

ANDREA FUSARO

Patrimoni di scopo, trust e fiducia nell'esperienza giuridica italiana

INDICE: 1. *I patrimoni di scopo* .2. *Il contesto della famiglia*. 2.1. *Le intestazioni fiduciarie*. 2.2 *La comunione legale*. 2.3 *Il fondo patrimoniale*. 2.4 *La famiglia di fatto*. 2.5. *La crisi coniugale*.3. *La sostituzione fedecommissaria*. 4. *Il patto di famiglia* .5. *Le fondazioni di famiglia* . 6. *Gli atti di destinazione dell'art. 2645 ter c.c.* ..7. *Il trust* .8. *L'adozione di una disciplina italiana della fiducia*

1. La teoria generale distingue i patrimoni autonomi dai patrimoni separati, a seconda che siano dotati di soggettività - vale l'esempio della fondazione -, oppure, pur continuando a fare capo ad un soggetto, tuttavia rimangano accantonati, segregati rispetto alla complessiva ricchezza di quest'ultimo; quindi uno dei momenti di rilevanza cruciale del patrimonio separato lo si coglie rispetto alla garanzia generica del debitore sancita dall'art. 2740 cod.civ.. Il nostro ordinamento conosce, invece, due vie per limitare la responsabilità: l'autonomia patrimoniale, laddove la limitazione della responsabilità è giustificata dall'organizzazione; il patrimonio destinato, ove la giustificazione risiede nello scopo.

La portata dell'art. 2740 c.c. è stata degradata sia moltiplicando le cause di privilegio dei crediti (tra gli ultimi quello del contratto preliminare), sia abolendo il requisito dell'utilità dello scopo delle persone giuridiche con il d.p.r. 361/2000. Gli attentati recentemente ripetuti nei suoi confronti dal legislatore hanno indotto gli autori a riprendere i fili della sua storia, ricordando come esso sia figlio del Code Civil e delle reazioni contro gli antichi privilegi: alla radice deve riconoscersi l'intento di agevolare il credito tramite la garanzia generica, poi ridimensionata attraverso il frazionamento dell'uguaglianza normativa dei soggetti, la specializzazione del ceto creditorio.

Il titolo della relazione di apertura concentra il fuoco sul trust, che com'è noto non appartiene al diritto italiano, ma è dallo stesso semplicemente riconosciuto - in quanto costituito secondo un ordinamento che lo contempla - in forza della ratifica della convenzione dell'Aja. I "Trust nel diritto italiano" evoca un noto volume¹, rivolto a dimostrare la comunanza di "principia" tra gli ordinamenti di civil law e quelli di common law, quindi muove da una premessa culturale molto precisa, ampiamente argomentata, condivisa da molti, che richiederebbe un'apposita illustrazione². Per il resto, nel diritto italiano si parla di patrimoni di scopo, annoverando in tale ambito il trust quale esemplare straniero a fianco degli istituti interni elencati nel tema dell'incontro. E' questa la lettura che ho privilegiato, senza tuttavia emarginare il trust dall'orizzonte, bensì includendolo nella trattazione quale termine di raffronto, rispetto al quale misurare l'efficienza degli strumenti italiani

Per compattare la prospettiva vorrei capovolgere l'approccio consueto, muovendo dall'osservazione della realtà, al fine di registrare le domande di tutela giuridica che emergono, poi guardare alle risposte fornite dal nostro ordinamento, infine confrontarle con quelle dello strumento straniero.

Quale contesto sociale oggetto di osservazione scelgo quello della famiglia, particolarmente adatto ad evidenziare le istanze, gli strumenti interni offerti, l'alternativa rappresentata da quelli stranieri.

2. L'osservazione dei rapporti di famiglia restituisce uno spettro di domande di tenore assimilabile a quello di ogni esigenza di affidamento fiduciario: la richiesta di separare ricchezza - di ogni tipo -, assicurandone la gestione, sia nel senso della manutenzione - in particolare per gli immobili - sia rispetto alla sostituzione - ciò che attiene a beni mobili, valori mobiliari, denaro -, proteggendola dall'aggressione dei creditori personali dei disponenti - e possibilmente dei beneficiari -, garantendo l'attribuzione dei frutti e/o della ricchezza medesima ai soggetti individuati.

¹ M. Lupoi, *I trust nel diritto civile*, Utet, Torino 2004

² M. Lupoi, *Origine civilistica dei trusts: una prima indagine*, in *Diritto privato*, 1998, 65-118

Il settore della famiglia si caratterizza sia per l'ambiente, sia per la presenza di strumenti giuridici dedicati: quanto al primo versante è sufficiente pensare all'intreccio di relazioni personali ed economiche, nonché agli spostamenti patrimoniali che ne scaturiscono, poi alla incidenza delle vicende coniugali (la separazione, il divorzio); ancora, al coinvolgimento dei figli; infine all'espansione delle relazioni di fatto, le convivenze, rispetto alle quali si constatano le medesime domande di tutela, che tuttavia non trovano sbocco nelle risposte che l'ordinamento circoscrive alla famiglia fondata sul matrimonio.

Queste ultime - e veniamo così al secondo profilo - consistono notoriamente nella comunione legale, nel fondo patrimoniale, nonché negli accordi concepibili in sede di divorzio congiunto, mentre allo stato della giurisprudenza non si può constatare sulla fondazione di famiglia. Strumenti che, tuttavia, non soddisfano le domande di tutela, alle quali si cerca di ovviare tramite il ricorso agli atti di destinazione ed al trust.

Per una migliore organizzazione del discorso è opportuno scandire le singole fenomenologie, considerando le coppie coniugate, poi i conviventi, quindi la crisi coniugale, seppur nella consapevolezza dell'intreccio inestricabile esistente tra talune tessere di questo mosaico: basti pensare alle esigenze dei figli, od all'eventualità della crisi coniugale. Ancora, alle intestazioni sotto nome altrui, che ricorrono sia nella famiglia legittima, sia in quella di fatto.

2. 1 La coppia (coniugata, od anche di fatto) che prosegue - la ongoing family per dirla in altra lingua - esibisce molteplici domande, non tutte tra loro connesse. Tra le tante, si segnalano le istanze rivolte ad ottenere strumenti per tutelare gli acquisti perfezionati in capo ad un soggetto diverso da quello che fornisce la provvista per il pagamento del prezzo, per ragioni ora sostanziali (la casa di abitazione per il figlio) ora fiscali (l'intestazione al coniuge dell'alloggio per fruire delle agevolazioni prima casa) ora di protezione patrimoniale (ancora l'intestazione al coniuge)³.

La prassi notarile ricorre volentieri al mandato senza rappresentanza - spesso perfezionato per scrittura privata autenticata e perciò registrata -, senza che tuttavia l'accorgimento valga a proteggere davvero nei confronti dei creditori, e neppure ad impedire l'ingresso dell'acquisto nell'oggetto della comunione legale (come ha talora ritenuto la Cassazione).

Emerge, così, una lacuna per colmare la quale attualmente si invoca uno strumento nuovo, all'occorrenza straniero

2.2 L'istanza volta alla separazione di una porzione patrimoniale, conservandone la gestione, e riservandosene la sostituzione, schermandola rispetto ai creditori personali, trova una prima risposta nella comunione legale. Essa, nei panni di condizione di contitolarità regola lo statuto dei beni; quale meccanismo di distribuzione della ricchezza ne regola l'acquisto; come regime s'ingerisce nella responsabilità patrimoniale. La tecnica prescelta è imperniata sull'esposizione dei beni piuttosto che dei soggetti: obiettivo primo è la creazione di una causa di prelazione sull'oggetto della comunione a favore di una categoria di creditori, postergando le ragioni degli altri.

L'impianto evoca quello delle società di persone, ove ai creditori sociali che si predispongano ad aggredire il patrimonio del socio può essere opposto l'onere della preventiva escussione di quello sociale. L'accostamento è, però, soltanto tendenziale, sia per la diversa dinamica del beneficio di escussione, sia in ragione della disomogeneità tra i rispettivi criteri di individuazione dei creditori della massa, sia infine in ordine alla posizione dei creditori particolari⁴.

Dal confronto con le società emerge l'opposizione propria tra patrimonio separato ed autonomo; il diverso grado di isolamento della ricchezza ottenuto ricorrendo all'entificazione; la superiore protezione accordata alle cause di prelazione: la contabilizzazione di un passivo a fianco dell'attivo, e la

³Casistica che ho affrontato in *La restituzione degli arricchimenti tra coniugi*, in *NGCC*, 2010, II, p. 1-5

⁴ Mi permetto di rinviare al mio *Il regime patrimoniale della famiglia*, in *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, dir. da F. Galgano, CEDAM, 1990.

detrazione di quello da questo come pregiudiziale alla sua apprensione da parte del contitolare, come del suo creditore. Anche della comunione sono configurati un attivo ed un passivo (art. 194, I c., cod.civ.), ma la loro consistenza è raggiunta – salvo misure eccezionali – solo allo scioglimento (art.192, IV c., cod.civ.); l’iniziativa dei creditori può, ovviamente, essere anticipata.

Il riferimento testuale ai beni, piuttosto che al patrimonio od all’attivo, porta alla radice di questo impianto, edificato intorno alla ricchezza immobiliare. Il denaro, pur concepito quale componente dell’attivo immediato (art. 192, I c., cod.civ.), sembra trovare la sua sede più propria nella comunione residuale, dunque nella contabilizzazione finale (artt. 194, I c., e 194, I c., cod.civ.)⁵.

I beni della comunione costituiscono garanzia nei confronti di un novero ampio di creditori, incluso del soddisfacimento delle diverse esigenze: dei beni e della loro gestione, della famiglia comprensiva dei figli, ma pure di quella dei coniugi soltanto. Letto in negativo, per ciò che vieta piuttosto che per ciò che consente, l’art. 186 cod.civ. vale a postergare la posizione dei creditori sorti in dipendenza di obbligazioni contratte anche congiuntamente prima del matrimonio (art. 187 cod.civ.), o dopo separatamente e senza connessione con gli interessi della famiglia o dei beni comuni.

Di patrimonio di scopo può parlarsi, quindi, solo in senso latissimo, atteso che qualsiasi obbligazione assunta insieme dai coniugi impegna i beni comuni. La comunione legale vede, insomma, rilasciate sia le frontiere sia le finalità: l’impermeabilità è sostituita dalla sussidiarietà, e l’assegnazione della prelazione è maggiormente affidata alla disponibilità dei coniugi. Non è, dunque, adatta a proteggere il peculio familiare, scopo da perseguire per altra via.

2.3 E', invero, ricorrente la domanda di tutela che trova - o troverebbe - sbocco nel fondo patrimoniale, ossia il desiderio di costituire un gruzzolo per il menage presente e futuro, un patrimonio per il sostentamento dei coniugi e dei loro figli comuni, messo al riparo da rovesci di fortuna, ma pure da crisi coniugali e nuove nozze, magari con figli - come si dice - di secondo letto, e pure dalla morte.

Il fondo patrimoniale è classificato quale patrimonio di destinazione: patrimonio separato perché, secondo l'art. 167, I comma, cod. civ., determinati beni immobili o mobili iscritti nei pubblici registri o titolo di credito sono destinati a far fronte ai bisogni della famiglia⁶. Quindi soltanto un certo agglomerato di creditori potranno accampare pretese su questi beni: vediamo concretizzarsi questa sezione che si opera all'interno del patrimonio di un soggetto in deroga all'art. 2740 cod. civ.. Patrimonio separato e non patrimonio autonomo, se vogliamo conservare le classificazioni tradizionali; come tale, sfornito di soggettività.

Neppure il fondo patrimoniale costituisce, però, una risposta adeguata.

L'individuazione dei creditori cui la separazione è opponibile è affidata ad un'espressione legislativa di incerta lettura, la cui portata è quasi annichilita dalla più recente giurisprudenza. Nella determinazione dei bisogni della famiglia è depositato il sale dei fondi che, secondo la felice espressione sono spesso fondi di Pulcinella. Quanto più dilatiamo la nozione, tanto più allarghiamo la schiera dei creditori che potranno aggredire i beni. Quindi la vera partita si gioca tutta sulla nozione di bisogno. Al riguardo la giurisprudenza non è chiarissima: in linea di principio sembra sposare la tesi più restrittiva e limitare l'aggredibilità soltanto ai creditori sorti per soddisfare direttamente i bisogni della famiglia, ma poi apre ai creditori commerciali, sulla scorta della considerazione che il lavoro consente di procurarsi il denaro per far fronte al sostentamento della famiglia. E' aperto l'interrogativo se sia possibile estendere o circoscrivere la responsabilità dei beni, attraverso - appunto - l'ampliamento o la limitazione dei bisogni che il singolo fondo è destinato a soddisfare.

⁵ Per un aggiornamento G. OBERTO *La comunione legale tra coniugi*, Giuffrè, Trattato di diritto civile e commerciale, 2010

⁶ All'istituto ho dedicato: *Del fondo patrimoniale*, in E. Gabrielli(dir.), *Commentario del codice civile, Della famiglia*(cur. da L. Balestra), Utet, 2010, pp. 1043 - 1086

Quanto all'oggetto, il fondo è rivolto agli immobili - ed ai mobili registrati -, nonché ai titoli nominativi; la prassi ha già forzato il dettato legislativo per farvi rientrare le quote di s.r.l., ma il denaro proprio non si sa come farcelo stare (salvo pensare ai dossier titoli od ai conti nominativi).

