, e così di seguito per un numero illimitato di generazioni³⁶. Dalla storia dell'istituto emerge inoltre che lo stesso può essere costituito (h) sia per atto *mortis causa* che *inter vivos*³⁷, e soprattutto che sua caratteristica essenziale è anche (i) l'obbligo di mantenere *indiviso* il patrimonio per così trasmetterlo integralmente al sostituto³⁸.

Vietata è pure la *sostituzione fedecommissaria graduale o ripetuta* (art. 488 cpv. 2 CCS), per la quale (a) con una disposizione *mortis causa* (b) l'erede istituito viene (c) obbligato a trasmettere l'eredità ad un altro quale erede sostituto, (d) il quale a sua volta è gravato del medesimo obbligo e così di seguito, e che potrebbe quindi esser un mezzo per creare un fedecommesso di famiglia³⁹.

Infine, è proibita la *fondazione di mantenimento di famiglia* (art. 335 cpv. 1 CCS), cioè quella (a) persona giuridica nella forma di fondazione di famiglia (b) i cui scopi non sono quelli esaurientemente elencati nella citata norma, e (c) accorda ai destinatari dei vantaggi provenienti dai beni della fondazione

³² EUGEN HUBER, Code civil suisse - Exposé des motifs de l'avant-projet du Département fédéral de Justice et Police, Berna 1901, Tome I, p. 207

³³ Commissione di esperti per l'esame del CCS, Verbale seduta del 12 marzo 1902, p. 5-5c

³⁴ Bulletin Sténographique 1905, p. 858 (C.N.)

³⁵ TF 5C.9/2001 del 18 maggio 2001 consid. 3a

³⁶ TF 5C.68/2006 del 30 novembre 2006, consid. 5.1 non pubblicato in DTF 133 III 167

³⁷ DENIS PIOTET, Réflexions sur la distinction entre fondation de famille et fidéicommiss de famille, ainsi que sur le droit transitoire de la personnalité morale à partir de l'arrêt RO 120 Ib 474, RDS 1997 I p. 480; BÜHLER, (n. 22), p. 137

³⁸ Sentenza del Tribunale di appello (TI) del 14 aprile 1897 pubblicata in Rep 1897, p. 521; RENÉ PAHUD de MORTANGES, Gegenwärtige Lösungen für ein historisches Rechtsinstitut: Das Familienfideikommiss, in: Festgabe für Bernhard Schnyder zum 65. Geburtstag, Friburgo 1995, p. 501

³⁹ BALTHASAR BESSENICH, Basler Kommentar, 2003, ad Art. 488 ZGB n. 4

semplicemente allo scopo di permettere loro di aumentare il loro tenore di vita senza porre condizioni speciali legate ad una situazione determinata, istituto che equivarrebbe ad un fedecommesso di famiglia⁴⁰ dotato di personalità giuridica.

III. TRUST E FRAUS LEGIS

Ci si potrebbe innanzitutto domandare se non sia da disconoscere un c.d. trust interno - cioè quello il cui *unico* elemento di estraneità è il diritto (estero) applicabile in virtù della scelta di diritto contenuta nell'atto costitutivo, *settlor*, *trustee*, *protector* e beneficiari risiedendo in Svizzera, ove magari pure sono situati i beni oggetto del trust - in virtù del principio del divieto della frode alla legge. Secondo tale principio - che viene solitamente dedotto dal divieto dell'abuso di diritto sanzionato dall'art. 2 cpv. 2 CCS⁴¹, e che non va confuso con la simulazione⁴² - se le parti manipolano gli elementi costitutivi di un criterio di collegamento coll'intenzione di eludere la norma normalmente applicabile, il giudice fa astrazione della norma di conflitto manipolata applicando il diritto eluso. Per invocare tale principio bisognerebbe quindi ipotizzare che il *settlor* abbia voluto eludere le norme sul fedecommesso di famiglia o sulla sostituzione fedecommissaria, e *solo per tale motivo* abbia scelto l'applicabilità del diritto estero.

Bisognerebbe però prima poter affermare che il principio del divieto della *fraus legis* si applica in un ambito ove è ammessa la scelta del diritto (come appunto quello del trust), ciò che è contestato in dottrina con buone ragioni⁴³.

