

Obblighi del trustee in diritto svizzero: novità legali e giurisprudenziali

di Paolo Bernasconi

Nel mondo bancario e finanziario svizzero sono sicuramente migliaia i trusts che vengono utilizzati da decenni per depositare patrimoni importanti presso banche svizzere, affidandone la gestione alle stesse oppure a gestori patrimoniali indipendenti. I trusts di altro scopo sono meno numerosi. Comunque, i trusts della prima e della seconda categoria sono tuttora tutti di diritto estero perché la Confederazione Svizzera riconosce i trusts stranieri, ma non conosce ancora il trust di diritto svizzero. Nel frattempo, però, la diffusione del trust è diventata tale che ne vengono disciplinati parecchi aspetti nel diritto civile, amministrativo e fiscale. Inoltre, a causa della crescente diffusione del trust in Svizzera, dottrina e giurisprudenza continuano ad approfondire molti aspetti, per cui un inventario periodico è sicuramente di utilità per i giuristi e per gli operatori economici, non soltanto in Svizzera, ma anche all'estero. Queste massime e queste esperienze saranno comunque di utilità anche quando il Parlamento svizzero, entro 2 o 3 anni, avrà creato la base legale per un trust di diritto svizzero. In the Swiss banking and financial sector there are certainly thousands of trusts that have been used since decades as a deposit for huge amounts of assets at Swiss banks, entrusting them directly with the management of such assets or mandating independent asset managers. Trusts with a different purpose are less numerous. However, the trusts of the first and also of the second category are all still established under a foreign law, since the Swiss Confederation admits foreign trusts but, so far, does not know a Swiss trust. In the meantime, though, the diffusion of trusts has become large-scale and therefore various aspects are now ruled by civil, administrative and tax law. Furthermore, due to the increasing diffusion of trusts in Switzerland, legal literature and case-law continue to explore many aspects thereof, so that a periodic inventory is certainly useful for jurists

and economic operators, not only in Switzerland but also abroad. This experience shall be even more valuable when the Swiss Parliament, within 2 or 3 years, will have created the legal basis for a trust according to Swiss law.

■ Base legale in diritto svizzero

In diritto svizzero il testo fondamentale riguardante il trust continua a rimanere ancora la Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985 (1). Continua però a mancare una legislazione specifica organica e complessiva riguardante il disciplinamento del trust in diritto svizzero. Pertanto, le norme relative sono sparse in leggi di natura diversa.

Di conseguenza, si è ampliato il sostegno, anche a livello politico, per riconoscere come necessaria una base legale che istituisca il trust di diritto svizzero. Nel 2015, nel 2016 e nel 2017 si sono succedute diverse iniziative (2) a livello del Parlamento, per cui ci si

Paolo Bernasconi - Avvocato e notaio, contitolare dello Studio legale Bernasconi Martinelli Alippi & Partners, Lugano (www.pblaw.ch); prof. al Centro Studi Villa Negroni di Lugano-Vezia; prof. titolare em. di diritto internazionale dell'economia all'Università di San Gallo, dr. h.c. dell'Università di Zurigo, membro STEP (Society of Trust and Estate Practitioners)

Relazione tenuta al Congresso ventennale di Genova - maggio 2019.

Note:

(1) Convenzione relativa alla legge applicabile al trust ed al loro riconoscimento, entrata in vigore per la Svizzera il 1° luglio 2007 (RS/Raccolta Sistemica 0.221.371); AA.VV., *Trust e istituti particolari del diritto anglosassone*, CFPG 2009; in particolare N.P. Vogt, *Il trust e il diritto svizzero*, pag. 3 ss.; T.M. Mayer, *Der Trust und das auf ihn anwendbare Recht aus Schweizer Sicht*, recht 2007, pag. 64 ss.

(2) Sommariamente: il Postulato dell'11 marzo 2015 della frazione del Partito Liberale venne approvato il 27 febbraio 2017 dal Consiglio nazionale, per cui venne costituita una Commissione di esperti e commissionata una stima delle conseguenze economiche della nuova regolamentazione; l'Iniziativa parlamentare del 13 dicembre 2016 venne approvata dalle Commissioni giuridiche sia del Consiglio nazionale il 20 ottobre 2017 sia dal Consiglio degli Stati il 24 aprile 2018; il 12 giugno 2018 venne accolta dal Consiglio degli Stati un'iniziativa della propria Commissione per gli affari giuridici, ancora una volta con l'opposizione del Consiglio federale. In Consiglio nazionale, il Postulato suddetto venne accolto, pur precisando che, a causa della complessità della materia, la competenza per

(segue)

attende una proposta concreta molto probabilmente ancora nel corso della legislatura attuale. Nel 2018 sino ad oggi sono proseguite le attività di preparazione del relativo progetto di legge, benché non sia ancora chiaro se lo stesso sarà presentato dal Consiglio federale, accompagnato dal consueto Messaggio alle Camere federali, oppure se invece sarà generato da uno dei due rami del Parlamento. Persiste pertanto il periodo di interregno. Di conseguenza, la descrizione delle norme di diritto svizzero disciplinanti gli obblighi del trustee è tuttora difficoltosa a causa della dispersione di queste norme. Ne consegue anche una dottrina parimenti frastagliata (3).

Un'ulteriore difficoltà per la prassi è dovuta al fatto che le norme vigenti sono state introdotte gradualmente per soddisfare esigenze puntuali e congiunturali. Per di più manca addirittura, a livello legislativo, la definizione del trust come pure delle principali componenti di questo istituto.

Pertanto, anche la presente descrizione degli obblighi del trustee necessariamente apparirà come frammentaria.

Anzitutto, allo scopo di orientare il giurista e i professionisti che trattano l'istituto del trust nella misura in cui sia sottoposto all'ordinamento giuridico svizzero, è necessaria un'elencazione delle norme svizzere alle quali l'istituto del trust è sottoposto esplicitamente:

- (a) la Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985 (CAT);
- (b) la legge federale sugli istituti finanziari in vigore dal 1° gennaio 2020;
- (c) la legge federale sul diritto internazionale privato (LDIP, artt. 149a - e);
- (d) la legge federale sull'esecuzione per debiti e sui fallimenti (LEF, artt. 284a - b);
- (e) la legge federale antiriciclaggio (LRD) (4);
- (f) l'ordinanza antiriciclaggio della FINMA;
- (g) l'ordinanza del Consiglio federale sul Registro fondiario del 26 settembre 2011 (ORF/RS 211.432.1);
- (h) la legge federale sullo scambio automatico di informazioni economiche (LSAI) (5) in vigore dal 1° gennaio 2017 unitamente alla relativa ordinanza (OSAI), completata dal capitolo 2.2.3.4. della Direttiva dell'Amministrazione federale delle contribuzioni del 17 gennaio 2017 riguardante lo scambio automatico di informazioni (6);
- (i) la circolare n. 30 della Conferenza svizzera delle imposte emanata il 22 agosto 2007 relativa all'imposizione del trust (v. capitolo 5.2.3., pagg. 12-13);

(l) la Convenzione di diligenza delle banche in vigore dal 1° gennaio 2020 (7);

(m) la circolare FINMA 2016/7 sull'identificazione mediante video e *on line*;

(n) la circolare FINMA 2018/2 sull'obbligo di comunicare le operazioni in valori mobiliari;

(o) MROS *instructions and specifications for standard XML Reporting (goAML)*;

(p) Accordo FATCA Svizzera-Stati Uniti (IGA2), nonché le relative legge e ordinanza federale di esecuzione FATCA unitamente alle circolari dell'Associazione svizzera dei banchieri; *Revised Qualified Agreement* (rev. proc. 2017-15).