La giurisprudenza prevalente, ancorché non compatta, con il conforto della Corte Costituzionale, ha avallato la linea secondo cui l'opponibilità ai terzi del fondo patrimoniale dipende non già dalla trascrizione, ma dall'annotamento dei registri nello Stato Civile.

L'iter presso lo Stato Civile è, però, una sorta di girone dantesco dove la formalità vaga, secondo un percorso - non cronometrato - privo persino di blocchi di partenza, di registri d'ordine atti a far constare l'avvenuto deposito⁷. Difettano indicazioni circa il momento in cui si realizza l'opponibilità ai terzi, e circa l'imputabilità del ritardo alla parte: mentre per la pubblicità immobiliare vale l'ordine cronologico di presentazione, qui non c'è niente di simile. Poiché fino a quando la pubblicità non è stata attuata i terzi non hanno modo di accorgersene, il ritardo degli uffici pubblici nell'esecuzione delle formalità viene a ricadere sul privato, cui rimane solo un'azione di rivalsa nei confronti della Pubblica Amministrazione.

E in che fase si verifica l'opponibilità? Dalla pubblicazione presso l'ufficio dello stato civile del luogo della celebrazione del matrimonio, o presso quello della residenza? È sicuramente il meccanismo meno adatto per l'opponibilità ai terzi⁸. Finché non appare sul certificato di matrimonio non pare opponibile, né sono consentite visure del registro: non lo si può ispezionare, ma occorre attendere l'estratto. Ciò nonostante la Cassazione l'ha valorizzata⁹; e così pure la Corte Costituzionale¹⁰, investita della questione con un'ordinanza del Tribunale di Genova¹¹. La soluzione non soddisfa perché - come hanno osservato ormai molti - questa pubblicità non è organizzata per evidenziare il regime dei singoli beni: indica l'esistenza di un fondo patrimoniale, ma non la sua consistenza, né è aggiornata in modo da dar conto delle variazioni. Chi difende la tesi opposta suggerisce di intrecciare le risultanze dei registri dello stato civile con quelle dei Registri Immobiliari: dai primi si apprende che c'è un fondo patrimoniale, dai secondi se ne constata l'esatta composizione.

Il fondo è come un salvadanaio dove si introducono le monete, le si estraggono e se ne mettono dentro altre, oppure è semplicemente un vincolo, un chiavistello che si pone sopra certi beni? In un'ottica si postula un fondo che viene successivamente implementato, impoverito o comunque variato; nell'altra, invece, beni cui viene apposto un nastrino, un punzone. Non c'è assolutamente concordia, e direi che neppure sono questi i termini adottati: il quesito tradizionalmente formulato è se gli acquisti successivi configurino incrementi del fondo originario oppure nuovi fondi, ma così formulato non cattura il tema centrale perché enfatizza i corollari anziché l'impostazione pregiudiziale che si adotta. In un caso lo avviciniamo al patrimonio separato, nell'altro alle cause di prelazione.

Valgono i paradigmi opposti dell'ipoteca da un lato, e della fondazione dall'altro: ogni bene ha la sua ipoteca, mentre la fondazione è titolare del suo patrimonio e mantiene la propria identità, ancorché questo patrimonio subisca modificazioni. Sono due diverse prospettazioni. Si pensi a quella giurisprudenza sul pegno rotativo dove appunto si ragiona nei termini del patrimonio separato rispetto al pegno di alcuni pacchetti azionari¹². Il fondo patrimoniale ha attitudine a costituire un'ammini-

⁷ Occorre un visto preventivo del P.M. in sede civile, che provvede quando può; dopodiché la copia dell'atto viene inviata al registro dello stato civile del luogo dove è stato celebrato il matrimonio che poi lo trasmette al registro della residenza dei coniugi: qualora i coniugi abbiano residenze diverse possono essere interessati addirittura tre registri dello stato civile.

⁸ Nella prassi notarile quando si spedisce la copia dell'atto all'ufficio di stato civile si allega una letterina in cui si prega l'ufficio di precisare (ai sensi della legge 241/90) il responsabile dell'operazione.

⁹ Cass., 27 novembre 1987, n. 8824; Cass. 1 ottobre 1999, n. 10859; Cass., 28 novembre 2002, n. 16864; Cass., 15 marzo 2006, n. 5684; Cass. 5 aprile 2007, n. 8610

¹⁰ Corte Cost., 6 aprile 1995, n. 111

¹¹ Nella specie una banca aveva proceduto al pignoramento di un bene costituito in fondo di cui era stata effettuata la trascrizione prevista dall'art. 2647 cod. civ., ma non l'annotazione nei registri dello stato civile. Avverso l'opposizione all'esecuzione, la banca eccepì il difetto di pubblicità presso lo stato civile; e la controparte sollevò appunto questione di costituzionalità, ritenuta non manifestamente infondata dal Tribunale di Genova che ha rimesso alla Corte.

¹² Da ultimo Cass., 26 gennaio 2010, n. 1526

strazione di valori ancorché i beni mutino l'identità, o consiste, invece, in un vincolo su beni, cosicché la surrogazione reale riesce molto difficile? E' in gioco l'obbligo del reimpiego del ricavato in caso di vendita, affermato da alcune decisioni in presenza di figli, ma creando un'asimmetria perché difficilmente si afferma altrettanto in assenza di figli minori. Il fondo patrimoniale quanti volti ha dunque? Uno in presenza di figli minori e un altro in assenza? Si tratta di quesiti di dettaglio che non si potranno mai sciogliere finché non ci si concorda sull'identità del fondo.

La surrogazione reale, la sostituzione dei beni, avvicina al *trust*. In un bel saggio¹³ pubblicato una ventina di anni fa veniva evidenziata la tendenza del *common law* inglese a costruire un *trust* in presenza dell'amministrazione di un patrimonio con un oggetto mutevole, laddove noi impieghiamo la surrogazione reale.

L'obiettivo è parimenti perseguibile attraverso l'espressa costituzione di un *trust*.

2.4 Ancora, il fondo patrimoniale non accorda pretese dirette ai beneficiari, in particolare ai figli. Inoltre è destinato a cessare sia con il divorzio sia con la morte, non funzionando quindi rispetto al fenomeno delle cosiddette famiglie ricomposte.

La situazione dei conviventi è ulteriormente cadetta. Invero, se ci interroghiamo circa l'ammissibilità della costituzione di un fondo patrimoniale tra conviventi *more uxorio*, imbocchiamo quel grande tema della famiglia di fatto che viene affrontato secondo considerazioni molto ampie, di carattere certamente giuridico, ma anche sociologico e di altra intonazione ancora. La tendenza generale è restrittiva, e non constano precedenti in tema. Gli atti di destinazione previsti dall'art. 2645 ter c.c. ed i *trust* sono, dunque, gli unici surrogati del fondo patrimoniale per i conviventi.

2.5 Altre domande di tutela provengono dalle sistemazioni adottate nell'ambito di crisi coniugali, laddove si vorrebbe proteggere dai creditori sia la casa familiare oggetto di assegnazione sia lo stesso patrimonio del soggetto obbligato agli alimenti¹⁴.

Ancora, si intenderebbe impedire l'alienazione dei cespiti da parte del coniuge assegnatario; spesso si vorrebbe articolare l'attribuzione programmando - ma non attuando - il futuro trasferimento della proprietà ai figli, attraverso marchingegni più duttili della canonica dissociazione tra usufrutto - al coniuge - e nuda proprietà.

Di qui il crescente impiego di *trust* ed atti di destinazione.

3. Peculiari istanze si stagliano in presenza di figli incapaci - il dopo di noi -, per cui sarebbe impiegabile la fondazione di famiglia già allo stato dei luoghi comuni correnti, sennonché la definitiva limitazione dei beneficiari predeterminandone la condizione di svantaggio trattiene dal loro impiego.

Il nostro codice civile, agli artt. 692 ss., prevede la *sostituzione fedecommissaria*.

3.1 Gli articoli 692¹⁵ e seguenti del codice civile contengono la disciplina della *Sostituzione fedecommissaria*, riservandola ai genitori, agli altri ascendenti in linea retta ed al coniuge dell'interdetto.

¹³ M. Graziadei e B. Rudden, *Il diritto inglese dei beni e il trust: dalle res al fund*, in *Quadrimestre*, 1992, 458

¹⁴ Rinvio ancora ad un mio lavoro *Assesti patrimoniali in occasione della separazione*, in *Nuova Giur. Ligure*, 2010, n.2, pp. 61- 63

¹⁵ Articolo 692 Sostituzione fedecommissaria :”[I]. Ciascuno dei genitori o degli altri ascendenti in linea retta o il coniuge dell'interdetto possono istituire rispettivamente il figlio, il discendente, o il coniuge con l'obbligo di conservare e restituire alla sua morte i beni anche costituenti la legittima, a favore della persona o degli enti che, sotto la vigilanza del tutore, hanno avuto cura dell'interdetto medesimo.[II]. La stessa disposizione si applica nel caso del minore di età se trovasi nelle condizioni di abituale infermità di mente tali da far presumere che nel termine indicato dall'articolo 416 interverrà la pronuncia di interdizione.[III]. Nel caso di pluralità di persone o enti di cui al primo comma i beni sono attribuiti proporzionalmente al tempo durante il quale gli stessi hanno avuto cura dell'interdetto.[IV]. La sostituzione è priva di effetto nel caso in cui l'interdizione sia negata o il relativo procedimento non sia iniziato entro due anni dal raggiungimento della maggiore età del minore abitualmente infermo di mente. È anche priva di effetto nel caso di revoca

Il contenuto è quello tradizionale, consistente nell'istituzione rispettivamente del figlio, del discendente, del coniuge con l'obbligo di conservare e restituire alla sua morte i beni - anche costituenti la legittima- a favore della persona o degli enti che, sotto la vigilanza del tutore, hanno avuto cura dell'interdetto medesimo.

Il testo vigente è stato introdotto dalla riforma del diritto di famiglia¹⁶, la quale ha modificato il divieto di sostituzione comminato dal codice civile del 1942¹⁷, introducendo l'eccezione a favore degli interdetti (c.d. fedecommesso assistenziale)¹⁸. Secondo l'indirizzo della Corte di Cassazione costituiscono tale istituto: a) la duplice vocazione (che ricorre quando la doppia vocazione cada sui medesimi beni o parte, di essi a titolo di eredità o di legato non essendo richiesta la chiamata del sostituto nella medesima qualità dell'istituto); b) l'ordine successivo (che si verifica quando uno stesso bene è attribuito in ordine successivo a più soggetti, con l'obbligo per il primo istituito di conservarlo e di tra smetterlo al successivo istituito che deve però conseguirlo come avente causa del *de cuius*); c) l'obbligo di conservare per restituire¹⁹.

3.2 La sanzione della nullità è stata frequentemente oggetto di esame giurisprudenziale a margine di casi disparati, laddove emergevano generici intenti di pianificazione successoria, attuati tramite la previsione dell'attribuzione a distinti soggetti della nuda proprietà e dell'usufrutto dei beni ereditari²⁰. In applicazione dei criteri enunciati è stata qualificata fedecommesso la disposizione testamentaria, comunque articolata, che conferisca secondo un ordine successivo determinati beni ad un istituto per la durata della sua vita ed i medesimi beni ad un altro soggetto (sostituto) dopo la morte del primo, mentre tale figura non sussiste quando ai chiamati vengano attribuiti in via successiva diritti diversi. Nel caso in cui il testatore assegni ad una persona l'usufrutto ed ad un'altra la nuda proprietà dello stesso bene, non si ravvisano gli estremi di una sostituzione fedecommissaria vietata, per la

dell'interdizione] o rispetto alle persone o agli enti che abbiano violato gli obblighi di assistenza.[V]. In ogni altro caso la sostituzione è nulla”.

¹⁶ art. 197 ss. l. 19 maggio 1975, n. 151

¹⁷ “L'ordine pubblico non osta all'applicazione della legge straniera che consente la sostituzione fedecommissaria di un ambito soggettivo ed oggettivo più ampio di quello entro cui la medesima sostituzione è ammessa dall'art. 692 c.c. Da un lato, infatti, la sostituzione fedecommissaria non è in contrasto con alcuna norma costituzionale. Dall'altro, i ristretti limiti entro i quali essa è ammessa in base all'attuale testo dell'art. 692 c.c., introdotto con la legge 19 maggio 1975 n. 151, non operano, giusta la norma transitoria contenuta nell'art. 238 comma 2, di questa, riguardo alle sostituzioni fedecommissarie anteriori all'entrata in vigore della medesima legge, tuttora regolate dal testo originario dell'art. 692 c.c., che le ammetteva entro limiti più ampi”: Cass., 5 aprile 1984, n. 2215, in *Riv. dir. internaz.* 1985, 183.