Inoltre, il ricorso alla dottrina della frode alla legge appare escluso in virtù delle analogie con la giurisprudenza del Tribunale federale in materia di diritto applicabile alle società, che ne ha appunto negato l'applicabilità dopo l'entrata in vigore del LDIP⁴⁴. A tal proposito è bene evidenziare che il legislatore ha consapevolmente voluto riconoscere proprio il c.d. trust interno, e non vi è quindi alcuna lacuna da colmare. Ciò a maggior ragione considerato che la Convenzione prevede una disposizione facoltativa che avrebbe permesso di riservare l'applicazione del divieto della *fraus legis*⁴⁵, e che il legislatore ha invece scelto di non applicare.

La dimostrazione di tale volontà è nel testo stesso dell'art. 149c cpv. 2 LDIP, che impone il riconoscimento del trust anche nei casi per i quali l'art. 13 della Convenzione permetterebbe di rifiutarlo appunto perché non presenta sufficienti elementi di estraneità. Inoltre ciò è confermato dai lavori preparatori del LDIP, visto che l'avanprogetto prevedeva un'esplicita disposizione⁴⁶ tendente appunto ad impedire il rico-

⁴⁰ TF 5C.68/2006 del 30 novembre 2006, consid. 5.1 non pubblicato in DTF 133 III 167

⁴¹ FRANCOIS KNOEPFLER/PHILIPPE SCHWEIZER/SIMON OTHENIN-GIRARD, *Droit international privé suisse*, Berna 2005, n. 346 p. 169; ANDREAS BUCHER/ANDREA BONOMI, *Droit international privé*, Basilea 2004, n. 394-396, sottolineano pertinentemente che la manipolazione deve avere l'*esclusivo* scopo di sfuggire alla legge normalmente applicabile

⁴² KNOEPFLER/SCHWEIZER/OTHENIN-GIRARD, (n. 41), n. 345 p. 168; nel caso la costituzione di un trust sia solo simulata, ad esempio perché il *trustee* non gode realmente dei suoi poteri ma è un burattino in mano al *settlor*, un problema di riconoscimento non si pone neppure, poiché il trust non è validamente costituito secondo la legge estera, trattandosi di uno *sham trust*, cfr. ROBERT DANON, *Switzerland's direct and international taxation of private express trusts*, Zurigo 2004, p. 55-58, e MAURIZIO LUPOI, *Trusts*, Milano 2001, p. 171-173

⁴³ KNOEPFLER/SCHWEIZER/OTHENIN-GIRARD, (n. 41), n. 342 p. 167; FRANK VISCHER, *Zürcher Kommentar*, 2004, ad Art 17 IPRG, n. 27, 28; cfr. anche l'art. 15 cpv. 2 LDIP

⁴⁴ DTF 117 II 494 consid. 5-6; PETER MAX GUTZWILLER, *Schweizerisches Internationales Trustrecht*, Basilea 2007, *Allgemeine Einleitung*, n. 47; SCHNYDER, (n. 4), p. 348

⁴⁵ LUC THEVENOZ, *L'avant-projet suisse de ratification de la convention sur les trusts*, in: *Le trust en droit international privé*, Zurigo 2005, p. 95

⁴⁶ Art. 149b cpv. 3 LDIP: "La scelta del diritto applicabile operata in base all'articolo 6 della convenzione non viene presa in considerazione se viene designato un diritto straniero e non vi sono ulteriori elementi di estraneità oltre a questa scelta."

noscimento di un trust interno⁴⁷; tale disposizione essendo però stata stralciata dal progetto divenuto legge, se ne deve concludere che anche il trust interno deve essere riconosciuto in Svizzera⁴⁸, e che qualsiasi ricorso alla teoria della frode alla legge è escluso perché contrario al testo chiaro della legge ed alla volontà del legislatore.

IV. TRUST E LEGGI DI APPLICAZIONE NECESSARIA

L'art. 18 LDIP (come l'art. 16 della Convenzione) riserva le disposizioni del diritto svizzero che, dato il loro *scopo* particolare, devono essere imperativamente applicate indipendentemente dal diritto richiamato dal LDIP. Si tratta di norme di diritto il cui scopo è la protezione di interessi essenziali di ordine sociale, politico od economico e che hanno perciò un proprio campo di applicazione che s'impone ed esclude il ricorso alla norma di collisione; non dovendosi neanche fare ricorso alla norma di collisione, non è quindi necessario - come invece nel caso dell'art. 17 LDIP - che l'applicazione del diritto estero richiamato conduca ad un *risultato* incompatibile con l'ordine pubblico svizzero⁴⁹. L'applicazione di tali norme presuppone però che lo stato di fatto presenti solidi collegamenti con la Svizzera⁵⁰.