Ovviamente, poiché nell'ordinamento giuridico svizzero non esiste un diritto materiale sui trust, e poiché la Svizzera ha riconosciuto il trust di diritto straniero, il giudice svizzero riconosce gli effetti

Note:

(continua nota 2)

la preparazione e la continuazione dei lavori doveva essere affidata al Consiglio federale. Cfr. dello stesso Autore, "Trust e Fondazioni di famiglia: novità dalla Svizzera", in questa Rivista 2013, pag. 153 ss.; L. Thévenoz, *Proposition pour un trust suisse*, *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzrecht* 2018, pag. 99 ss.

(3) Cfr. La bibliografia in Jakob/Brugger/Kalt/Keuschnigg/Ulmann, *Verein - Stiftung - Trust - Entwicklungen* 2018, njs.ch, 2019, pagg. 77-100.

(4) Legge federale relativa alla lotta contro il riciclaggio di denaro e il finanziamento del terrorismo del 10 ottobre 1997 (RS 955.0).

(5) A. Knight - N. Schoeman, *Trust in CRS? The Common Reporting Standard reporting obligations in the context of trusts*. Cfr. i riferimenti più dettagliati contenuti nel suddetto articolo dell'Autore, capitolo 8.4., pag. 172 ss.

(6) Con riguardo anche ad altre istituzioni societarie nonché ad altre informazioni di carattere economico, è da attendersi il risultato della sinergia fra il sistema dello scambio automatico di informazioni, da una parte e, dall'altra parte, le forme tradizionali di cooperazione internazionale in materia fiscale, in particolar modo quelle fondate sulle convenzioni di doppia imposizione c.d. di nuova generazione. Si tratta delle CDI, che prevedono la cooperazione internazionale in materia fiscale non più soltanto riguardo alle ipotesi di frode fiscale bensì anche riguardo alle ipotesi di infrazioni fiscali anche di minore gravità, nonché per l'allestimento delle dichiarazioni fiscali, purché si tratti di informazioni rilevanti. A questo riguardo, la giurisprudenza del Tribunale federale ha ulteriormente confermato che l'esame delle domande di assistenza straniera deve effettuarsi in ossequio al principio *substance over form*, secondo cui, in relazione ad un trust discrezionale, il beneficiario non viene considerato senz'altro come avente diritto economico, giungendo a stabilire che nel c.d. formulario T, che deve essere utilizzato dalle banche per l'identificazione delle persone collegate a un trust, devono essere indicati non soltanto il costituente, le persone beneficiarie e il *protector*, bensì anche tutte le persone che abbiano facoltà di impartire istruzioni riguardo alle disposizioni sui beni in trust (sentenza del Tribunale amministrativo federale A_4153/2017 datata 11 ottobre 2018; sentenza del Tribunale federale 2C_955/2018 del 2 novembre 2018).

(7) Questo *corpus* giuridico viene qui menzionato per completezza benché non sia stato promulgato da un'autorità bensì sia il prodotto di un accordo fra le banche svizzere; si tratta però di un accordo che viene rinnovato ogni cinque anni previa autorizzazione da parte dell'autorità di vigilanza sui mercati finanziari (FINMA), poiché viene considerato come un ordinamento antiriciclaggio per le banche.

giuridici del diritto straniero a cui è sottoposto il trust. Quando però un trust di diritto straniero presenta dei legami con la Svizzera, p. es. se il trustee, il *settlor* o un beneficiario ha il suo domicilio in Svizzera o se determinati beni detenuti in trust si trovano in Svizzera, allora il diritto straniero applicabile al trust deve spesso coesistere con disposizioni del diritto privato svizzero, anzitutto quelle dei regimi matrimoniali, del diritto successorale, del diritto disciplinante la protezione delle persone, della disciplina dei diritti reali e del diritto per l'esecuzione dei debiti ed il fallimento. Poiché nel presente contributo il diritto svizzero viene esaminato esclusivamente dal punto di vista degli obblighi a carico del trustee, riguardo alle tematiche suddette si rinvia alla più recente monografia (8).

■ Obblighi antiriciclaggio del trustee

Secondo la versione della legge federale relativa alla lotta contro il riciclaggio di denaro e il finanziamento del terrorismo (LRD), entrata in vigore il 1° gennaio 2020, la legge è applicabile agli intermediari finanziari che vengono elencati all'art. 2 cpv. 2 LRD. L'art. 2 cpv. 2 lett. a-bis LRD elenca fra gli intermediari finanziari anche la categoria seguente:

“i gestori patrimoniali e i trustee secondo l'art. 2 cpv. 1 lett. a) e b) della legge del 15 giugno 2018 sugli istituti finanziari (LIsFi)” (9).

Secondo l'Ordinanza del Consiglio federale relativa alla lotta contro il riciclaggio di denaro e il finanziamento del terrorismo dell'11 novembre 2015, parimenti entrata in vigore il 1° gennaio 2020 (ORD), sono considerate attività che cadono sotto la definizione di intermediario finanziario, in particolare, “l'attività di organo in seno a società di domicilio” (art. 6 cpv. 1 lett. d ORD) (10). Si tenga presente che, ovviamente, il concetto di organo, secondo l'art. 6 cpv. 1 lett. d) ORD, è mutuato al lessico del diritto societario e quindi si applica male al trust. È soltanto per abuso di linguaggio che il trustee viene considerato come un “organo” del trust. Sono esclusi dalla categoria degli intermediari finanziari solamente quei trustee che non esercitano l'attività a titolo professionale, secondo i criteri previsti dall'art. 7 ORD.

In generale, gran parte dei trust utilizzati in territorio svizzero servono a detenere e amministrare passivamente averi patrimoniali, che sono depositati in banca al nome e/o per conto del trustee oppure presso conti intestati a società che sono state conferite ad un trust (*underlying companies*). Questo tipo di trust viene considerato come società di domicilio non operativa.

Per contro, se il trust viene utilizzato per esercitare un'attività operativa p. es. di carattere commerciale, industriale, caritatevole oppure per fungere da *holding* di un gruppo operativo, allora non è più considerato come una società di sede.

Nella sua qualità di intermediario finanziario secondo la suddetta LRD, incombono al trustee tutti gli obblighi di carattere generale e di carattere specifico che sono previsti dalla legislazione antiriciclaggio, di cui i principali sono i seguenti: “

(a) assoggettamento ad un c.d. organismo di vigilanza (OV), a sua volta sottoposto alla vigilanza della FINMA e ciò in applicazione degli artt. 7 e 61 LIsFi (11);

(b) obblighi riguardanti l'organizzazione interna, come la designazione di un responsabile antiriciclaggio (*compliance officer*), l'adozione di direttive interne antiriciclaggio, la formazione e il controllo interno dei collaboratori;

(c) obbligo di verifica dell'identità del contraente, identificazione dell'avente diritto economico e dell'avente diritto di controllo in caso di persone giuridiche;

(d) aggiornamento dei dati riguardanti le verifiche suddette;

(e) obbligo di identificare l'oggetto e lo scopo della relazione d'affari;

(f) obbligo di chiarificare il retroscena economico quando ciò sia reso necessario dalle circostanze;

(g) obbligo di comunicazione dei casi sospetti all'Ufficio federale di comunicazione antiriciclaggio (*Money Laundering Reporting Office Switzerland/MROS*) in base all'art. 9 LRD, la violazione del quale è punibile in base all'art. 37 LRD;

(h) obbligo di bloccare i beni in caso di segnalazione al MROS con divieto di informazione a terzi.