¹⁸ Sul fedecommesso Azzariti, *La sostituzione fedecommissaria*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Rescigno, 6, Torino, 1997, p. 333 ss.; Palazzo, *Le successioni*, II, in *Trattato di diritto privato* a cura di Iudica e Zatti, Milano, 1996, p. 777 ss.; G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2006; Terzi, *Sostituzione semplice e sostituzione fedecommissaria*, in AA.VV., *Successioni e donazioni* a cura di Rescigno, I, Padova, 1994, p. 1160 ss.; Benedetti, *Delle sostituzioni*, in AA. VV., *Commentario al diritto italiano della famiglia* diretto da Cian, Oppo e Trabucchi, V, Padova, 1992, p. 206 ss.; Capozzi, *Successioni e donazioni*, Milano, 1983, p. 580 ss.; Giannattasio, *Delle successioni. Successioni testamentarie*, in *Commentario del codice civile* a cura di magistrati e docenti, II, Torino, 1978, p. 357 ss. Durante, *Fedecommesso*, in *Enc. giur. Treccani*, XIV, Roma, 1989, p. 3 ss.; Amato-Marinaro, *La nuova sostituzione fedecommissaria*, Napoli, 1979, p. 34 ss.; Talamanca, *Successioni testamentarie*, nel *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1978, p. 287 ss. Prima della riforma del 1975, si vedano Ricca, *Fedecommesso*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, p. 139 ss.; Casulli, *Sostituzione ordinaria e fedecommissaria*, in *Noviss. Dig. it.*, XVII, Torino, 1971, p. 980 ss.; Gangi, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, II, Milano, 1964, p. 272 ss.; Piras, *La sostituzione fedecommissaria nel diritto civile italiano*, Milano, 1952.

¹⁹ Cass. 18 settembre 1998, n. 9320, in *Corr. giur.*, 1999, 577, *Giur. it.*, 1999, 914, *Foro it.* 1998, I, 3127

²⁰ In tema è reperibile parecchia dottrina: M. Trapani, *Divieto di sostituzione fedecommissaria e attribuzione disgiunta di usufrutto vitalizio e nuda proprietà*, nota a Trib. Venezia, 9 Ottobre 2001, in *Famiglia*, 2002, 2, 575; Valenza, *Sostituzione fedecommissaria e attribuzione separata di usufrutto e nuda proprietà*, in *Corr. giur.*, 1999, p. 577 ss. e di Masucci, *Attribuzione disgiunta di usufrutto e nuda proprietà: fedecommesso vietato?*, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, c. 1005 ss.

sussistenza della quale si richiedono la duplice chiamata, l'ordine successivo delle chiamate e l'obbligo per l'istituto di conservare e restituire i beni alla sua morte a favore di altro soggetto²¹. Di conseguenza la disposizione con la quale il de cuius lascia a persone diverse rispettivamente l'usufrutto e la nuda proprietà di uno stesso bene non integra gli estremi della sostituzione fedecommissaria, quando ricorrano le seguenti circostanze: a) le disposizioni siano dirette e simultanee e non in ordine successivo; b) i chiamati non succedono l'uno all'altro, ma direttamente al testatore; c) la consolidazione tra usufrutto e nuda proprietà costituisca un effetto non della successione, ma della vis espansiva della proprietà²².

E' stata riconosciuta la validità di un testamento con il quale un genitore di un incapace di intendere e volere lasciava alle proprie cugine il suo patrimonio a condizione che lo assistessero, ancorché disponendo la loro immissione nel possesso dei beni dopo la morte di tale figlio²³; poiché mancava la doppia vocazione in ordine successivo e l'obbligo per il figlio di conservare e restituire, l'interpretazione privilegiata – sulla scorta del favor testamenti- fu nel senso di ravvisare un'istituzione di eredi delle predette nella nuda proprietà del patrimonio, e di un legato di usufrutto a favore dell'incapace, anziché di una sostituzione fedecommissaria - nulla perché in violazione dell'art. 692 c.c. -²⁴.

Ancora valida è ritenuta la clausola della disposizione testamentaria "si sine liberis decesserit", sulla scorta della considerazione che essa, subordinando l'istituzione di erede alla condizione risolutiva del decesso senza figli, esclude, nel caso di avveramento della condizione, il diritto del secondo istituito alla restituzione dei frutti percepiti in vita dall'erede istituito "sub condizione" e pertanto non priva la condizione dei suoi effetti retroattivi; essa non comporta, quindi, in se e per sé considerata, una sostituzione fedecommissaria, essendo perfettamente coerente con la disciplina degli effetti dell'avveramento della condizione risolutiva previsti dall'art. 646 c.c., che esclude l'erede o il legata-

²¹ Cass., 3 febbraio 1993, n. 1320, in *Giust. civ.* 1994, I, 499 nota DI MAURO.

²² Cass., 10 gennaio 1995, n. 243

²³ Questo il tenore del testamento, riportato nel corpo della motivazione di Cass. 18 settembre 1998, n. 9320, sopra citata: "Io qui sottoscritta nella paura di mia morte improvvisa dispongo del mio patrimonio nel modo seguente: Lascio alle mie cugine Rosa e Maria Greco, figlie di una sorella di mia madre, il mio patrimonio a patto che assistano mia figlia nella propria casa di Via P. Umberto o quella di via Caracciolo (a scelta) e la tengano con amore e carità cristiana. Le mie cugine entreranno in possesso dei beni dopo la morte di mia figlia Elisa. Spero che Dio mi dia salute per un testamento più particolareggiato". F-to "Salamone Rosaria fu Antonino" "Augusta 10 gennaio 1965" - P.S. Ogni anno dal mese di luglio fino a tutto il mese di settembre le mie cugine porteranno mia figlia nella propria casina di Monte S.Elena contrada Archivoti, per la villeggiatura." F-to "Salamone Rosaria fu Antonino" - "Augusta 10 gennaio 1965".

²⁴ Cass., 18 settembre 1998, n. 9320, cit. La figlia della testatrice era interdetta, ma la fattispecie era regolata dalla norma anteriore al 1975. Nella specie, l'unico unico zio materno, quale erede legittimo della testatrice, aveva convenuto in giudizio gli eredi al fine di sentir dichiarare la nullità del testamento olografo, assumendo che tale testamento, che concretava una palese lesione dei diritti ereditari della nipote, dichiarata interdetta e deceduta lasciando come eredi esso unico zio materno e l'unico zio paterno, era del tutto invalido in quanto le stesse integravano una sostituzione fedecommissaria vietata dalla legge; che infine le predette disposizioni testamentarie dovevano, in ogni caso, ritenersi inefficaci nella parte in cui eccedevano la quota di cui la testatrice poteva disporre, e quindi dovevano essere ridotte nei limiti della quota medesima per reintegrare i diritti della legittimataria, in accoglimento della specifica domanda subordinata di riduzione.

Il Tribunale esclude che la testatrice avesse inteso porre in essere una sostituzione fedecommissaria, bensì disporre della nuda proprietà del suo patrimonio in favore delle sorelle, con legato di usufrutto. Con sentenza n. 847-94 del 7 - 28.12.1994, la Corte di Appello di Catania confermò tale decisione, assumendo che unico intento della testatrice era stato quello di assicurare, con i propri beni, alla figlia inferma di mente, la necessaria continua assistenza per il periodo successivo alla sua morte, risultando tale scopo agevolmente raggiungibile disponendo della nuda proprietà a favore delle cugine, affinché prestassero la necessaria assistenza, e dell'usufrutto a favore della figlia; riteneva la Corte di Appello che nel caso in esame non vi era stata una sostituzione fedecommissaria, bensì una chiamata immediata e simultanea di un soggetto (le cugine) nella nuda proprietà e di un altro soggetto (la figlia) nell'usufrutto. Per cui appariva chiaro che la testatrice aveva inteso lasciare contemporaneamente alle cugine la nuda proprietà e alla figlia l'usufrutto degli stessi beni, con disposizione valida ed efficace, perché non integrante una sostituzione fedecommissaria, la quale sarebbe risultata vietata in quanto non rientrante in alcuna delle ipotesi eccezionali consentite dall'art. 692 c.c., come applicabile nella fattispecie, nel testo anteriore alla riforma attuata con la legge 151-75.

rio dall'obbligo di restituzione dei frutti percepiti fino al momento in cui si è verificata la condizione²⁵. Il tutto salvo si accerti caso per caso, sulla base della volontà del testatore e delle particolari circostanze e modalità della disposizione, che essa sia stata impiegata per mascherare una sostituzione fedecommissaria²⁶.

3.3 Il limite principale del fedecommissario è, tuttavia, rappresentato dall'inutilizzabilità per i soggetti sottoposti ad amministrazione di sostegno, che notoriamente nella prassi ha ormai soppiantato l'interdizione, alla quale soltanto gli artt. 692 c.c. ss. fanno riferimento.

Ad oggi non si registrano, invero, conferme della proposta di apertura nei confronti dell'impiego del fedecommissario a favore dell'amministrato, da taluno avanzata appoggiandosi all'art. 411, 4° c., c.c.²⁷, sulla scorta del quale il giudice tutelare nel provvedimento di nomina dell'amministratore può estendere determinati "effetti" previsti da disposizioni di legge per l'interdetto.

Si raccomanda, allora, l'adozione di uno strumento fiduciario flessibile, quale è il trust. Al riguardo si segnala che è stata interpretata non come una sostituzione fedecommissaria, ma quale disposizione istitutiva di "trust" la disposizione con cui il testatore dichiara di "lasciare in eredità" al fiduciario, in proprietà assoluta, ogni suo avere, ma a beneficio della figlia²⁸.

4. Ci si affaccia così sulle successioni, laddove è nota l'incompletezza della risposta fornita attraverso il patto di famiglia quale strumento per governare il passaggio generazionale nelle imprese²⁹. Il legislatore ha mirato alla continuità dell'impresa nel passaggio generazionale, senza badare troppo ai danni collaterali. Tra le vittime alcune sono apparse irrimediabilmente predestinate, altre soltanto minacciate. Queste ultime rivestono diseguale pregio agli occhi degli interpreti, che hanno indirizzato i soccorsi in particolare in favore dei più cari: mentre la legittima in natura è risultata definitivamente pregiudicata, ci si è parati a proteggere la relatività degli effetti del contratto: tra i bersagli variamente colpiti e protetti la tutela della riserva, l'unità della successione. Altri principi interessati: il collegamento tra dispensa da collazione e da imputazione; l'ordine di riduzione delle donazioni. L'analisi del patto di famiglia è, poi, l'occasione per metterne a fuoco altri: dall'art. 553 c.c. si ricava quello per cui la legittima va reclamata anzitutto sui beni lasciati nella successione ab intestato. Circa la struttura occorre distinguere il profilo base, dalle varianti. Sul primo fronte si collocano i soggetti, laddove la dottrina si è divisa tra la maggioranza che postula l'intervento di tutti i legitti-

²⁵ Cass. 25 novembre 1992, n. 12564, *Giust. civ.* 1993, I, 1531 nota DI MAURO

²⁶ Cass., 27 novembre 1990, n. 11428; Cass., 19 gennaio 1985, n. 150, in *Riv. Not.*, 1985, 483. Cass., 11 luglio 1980, n. 4443, in *Arch. civ.* 1980, 1042: "nell'ipotesi in cui il testatore stabilisca che l'erede istituito, nel caso in cui non dovesse avere mai figli, dovrà devolvere i beni ereditari ad una istituenda fondazione di beneficenza e che, non sorgendo detta fondazione, l'eredità dovrà passare ad altri eredi, occorre procedere ad un attento esame della volontà del testatore per accertare se l'inadempimento dell'onere apposto all'istituzione di erede debba comportare o meno la risoluzione della stessa, tenuto conto del fatto che per accertare il mancato avveramento della condizione ("si sine liberis decesserit") e l'inadempimento del "modus" (istituzione della fondazione di beneficenza) si deve attendere la morte dell'erede istituito; solo in tal caso infatti può ritenersi che la disposizione testamentaria configuri un'ipotesi di sostituzione ordinaria, consentita dall'ordinamento per l'ipotesi in cui il chiamato non possa o non voglia accettare l'eredità, mentre, in caso contrario, si verifica un'ipotesi di sostituzione fedecommissaria vietata dall'art. 692 c.c."

²⁷ Art. 411[IV]. Il giudice tutelare, nel provvedimento con il quale nomina l'amministratore di sostegno, o successivamente, può disporre che determinati effetti, limitazioni o decadenze, previsti da disposizioni di legge per l'interdetto o l'inabilitato, si estendano al beneficiario dell'amministrazione di sostegno, avuto riguardo all'interesse del medesimo ed a quello tutelato dalle predette disposizioni. Il provvedimento è assunto con decreto motivato a seguito di ricorso che può essere presentato anche dal beneficiario direttamente.

²⁸ Trib. Lucca, 23 settembre 1997, in *Foro it.*, 1998, I, 2007, 3391 nota M. LUPOI: "la lesione delle aspettative del legittimario non determina la nullità del "trust", ma la possibilità di applicare le disposizioni di diritto interno strumentali alla reintegrazione della quota riservata ai legittimari".

²⁹ Segnalo la mia trattazione *I patti di famiglia*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, trattato dir. da G. Ferrando, Zanichelli, vol. II, 2008, pp. 857- 889

mari, e la minoranza che si accontenta del solo assegnatario. Cruciale è, poi, il tema della liquidazione degli altri legittimari da parte del solo assegnatario, oppure anche del disponente, od ancora dell'altro genitore, infine di un terzo.

Tra le varianti la cui ammissibilità è maggiormente controversa si colloca il differimento dell'effetto traslativo attraverso l'introduzione di termine o condizione, che passa attraverso l'individuazione dell'alterità rispetto al patto successorio. Ancora: la introducibilità della condizione risolutiva per il caso di divorzio; la deducibilità quale promessa del fatto del terzo dell'impegno all'ottenimento del consenso del nuovo coniuge; la praticabilità della riqualificazione nei termini del patto delle donazioni precedenti; la possibilità di trasferimenti frazionati.