Da tale punto di vista vale la pena di osservare che, prima della CSI e dell'autore citato nell'Introduzione, non mi risulta che alcuna voce di dottrina o tribunale abbia mai esplicitamente affermato che un *trust* validamente costituito secondo il diritto estero sia da disconoscere in Svizzera perché contrario agli art. 335 e 488 CCS, applicabili come norme di applicazione necessaria. Al contrario, in un caso antecedente all'entrata in vigore del LDIP, il Tribunale federale ha precisato che un trust - al quale aveva addirittura applicato il diritto materiale *svizzero* dei contratti - *non* violava gli art. 335 cpv. 2 e 488 cpv. 2 CCS⁵¹. La dottrina si pone il quesito senza risolverlo⁵², oppure lo risolve a favore del riconoscimento del trust negando che il divieto del fedecommesso di famiglia sia una norma di applicazione necessaria⁵³.

Precedenti esistono invece per la *fondazione di famiglia del Liechtenstein*⁵⁴. In un caso in cui la sede era manifestamente fittizia e realmente in Svizzera il Tribunale federale le ha applicato il diritto materiale svizzero, dichiarandola nulla perché lesiva dell'art. 335 CCS⁵⁵. In un altro la Steuerrekurskommission di Zurigo sembra avere qualificato l'art. 335 CCS di norma di applicazione necessaria, rifiutandosi di riconoscere la personalità giuridica della fondazione, visto che al momento della costituzione sia il fondatore che i beneficiari ed i loro figli erano domiciliati in Svizzera⁵⁶; in un altro, il Verwaltungsgericht di Zugo ha lasciato indeciso il quesito a sapere se tali norme siano di applicazione necessaria⁵⁷.

⁴⁷ Rapporto esplicativo ai fini della procedura di consultazione del 16.9.2004, p. 33

⁴⁸ VOGT, (n. 2), Vor Art.149a-e IPRG, n. 42 con rif.; PERRIN, (n. 2), n. 260; LUC THEVENOZ, Créer et gérer des trusts en Suisse après l'adoption de la Convention de La Haye, in: Journée 2006 de droit bancaire et financier, Zurigo 2007, p. 67

⁴⁹ DTF 128 III 201 consid. 1b

⁵⁰ DTF 125 III 443 consid. 3d

⁵¹ DTF 96 II 79 consid. 8d

⁵² SIBILLA CRETTEI, Le trust- Aspect fiscaux, Basilea 2007, n. 153-154; VOGT, (n. 2), Vor Art. 149a-e IPRG, n. 96

⁵³ PIETRO SUPINO, Rechtsgestaltung mit Trust aus Schweizer Sicht, San Gallo 1994, p. 202; PERRIN, (n. 2), n. 494 p. 226; THOMAS MAYER, Das Haager Trust-Übereinkommen, AJP 2004 p. 161; GUTZWILLER, (n. 44), Allgemeine Einleitung, n. 47; in tal senso, forse, anche il Messaggio 05.088 (n. 5) n. 1.4.1.7 p. 531 che sembra dubitare dell'attuale importanza fondamentale della norma in questione

⁵⁴ Che però, come è generalmente riconosciuto, è differente dall'istituto del trust, cfr. Messaggio 05.088, (n. 5), p. 525

⁵⁵ DTF 108 II 398 consid. 4

⁵⁶ StE 2000, B 26.25 consid. 3b/bb

⁵⁷ StE 2004, B 52.7

A ben vedere, gli articoli 335 e 488 CCS non costituiscono delle norme di applicazione necessaria nel caso del trust, e ciò non tanto perché l'interdizione del fedecommesso di famiglia non possa perseguire - in teoria - uno scopo essenziale di natura sociale e politica⁵⁸, ma perché in concreto non hanno vocazione ad applicarsi ad un trust presentante anche un solo elemento di estraneità.

Secondo autorevole dottrina internazionalprivatistica spetta infatti, di principio, al legislatore, quando emana norme di diritto internazionale privato in una materia, di valutare gli interessi essenziali protetti da norme di applicazione necessaria; laddove abbia legiferato (prevedendo l'applicabilità di un diritto estero) si deve quindi presumere non vi sia alcun conflitto con interessi essenziali svizzeri, e non vi sia quindi spazio per l'art. 18 LDIP: in altre parole, le disposizioni del CO e CCS si applicano unicamente ove ciò sia previsto dal LDIP⁵⁹. Considerato che, come visto in precedenza, la figura del trust è ora prevista dal LDIP, e che persino il trust interno (cioè quello presentante un solo elemento di estraneità: la legge applicabile scelta) è ammissibile, non si può neanche teoricamente ipotizzare che contrasti con interessi essenziali svizzeri.