Note:

(8) G. Grisel, *Le trust en Suisse*, Genève 2020, pagg. 121-235.

(9) “Per istituti finanziari ai sensi della presente legge si intendono, a prescindere dalla loro forma giuridica:

a. i gestori patrimoniali (art. 17 cpv. 1);

b. i trustee (art. 17 cpv. 2)”.

(10) Secondo il suddetto art. 6 cpv. 2 ORD: “Sono considerate società di domicilio ai sensi della presente ordinanza le persone giuridiche, le società, gli istituti, le fondazioni, i trust, le società fiduciarie e formazioni analoghe che non esercitano attività commerciali o di fabbricazione o altre attività gestite secondo criteri commerciali”.

(11) Prima dell'entrata in vigore della LIsFi, ossia prima del 1° gennaio 2020, il trustee doveva affidarsi ad un organismo di autodisciplina antiriciclaggio (OAD), ma quest'obbligo è venuto meno per evitare che il trustee, come gli altri intermediari finanziari, fossero assoggettati alla vigilanza di due organismi privati di natura diversa, ossia quello previsto dalla legislazione antiriciclaggio e quello previsto dalla legislazione finanziaria.

La legislazione antiriciclaggio viene continuamente riveduta e rattoppata da parte del Parlamento svizzero man mano che si susseguono i Rapporti periodici del GAFI con le relative Raccomandazioni alle quali, gradualmente, il Parlamento svizzero reagisce adattando la legislazione nazionale in materia. Così è avvenuto anche in reazione alla *Peer Review* effettuata nel 2016 per la quarta volta, generando l'avamprogetto di revisione della legge federale per la lotta contro il riciclaggio e il finanziamento del terrorismo del 1° giugno 2018, al quale fece seguito il Messaggio governativo concernente la modifica della legge suddetta, datato 26 giugno 2019, il cui esame parlamentare dovrebbe protrarsi fino alla fine del 2020. Pertanto, l'entrata in vigore della nuova legge e della relativa ordinanza non dovrebbe avere luogo prima del 2021.

Nel frattempo però, il 1° gennaio 2020, è entrata in vigore la nuova versione dell'ordinanza antiriciclaggio della FINMA nonché della Convenzione di diligenza delle banche (CDB). A causa di questa modifica e dell'importanza del settore bancario svizzero, questa Convenzione assume anche il ruolo di modello per le altre categorie di professionisti qualificati come intermediari finanziari sottoposti alla legislazione antiriciclaggio in conformità della definizione prevista dall'art. 2 cpv. 2 LRD.

Il progetto di legge varato dal Consiglio federale il 26 giugno 2019 prevede di estendere gli obblighi antiriciclaggio dalla categoria degli intermediari finanziari anche alla categoria dei consulenti, nel caso in cui gli stessi abbiano a prestare la propria assistenza in qualsiasi atto riguardante società di sede straniera nonché società non operative svizzere. Vi sono compresi anche i professionisti che mettono a disposizione consulenze in occasione della costituzione, dell'amministrazione e della gestione di un trust (12). Attenzione però: nella sua sessione primaverile 2020, il Consiglio nazionale ha frenato il progetto, decidendo addirittura di non entrare in materia.

■ Obblighi del trustee per la protezione dei dati

Negli ultimi decenni, in diritto continentale e in diritto anglosassone si assiste ad un incremento delle norme favorevoli al rafforzamento, da una parte della protezione della sfera personale privata e, dall'altra parte, delle garanzie di trasparenza verso le autorità e specialmente verso le autorità fiscali. Sulla rotta verso la trasparenza la funzione trainante è stata svolta da parte della strategia antiriciclaggio, alla quale si è poi

agganciata la strategia contro l'evasione fiscale; dapprima ha servito da finestra d'entrata l'agganciamento ai reati di truffa, specialmente quelli nella fiscalità indiretta, come le frodi carosello, le frodi doganali e il contrabbando professionale, in seguito, la feritoia si è poi allargata fino a permettere l'entrata in questa categoria, che potesse beneficiare delle norme di trasparenza antiriciclaggio, anche delle infrazioni nella fiscalità diretta e in ogni altra forma di fiscalità. Ne seguì un'importante svalutazione del segreto bancario e delle norme correlate, dal momento che vennero estese le eccezioni a favore della trasparenza anche laddove si trattava non solo di perseguire le infrazioni fiscali bensì anche di prevenirle e, quindi, di facilitare l'autorità fiscale nell'allestimento delle proprie decisioni di imposizione nei confronti dei contribuenti.

La massiccia estensione a livello planetario dell'informatica e della digitalizzazione comportava tali rischi di abuso da legittimare l'avvio di una strategia per rafforzare le misure di tutela della sfera personale privata. Questa evoluzione, su binari perlomeno apparentemente divergenti continua tuttora e non stupisce quindi che coinvolga anche coloro che utilizzano l'istituto del trust. Anzi, ne conseguono obblighi particolari a carico del trustee.

Questa tendenza alla trasparenza genera obblighi a carico dei trustee nei confronti delle autorità. Si tratta, in primo luogo, delle autorità penali nell'ambito dei procedimenti penali e, in secondo luogo, anche delle autorità fiscali nell'ambito del perseguimento delle infrazioni fiscali ma anche nell'ambito dell'allestimento delle decisioni di imposizione fiscale. Le sponde estreme di questi obblighi sono attualmente rappresentate dall'iscrizione nei registri nazionali di determinati Stati di ogni dettaglio riguardante anche tutte le persone coinvolte nel trust nonché le attività del trust e i propri beni patrimoniali. Vi si aggiungono poi tutti gli obblighi di trasparenza allo scopo di conformarsi agli obblighi di segnalazione verso le autorità fiscali nazionali, onde facilitare la messa in applicazione dello scambio automatico di informazioni di carattere finanziario.

Sull'altro fronte, quello degli obblighi di rispetto della sfera personale privata di tutte le persone coinvolte nel trust, i trustee diventano protagonisti

Nota:

(12) D. Jakob, *Trusts & Trustees*, Volume 23, n. 6, luglio 2017, pagg. 705-708.

riguardo alle novità crescenti in questo settore. Basti rammentare gli obblighi generati dall'osservanza del GDPR. A livello svizzero l'armonizzazione, se non addirittura l'uniformazione, al GDPR avviene attraverso la revisione generale a tappe della legge federale sulla protezione dei dati (LPD, RS 235.1) (13), di cui una prima revisione è già entrata in vigore in data 1° marzo 2019, mentre una seconda è in discussione in Parlamento.

Nell'ambito dell'esecuzione delle forme tradizionali e delle forme nuove di cooperazione internazionale fra le autorità, sia in materia penale sia in materia fiscale, come a tutti gli altri detentori di informazioni protette dalla legislazione sulla protezione dei dati e anche dalle norme specifiche tuttora vigenti a carico di determinate categorie di intermediari finanziari, anche ai trustee incombe l'obbligo di tutelare la riservatezza di tutte le persone coinvolte nel trust, in primo luogo i beneficiari ma anche i *settlor* e, laddove esista, il *protector*. Ciò comporta l'identificazione di qualsiasi rischio di trasmissione di informazioni e di dati, su supporto cartaceo oppure elettronico, che non sia conforme al diritto convenzionale e al diritto nazionale che disciplina le complesse modalità di cooperazione fra le autorità di diversi Paesi.