Il fulcro della discussione è il grado di autonomia della successione regolata dal patto, la miscelanea tra patti successori e successione necessaria(fronti entrambi investiti dalla riforma francese). L'istituto è stato oggetto di enorme attenzione da parte della dottrina, impegnata in dispute finissime³⁰ sulla natura divisoria piuttosto che liberale del patto, ma anche sulla configurabilità della successione anticipata. Ne sono realizzazioni le diverse conclusioni raggiunte circa il coinvolgimento di beni ulteriori: la logica della massa divisionale oppure della liberalità atomistica; la disciplina applicabile: quella della donazione specie riguardo la reversibilità ed altre condizioni, oppure della divisione: specie riguardo la rescissione, o ancora della successione.

Non vi è concordia circa i limiti alla manipolabilità della disciplina, l'individuazione del nucleo inderogabile per coerenza con il tipo³¹. Una tesi³² insiste sull'elemento volontaristico a proposito della rinunciabilità della legittima e dell'assegnazione ai legittimari non assegnatari di beni di valore superiore alla legittima(qui rinunciante sarebbe l'assegnatario, non gli altri); con il che il fulcro si sposterebbe sui margini di preventiva rinunciabilità alla legittima, evidenziando il legame con i patti successori rinunciativi(secondo il modello della riforma francese)

Estendendo al patto l'approccio induttivo si tratta di passare in rassegna le operazioni astrattamente prospettabili in famiglia, verificando quali siano attuabili suo tramite. In ordine sparso: donare partecipazioni al figlio, assicurandone la definitività, quanto alla valenza recuperatoria della riduzione ed alla collazione, ma facendo salvo il computo del valore, secondo la regola generale; trasferimento complessivo al figlio dei pacchetti di entrambi i genitori, e degli immobili alla figlia; cessione della nuda proprietà delle partecipazioni, con riserva di governance al genitore; cessione della nuda proprietà delle partecipazioni a tutti i figli in parti uguali, ma riservando l'amministrazione ad uno solo; trasferimento al figlio del pacchetto di controllo con l'obbligo di pagare una rendita alla sorella, il tutto con effetto dalla morte del genitore; trasferimento ad un solo figlio dell'intero pacchetto di controllo, con opzione di acquisto a favore degli altri. Altre circondano l'intreccio con l'amministrazione di sostegno³³.

Non occorre un'analisi approfondita per constatare l'irrealizzabilità di buona parte di queste aspirazioni tramite il patto di famiglia, che alla rigidità strutturale abbina l'inconveniente rappresentato dall'aleatorietà insita nel cespite aziendale definitivamente assegnato ad un discendente, il quale verrebbe irrimediabilmente colpito da eventuali rovesci di fortuna imprenditoriale, da cui sarebbero protetti gli altri, destinatari di altre forme di ricchezza.

³⁰ G. AMADIO, *Profili funzionali del patto di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2007; S. DELLE MONACHE, *Funzione, contenuto ed effetti del patto di famiglia*, in Id.(cur.), *Tradizione e modernità nel diritto successorio. Dagli istituti classici al patto di famiglia*, Padova, 2007, pp.323

³¹ In base a quali elementi è contrassegnato? Causa? Prestazione? Effetti? Forse gli effetti: si potrebbe allora forgiarlo dotandolo alternativamente di cause diverse(donazione, divisione, successione), oppure quegli effetti richiamano necessariamente certe cause?

³² S. DELLE MONACHE, *Funzione, contenuto ed effetti del patto di famiglia*, cit, p.375

³³ E' possibile accorpate nel patto di famiglia la designazione dell'amministratore di sostegno? Ad esempio stabilendo che in caso di sopravvenuta incapacità- debitamente accertata- tale da giustificare la nomina di un amministratore di sostegno, questo sia il figlio ed a lui passi il controllo della società? Oppure, fermo il trasferimento immediato della nuda proprietà, in quel momento passi anche l'usufrutto e sorga l'obbligo di pagare una rendita a fratelli e sorelle? Od ancora agire sul piano della governance, nel senso che con la nomina dell'amministratore di sostegno passi l'amministrazione allo stesso figlio? Qui però rimarrebbe tutto immutato quanto agli utili.

Anche qui si avverte la necessità di uno strumento fiduciario più duttile.

5. La richiesta di vincoli di destinazione, di strumenti che consentano di attuare la programmazione del trasferimento delle ricchezze non trova oggi sicura risposta nelle *fondazioni di famiglia*, tecnica antica eppure ancora circondata da margini di incertezza applicativa, nonostante la stratificazione di una casistica ricca e variegata ed il conforto di rielaborazioni colte e sofisticate³⁴.

Il codice civile recepisce tale tradizione e sembrerebbe confermarne la realizzabilità. L'art. 28, III c., c.c. menziona le fondazioni "destinate a vantaggio soltanto di una o più famiglie determinate" per sottrarle all'applicabilità delle due regole – dettate, rispettivamente, dal primo comma della disposizione medesima, l'una, e dall'art. 26, l'altra – circa la competenza dell'autorità amministrativa a trasformare, anziché dichiarare estinta, la fondazione il cui scopo sia esaurito o divenuto impossibile o di scarsa utilità, o il cui patrimonio sia divenuto insufficiente, a coordinare l'attività o ad unificare l'amministrazione di più fondazioni

5.1 Le fondazioni di famiglia nel nostro ordinamento sono, nondimeno, circondata da cautele, sulla scorta della tesi – da tempo prevalente – che le ammette nei ristretti limiti imposti alla sostituzione fedecommissaria³⁵. Di queste idee è stata peraltro revocata in dubbio l'attualità, in dipendenza del mutato quadro socio-economico e normativo³⁶.

Con l'entrata in vigore del codice del 1942 parte della dottrina si divide circa la correlazione tra divieto del fedecommesso e fondazione³⁷, cosicché negli anni sessanta sono autorevolmente sostenute due opposte prospettive. La prima, muovendo dall'asserita neutralità del diritto rispetto agli scopi della fondazione³⁸, giudica ammissibile "una fondazione istituita... a vantaggio di un determinata famiglia"³⁹. A questa concezione la seconda oppone la necessità di allargare la prospettiva oltre le disposizioni del capo del codice civile dedicato alle persone giuridiche, anche in considerazione del "prodursi di un fenomeno al quale gli ordinamenti moderni guardano con sfavore: esse comportano il fenomeno per il quale determinati beni, quelli costituenti il patrimonio della fondazione, vengano assoggettati ad un vincolo di destinazione, assegnato loro dal fondatore, immutabile e potenzialmente perpetuo", in contrasto con il principio della libera circolazione dei beni. Viene così recuperato il collegamento con le sostituzioni fedecommissarie, e nel libro secondo del codice – precisamente negli artt. 692 ss. – sono reperite le disposizioni da cui è ricavato il necessario perseguimento di "fini di pubblica utilità", sulla scorta della prossimità tra i due comparti, "le une e gli altri producendo il medesimo effetto di imporre su determinati beni un vincolo di destinazione tendenzialmente perpetuo"⁴⁰. Questa teorica è stata, dunque, messa a punto nel vigore della formulazione origina-

³⁴ La produzione letteraria è imponente e prestigiosa; per tutti, P. RESCIGNO, voce *Fondazione*. C) *Diritto civile*, in Enc. Dir., vol. XVII, Milano, 1968, 790 ss., nonché F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, in Comm. Scialoja - Branca, Bologna-Roma, I ediz. 1969, II ediz., 2006. Per una sintesi rinvio ad A. FUSARO, voce *Fondazione*, in Digesto IV, Disc. Priv. Sez. Civ., Utet, 1992. Tra le opere più recenti: A. ZOPPINI, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, Jovene, 1995; M.V. DE GIORGI, *Le persone giuridiche in generale*, in Trattato di diritto privato, dir. da P. Rescigno, Vol. 2, tomo I, Utet, Torino, II ediz., 1999, p. 193 ss.; G. PONZANELLI, *Gli enti collettivi senza scopo di lucro*, Giappichelli, Torino, II ediz., 2000; M. BASILE, *Le persone giuridiche*, Giuffrè, Milano, 2003. La materia è affrontata anche dalle trattazioni di diritto successorio: per tutte, G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Utet, Torino, 2005

³⁵ Tema che ho recentemente approfondito: *La fondazione di famiglia in Italia e all'estero*, in *Riv. Not.*, 2010, fasc. 1, pp. 17-38

³⁶ M. V. DE GIORGI, *Fondazioni di famiglia e attività d'impresa*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, 82.

³⁷ F. FERRARA sr., *Le persone giuridiche*, con note di F. Ferrara jr., in *Tratt. Vassalli*, vol. II, tomo 2, Utet, II ediz., 1956, 232.

³⁸ R. COSTI, *Fondazione e impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, I, 13; P. RESCIGNO, *Fondazione e impresa*, in *Riv. soc.*, 1967, 832 secondo il quale nessuna norma "esclude che i fondatori riservino a se stessi (e non ai propri aventi causa) il diritto ai vantaggi realizzati attraverso la fondazione".

³⁹ P. RESCIGNO, *Fondazione e impresa*, cit., 823, secondo cui "la soluzione potrebbe essere adottata dall'imprenditore individuale che voglia garantire l'unità e la continuità dell'impresa al di là della morte, assicurando agli eredi la partecipazione agli utili dell'impresa".

⁴⁰ F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, cit., p. 186

ria del codice⁴¹ e guardando ad essa si conclude che il negozio costitutivo di una fondazione di famiglia "sarà valido solo se preordinato al perseguimento di uno scopo di pubblica utilità: la cerchia dei beneficiari potrà si essere circoscritta agli appartenenti alla famiglia del testatore, ma beneficiari della fondazione non potranno essere i discendenti del fondatore in quanto tali, bensì solo in quanto versino in quella particolare situazione soggettiva- di indigenza, di meritevolezza in rapporto agli studi ecc.- che il negozio di fondazione abbia preso in considerazione"; questo affinché "la conservazione del patrimonio all'interno di una determinata famiglia non sia, come è nel fedecommesso, lo scopo della disposizione, ma sia il mezzo per realizzare una diversa finalità socialmente utile"⁴².

La riforma del 1975 ha, notoriamente, modificato i termini di ammissibilità delle sostituzioni fedecommissarie, circoscrivendole alla finalità assistenziale dell'interdetto o del soggetto interdicendo⁴³, ma ha conservato il riferimento alla pubblica utilità nella norma residuale (art. 699 c.c.), mantenuta - quale deroga ai limiti imposti all'usufrutto successivo - nel suo tenore originario⁴⁴, cosicché quella impostazione è stata ribadita nei medesimi termini⁴⁵.

Negli anni seguenti al suo apparire la tesi è stata condivisa, in particolare commentandosi le sentenze⁴⁶ emesse nei diversi gradi di giudizio del celebre caso della Fedecommissaria Strizoli⁴⁷, il cui unico fine era la distribuzione in perpetuo dei frutti del patrimonio del testatore fra tutti i discendenti del di lui cugino. La vicenda aveva ad oggetto il testamento di tal Giacomo Filippo Strizoli deceduto a Genova nel 1792, nel quale il defunto aveva disposto che con parte del suo patrimonio venisse formato un fedecommesso perpetuo⁴⁸. La Suprema Corte ha fatto propria la posizione dottrinale

⁴¹ Art.692 Cod. civ 1942:" E' valida la disposizione con la quale il testatore impone al proprio figlio l'obbligo di conservare e restituire alla sua morte in tutto o in parte i beni costituenti la disponibile a favore di tutti i figli nati e nascituri dall'istituto o a favore di un ente pubblico(Ic.).E' valida ugualmente la disposizione che importa a carico di un fratello o di una sorella del testatore l'obbligo di conservare e restituire i beni ad essi lasciati a favore di tutti i figli nati e nascituri da essi a favore di un ente pubblico (II c.).In ogni altro caso la sostituzione è nulla(III c.). E' parimenti nulla ogni disposizione con la quale il testatore proibisce all'erede di disporre per atto tra vivi o per atto di ultima volontà dei beni ereditari(IV c.)" . Art. 699:" E' valida la disposizione testamentaria avente per oggetto l'erogazione periodica, in perpetuo o a tempo, di somme determinate per premi di nuzialità o di natalità, sussidi per l'avviamento a una professione o a un'arte, opere di assistenza, o per altri fini di pubblica utilità, a favore di persone da scegliersi entro una determinata categoria o tra i discendenti di determinate famiglie. Tali annualità possono riscattarsi secondo le norme dettate in materia di rendita".

⁴² F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, cit., p. 188, il quale ad ulteriore conforto cita l'art. 28 che considera causa di estinzione della fondazione la circostanza che lo scopo sia divenuto "di scarsa utilità"

⁴³ Art. 692, I c., c.c.: "Ciascuno dei genitori o degli altri ascendenti in linea retta o il coniuge dell'interdetto possono istituire rispettivamente il figlio, il discendente, o il coniuge con l'obbligo di conservare e restituire alla sua morte i beni che, sotto la vigilanza del tutore, hanno avuto cura dell'interdetto medesimo"

⁴⁴ Il profilo storico è ripercorso da M. C. ZORZOLI, *Note in tema di fedecommesso, nei lavori preparatori del codice civile*, in *I Cinquant'anni del Codice Civile, Atti del convegno di Milano 4-6 giugno 1992*, vol. II, Milano, 1993, 623

⁴⁵ F.GALGANO, voce *Fondazioni (dir. civ.)*, in *Enc. Giur.Ital.*, Treccani, Roma, 1989, vol. XIV.