Ma anche se così non fosse, le tre norme in questione non avrebbero comunque un contenuto applicabile alla "fattispecie" trust. In altre parole, il trust (anche quello c.d. interno) non è una "cosa" proibita dalle citate disposizioni.

Qualunque sia lo scopo di un trust, il divieto della fondazione di mantenimento di famiglia previsto dall'art. 335 cpv. 1 CCS non può evidentemente applicarsi allo stesso per il semplice motivo che questi non è una *fondazione*, privo com'è di personalità giuridica⁶⁰.

Il divieto della sostituzione fedecommissaria graduale o ripetuta ex art. 488 cpv. 2 CCS si applica, per definizione, ad una disposizione *mortis causa*, ed è perciò già per questo motivo inapplicabile ad un trust costituito *inter vivos*.

Per quanto riguarda un trust eventualmente costituito mediante disposizione testamentaria (sempre che ciò sia possibile in diritto svizzero), la struttura dello stesso è diversa da quella di una sostituzione fedecommissaria. Quest'ultima implica una molteplice vocazione ereditaria⁶¹ - dell'erede istituito e poi del primo sostituito e poi del secondo sostituito e così di seguito - mentre il trust non implica l'istituzione di erede del *trustee*, il quale non riceve dunque alcuna liberalità, essendo sì titolare del diritto di proprietà sul patrimonio in trust ma non profittandone⁶², non potendo neppure trattenere per sé i frutti come invece potrebbe un erede gravato da sostituzione⁶³. Inoltre l'onere di conservare ed amministrare il patrimonio e trasferirlo al beneficiario del trust spetta sempre al trustee e non appunto al beneficiario⁶⁴, che non può dunque essere assimilato ad un sostituito a sua volta gravato di onere di sostituzione.

Il trust non costituisce perciò, in concreto, una sostituzione fedecommissaria ex art. 488 cpv. 1 CCS, e tantomeno graduale ex art. 488 cpv. 2 CCS.

⁵⁸ Il divieto del fedecommesso di famiglia, come istituto che provocava l'inalienabilità perpetua di un certo patrimonio, sembra essere stato motivato più che da idee giacobine, dalla concezione liberale della società cfr. PAHUD de MORTANGES, (n. 38), p. 503, SÖLLNER, (n. 6), p. 667; BÜHLER, (n. 22), p. 164

⁵⁹ VISCHER, (n. 43) ad Art 18 IPRG, n. 35; BERNARD DUTOIT, Droit international privé suisse, Basilea 2005, ad art. 18 LDIP n. 4; KURT SIEHR, Das Internationale Privatrecht der Schweiz, Zurigo 2002, p. 601-602

⁶⁰ VOGT, (n. 2), Vor Art. 149a-e IPRG n. 34; Messaggio 05.088, (n. 5), p. 525

⁶¹ BESSENICH, (n. 39), ad Art. 488 ZGB n. 2

⁶² PERRIN, (n. 2), n. 495; CHRISTOPHE WILHELM, Le trust et le droit suisse des successions internationales, ECS 2006 p. 686; LUPOI, (n. 42), p. 660; in tal senso anche la sentenza della Corte di Cassazione di Napoli 29 marzo 1909, pubblicata in Giur. it. 1909, I, 1 p. 649

⁶³ BESSENICH, (n. 39), ad Art. 491 ZGB n. 4

⁶⁴ PERRIN, (n. 2), n. 495; WILHELM, (n. 62) p. 686

Anche il divieto del fedecommesso di famiglia ex art. 335 cpv. 2 CCS non può concretamente applicarsi alla fattispecie di un trust, per ragioni simili a quelle appena indicate in merito alla sostituzione fedecommissaria. Si tratta sì di un patrimonio speciale, creato per atto tra vivi e senza personalità giuridica, ma il compito di amministrazione e mantenimento del patrimonio non spetta al beneficiario bensì al *trustee*, il quale non è erede e cui non spetta il godimento dello stesso.