Questo settore del diritto internazionale e nazionale è diventato talmente complesso da richiedere l'intervento di giuristi specializzati, ai quali il trustee deve necessariamente far capo per evitare di esporsi al rischio di venire rimproverato per non avere diligentemente fatto valere i diritti al rispetto della sfera personale privata delle persone coinvolte. È fondamentale a questo riguardo la sentenza che ha esaminato il dissidio fra l'autorità fiscale federale svizzera (AFC), da una parte, e il Garante per la protezione dei dati, dall'altra parte, che ha ricevuto ragione (14).

Laddove però gli obblighi del trustee dal punto di vista della protezione della sfera personale privata diventano ancora più spinosi da gestire è riguardo alle forme di acquisizione delle informazioni e dei dati a livello internazionale che avvengono al di fuori dei canali convenzionali. L'esempio più emblematico, specialmente per gli intermediari finanziari operativi in territorio svizzero, è rappresentato dalle iniziative delle autorità USA, ossia il *Department of Justice* (DOJ) e l'*Internal Revenue Service* (IRS), operativi congiuntamente, i quali hanno saputo promuovere ed applicare una strategia di adesione, benché manifestamente forzata, da parte di un centinaio di istituti bancari svizzeri ad una sorta di programma di

autodenuncia lanciato mediante la dichiarazione unilaterale del *Department of Justice* del 30 agosto 2013. Gli istituti bancari svizzeri che vi hanno aderito si sono trovati in gran parte a dover versare ingenti somme allo scopo di evitare l'avvio di un procedimento penale con il rischio di una conclusione che avrebbe potuto essere catastrofica non soltanto sul piano delle sanzioni penali, ma specialmente sul piano delle conseguenti ricadute a livello amministrativo e reputazionale. Ma questo centinaio di istituti bancari svizzeri non ha soltanto dovuto sborsare ingenti somme, bensì anche accettare, più o meno supinamente, l'imposizione di cooperare in passato e talvolta anche in futuro con il *Department of Justice* e con l'IRS per facilitare l'identificazione di persone che, secondo le suddette autorità USA, avessero infranto le norme fiscali americane oppure avessero aiutato i suddetti contribuenti contravventori. Infatti, notoriamente, la strategia USA antievasione fiscale ha funzionato a ondate: la prima nei confronti dei contribuenti contravventori, in gran parte convinti all'autodenuncia grazie ai programmi di *voluntary disclosure*, la seconda nei confronti degli istituti bancari (e, si paventa, in futuro, anche nei confronti delle compagnie di assicurazione) e la terza avente come bersaglio i c.d. *easier*, ossia commercialisti, avvocati e tutti coloro che professionalmente avessero contribuito a mettere a disposizione dei contribuenti contravventori entità giuridiche e schemi di evasione fiscale. Ci si riferisce ai c.d. *legal arrangements*, menzionati per la prima volta nei documenti di lavoro del G20 in occasione del vertice tenutosi a Brisbane il 15 novembre 2014. Nell'ambito di questi accordi, decine di istituti bancari svizzeri si sono trovati vincolati all'obbligo di fornire alle suddette autorità USA anche i nomi dei c.d. *easier*, ma non solo dipendenti ed *ex* dipendenti degli istituti medesimi bensì anche di avvocati, commercialisti, consulenti e fiscalisti (15).

La strategia USA, benché appartenga ormai al passato, merita di essere menzionata poiché ha costituito e costituisce un modello per le autorità penali e fiscali anche di altri Stati, primo fra tutti la Germania, a cui fecero seguito la Francia, l'Italia, l'Olanda e probabilmente anche altri in futuro. In questo ambito,

Note:

(13) Cfr. A. Amiguet - P. Fischer, *Changement de paradigme en matière de protection des données*, *Revue de l'Avocat* 1/2018, pag. 28 ss.

(14) STF A-5715/2018 del 3 settembre 2019.

(15) *Pro multis* STF 4A_365/2017 del 26 febbraio 2018 in applicazione del c.d. *Estoppel-Prinzip* (considerando 7).

tutti i professionisti coinvolti sono tenuti a tenere presenti le norme di diritto svizzero che costituiscono ostacolo alla messa a disposizione di autorità straniere di informazioni e dati riguardanti i professionisti appartenenti alla categoria degli *easier*. In generale, la giurisprudenza federale e cantonale si è dimostrata rigorosa nel vietare agli istituti bancari e ad altri professionisti la trasmissione a favore di autorità straniere, penali o fiscali, di informazioni e altri dati al di fuori dei canali previsti dal diritto internazionale e nazionale.

Parimenti riguardo alle lettere che sono state inviate nel dicembre 2018 e nel gennaio 2019 da parte dell'Agenzia italiana delle entrate rispettivamente dalla Guardia di finanza a numerosi istituti bancari non solo in Svizzera ma anche nel Principato del Liechtenstein e nel Principato di Monaco, non soltanto le banche sono tenute ad osservare le norme di protezione della confidenzialità (16), alle quali si aggiungono le norme di protezione della sovranità (17) nazionale, bensì anche tutti gli altri intermediari finanziari, compresi i trustee, che fossero direttamente o indirettamente coinvolti in queste iniziative tendenti all'acquisizione di informazioni da parte di autorità fiscali straniere al di fuori dei canali legali.

Anche le pubblicazioni del Consorzio internazionale dei giornalisti riguardanti l'abuso di paradisi fiscali ebbe una ricaduta a livello parlamentare svizzero, grazie ad una mozione del 15 dicembre 2017 (n. 17.4306), mediante la quale si chiedeva un obbligo di comunicazione per l'istituzione di strutture off-shore, nonché una mozione (n. 17.4251), sempre del 15 dicembre 2017, mediante la quale si chiedeva l'istituzione di un registro pubblico dei beneficiari economici delle persone giuridiche, dei trust e di ogni altra struttura giuridica. Il Consiglio federale ha già proposto di respingere entrambe le mozioni che però non sono ancora state discusse nei due rami del Parlamento.

■ Obblighi del trustee riguardo all'acquisizione di immobili

Diritto applicabile

Si rammenta che la costituzione del trust, in diritto svizzero, attualmente è ancora regolata da parte della Convenzione dell'Aja relativa ai trust (CAT) e precisamente dagli artt. 6 e segg. con rinvio all'art. 149c LDIP.

Ai negozi giuridici che hanno per oggetto il passaggio di proprietà di beni immobiliari ad un trust si

applicano gli artt. 4 e 15 CAT nonché l'art. 99 cpv. 1 LDIP.

Il trapasso di proprietà fondiaria in Svizzera si ispira ai due principi seguenti:

(a) il principio c.d. assoluto dell'iscrizione a Registro fondiario, fondato sull'art. 656 cpv. 1 CC, secondo cui l'iscrizione a Registro fondiario è costitutiva del diritto di proprietà, applicabile all'acquisto di proprietà mediante negozio giuridico tra vivi;

(b) il principio c.d. relativo dell'iscrizione a Registro fondiario applicabile in base all'art. 656 cpv. 2 CC, secondo cui l'iscrizione a Registro fondiario ha valenza dichiarativa, ciò che vale per l'acquisto della proprietà fondiaria mediante successione, espropriazione, occupazione e simili.

In ogni caso, il contratto traslativo della proprietà fondiaria richiede per la sua validità la forma dell'atto pubblico (art. 657 CC). Le disposizioni per causa di morte e le convenzioni matrimoniali devono essere stipulate nelle forme prescritte dal diritto successorio e dal diritto matrimoniale.

Modalità di iscrizione del trust a Registro fondiario

Quale proprietario del fondo a Registro fondiario viene iscritto il nome del trustee. Per contro, non viene effettuata nessuna iscrizione riguardo all'identità del beneficiario e nemmeno dell'eventuale *protector* del trust. Ovviamente deve essere menzionata l'esistenza di un rapporto di trust.