⁴⁶ M.V. DE GIORGI, *Le fondazioni di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*,1973, II, 297.

⁴⁷ In primo grado decisa da Trib. Genova, 9 luglio 1971, in *Giur. it.*,1972, I, 2, 556, con nota di M.V.DE GIORGI, nonché in *Riv. dir. civ.*, 1973, II, 297. In secondo grado da App. Genova, 10 aprile 1975, ined.. Quindi da Cass. 10 luglio 1979 n. 3969, in *Giur.it.*, 1980, I, 1, 882, con nota di M.V.DE GIORGI, *Scopo della fondazione e fondazioni di famiglia*: "La disposizione con la quale il testatore abbia stabilito la inalienabilità del suo patrimonio e ne abbia affidato la amministrazione ad alcuni esecutori, attribuendo nel contempo l'usufrutto dei beni che compongono il patrimonio stesso ai discendenti in ordine successivo di una determinata linea della sua famiglia (nella specie: discendenti di un cugino), non dà luogo a una fondazione avente personalità giuridica, facendo in tal caso difetto uno scopo che funga da elemento qualificante dei detti beni, bensì dà vita a un ente di mero fatto, il quale, anche se sia stato validamente costituito sotto il vigore di leggi antecedenti, deve ritenersi incompatibile con l'attuale ordinamento giuridico, in quanto, oltre a perseguire finalità analoghe a quelle della sostituzione fidecommissaria, si pone, altresì, in contrasto con divieti sanciti da norme di ordine pubblico (art. 469, 692, 698, 699, 796, 979, 1379 c.c.) che fissano limiti all'autonomia privata".

⁴⁸ Precisamente aveva disposto che di parte del suo patrimonio venisse formato un " fedecommesso perpetuo da cantare sempre sotto il nome di Giacomo Filippo Strizoli", dei cui redditi avrebbero dovuto godere i suoi figli e discendenti, precisando per l'eventualità di sua morte senza prole" in tal caso nomino e dichiarato per miei discendenti, ossia per miei eredi universali - però alla sola goduta dei frutti del già detto fedecommesso, cioè degli restanti frutti, poiché prima dovranno dedursi i legati ed oneri - i discendenti di Gerolamo Strizoli ", suo cugino.

illustrata, sottolineando che "è proprio il fine di utilità pubblica quello che permette, eccezionalmente, di imporre ai beni vincoli di indisponibilità tendenzialmente perpetui", giungendo quindi ad escludere la sopravvivenza della fedecommissaria, sulla scorta dell'osservazione che questa altro non era che uno strumento per la pura e semplice attribuzione dei beni del testatore. Viene stigmatizzata pertanto la creazione della fondazione al solo scopo di "regolare la sorte giuridica del patrimonio ereditario nel modo voluto dal testatore in ordine ai soggetti cui il patrimonio andava devoluto dopo la sua morte".

5.2 E' opportuno sottolineare che quella sentenza assurta al tenore di caso guida riguardava non già una fondazione, bensì un fedecommesso. Occorre smascherare l'alterità tra i due istituti, valorizzando la rilevanza del conferimento del bene al patrimonio della seconda che -come è stato da tempo lucidamente evidenziato- ne determina la strumentalità rispetto all'esercizio dell'attività⁴⁹. Inoltre bisogna sottolineare l'assenza nella fondazione del freno alla circolazione giuridica dei diritti che connota il fedecommesso, laddove ricorre l'obbligo di conservare e restituire i singoli cespiti. Nel senso del superamento della teorica restrittiva verso le fondazioni di famiglia dovrebbe, ancora, giovare l'innovazione introdotta in tema di riconoscimento con riguardo ai requisiti dello scopo, il quale ora si pretende testualmente solo "possibile e lecito", con formula assai distante dalla pubblica utilità⁵⁰: non pare azzardato preconizzarne la valorizzazione presso la giurisprudenza di legittimità, che s'è visto giovare scarsamente della disciplina del fedecommesso e lasciare alquanto nel vago la nozione di pubblica utilità.

Occorre, infine, aggiungere che nella prospettiva delle elaborazioni dottrinali interne il trust risulta schivare benissimo gli sbarramenti eretti dagli artt. 692 e 698 c. c., giovandosi dello sfasamento tra le due fattispecie⁵¹, cosicché sarebbe curioso negare altrettanto alla nostrana fondazione la quale presenta credenziali non minori.

5.3. *Lo sdoganamento del trust, la riabilitazione della fondazione di famiglia.* All'interprete sovviene il collegamento con l'art. 2645 ter c.c. e con il trust.. La linea di tendenza emergente dalle elaborazioni in tema di "trust interno" è nel senso di valorizzare lo strumento straniero in ordine al perseguimento di finalità rispetto alle quali quelli nostrani si rivelano inadeguati. Pertanto il trust si avvantaggia delle angherie degli istituti italiani, in quanto prospera laddove difetti un equipollente strumento giuridico interno, per perseguire un risultato che non appaia in contrasto con l'ordinamento. Colpisce, allora, come l'attitudine del trust a schivare le restrizioni imposte alla sostituzione fedecommissaria sia stata efficacemente argomentata sottolineando l'assenza sia degli elementi strutturali caratteristici di quella, sia del sostrato sistematico⁵². Si potrebbe poi aggiungere che anche il

⁴⁹ Per apprezzarne le implicazioni può rivelarsi decisiva la lettura di P. FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, Milano, rist.1976, p.128 ss. e p. 319 e ss. nelle quali viene delineato il superamento dell'estraneità dell'atto ai fini della produzione degli effetti orientandosi, invece, l'interpretazione delle figure giuridiche personificate nell'attribuire al fatto, attraverso le norme giuridiche caso a caso applicabili, valore giuridico organizzativo sicché «l'atto modella l'attività e più genericamente è l'intero fenomeno che giuridicamente esiste nella forma impressa dall'atto, dal suo valore giuridico, che compiutamente lo descrive e lo sostanzia» (ivi, p. 320), con la conseguenza di invertire l'ordinario percorso ermeneutico che procede dal fatto per qualificare l'atto e ottenere la qualificazione del fatto giuridico unicamente sulla base delle risultanze dell'atto. Al contrario, procedendo secondo gli schemi della dottrina tradizionale, si ottiene il risultato di individuare la legittimità o meno delle fondazioni di famiglia sulla base di meccanismi di imputazione soggettiva dei benefici che, rilevando quale momento puramente individualistico dell'esperienza giuridica, restano estranei all'organizzazione quale fenomeno oggettivo che procede quale conseguenza dell'atto.

⁵⁰ Per l'illustrazione delle matrici della riforma attuata con il d.p.r. 10 febbraio 2000, n. 361, si segnalano i contributi raccolti in M.V. DE GIORGI, G. PONZANELLI, A. ZOPPINI, *Il riconoscimento delle persone giuridiche*, Milano. Ipsoa, 2001

⁵¹ M. LUPOI, *La giurisprudenza italiana sul trust*, 3 ediz., Milano, Ipsoa, 2009

⁵² M.LUPOI, *Trusts*, II ediz., Giuffrè, 2001, 657 osserva che, sul piano strutturale, "...la duplice (o molteplice) vocazione ereditaria scaturente dal testamento istitutivo di fedecommesso (cosicché è solo la delazione che è frazionata nel tempo e da ciò consegue che il sostituto acquista in forza del testamento e non per il trasferimento che gliene faccia l'istituto mortis causa è duplice) non trova analogia in alcun tipo di trust testamentario"; mentre l'assimilazione non è consentita neppure sotto il profilo sistematico e di politica legislativa. Invero, "...chi riscontri la ragione della nullità del

trust è soggetto a limiti temporali (la rule against perpetuities⁵³), e che sicuramente lo era pure un tempo il fedecommesso⁵⁴ e così anche il vincolo previsto dall'art. 2645 ter c.c..

Il confronto fatto⁵⁵ - anteriormente alla comparsa di quest'ultima disposizione - "utilizzando come stregua l'equivalente funzionale, ossia l'idoneità dei due istituti a soddisfare i medesimi interessi" e poi condotto in termini competitivi, onde valutare "quale tra i due è in grado di soddisfare i medesimi interessi ad un costo marginale", ha efficacemente evidenziato come trust e fondazione rivelino la rispettiva superiorità a seconda delle specifiche finalità perseguite. Invero, la conclusione secondo cui "tanto minore è l'esigenza della stabilità e dell'autonomia del momento organizzativo strumentale, tanto maggiore è la convenienza del trust", può capovolgersi assumendo che "quanto più è significativo il ruolo degli atti di organizzazione", tanto più è conveniente ricorrere alla fondazione, in quanto "gli standard cui è demandata la valutazione della condotta dei trustees sono teleologicamente orientati a minimizzare il rischio, diversamente da quello che fisiologicamente avviene per gli amministratori di un ente incorporated..."⁵⁶.

Muovendo da tali premesse andrebbe promosso l'impiego ampio della fondazione di famiglia, insistendo su di un'accezione tanto larga della pubblica utilità da assimilarla alla meritevolezza degli interessi di cui all'art. 2645-ter, insieme rapportando tali nozioni alla liceità dello scopo⁵⁷. Certamente in questo modo si annichilisce la tradizione in tema di fondazioni - come detto, non solo italiana -, che tende all'indole generale della finalità, ma forse lo sbocco è proprio quello lumeggiato dal progetto di riforma del libro primo - di recente elaborato dalla Commissione Pinza - consistente nel distinguere le grandi dalle piccole fondazioni, e nel consentire un utilizzo privatissimo di queste ultime, impiegandole a favore del perseguimento di qualsiasi scopo, purché lecito e non di mero godimento, escludendo che sia tale il sostentamento dei discendenti di una famiglia⁵⁸.

6. *Gli atti di destinazione dell'art. 2645 ter c.c.*⁵⁹

6. 1. La novità del 2645 ter risiede nell'aver modificato l'accezione di separazione patrimoniale che in passato era limitata alle ipotesi nominate, mentre ora è ammessa in via generalizzata⁶⁰: un atto a-

fedecommesso ereditario nell'espropriazione, in danno dell'istituto, della libertà di testare e veda quindi nel testamento istitutivo una disposizione sull'altrui successione", rileverà la differenza tra il trustee e l'istituto, in ragione della segregazione del bene nel suo patrimonio: "...morto il trustee gli subentra un altro trustee". Per contro, chi "riscontri la ragione della nullità nell'ostacolo che il fedecommesso o...erigono contro la circolazione dei beni ricorderà che il trustee è normalmente dotato del potere di alienare i beni in trusts, che le legislazioni sui trusts...prevedono termini di durata...e in ogni caso contrastano con i vincoli di inalienabilità". Al riguardo si rinvia altresì a M. GRAZIADEI, *Diritti nell'interebbe altrui. Undisclosed agency e trust nell'esperienza giuridica inglese*. Trento, 1995

⁵³ Rinvio alla mia voce *Perpetuities*, in *Dig. IV, Disc. priv., Sez. civ., Vol. XIV, Utet, 1995*

⁵⁴ Per il fedecommesso quattro generazioni, secondo la legislazione di antico regime (si rinvia a M. CARAVALE, *Fedecommesso (dir. intermedio)*, in *Enc. Dir.*, XVII, Milano, 1968, 109 ss.) che stranamente non fu richiamata nel caso Strizoli, poiché si pose mente solo al c.c..

⁵⁵ Impiegando lo schema offerto da A. GAMBARO, *Il "trust" in Italia e Francia*, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, tomo I, Milano, 1994, 495 ss

⁵⁶ A. ZOPPINI, *Fondazione e trust (spunti per un confronto)*, in *Giur. It.*, 1997, IV, 41

⁵⁷ Secondo la ricostruzione offerta da A. GENTILI, *Le destinazioni patrimoniali atipiche. Esegesi dell'art. 2645 ter c.c.*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2007, p. 1ss.. Diversa la lettura offerta da R. DI RAIMO, *Considerazioni sull'art. 2645-ter: destinazione di patrimoni e categorie dell'iniziativa privata*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2007, 945. Per una panoramica delle diverse posizioni avanzate mi permetto di segnalare il mio lavoro *Le posizioni dell'accademia nei primi commenti dell'art. 2645-ter c.c.*, in *Negoziato di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, Coll. *Quaderni della Fondazione del Notariato*, n. 1/2007, pp. 22-31

⁵⁸ G. IUDICA, *Fondazioni, fedecommesserie, trusts e trasmissione della ricchezza familiare*, in A.A.V.V., *La trasmissione familiare della ricchezza. Limiti e prospettive di riforma del diritto successorio*, Cedam, Padova, 1995, p. 100: "con riguardo alle fondazioni di famiglia... non si può parlare di interesse meramente individuale... proprio perché nella fondazione sono naturalmente coinvolti interessi che in qualche misura trascendono quelli meramente individuali del singolo partecipante".

⁵⁹ Segnalo il mio lavoro *Le posizioni dell'accademia nei primi commenti dell'art. 2645-ter c.c.*, in *Negoziato di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, Coll. *Quaderni della Fondazione del Notariato*, n. 1/2007, pp. 22-31

tipico di destinazione, laddove in precedenza erano atti tipici quanto alla funzione (fondo patrimoniale) o quanto al soggetto (art. 2447-bis c.c.)

Si è sottolineato come qui si tratti di una separazione affidata allo scopo anziché all'organizzazione, quindi alla volontà del disponente, cosicché la deroga all'art. 2740 c.c. è di matrice negoziale⁶¹.