Inoltre, la caratteristica inalienabilità ed indivisibilità dei beni in fedecommesso familiare non è tipica del trust, il *trustee* avendo facoltà di vendere i beni in trust⁶⁵.

Quanto alla durata illimitata tipica del fedecommesso di famiglia, essa non è data nel caso del trust, soggetto, come meglio si vedrà in seguito, a delle limitazioni tendenti appunto ad impedire che sia perpetuo (*rules against perpetuities*).

Nel caso poi di un *irrevocable discretionary trust*, il trustee non ha un vero obbligo giuridico di trasferire il patrimonio al beneficiario e di conformarsi così ai desideri espressi dal *settlor* nella *letter of wishes*⁶⁶. Si tratta piuttosto di un obbligo morale, che somiglia molto a quello dell'originario diritto romano del *fidei commissum*, ma che non ha invece nulla a che fare coll'istituto del fedecommesso di famiglia sviluppatosi nel XVI-XVII secolo e proibito dal CCS; proprio l'assenza di un onere giuridico rende inapplicabile il divieto di cui all'art. 335 cpv. 2 CCS⁶⁷.

Infine, a dipendenza delle concrete disposizioni contenute nella costituzione del trust, i beneficiari potrebbero essere più di uno (e venire meno quindi l'indivisibilità tipica del fedecommesso familiare), e non necessariamente tutti appartenenti alla famiglia del *settlor*.

La struttura del trust è quindi diversa da quella di un fedecommesso di famiglia e non soggiace direttamente all'art. 335 cpv. 2 CCS.

V. TRUST E ORDINE PUBBLICO

Per l'art. 17 LDIP, l'applicazione di disposizioni del diritto straniero è esclusa se dovesse condurre ad un esito incompatibile con l'ordine pubblico svizzero. Tale riserva permette eccezionalmente al giudice di non applicare un diritto materiale straniero cui rinvia il LDIP, quando tale applicazione condurrebbe ad un risultato che offende il sentimento svizzero di giustizia in maniera intollerabile, contravvenendo a principi fondamentali dell'ordine giuridico svizzero con il quale si rivela totalmente incompatibile; una semplice differenza con la soluzione prevista dal diritto svizzero non è invece sufficiente a giustificare l'applicazione dell'eccezione dell'ordine pubblico⁶⁸.

Nel caso del trust, l'art. 18 della Convenzione prevede però unicamente la possibilità di far capo a tale eccezione se la contrarietà con l'ordine pubblico è *manifesta*. Si fa quindi riferimento alla nozione di ordine pubblico *attenuato*, simile a quella dell'art. 27 LDIP. L'eccezione trova quindi applicazione in termini ancora più restrittivi ed unicamente in presenza di una violazione manifesta, addirittura insostenibile di un principio dell'ordine giuridico svizzero⁶⁹.

Anche da tal punto di vista, prima della CSI, non mi risulta che alcun autore o tribunale abbia chiaramente *affermato* che il riconoscimento di un *trust* validamente costituito secondo il diritto estero sia incompatibile con l'ordine pubblico svizzero perché in contrasto con gli art. 335 e 488 CCS.

⁶⁵ SEILER, *Trust und Treuhand im schweizerischen Recht*, Zurigo 2005, p. 14 n. 45; LUPOI, (n. 42), p. 662

⁶⁶ SEILER, (n. 65), p. 28 n. 77; VOGT, (n. 2), Vor Art. 149a-e IPRG n. 58

⁶⁷ In tal senso la costante giurisprudenza francese: Cour de Cassation, Chambre civile 1, 15 novembre 1972, in Bull. civ. 1, n. 248 p. 216; Chambre civile 1, 19 marzo 1963, in Bull. civ. 1, n. 172; Chambre civile 1, 18 ottobre 1960, in Bull. civ. 1, n. 445

⁶⁸ DTF 125 III 443 consid. 3d

⁶⁹ DTF 126 III 101 consid. 3b

Né mi risulta alcun precedente giudiziario che affermi il carattere di ordine pubblico delle suddette norme; al contrario, l'Obergericht di Zurigo ha deciso che le regole sul divieto del fedecommesso di famiglia, sulla fondazione di mantenimento di famiglia e sul divieto della sostituzione fedecommissaria graduale non fanno parte dell'ordine pubblico⁷⁰. Opinione condivisa dalla grande maggioranza degli autori che, inoltre, contestano che tali divieti corrispondano all'attuale sentimento di giustizia⁷¹; in realtà, solo due autori sostengono il contrario, comunque non esplicitamente con riferimento al trust, ed unicamente nella misura in cui vi siano nel caso concreto forti elementi di collegamento con la Svizzera⁷².