Per l'iscrizione a Registro fondiario del trapasso di proprietà fondiaria vengono richiesti i seguenti titoli giuridici:

(1) Contratto traslativo di proprietà stilato nella forma dell'atto pubblico che può essere avvenuto nelle modalità seguenti:

a) costituzione del trust tra vivi, con trapasso dal *settlor* al trustee;

Note:

(16) Sono invocabili a questo riguardo l'art. 162 del Codice penale svizzero che punisce la violazione del segreto d'affari, l'art. 47 LBCR che punisce la violazione del segreto bancario, l'art. 6 della legge federale sulla concorrenza sleale che punisce la violazione del segreto da parte di imprese, nonché gli artt. 28 ss. del Codice civile sulla protezione della personalità e l'art. 398 cpv. 2 del Codice delle obbligazioni riguardante gli obblighi del mandatario nei confronti del proprio cliente mandante.

(17) Sono applicabili in particolare l'art. 271 CP riguardante gli atti giurisdizionali commessi da autorità straniere in territorio svizzero nonché il c.d. spionaggio economico punibile in base all'art. 273 CP.

b) trasferimento dell'immobile al trustee da parte di un avente diritto temporaneo (p. es. l'esecutore testamentario) oppure da parte degli eredi del *settlor*;

c) trasferimento dell'immobile fra due trustee;

d) trasferimento dell'immobile dal trustee ad uno o più beneficiari del trust.

(2) Certificato ereditario o dichiarazione equipolente da parte di autorità giudiziaria successoria nei seguenti casi:

a) costituzione del trust mediante disposizione per causa di morte (dal *settlor* al trustee);

b) trasferimento dal trustee deceduto ad un trustee subentrante;

c) acquisto da parte di aventi diritto temporanei (p. es. l'esecutore testamentario) oppure da parte di eredi del *settlor* che fossero tenuti ad un trasferimento fondiario successivo.

I documenti giustificativi per il trapasso di proprietà in relazione ad un trust sono previsti dall'art. 67 dell'Ordinanza federale sul Registro fondiario che prevede la menzione esplicita dell'esistenza di un rapporto di trust (cfr. artt. 58, 128 e 137 ORF, nonché l'art. 149d LDIP).

Restrizioni nei confronti di persone residenti all'estero

Come noto, il diritto svizzero prevede restrizioni per l'acquisto di beni immobiliari nei confronti di persone che risiedono all'estero, secondo la legge federale sull'acquisto di fondi da parte di persone all'estero del 16 dicembre 1983 (LAFE, RS 211.412.41) e rispettiva ordinanza di esecuzione del 1° ottobre 1984 (OAFE; RS 211.412.411) (18).

Secondo queste norme, l'acquisto di un bene immobile da parte di una persona residente all'estero è sottoposto all'obbligo di autorizzazione che si fonda sulle tre condizioni cumulative seguenti:

(a) l'acquirente deve essere una persona residente all'estero, ossia i cittadini stranieri domiciliati all'estero, i cittadini stranieri domiciliati in Svizzera che non sono cittadini UE/AELS e che non sono titolari di un permesso C, le persone giuridiche con sede all'estero, le persone giuridiche con sede in Svizzera ma dominate da persone all'estero, negozi fiduciari e trust per conto di persone all'estero. Pertanto, in particolare, non sono considerate come persone all'estero i cittadini svizzeri domiciliati in Svizzera o all'estero, compresi anche quelli con doppia nazionalità;

(b) l'oggetto del negozio giuridico è un fondo soggetto ad autorizzazione, ossia le abitazioni mono e

plurifamiliari e i terreni edificabili destinati a tali costruzioni, con eccezione per l'abitazione principale per cittadini stranieri di Stati non UE/AELS, con domicilio effettivo in Svizzera e permesso B, i terreni non edificati in zone edificabili;

(c) il diritto all'acquisto deve corrispondere all'acquisto di un fondo. Viene considerato come acquisto di un fondo non soltanto l'acquisto di proprietà bensì anche la costituzione di un diritto di superficie, di un diritto di abitazione e/o di usufrutto, la costituzione e/o l'esercizio di un diritto di compera, di prelazione o di recupero su un fondo nonché l'acquisto di quote di società immobiliari.

Di conseguenza, l'iscrizione a Registro fondiario può avvenire solamente dopo che sia stata rilasciata all'acquirente l'autorizzazione prevista dalla LAFE, cresciuta in giudicato, una volta accertato il soddisfacimento delle tre condizioni suddette.

La LAFE si applica anche a tutte le operazioni immobiliari effettuate da parte di un trust che abbiano per oggetto beni immobiliari situati in Svizzera (art. 18 LDIP; art. 16 CAT), benché nella LAFE non sia prevista nessuna norma specifica riguardante il trust. Di conseguenza, sono soggetti alla LAFE, in particolare, i seguenti negozi giuridici:

(a) il trasferimento di un bene immobile dal trustee al momento della costituzione del trust;

(b) l'estensione della proprietà del bene immobile ad altri co-trustees;

(c) la cessione del bene immobile al trustee successore;

(d) la designazione di nuovi beneficiari e la cessione del bene immobile dal trustee ad uno o più beneficiari.

Si dispone di ampia giurisprudenza a livello cantonale e anche a livello federale, dovendosi tener conto che fanno stato, ovviamente, le sentenze emanate da parte del Tribunale federale (19) quale massima autorità giudiziaria svizzera.

Note:

(18) Per il non giurista può essere di utilità la lettura del relativo Promemoria allestito dall'Ufficio federale di giustizia intitolato "Acquisto di fondi da parte di persone all'estero" del 1° luglio 2009, aggiornato periodicamente; si veda anche la lettera informativa dell'Ufficio federale di giustizia datata 4 aprile 2019 per il trattamento delle istanze di acquisto di immobili in Svizzera presentate da cittadini del Regno Unito di Gran Bretagna e dell'Irlanda del Nord.

(19) C. Brückner - M. Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Zurigo 2016, pagg. 486 ss./523 ss.; F. Guillaume, *Fragen rund um die Eintragung eines im Trustvermögen befindlichen Grundstücks ins Grundbuch*, Schweizerische

(segue)

■ Obblighi del trustee nell'ambito fiscale

Generalità

La Convenzione dell'Aja sul riconoscimento dei trust non limita la competenza degli Stati membri in materia fiscale (20). Pertanto, il regime fiscale dei trust compete esclusivamente al diritto interno svizzero, le autorità svizzere non ritenendosi vincolate dalle disposizioni di questa Convenzione in materia fiscale (21). Poiché in materia fiscale le autorità federali e cantonali si ripartiscono le competenze, la loro prassi è oggetto soltanto di armonizzazione. Di conseguenza, in questo ambito, la Conferenza svizzera delle imposte ha adottato la circolare n. 30 del 22 agosto 2007 sull'imposizione dei trust, che corrisponde alla circolare n. 20 del 27 marzo 2008 emanata dall'Amministrazione federale delle contribuzioni. Le linee direttrici comuni, prive di forza vincolante, riguardano le imposte dirette federali e cantonali sul reddito e sulla sostanza e l'imposta anticipata. Queste direttive esercitano una certa influenza anche sulle pratiche amministrative riguardanti altre forme di imposta, in specie le imposte di successione e donazioni nonché l'IVA (22).

Se il *settlor* è domiciliato in Svizzera, il reddito e la sostanza corrispondenti sono attribuiti fiscalmente al *settlor* sia che si tratti di un trust irrevocabile e discrezionale oppure di un trust revocabile (23) non discrezionale.