L'art 2645 ter è ricognitivo dei vincoli esistenti, di cui regola l'adempimento pubblicitario, oppure è innovativo, racchiudendo la disciplina di una fattispecie per l'innanzi inedita? Prevale la convinzione secondo cui l'articolo 2645 ter contiene la fattispecie, quindi è dotato di una valenza anche sostanziale⁶², taluni puntualizzando che è sbagliata piuttosto la collocazione dal momento che la pubblicità da esso prevista non condivide la funzione dell'articolo 2644. Alcuni sottolineano come la nuova norma ratifichi la legittimità del negozio di destinazione in quanto tale,⁶³ mentre la pubblicità occorra soltanto per l'opponibilità ai terzi; altri preferisce tenerli insieme all'interno di una fattispecie procedimentale⁶⁴.

Dall'attribuzione di valenza sostanziale al 2645-ter qualcuno fa discendere l'autonomia del vincolo rispetto alla pubblicità; all'opposto si colloca chi, pur non relegando la portata della norma a quella pubblicitaria, nondimeno la ritiene costitutiva del vincolo⁶⁵.

Nella prima prospettiva l'atto produce già la destinazione: costitutivo di effetto sarebbe l'atto, non la trascrizione, che servirebbe solo per l'opponibilità⁶⁶; laddove manchi la trascrizione rimarrebbe il vincolo obbligatorio di destinazione che, quindi, sopravviverebbe all'inopponibilità⁶⁷. In questo modo non solo si amplia la portata dell'articolo 2645 ter c.c., ma si riconosce autonoma portata al negozio di destinazione⁶⁸.

Nella seconda⁶⁹ si respinge l'effetto della destinazione, escludendo che essa sia prodotta da un atto, eccependo che diversamente dovrebbe valere come equipollente la prova della mala fede: decisiva sarebbe, invece, la trascrizione, dotata come tale di effetto costitutivo. Se la separazione patrimoniale discende dal rispetto dei requisiti di forma (l'atto pubblico) e di sostanza (meritevolezza e beneficiario determinato) insieme alla pubblicità, il difetto di uno di questi elementi ed in particolare della pubblicità precluderebbe sia la destinazione sia la separazione⁷⁰.

La pubblicità prevista dalla nuova norma viene considerata non dichiarativa, ma costitutiva dell'opponibilità del vincolo, così come nell'articolo 2915 c.c.: l'articolo 2644 c.c. rilevarebbe solo per attribuire rilievo all'ordine cronologico delle formalità, non per il suo valore dichiarativo.

Ci si chiede poi se l'atto di data certa sia sufficiente per la destinazione di beni mobili, laddove ammessa, appoggiandosi all'ultimo inciso dell' art. 2915, I c., c.c. .

Quanto alle modalità dell'adempimento pubblicitario si domanda se il vincolo debba essere trascritto solo nei confronti dell'autore della destinazione, oppure anche a favore del beneficiario e se sia luogo ad annotare le vicende successive in deroga agli artt. 2652 c.c. ss.⁷¹

⁶⁰ Per M. BIANCA, *L'atto di destinazione :problemi applicativi*, relazione presentata alla tavola rotonda di Roma del 19 marzo 2006, l'art.2645-ter c.c. è un tassello di un sistema.

⁶¹ A. FALZEA, *L'atto negoziale di destinazione*, introduzione della tavola rotonda di Roma del 17 marzo 2006.

⁶² G. DE NOVA, *Esegesi dell'art. 2645 ter cod.civ.*, relazione presentata al seminario "Atti notarili di destinazione dei beni: articolo 2645 ter c.c.", organizzato a Milano il 19 giugno 2006 dal Consiglio notarile di Milano e dalla Scuola notarile della Lombardia ; M. BIANCA, *L'atto*, cit.; A. FALZEA, *L'atto*, cit.; G. OPPO, *L'atto negoziale di destinazione*, relazione presentata alla tavola rotonda di Roma del 17 marzo 2006; P. SPADA, *Il vincolo di destinazione e la struttura del fatto costitutivo*, relazione alla tavola rotonda del 17 marzo 2006; F. GAZZONI, *Osservazioni sull'art.2645 ter*, in www.judicium.it

⁶³ M. BIANCA, *L'atto*, cit.

⁶⁴ P. SPADA, *Il vincolo di destinazione e la struttura del fatto costitutivo*, cit.

⁶⁵ P. SPADA, *Il vincolo*, cit.

⁶⁶ M. BIANCA, *L'atto*, cit.

⁶⁷ M. BIANCA, *L'atto*, cit.

⁶⁸ Contrario P. SPADA, *Il vincolo*, cit.

⁶⁹ P. SPADA, *Il vincolo*, cit.

⁷⁰ M. NUZZO, *Il notaio*, relazione presentata alla tavola rotonda di Roma del 17 marzo 2006..

⁷¹ M. D'ERRICO, relazione presentata alla tavola rotonda di Roma del 17 marzo 2006.

6. 2. Il vincolo di destinazione deve indicare lo scopo⁷² e questo dev'essere meritevole: chi⁷³ dal 2645-ter ricava la liceità dell'atto di destinazione sempre e comunque, assume che la meritevolezza degli interessi attiene all'attitudine della trascrizione a realizzare l'opponibilità ai terzi⁷⁴; il contrario conclude chi nega valore autonomo all'atto⁷⁵.

La dottrina si è da subito domandata se il requisito della meritevolezza rifluirà nella liceità come è accaduto a margine dell'articolo 1322 c.c., obiettando in molti che qui il giudizio di prevalenza deve essere rispetto a quello dei creditori in generale. Effettivamente in tema di contratti la meritevolezza si è appiattita sulla liceità⁷⁶, ma in questo ambito essa riguarda il 2740, rappresenta la ragione giustificativa dell'arricchimento, della deroga alla "par condicio". Come riempirla di contenuto?

Una tesi la collega indissolubilmente alla logica della solidarietà⁷⁷ e la circoscrive agli interessi dell'incapace, suggerendo di limitarla all'autonomia privata della solidarietà, non dell'opportunità, proponendo, ad esempio, di far capo alle finalità enumerate dall'articolo 2 della Legge sull'impresa sociale. Insomma non basta qualsiasi interesse, ma ne occorre uno che raccolga un suffragio della società civile.

Una seconda⁷⁸ propone la pubblica utilità sino a ieri (sino al d.p.r. 361/2000) richiesta per le fondazioni.

Un'altra ancora suggerisce di far capo ai valori costituzionali, recependo la graduazione che antepone la persona all'impresa e quest'ultima alla proprietà⁷⁹; più che contrapporsi si affianca la proposta di accettare senz'altro gli interessi già perseguiti da altri istituti (ad esempio il fondo patrimoniale).

Un'altra tesi la allarga alla persona fisica in generale, ancorché non incapace⁸⁰, richiedendo soltanto l'indicazione espressa dell'interesse, rivestita della forma pubblica, in quanto la meritevolezza non andrebbe oltre la liceità.

All'estremo si trova chi⁸¹ fa spazio addirittura all'interesse egoistico: ma coglie nel segno l'obiezione⁸² che denuncia in quest'ipotesi l'assenza di alcun soggetto legittimato ad azionare il vincolo, cosicché mancherebbe un soggetto controinteressato. In questa diversa prospettiva la necessaria alterità del beneficiario rispetto al disponente precluderebbe quindi la riproduzione dello schema del trust autodestinato⁸³.

Si domanda, tuttavia, se l'interesse si possa riversare sulle cose anziché rimanere sulle persone, valorizzando ad esempio l'intenzione di salvare una casa avita oppure quella di salvaguardare la conservazione di una collezione⁸⁴. Di un vincolo a favore di animali taluno⁸⁵ riconosce la meritevolezza, rimarcando però come il legislatore abbia fatto esplicito riferimento a persone fisiche affinché il vincolo possa essere azionato; pertanto nel caso sarebbe necessario prevedere altresì il soggetto legittimato ad azionarlo.

All'interrogativo se sia concepibile una destinazione a somiglianza del trust di scopo, si risponde che il vincolo necessariamente deve riferirsi a persone individuate o comunque individuabili: man-

⁷² G. DE NOVA, *Esegesi*, cit., parla di "expressio finis".

⁷³ M. NUZZO, *Il notaio e l'atto di destinazione*, relazione presentata alla tavola rotonda di Roma del 19 marzo 2006.

⁷⁴ M. NUZZO, *Il notaio*, cit.

⁷⁵ P. SPADA, *Il vincolo*, cit.

⁷⁶ R. SACCO, *Le elaborazioni degli effetti contrattuali - La qualificazione*, R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, II, in *Tratt. Dir. Civ.*, dir. Da R. Sacco. Utet, 2003.

⁷⁷ P. SPADA, *Il vincolo*, cit.; A. DOLMETTA, relazione presentata al seminario *Atti notarili di destinazione dei beni: articolo 2645 ter c.c.*, organizzato a Milano il 19 giugno 2006.

⁷⁸ F. GAZZONI, *Osservazioni*, cit.

⁷⁹ M. NUZZO, *Il notaio*, cit.

⁸⁰ G. VETTORI, relazione presentata alla tavola rotonda di Roma del 17 marzo 2006.

⁸¹ G. OPPO, *L'atto negoziale*, cit.

⁸² M. GRAZIADEI, *Il vincolo*, cit.

⁸³ P. SPADA, *Il vincolo*, cit.

⁸⁴ G. DE NOVA, *Esegesi*, cit.

⁸⁵ M. GRAZIADEI, *Il vincolo*, cit.

cherebbe la meritevolezza nella destinazione di un bene a sede dei marziani che sbarcheranno sulla terra⁸⁶.

Altra questione è chi esercita il relativo controllo: alcuni lo assegnano al notaio⁸⁷, ma molti ne dubitano, obiettando che non gli si può domandare più che di verificare la liceità⁸⁸, cosicché naturale affidatario risulterebbe il giudice⁸⁹.

La domanda cruciale è però quella circa le conseguenze del rilievo dell'assenza di meritevolezza: se da tale mancanza discenda l'invalidità dell'atto o solo l'inopponibilità; quesito che rinvia alla portata del vincolo o meglio al tema della pubblicità.

Soltanto nella prospettiva incline a disarticolare la fattispecie, assegnando rilevanza autonoma al momento negoziale, non viene travolto l'atto, ma l'effetto⁹⁰ della separazione, cosicché l'adempimento sarebbe comunque dovuto a favore del beneficiario.

6.3. Ciò che si vincola più che i beni sono i diritti su di essi⁹¹; come al solito è il linguaggio del codice ad ingannare, basti pensare al fondo patrimoniale.

Oggetto del vincolo di destinazione è il diritto su un bene; alcune esigenze sono risolvibili appoggiando il vincolo ad un diritto diverso dalla proprietà, si pensi alla previsione a favore di un incapace, settore, che esalta, invero, l'utilità di vincolare il solo usufrutto, per la sua natura vitalizia.

Una lettura a ritroso dalla portata pubblicitaria risale a quella sostanziale e poi amplia la latitudine anche sul piano oggettivo, estendendola a tutti i beni per i quali è previsto un regime pubblicitario che renda il vincolo opponibile ai terzi, così consentendo di porre un vincolo di destinazione su beni diversi dagli immobili e dai mobili registrati e su partecipazioni societarie⁹², arrivando persino a ritenere trascrivibili anche gli atti aventi ad oggetto beni diversi. L'apertura verso i beni mobili si gioverebbe, invero, dell'ultimo inciso dell'art. 2915, I c., c.c., richiamato dalla salvezza operata dalla norma in commento, nonché dall'inclusione nel vincolo dei frutti dei beni destinati

A seguito dell'apposizione del vincolo ci si chiede se i beni siano inalienabili oppure possano circolare seppur con il vincolo⁹³. Per una tesi⁹⁴ il vincolo configura un peso sul bene, che non gli impedisce di circolare, né sottrae al conferente l'utilità residuale: il vincolo di destinazione come tale non comporterebbe l'inalienabilità, come del resto già si è considerato a conforto dell'inesistibilità dell'articolo 1379 al vincolo di destinazione convenzionale, per negarvi l'applicabilità dei "convenienti limiti di tempo"⁹⁵. Si esclude, invece, che sia negoziabile la posizione del beneficiario perché l'interesse meritevole è personale e come tale rapportato al primo soggetto⁹⁶.

Viene ipotizzata la sostituibilità dei beni vincolati purché essa sia funzionale alla conservazione dello scopo di destinazione: l'applicabilità della surrogazione reale per taluno⁹⁷ rappresenterebbe un principio generale, ricavabile dal fondo patrimoniale, dal pegno (pegno rotativo), emergendo soltanto il problema dell'estensione dell'oggetto. Il trasferimento del vincolo sui beni acquistati con il ricavato di quelli alienati risulta, dunque, coerente con la tesi incline a collegare la surrogazione rea-

⁸⁶ M. GRAZIADEI, *Il vincolo*, cit.

⁸⁷ Come sostenuto da A. DOLMETTA, nell'intervento al seminario milanese del 19 giugno 2006

⁸⁸ G. VETTORI, relazione presentata alla tavola rotonda di Roma del 17 marzo 2006.

⁸⁹ G. VETTORI, relazione presentata alla tavola rotonda di Roma del 17 marzo 2006.

⁹⁰ M. NUZZO, *Il notaio*, cit.