Ma quand'anche detti divieti fossero l'espressione di un principio fondamentale dell'ordine giuridico svizzero, il riconoscimento del trust (pure di quello interno, e quindi con fortissimi elementi di collegamento con la Svizzera) non vi contrasterebbe comunque.

In primo luogo perché, come già ricordato, l'ordine giuridico svizzero riconosce oggi appunto anche il trust interno.

In secondo luogo perché il principio essenziale alla base delle tre citate norme è di impedire che un patrimonio possa essere vincolato ad una famiglia in perpetuo o comunque sull'arco di molte generazioni⁷³. Ora, quasi tutti i Paesi di *common law*⁷⁴ prevedono per il trust delle *rules against perpetuities*, che perseguono il medesimo scopo, forse anche in maniera più efficace del diritto svizzero. In base a tali disposizioni infatti, la durata massima del periodo di inalienabilità dei beni in trust sembra variare, a seconda dei casi, tra i 60 e gli 80 anni⁷⁵. In diritto svizzero, invece, tramite una sostituzione fedecommissaria ex art. 488 cpv. 1 CCS che preveda il trasferimento dei beni al sostituito non alla morte dell'istituito bensì ad altra data fissata dal testatore (ipoteticamente posteriore di gran lunga alla morte dell'istituito), l'inalienabilità del patrimonio potrebbe teoricamente prolungarsi su molte generazioni; anche volendo seguire la dottrina che, analogamente a quanto previsto per l'usufrutto, propone di limitare la durata massima della sostituzione a 100 anni⁷⁶, l'applicazione delle *rules against perpetuities* permette comunque di limitare più del diritto svizzero la durata dell'inalienabilità del patrimonio. L'applicazione del diritto estero del trust conduce quindi - salvo nei rari casi in cui non preveda le citate limitazioni della durata - a risultati analoghi e non manifestamente incompatibili con l'ordine giuridico svizzero⁷⁷.

⁷⁰ RSJ 1986, n. 38 p. 245, consid. 8

⁷¹ THEVENOZ, (n. 48), p. 68; PERRIN, (n. 2), n. 494; GUTZWILLER, (n. 44), n. 47.; DUTOIT, (n. 59), ad art. 154 LDIP n. 9; JUSTIN THORENS, L'article 335 CCS et le trust de common law, in: Mélanges H.-R. Schüpbach, Basilea 2000, p. 165; VISCHER, (n. 43), ad Art. 154 IPRG n. 34; HAROLD GRUNNINGER, Basler Kommentar, 2006, ad Art. 335 n. 16-17

⁷² ANDREAS BUCHER, Droit international privé suisse II, Basilea 1992, n. 987; ANDREAS von PLANTA/STEFAN EBERHARD, Basler Kommentar, 2007, ad Art. 154 IPRG n. 18

⁷³ THORENS, (n. 71), p. 160

⁷⁴ Salvo certe giurisdizioni offshore come Anguilla, Nauru, Turk and Kaikos, Cayman Islands, cfr. PERRIN, (n. 2), n. 75

⁷⁵ THORENS, (n. 71), p. 160

⁷⁶ BESSENICH, (n. 39), ad Art. 488 ZGB n. 4 con rif.

⁷⁷ THORENS, (n. 71), p. 161; PERRIN, (n. 2), n. 499; VOGT, (n. 2), Vor Art. 149a-e IPRG n. 62 e 95; GUTZWILLER, (n. 44), n. 48; DANON, (n. 42), p. 130

VI. CONCLUSIONE

Anche se l'affermazione potrebbe sembrare un'ovvietà⁷⁸, il trust non è assimilabile all'istituto del fedecommesso. I divieti, contenuti nel CCS, delle varie forme di fedecommesso non sono perciò applicabili al trust validamente costituito secondo la legge estera. D'altra parte, il riconoscimento di un simile trust non conduce a risultati manifestamente incompatibili con l'ordinamento giuridico svizzero.

Le citate disposizioni del diritto svizzero sui fedecommissi non costituiscono dunque valido motivo per negare il riconoscimento di un trust, nemmeno se si tratta di un trust interno.

⁷⁸ VINCENZO DURANTE, Fedecommesso, in: Enciclopedia Giuridica, Roma 1989, p. 5