Se il beneficiario è domiciliato all'estero gli elementi imponibili del trust non possono essergli attribuiti fiscalmente.

Il beneficiario non viene imposto fiscalmente sulla sostanza e sul reddito del trust, dal momento che gode soltanto di una semplice aspettativa riguardo a questi cespiti patrimoniali. Solamente le distribuzioni che riceverà sono presunte costituire un reddito imponibile, ma ciò soltanto nel momento in cui la distribuzione venga decisa dal trustee, anche nel caso in cui non venga effettuata immediatamente (24).

Se imponibili fiscalmente in Svizzera, sia il *settlor* che il beneficiario hanno l'obbligo di collaborare con l'autorità fiscale, ciò che comporta anche l'obbligo di presentare la dichiarazione di imposta conforme alla verità e completa (art. 124 cpv. 2 LIFD).

Il trustee, ovviamente, non è imponibile fiscalmente. Siccome però è il trustee che detiene le informazioni e i documenti necessari riguardo ai cespiti imponibili fiscalmente e alle persone che sono imponibili, il diritto fiscale svizzero mette a suo carico, in qualità di terzo detentore di informazioni, l'obbligo di fornire attestati e certificazioni al contribuente

svizzero, allo scopo di permettere a quest'ultimo di soddisfare il proprio obbligo di collaborazione nei confronti dell'autorità fiscale (25). Pertanto, si giunge al risultato alquanto contraddittorio con il diritto del trust, che non prevede l'obbligo di fornire al *settlor*, e men che meno ai beneficiari, informazioni riguardo ai beni del trust. L'obbligo scatta però a causa della suddetta norma del diritto fiscale svizzero. Nei confronti dell'autorità fiscale svizzera, sia federale che cantonale, il trustee non può trincerarsi dietro al segreto professionale e ciò anche nel caso in cui il trustee sia un avvocato, poiché l'amministrazione di un trust non viene considerata come appartenente all'attività forense specifica dell'avvocato.

Obblighi del trustee nello scambio automatico di informazioni

Ricade su ogni intermediario finanziario la responsabilità di tutti gli adempimenti previsti dalle normative riguardanti lo scambio automatico di informazioni finanziarie che da parte del Fisco svizzero venne messo in opera per la prima volta nel settembre 2018. Ciò comporta quindi l'estensione di questi obblighi anche a carico del trustee.

Note:

(continua nota 19)

Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht 90/2009, pag. 1 ss.; B. Foëx, *Trust et registre foncier: Quelques remarques sur le transfert de la propriété du settlor au trustee*, *Successio - Zeitschrift für Erbrecht* 2009, pag. 259 ss.; B. Foëx, *La mention du trust au registre foncier*, *Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht* 90/2009, pag. 81 ss.; D. Pannatier Kessler, *Die Anmerkung des Trustverhältnisses und die Pflichten des Notars*, *Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht* 92/2011, pag. 73 ss.; G. Nater-Bass - M. Seileer, *Die Anmerkung des Trustverhältnisses im Grundbuch aus praktischer Sicht*, *Successio* 2013, pag. 220 ss.; D. Jakob - P. Picht, *Der Trust in der Schweizer Nachlassplanung und Vermögensgestaltung*, *AJP* 6/2010, pag. 1 ss.; U. Fasel, *Grundbuchverordnung (GBV) - Kommentar*, Basilea 2013, pag. 463 ss.; F.A. Liechti, *Der Rechtsgrundaussweis für Eigentumseintragungen im Grundbuch*, Berna 2017, pag. 277 ss.; T.M. Mayer, *Die Behandlung von Trusts im Rahmen der Lex Koller*, *Aktuelle Juristische Praxis* 2017, pag. 45 ss.; M.N. Venturi-Zen-Ruffinen, *Lex Koller et Trusts*, *Aktuelle Juristische Praxis* 2009, pag. 1123 ss.; G. De Biasio - S. Albisetti, *LAFE - Giurisprudenza scelta cantonale e federale* (1997-2016), 2017; E. Trandafir, *Lex Koller: acquisitions indirectes*, Zurich, 2019.

(20) Art. 19 CAT.

(21) Vedi p. es. Info IVA del 7 novembre 2013, n. 14 riguardante il settore della finanza, cifra 7.3.1.

(22) X. Oberson, "Le traitement fiscal du trust en droit suisse: les limites à l'application des principes généraux de la fiscalité", in *Archives de droit fiscal suisse*, 2006, pag. 477.

(23) Alcuni Cantoni però seguono prassi diverse. Cfr. P. Betschardt, "Grundzüge der Trustbesteuerung - Dargestellt anhand der Praxis des Kantons Zürich", *Steuer Revue* 2007, pag. 158 ss.

(24) X. Oberson, *Le traitement fiscal du trust en droit suisse* (*supra*, nota 22), pag. 487; R. Danon, "L'imposition du 'private express trust'", in *Archives de droit fiscal suisse*, 2008, pag. 457.

(25) A livello del diritto federale questo obbligo è previsto dall'art. 127 LIFD.

Il trust è considerato come una *entity*, ossia come un soggetto autonomo destinatario di obblighi specifici (26). Si considera che il trust sia residente nello Stato in cui è residente il suo trustee (art. 5 cpv. 4 LSAI). Ciò significa che il luogo di costituzione del trust non è rilevante da questo punto di vista. Se il trust dispone di più trustee e se questi sono residenti in Stati diversi, anche il trust viene considerato come residente in questi diversi Stati.

Molto spesso, nel sistema bancario svizzero, la relazione d'affari con una banca invece di essere aperta da parte di un trust viene aperta da parte di una società di sede oppure da una fondazione detenuta dal trust (c.d. *underlying companies*), ossia di società di sede non operative le cui azioni fanno parte del patrimonio del trust. In questi casi è la società di sede a dover essere identificata come contraente, mentre il trustee non deve essere identificato (art. 16 cpv. 3 CDB 16). Per contro, l'avente diritto economico deve essere accertato e formalizzato mediante compilazione del formulario T, che deve essere sottoscritto dagli organi della suddetta società di sede in qualità di contraente, così come previsto dall'art. 16 della CDB 20 (27).

Secondo la regolamentazione FATCA, il trust è parimenti considerato una *entity*, ossia come soggetto autonomo destinatario di obblighi specifici (art. 2, 28 dell'Accordo FATCA con la Svizzera). Però, per determinare lo *status* di *US person* del trust a fini fiscali si considerano due criteri cumulativi, ossia il luogo di residenza del trustee e il luogo di costituzione del trust. La classificazione del trust secondo FATCA tiene conto del tipo e delle caratteristiche del trust secondo le categorie americane (*simple, grantor, complex*).

Si deve tenere conto della giurisprudenza federale (28) secondo la quale i beneficiari di un trust irrevocabile e discrezionale non devono essere considerati come *beneficial owner* nel senso di aventi diritto economico, dal momento che la realtà economica deve in questo caso prevalere su quella giuridica. Più precisamente, i beneficiari che non dispongono di un diritto di amministrare o di disporre dei beni del trust hanno semplicemente un interesse oppure un'aspettativa, che viene qualificato come futuro e incerto.

■ Strumenti legali in caso di violazioni commesse da parte del trustee in danno del trust

Ricupero di beni sottratti

Il diritto di ricupero di beni mobili oppure immobili che fossero stati sottratti al trust merita un'analisi non

soltanto per il suo interesse specifico ma anche perché permette di evidenziare quali siano i rapporti fra il diritto applicabile e il diritto nazionale.