⁹¹ M. GRAZIADEI, *Il vincolo*, relazione tenuta al seminario "La pubblicità immobiliare dell'atto negoziale di destinazione e del trust", organizzato a Genova il 25 marzo 2006

⁹² A. FALZEA, *L'atto*, cit.

⁹³ M. BIANCA, *L'atto*, cit.

⁹⁴ M. BIANCA, *L'atto*, cit.

⁹⁵ Al riguardo dovrebbe negarsi ora l'estensione dei 90 anni appunto perché attiene ai vincoli di scopo e non a quelli di modo: del resto, questi ultimi esibiscono quella "realità" che giustifica una durata superiore. Ecco una ragione in più per tenere distinti i due tipi di vincoli, e non estendere l'articolo 2645 ter a quelli di modo.

⁹⁶ A. DI MAJO, *Gli atti*, cit.

⁹⁷ M. BIANCA, *L'atto*, cit.

le ad ogni patrimonio separato⁹⁸: si ammette, tuttavia, l'espressa previsione della definitiva affrancazione del patrimonio vincolato ad esito dell'alienazione, ossia la liberazione dal vincolo del ricavato, purché puntualizzata in atto. Il che vale quanto escludere l'inderogabilità della surrogazione reale.

Dalla posizione sottoscritta circa la surrogazione reale deriva quella relativa all'obbligo del reimpiego: in una prospettiva automatico, nell'altra subordinato all'espressa previsione .

6.4. Le connessioni con il trust interno sono varie e molteplici.

Anzitutto quanto all'eventuale sovrapposizione, essendo sorto subito l'interrogativo se grazie al 2645 ter il trust sia stato "sdoganato" in Italia, insomma se siamo di fronte ad un trust con panni sciacquati nell'Arno. Si è subito obiettato che la norma replica alcuni moduli del trust, mancano però le regole relative al rapporto fiduciario, insieme con l'apparato rimediale tipico del suo mondo giuridico di provenienza, vale a dire l'attitudine recuperatoria del "tracing".

Per altro verso il nesso è colto quale filtro all'ingresso, considerando il trust interno ormai penetrato nell'ordinamento, al punto da fargli giocare un ruolo di sbarramento nei confronti degli istituti succedanei che aspirino ad atteggiarsi quali omologhi, cui non si consentirebbe di perseguire obiettivi raggiungibili attraverso il trust c.d. interno. Il che varrebbe quanto precludere ai cittadini italiani quei lavori in cui gli stranieri occupati in Italia si dimostrano particolarmente versati (quindi uno spunto condivisibile ove si abbracci la prospettiva "in trust we trust") . Tra l'altro, nell'atto di trust lo scopo è bensì essenziale e deve essere enunciato⁹⁹, ma si ritiene che debba essere soltanto lecito, e non anche meritevole come prescritto dall'art 2645 ter.

In prospettiva capovolta si argomenta che, se il limite del trust è l'inesistenza di un equipollente interno, esso diventerebbe inapplicabile ogniqualvolta l'obiettivo sia conseguibile attraverso l'articolo 2645 ter ; costruzione che, tuttavia, viene attaccata osservando che il trust mantiene il proprio ruolo in ragione della sua superiore articolazione. L'accoglimento di questa difesa si riflette, tuttavia, sull'accoglienza riservata al trust, poiché dovrebbe consentirgli applicazione anche in presenza di un omologo interno, soltanto meno strutturato, opinione peraltro non pacifica.

Altro quesito attiene all'operatività della nuova norma alla trascrizione del trust, così da subordinarla al rispetto dei requisiti prescritti, in particolare la meritevolezza delle finalità. Per il trust interno la conoscenza dello scopo si impone in quanto deve giustificare il ricorso alla legge straniera, nel duplice senso dell'inesistenza di un equipollente nel diritto italiano e della idoneità della legge straniera prescelta al perseguimento di quell'obiettivo¹⁰⁰. Aderendo a questa impostazione si consentirà la trascrizione del trust purché esso si adegui all'art. 2645 ter, ossia soddisfi i requisiti dell'atto pubblico e della meritevolezza dell'interesse¹⁰¹. Peraltro è vero che la prassi relativa alla trascrivibilità del trust si era già orientata in senso favorevole a dare rilievo al rapporto, sulla scorta della convenzione dell'Aja, talché pare dubbia la pertinenza dell'art. 2645 ter rispetto al tema, anche perché la norma non copre comunque l'ipotesi in cui il trust fosse stato costituito con una scrittura che non rivesta la forma dell'atto pubblico

L'art 2645 ter si rivela strumento complementare rispetto alla fondazione, ma più agevolmente riveste attitudine a colmare altre lacune attinenti a rapporti familiari, come il fondo patrimoniale per la famiglia di fatto, che ad oggi sembra uno degli impieghi più plausibili, insieme con quello rivolto a rafforzare previsioni modali dedotte nell'ambito di donazioni, rivolte a limitare l'utilizzo e la disponibilità del bene oggetto della liberalità, in vista del perseguimento di un interesse del donatario stesso o di un terzo.

⁹⁸ M. BIANCA, *L'atto*, cit.

⁹⁹ Nel caso del Trib. Belluno decr. 25 settembre 2002, in *Trusts*, 2002, 255 non era stato citato lo scopo nel negozio di trasferimento dei beni al trustee.

¹⁰⁰ Cosicché l'atto di dotazione in trust non può essere muto, salvo richiami per relazione lo scopo del trust e questo sia conoscibile; ma ci si chiede se debba anche rivestire la stessa forma.

¹⁰¹ C.M. BIANCA, *Riflessioni conclusive* alla tavola rotonda di Roma del 17 marzo 2006.

Negozi di destinazione e patti di famiglia di per sé non si incrociano, intanto per le tipologie di beni, ma si può ipotizzare l'utilizzo del negozio di destinazione per soddisfare gli altri legittimari da parte dell'assegnatario del bene aziendale .

7. *Il trust*. S'è sinora censita una quantità di istanze la cui soddisfazione conduce verso un contratto fiduciario od un trust. A fianco di trattazioni teoriche, la letteratura giuridica offre altre, di taglio eminentemente teorico-professionale, volte a rispondere ai quesiti di quando sia opportuno ricorrere a un trust e quando a un contratto di affidamento fiduciario. Le linee guida sono tracciate nei seguenti termini: "La disciplina di un trust appartiene all'ordinamento giuridico straniero scelto dal disponente nell'atto istitutivo; i contratti di affidamento fiduciario sono invece, al momento, solo una struttura giuridica elaborata dall'autore, propositore di una nuova costruzione, non ancora sostenuta da alcuno specifico supporto giurisprudenziale o legislativo, tranne che dalla recente legge di San Marino sull'affidamento fiduciario. Ne emerge, dunque, che le regole applicabili ai trust offrono un grado di affidabilità maggiore di quello garantito dagli affidamenti fiduciari che si avvalgono, però, dei principi generali del nostro ordinamento, oltre che dei nostri criteri di interpretazione dei contratti"¹⁰².

Il trust si raccomanda, quindi, per l'abbinamento di flessibilità e strutturazione delle sue regole; esso rimane, nondimeno, un istituto di diritto straniero, con cui il giurista interno non ha familiarità. Questo vale, intanto, per il notaio¹⁰³. Circa la conoscenza da parte del Notaio della legge straniera regolatrice del trust, alcune delle ricostruzioni avanzate non paiono tenere distinto il piano della responsabilità contrattuale nei confronti del comparante/cliente, da ricondurre probabilmente all'art.2236 cod. civ., rispetto a quella derivante da una pretesa applicazione dell'art. 28 L. Not.. Mentre si può discutere in ordine alla prima, assolutamente insostenibile pare invece la tesi propensa a riscontrare quest'ultima. Il Notaio richiesto di rogare un atto istitutivo di trust esplicherà alle parti il suo livello di conoscenza delle norme straniere che, se insufficiente, renderà opportuno il ricorso ad un esperto¹⁰⁴. Sotto questo profilo la situazione non diverge da quella di altro professionista richiesto di rendere una prestazione in un settore non inevitabilmente ricompreso tra le sue attribuzioni. E' quanto accade da tempo per gli avvocati, la cui tendenza alla specializzazione è risalente, ma pure rispetto ai giudici; ed è velleitario pensare che il Notaio sia in grado di dominare i campi più diversi, anche quelli laterali alle sue competenze istituzionali, rispetto alla conoscenza dei quali non è stato selezionato, e che non rappresentano il corpo fondamentale dei servizi che è chiamato ad assicurare ai cittadini. Il giudice, nelle materie in cui sono richieste nozioni specialistiche o di settore, ha sempre potuto ricorrere a consulenze tecniche d'ufficio: egli non sarà in grado di sindacare il merito della perizia ma ne valuterà la non manifesta contraddittorietà della motivazione, e su di essa baserà la decisione prudente ed imparziale conformemente al suo ruolo, pertanto conservando la funzione decisoria, quindi tipica e propria ancorché complementare. Ai sensi dell'art.14 d.i.p., al fi-

¹⁰² M. Lupoi, *Atti istitutivi di trust e contratti di affidamento fiduciari*, Giuffrè, 2010

¹⁰³ Rinvio a quanto ho considerato in *Legge regolatrice del trust e ruolo del notaio*, in *Trusts*, 2001, 177.

¹⁰⁴ Cfr. G. F. CONDO', *Dibattito sulla legge regolatrice del trust e ruolo del notaio*, III, in *Trusts*, 2000, 481, nonché *Il trust questo sconosciuto*, in C.N.N. Attività, n.2/2000, 40.

ne di conoscere il diritto straniero, il giudice può anche interpellare esperti o istituzioni specializzate. Parimenti, ove sovvenivano esperti di diritto straniero, anche la funzione del notaio giurista segna il passo, ma non per questo entra in stallo.

La formazione e la professionalità del Notaio italiano non esigono, né gli permettono, una conoscenza diretta di tali aspetti. Il sistema è incentrato sulla legge italiana, certo comprensiva delle disposizioni di diritto internazionale privato e della normativa sovranazionale: basti pensare che l'ignoranza della legge straniera deve intuirsi condivisa dagli organi istituzionalmente deputati a vigilare circa la validità degli atti notarili, cosicché affermando il contrario si verrebbe a coonestare uno slittamento sul piano del controllo, realizzandosi uno scarto tra il novero dei vizi rilevanti sul piano disciplinare, e l'oggetto della verifica esercitata in sede di ispezione biennale.

Non può quindi condividersi l'applicazione dell'art.28 L. Not. con riferimento alla legge straniera. Come esattamente è stato rilevato¹⁰⁵, tale norma presidia un interesse pubblico ed uno privato: questo, connesso alla realizzazione degli interessi perseguiti dalle parti, è pienamente disponibile; quello, invece, non può avere alcuna rilevanza quando la legge da rispettare sia straniera. Semmai può configurarsi una responsabilità, non solo contrattuale ma pure disciplinare, per vizi intrinseci alla redazione dell'atto, svarioni vistosi quali il rinvio a legge inesistente (il diritto britannico, od il common law statunitense relativamente a materia di ambito non federale ma statale), o l'intrinseca contraddittorietà. Ed ancora per l'errata formulazione di una prognosi di riconoscibilità nell'ordinamento italiano di un trust manifestamente carente di tali presupposti.

Senonché la nomina dell'esperto è adatta alla redazione dell'atto, non per la consulenza preventiva (circa la scelta del trust) e successiva di aggiornamento (circa l'evoluzione del diritto prescelto). Inoltre, l'insufficiente dimestichezza con la lingua inglese non può essere surrogata dalle disponibilità di leggi tradotte, atteso che comunque difetterebbe l'accesso al patrimonio dottrinale e giurisprudenziale di quell'ordinamento.

Rimane, insomma, la difficoltà per il giurista italiano di padroneggiare il diritto straniero in maniera adeguata a consentirgli di dispensare consulenza appropriata, sia in sede costitutiva, sia successivamente, fornendo aggiornamenti circa l'evoluzione del diritto richiamato.

Ne deriva la diffidenza di molti professionisti verso il trust, la loro resistenza a indirizzare i clienti verso questo strumento, indirizzandoli verso gli omologhi interni, ancorché dotati di minore efficacia, e l'auspicio verso l'introduzione di un omologo italiano, a somiglianza di quanto realizzato dal legislatore francese. Di tali istanze a sembra essersi fatto latore l'estensore del disegno di legge delega sulla regolamentazione del contratto fiduciario, la cui approvazione verosimilmente ridurrebbe l'utilizzo in Italia del trust e quindi il suo rilievo nel nostro ordinamento.

¹⁰⁵ M. LUPOI, *Dibattito sulla legge regolatrice del trust e ruolo del notaio - IV*, in *Trusts*, 2000, 484.