Infatti, in Svizzera, il diritto applicabile al trust deve essere riconosciuto per principio. Però, l'art. 15 della Convenzione dell'Aja pone come limite al riconoscimento del diritto applicabile al trust le norme imperative della legge designata in base alle regole sul conflitto di foro. Ponendosi nella prospettiva di un giudice svizzero al quale venisse sottoposta un'azione di ricupero di un bene, sarebbe applicabile il diritto svizzero. Se si tratta di beni immobili, a causa del carattere esclusivo della competenza in questa materia, non soltanto sarà competente il giudice svizzero; infatti, le regole di conflitto svizzero (art. 99 LDIP) riconoscono come applicabile il diritto svizzero se l'immobile è situato in Svizzera. Per contro, se trattasi di beni mobili, anche se il giudice svizzero fosse competente, le regole di conflitto svizzere (artt. 99 ss. LDIP) possono designare come applicabile il diritto straniero. La dottrina (29) ha esaminato la compatibilità del diritto di ricupero in relazione alle regole imperative di diritto svizzero, in particolare, con il principio della protezione dei terzi in buona fede, quello del *numerus clausus* dei diritti reali, quello della prescrizione acquisitiva e quello della confusione dei contanti.

Nel caso in cui il trustee abbia alienato o comunque disposto un diritto riguardante un bene immobile conferito in trust, ne consegue un diritto di restituzione non soltanto secondo il diritto anglosassone ma anche secondo il diritto svizzero, in applicazione del principio della buona fede secondo l'art. 3 del Codice civile svizzero (CCS). Salvo casi eccezionali, sembra potersi concludere che, in diritto svizzero, il trustee non può invocare la sua buona fede poiché ciò sarebbe incompatibile con la diligenza che avrebbe dovuto applicare secondo il diritto del trust (art. 3 cpv. 2 CCS). Pertanto, non potrà nemmeno invocare la protezione

Note:

(26) "The term *entity* means a legal person or a legal arrangement such as a corporation, partnership, trust or foundation ... other than an individual" (CRS Sezione VIII, par. E, n. 3).

(27) Cfr. Messaggio LSAI, pag. 4519.

(28) Sentenza del Tribunale amministrativo federale A-6903/2010 del 23 marzo 2011.

(29) D. Pannatier Kessler, "Le droit de suite et sa reconnaissance selon la Convention de La Haye sur les trusts", *Centre de droit bancaire et financier*, 2011, pagg. 205-224.

della sua acquisizione immobiliare che è prevista dall'art. 973 CCS.

Il diritto di ricupero di un bene immobile acquisito da un terzo è disciplinato dal diritto svizzero, in applicazione dell'art. 149d al. 3 LDIP, applicandosi quindi gli artt. 938-940 CCS nel caso in cui l'esistenza del trust abbia fatto l'oggetto di una menzione a Registro fondiario in base all'art. 149d LDIP. Pertanto, l'esistenza del trust ed il relativo acquisto immobiliare sono opponibili ai terzi, nel senso che tutti costoro sono presunti aver avuto conoscenza dell'esistenza di una relazione di trust riguardante un determinato bene immobile se ed in quanto abbia fatto oggetto della menzione a Registro fondiario. Infatti, la menzione a Registro fondiario obbliga il notaio e le parti a verificare a Registro fondiario e vieta la rogazione notarile dell'atto quando faccia difetto il potere di disporre del bene menzionato nell'atto.

Anche nel caso della donazione di un immobile appartenente ad un trust, il terzo che non rientra nella categoria dei beneficiari non può essere considerato come in buona fede, nella misura in cui abbia saputo o avrebbe dovuto sapere che l'immobile apparteneva al patrimonio di un trust. Ciò vale anche nell'ipotesi in cui la donazione abbia avuto luogo nell'ambito del conferimento di una distribuzione in natura dei beni del trust. Per contro, si giunge al risultato opposto se l'immobile oggetto della transazione non fosse messo in relazione a un trust sulla base di una menzione a Registro fondiario. In tal caso, la buona fede del terzo acquirente è presunta, ovviamente, nella misura in cui non si possa comprovare la sua mala fede dovuta al fatto che avesse appreso per altra via che l'oggetto della donazione fosse collegato ad un trust.

La dottrina svizzera ritiene però che il diritto imperativo svizzero, venendo quindi a coincidere con quello inglese, comporta che la *causa donandi* sia nulla allorquando il donatore ceda dei beni che non gli appartengono (30).

Si giunge alla medesima soluzione, sia secondo il diritto inglese che secondo il diritto svizzero, nel caso in cui un bene mobile, p. es. un oggetto d'arte o archeologico conferito in trust e quindi appartenente al trustee, sia stato acquisito in mala fede. Ciò vale anche per la donazione che abbia avuto luogo in favore di un terzo in buona fede, in conformità della teoria già esposta riguardo alla donazione di beni immobili.

Entrano innanzitutto in linea di conto le fonti classiche degli obblighi del trustee, ossia l'atto di trust, come fonte primaria dei suoi poteri, la legge

che può conferire al trustee determinati poteri oppure la decisione di un Tribunale, al punto che un Tribunale può giungere a vietare ad un trustee di esercitare un potere anche se gli sia stato conferito dall'atto di trust. Di conseguenza, se il trustee rispetta le istruzioni che sono state emanate da parte del potere giudiziario, è protetto contro un'eventuale azione giudiziaria da parte dei beneficiari che dovessero argomentare l'esistenza di una violazione del trust (*breach of trust*). È però evidente che il trustee ha diritto di ottenere una decisione da parte del Tribunale soltanto nei casi in cui esiste un ragionevole dubbio in relazione ai suoi poteri o ai suoi doveri oppure sulla corretta interpretazione delle clausole dell'atto di trust. In caso contrario, il Tribunale potrebbe rifiutare di entrare nel merito.

In generale, al trustee compete il diritto di vendita, che talvolta è previsto esplicitamente nell'atto di trust. In altri casi, è possibile che l'atto di trust proibisca la vendita di beni determinati, in modo esplicito oppure in modo implicito. Altrettanto vale anche riguardo al potere di costituire degli oneri ipotecari o di altra natura a carico di un bene immobile o mobile conferito al trust, che quindi può essere gravato anche da una servitù o di un usufrutto e che può anche essere oggetto di locazione. D'altra parte, il trustee non è libero di gestire i beni di un trust secondo il suo proprio personale apprezzamento, poiché la sua attività è disciplinata appunto dai doveri nei confronti dei beneficiari, come p.es. il dovere di effettuare investimenti in modo prudente. Questi doveri sono comunque ispirati all'obbligo generale di fedeltà e di lealtà, ossia di agire sempre e solamente nell'interesse più favorevole del beneficiario che deve preservare e promuovere come se si trattasse dei propri beni. L'unica eccezione riguardo ad una transazione da parte del trustee con sé stesso è quella che sia prevista esplicitamente dall'atto di trust, da una decisione giudiziaria oppure dal consenso dei beneficiari.

Un caso di questo genere venne esaminato dal Tribunale federale (31) a conferma della sentenza della Corte di Giustizia del Cantone Ginevra che aveva emanato misure conservative provvisorie riguardanti beni situati all'estero appartenenti ad un trust, e ciò nell'interesse di uno dei coniugi nell'ambito della liquidazione, in una procedura di divorzio, del

Note:

(30) Cfr. le opere citate da D. Pannatier Kessler, *Le droit de suite et sa reconnaissance* (*supra*, nota 29), nota in calce n. 27.

(31) 5A_259/2010 del 26 aprile 2012.

regime matrimoniale c.d. della partecipazione degli acquisti. In particolare, non è stato considerato pertinente l'argomento secondo cui la distribuzione dei beni in trust oppure dei loro redditi rientrava nella discrezione completa del trustee, argomentando che trattavasi di un trust discrezionale e irrevocabile.

A seconda del luogo di situazione dei beni in questione, l'esecuzione della sentenza giudiziaria svizzera potrà essere più o meno difficoltosa. In ogni caso, tale sentenza potrà essere fatta valere direttamente nel Paese di situazione dei beni in questione, richiedendo misure provvisoriale sulla base degli argomenti fatti valere e accettati davanti al Tribunale svizzero nonché sulla base della stessa decisione positiva emanata dal Tribunale svizzero accogliendo questi stessi argomenti.

Misure provvisoriale di diritto civile

Per le azioni di merito nei confronti del trustee, si applica il diritto del Paese in cui è radicato il trust, per cui il giudice civile svizzero applicherà il diritto straniero.

Il foro competente è quello che risulta dall'applicazione congiunta della Convenzione internazionale sul riconoscimento dei trust e del diritto applicabile al trust, tenendo presente la legge federale svizzera sul diritto internazionale privato (LDIP).

Per contro, in determinate circostanze, può scattare la competenza del giudice svizzero quando quest'ultimo sia investito di misure cautelari di natura super-provvisoriale o provvisoriale che fondano la sua competenza territoriale. Il foro è quello dove devono essere adottate le misure necessarie. Per esempio, nei casi più frequenti, dove ha sede la banca presso la quale sono depositati gli averi patrimoniali conferiti in un trust, oppure laddove si trova un immobile conferito in un trust. Quando si tratta di provvedimenti cautelari *ad personam* il foro è quello del luogo di residenza o di domicilio personale oppure professionale del trustee, specialmente nel caso di società, oppure il luogo laddove il comportamento deve essere eseguito. Più frequentemente si tratterà del luogo in cui risiede il trustee rispettivamente del luogo in cui ha sede la persona giuridica che esercita la funzione di trustee. Nel caso di due co-trustee, di cui uno residente a Londra e l'altro residente a Lugano, il Tribunale civile svizzero aveva riconosciuto la propria competenza per ordinare al co-trustee residente a Lugano, in via cautelare, l'astensione da determinati atti di straordinaria amministrazione. È però anche possibile una misura

cautelare che riguarda dei beni all'estero che siano soltanto formalmente a nome di terzi, p. es. al nome di una società o di un trust (32).

Proprio riguardo ad un trust di diritto cipriota, il Tribunale federale svizzero (33) aveva ammesso che il giudice del provvedimento competente per il provvedimento cautelare, poteva applicare la *lex fori* invece della *lex causae* estera, e ciò poiché tale decisione rientra nell'apprezzamento del giudice e deve essere adottata rapidamente. Pertanto, in quel caso, è stato possibile ammettere la trasparenza di quel trust cipriota in applicazione del principio svizzero c.d. della trasparenza (*Durchgriffsprinzip*; *pass-through principle*; *piercing the corporate veil*; cfr. Kollektivanlagegesetz, Basler Kommentar, Basel 2009, n. 902 vor Art. 1, pag. 260) senza quindi tenere conto della legge cipriota che sarebbe invece stata applicabile in virtù dell'art. 154 LDIP.

Sanzioni penali a carico del trustee

In linea di principio, i reati di diritto comune in base ai quali potrebbe essere perseguita una condotta distrattiva da parte del trustee sono anzitutto l'amministrazione infedele, secondo l'art. 159 CP e l'appropriazione indebita, secondo l'art. 138 CP.

Sono però ipotizzabili anche infrazioni a norme di carattere finanziario, come p. es. la c.d. carente diligenza nell'identificazione del contraente e dell'avente diritto economico, che è punibile in base all'art. 305-ter CP (34), l'omissione di segnalazione di casi sospetti all'Ufficio federale svizzero anticiclaggio/MROS, che è punibile in base all'art. 37 LRD (35) nonché la falsa compilazione e l'uso di uno dei formulari previsti dalla CDB, che è punibile in base all'art. 251 CP.

Nell'ambito del procedimento penale a carico del trustee, il Ministero Pubblico potrà adottare le misure coercitive previste nell'ambito del procedimento per ogni reato, a cominciare dal sequestro degli averi patrimoniali intestati al trustee, indipendentemente

Note:

(32) Cfr. F. Trezzini, *Provvedimenti cautelari in base al Codice di diritto processuale civile svizzero*, Lugano 2015, nota a piè di pagina 1716.

(33) F. Trezzini, *Provvedimenti cautelari (supra, nota 32)*, nota in calce 1058.

(34) Si rammenta che le norme di identificazione e di formalizzazione dell'avvenuta identificazione delle persone coinvolte in un trust sono previste in modo dettagliato dalla suddetta Convenzione di diligenza delle banche che addirittura prevede un formulario specifico per il trust denominato appunto "formulario T".

(35) Questa norma trova un'applicazione sempre più estensiva, anche in caso di omissione della comunicazione al MROS che venne effettuata ma soltanto tardivamente (cfr. P. Delprete, "La punibilità per omessa o ritardata comunicazione al MROS", in *Rivista ticinese di diritto*, II, 2019, pag. 353 ss.).

dalla natura del trust, che sia revocabile o irrevocabile oppure discrezionale o non discrezionale. Può trattarsi di beni che si trovano sul territorio svizzero ma anche di beni che si trovano fuori dal territorio svizzero. Allo scopo di poterli sequestrare il Ministero Pubblico svizzero farà capo agli strumenti rogatoriali previsti dalle convenzioni internazionali e dai numerosi trattati bilaterali stipulati dalla Svizzera.

Il Tribunale federale ha esaminato e deciso la questione della legittimazione attiva nel procedimento penale e nel procedimento civile adesivo al procedimento penale condotto contro un trustee per reati commessi in danno del trust.

In questi casi, è stata riconosciuta la legittimazione da parte del beneficiario. Venne per contro negata la legittimazione processuale penale della persona che aveva costituito il trust (*settlor*) (36).

■ Conclusione

L'evoluzione della dottrina e della giurisprudenza svizzere, ormai da decenni si è consolidata anche

riguardo ai doveri dei trustee. Questo consolidamento è addirittura sfociato in norme, sparse nelle diverse leggi svizzere, che concretizzano e precisano questi obblighi. Una volta che il Parlamento svizzero dovesse accettare una o più delle numerose proposte favorevoli all'istituzione di un trust di diritto svizzero c'è da attendersi e auspicare un'ulteriore concretizzazione e precisazione degli obblighi del trustee. Un'evoluzione necessaria anche in considerazione della diffusione crescente del trust non solo sulla piazza bancaria e finanziaria, come dimostrato dai risultati della recente ricerca effettuata su incarico di tre importanti uffici della Confederazione svizzera. (37)

Note:

(36) Sentenza del Tribunale penale federale BB.2017.206 del 30 maggio 2018; sentenza del Tribunale federale 6B_1051/2018 del 19 dicembre 2018.

(37) Morger/Liesch, BASF, Zurigo, 5.12.2019, Regulierungsfolgenabschätzung zur Schaffung einer gesetzlichen Regelung von Trusts in der Schweiz - Analyse der Volkswirtschaftlichen Auswirkungen, im Auftrag des Bundesamtes für Justiz (BJ), des Staatssekretariats für Finanzfragen (SIF) und des Staatssekretariats für Wirtschaft (SEKO).