8. L'adozione di una disciplina italiana della fiducia.

L'adozione di una disciplina legislativa italiana degli affidamenti fiduciari è oggetto di un susseguirsi di proposte di legge, l'ultima delle quali presentato nel corso del 2011¹⁰⁶

¹⁰⁶ CAMERA DEI DEPUTATI N. 4554. PROPOSTA DI LEGGE d'iniziativa del deputato CAMBURSANO
Introduzione del capo IX-bis del titolo III del libro IV del codice civile, concernente il contratto di fiducia (trust)
Presentata il 27 luglio 2011. ART. 1. 1. Dopo il capo IX del titolo III del libro IV del codice civile è inserito il seguente:
« Capo IX-bis DEL CONTRATTO DI FIDUCIA ART. 1741-bis. – (Nozione). – Il contratto di fiducia è il contratto con il quale il fiduciante trasferisce beni o diritti a un fiduciario che, assicurandone la gestione fiduciaria, opera nell'interesse di uno o più beneficiari. ART. 1741-ter. – (Forma e oggetto del contratto di fiducia). – Il contratto di fiducia indica: 1) i beni o i diritti trasferiti, i quali in ogni caso devono essere determinati o determinabili in relazione alla loro origine; 2) la durata del contratto, che non può essere superiore a novanta anni, o alla durata della vita di coloro che sono ivi indicati come beneficiari, salvo che la fiducia sia prevista per perseguire uno scopo di utilità sociale; 3) l'identità del fiduciante e del fiduciario; 4) l'identità dei beneficiari o i criteri per la loro individuazione all'interno di una più ampia classe se il contratto è a favore di beneficiari, nonché i diritti che competono loro; 5) lo scopo che il fiduciario persegue, se la fiducia mira alla realizzazione di uno scopo, e il soggetto destinato a far valere le obbligazioni assunte dal fiduciario. Il contratto fiduciario è sottoscritto dalle parti e con atto avente data certa. Se ha per oggetto beni o diritti per i quali la legge prevede la trascrizione o l'iscrizione in pubblici registri, il contratto è stipulato con atto pubblico o con scrittura privata autenticata. ART. 1741-quater. – (Contratto di fiducia, patrimonio fiduciario, opponibilità della fiducia ai creditori). – I beni e i diritti trasferiti mediante contratto di fiducia e quelli che il fiduciario acquista successivamente al medesimo titolo o per effetto della gestione costituiscono patrimonio fiduciario separato dai suoi beni personali e da quelli acquistati in virtù di altri rapporti fiduciari. I beni e i diritti trasferiti al fiduciario possono costituire oggetto di esecuzione esclusivamente per debiti che trovano titolo nel contratto di fiducia. I creditori dei beneficiari possono soddisfarsi sui diritti che competono loro a titolo di contratto di fiducia, salvo che gli stessi abbiano natura alimentare o siano destinati al mantenimento, alla cura o al sostegno di persona disabile. Dalle trascrizioni e dalle iscrizioni in pubblici registri riguardanti beni immobili o mobili registrati che sono compresi nel patrimonio fiduciario deve risultare l'esistenza del vincolo derivante dal contratto di fiducia. Qualora il fiduciario sia un operatore professionale il vincolo derivante dal contratto di fiducia sui beni o su diritti di natura mobiliare, nonché sulle quote o sulle azioni deve risultare da un registro del contratto di fiducia, la cui tenuta è iscritta dagli amministratori nel registro delle imprese. ART. 1741-quinquies. – (Contratto di fiducia costituito a scopo di garanzia e di liberalità). – Il contratto di fiducia può essere concluso da chi agisce per scopi inerenti alla propria attività professionale o imprenditoriale con un operatore professionale per garantire crediti anche futuri, determinati o determinabili. Qualunque patto, che abbia per oggetto o per effetto di liberare il fiduciario dall'obbligo di corrispondere al beneficiario o, se diversamente previsto dal titolo, al fiduciante o a un terzo il saldo netto risultante dalla differenza tra il valore dei beni costituenti la garanzia all'epoca della sua realizzazione e il debito garantito, è nullo. Si applicano, in quanto compatibili, le norme sulla cessione dei beni ai creditori. La liberalità realizzata attraverso il contratto di fiducia destinata al mantenimento, cura o sostegno di una persona disabile non è soggetta a collazione. ART. 1741-sexies. – (Obbligazioni e poteri del fiduciario). – Il fiduciario amministra i beni trasferiti mediante contratto di fiducia nell'interesse dei beneficiari o per realizzare lo scopo previsto dal contratto e, ove non sia diversamente disposto dal titolo, risponde personalmente nei confronti dei terzi delle obbligazioni contratte, con diritto di rivalsa sul patrimonio fiduciario. Se vi sono più fiduciari essi decidono congiuntamente e rispondono in solido delle obbligazioni assunte. Il contratto di fiducia può prevedere una diversa regolazione sull'amministrazione, salvo il caso in cui il fiduciante sia tra i fiduciari. I limiti apposti ai poteri del fiduciario non hanno effetto nei confronti dei terzi, salvo che si provi che questi abbiano intenzionalmente agito in pregiudizio del contratto di fiducia. Il fiduciario è tenuto almeno ogni sei mesi al rendiconto nei confronti del beneficiario, di ogni altra persona cui la legge o il contratto di fiducia attribuisce il diritto e nei confronti del fiduciario che subentra nell'incarico. La dispensa preventiva dall'obbligo di rendiconto non ha effetto. ART. 1741-septies. – (Poteri del fiduciante. Conflitto di interessi e vantaggio patrimoniale indebito). – Il fiduciante vigila sulla gestione del fiduciario, può chiedere il rendimento della gestione, può nominare in qualunque momento un terzo incaricato di curare l'attuazione dello scopo e di salvaguardare i diritti dei beneficiari. Il fiduciario risponde dei danni derivanti dagli atti compiuti in conflitto di interessi, inclusi quelli derivanti dall'utilizzazione a vantaggio proprio o di terzi di dati o di notizie apprese in occasione dell'adempimento del contratto di fiducia. ART. 1741-octies. – (Gratuità e onerosità del contratto di fiducia. Indennità per le spese effettuate). – Salvo che il contratto di fiducia stabilisca diversamente, il fiduciario ha diritto al compenso. Il fiduciario ha inoltre diritto al rimborso delle spese sostenute. ART. 1741-novies. – (Cessazione del fiduciario dall'incarico e sua sostituzione). – Il fiduciario cessa dall'incarico per le cause previste dal contratto di fiducia, per revoca o per rinuncia, per morte, per sopravvenuta incapacità, per fallimento e per le altre cause previste dalla legge. Il fiduciario che cessa dall'incarico è sostituito in conformità del contratto. Ove il contratto non disponga, la sostituzione è disposta dal giudice con proprio provvedimento. Il nuovo fiduciario subentra nella titolarità dei beni compresi nel patrimonio fiduciario. ART. 1741-decies. – (Revoca e rinuncia del fiduciario o del soggetto che deve far valere la fiducia).

E' inevitabile l'osservazione del precedente francese, dal quale trarre lo spunto alla contestuale riforma del diritto ereditario, in particolare allentando il divieto dei patti successori ed allargano le strette verso il fedecommesso, peraltro con la consapevolezza che in Francia hanno bensì ridotto il divieto dei patti successori con l'introduzione della fiducia, ma questa non sembra utilizzabile a scopo liberale. La Francia¹⁰⁷ ha, invero, introdotto la "fiducie", ma ne ha vietato l'impiego per attuare liberalità, evidentemente reputando tale esigenza già soddisfatta dalle innovazioni introdotte dalla recente riforma¹⁰⁸ - rilassando la preclusione verso i fedecommessi¹⁰⁹.

Nella medesima direzione sembrerebbe condurre, del resto, lo stesso diritto inglese.

Colpisce, invero, la resistenza opposta dal Regno Unito all'adesione all'emanando regolamento comunitario in tema di successioni internazionali¹¹⁰, giustificata con il timore di subire l'esecutività di provvedimenti stranieri recuperatori - ossia comportanti "clawback" - di trasferimenti gratuiti aventi ad oggetto beni situati sul proprio territorio, sulla scorta della convinzione dell'estraneità di un tale effetto ai rimedi presenti nel proprio ordinamento¹¹¹.

Tale atteggiamento deve essere ricondotto alla particolare prospettiva in cui è percepita la portata pratica di queste misure reipersecutorie, nell'esperienza giuridica inglese collegate all'individuazione dell'intento fraudolento, laddove nei sistemi di Civil law che le contemplano sono caratterizzate da mero automatismo¹¹².

– Il fiduciario è revocato o per inadempimento e, in caso di urgenza, il giudice nomina un fiduciario incaricato dell'amministrazione provvisoria. Qualora il fiduciario rinunci al contratto di fiducia, la dichiarazione è comunicata per iscritto a ciascun beneficiario o al soggetto che fa valere la fiducia nei confronti del fiduciario. Art. 1741-undecies. – (Scioglimento del contratto di fiducia). – Il contratto di fiducia concluso nell'interesse di beneficiari si scioglie per la fine del termine pattuito. Si scioglie altresì nel caso in cui siano state effettuate tutte le prestazioni previste dal contratto. Se i beneficiari sono tutti capaci di intendere ed agire, la fiducia si scioglie anche prima del suddetto termine per effetto della loro unanime deliberazione. Dopo aver provveduto a liquidare i rapporti pendenti, il fiduciario trasferisce i beni residui compresi nel patrimonio fiduciario ai beneficiari. Qualora al termine del contratto di fiducia non vi siano beneficiari, i beni sono trasferiti al fiduciante o ai suoi aventi causa. Il contratto di fiducia costituito per realizzare uno scopo si scioglie con la realizzazione dello scopo, per la sopravvenuta impossibilità di realizzarlo o per l'insufficienza dei beni a esso destinati. In tal caso, liquidati i rapporti pendenti, si applica il terzo comma. ART. 1741-duodecies. – (Contratto di fiducia costituito con provvedimento del giudice o per testamento). – Le norme che regolano il contratto di fiducia si osservano, in quanto compatibili, riguardo ai rapporti di contenuto analogo costituiti con provvedimento del giudice o mediante espressa disposizione testamentaria. In questo ultimo caso, all'accettazione del fiduciario si applicano le norme che regolano la nomina degli esecutori testamentari ». ART. 2.1. L'articolo 2645-ter del codice civile è sostituito dal seguente: « ART. 2645-ter. – (Trascrizione del contratto di fiducia). – Il contratto di fiducia quando ha ad oggetto beni immobili o diritti reali di cui al capo IX-bis del titolo III del libro IV deve essere trascritto. La trascrizione è eseguita contro il fiduciante e a favore del fiduciario. Quando il fiduciante è l'unico fiduciario la trascrizione è eseguita esclusivamente contro di esso. Si applica l'articolo 2644 ». ART. 3.1. Dopo l'articolo 2684 del codice civile è inserito il seguente: « ART. 2684-bis. – (Trascrizione del contratto di fiducia). – Il contratto di fiducia di cui al capo IX-bis del titolo III del libro IV deve essere trascritto per gli effetti stabiliti dall'articolo 2644, quando ha ad oggetto i beni di cui all'articolo 2683. Si applicano i commi secondo e terzo dell'articolo 2645-ter ».

¹⁰⁷ Con la Loi 211-211 del 27 febbraio 2007, poi estesa alle persone fisiche dalla Loi de modernisation de l'économie 4 agosto 2008, cui ha fatto seguito l'Ordonnance n. 2009 - 112 del 30 gennaio 2009, commentata da P. Crocq, *La nouvelles fiducie - sur-reté: une porte ouverte sur une prochaine crise des subprimes en France?*, in *Dalloz*, 2009.716; M. Grimaldi e R. Damman, *La fiducie sur ordonnances*, in *Dalloz*, 2009.670; A.-M. Leroyer, *Ordonnance 2009- 112 du 30.1. 2009*, in *Revue Trim. Dr. Civ.*, 2009, 2, 381.

¹⁰⁸ L'ho illustrata in *L'espansione dell'autonomia privata in ambito successorio nei recenti interventi legislativi francesi ed italiani*, in *Contr. Impr. Europa*, 2009, 1, 427 ss..

¹⁰⁹ In tema di liberalità graduati e residuali, nonché attraverso la previsione del mandato ad effetto postumo.

¹¹⁰ Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo. Bruxelles, 14.10.2009 COM(2009) 154 definitivo 2009/0157 (COD - SEC(2009) 410-411)

¹¹¹ Ministry of Justice, European Commission Proposal on Successions and Wills. A public Consultation" Consultation Paper CP 41 09, pubblicato il 21 ottobre 2009.

¹¹² La convinzione che la riserva italiana sia in natura poggia essenzialmente sull'art. 561, comma 1, c.c. che impedisce al beneficiario della liberalità di sgravarsi per equivalente, sebbene l'art. 560 c.c., al ricorrere di determinati presupposti, consenta al legatario ed al donatario di trattenerne il bene. La concezione quantitativa della riserva impedisce di agire per recuperare il singolo bene prediletto, cosicché essa sembra rivestire piuttosto alla tutela del credito ed in tale ottica andrebbe inquadrata l'azione recuperatoria prevista dall'art. 563 c.c. Per una ricognizione critica si rinvia a G. Amadio, *La successione necessaria tra proposte di abrogazione e istanze di riforma*, in *Riv. not.*, 2007, I, 803. In Francia la riforma ha introdotto la legittima in valore in quanto per l'art. 924 Code civil riformato il legittimario deve accontentarsi del controvalore, quand'anche il beneficiari della liberalità abbia conservato la titolarità del bene; peraltro il 924.4 prevede l'aggregabilità dell'avente causa in ipotesi di infruttuosa e-

Si comprende, allora, l'insistenza con cui in ambito ministeriale si denuncia l'effetto potenzialmente devastante per le Charity, ma pure rispetto ai trust, dell'accoglienza eventualmente concessa ai provvedimenti stranieri recuperatori dei cespiti oggetto di liberalità¹¹³. Preoccupazioni che sembrano condivise negli ordinamenti di Civil law disposti all'importazione e riproduzione di trust¹¹⁴, laddove la loro esposizione alle pretese dei legittimari sia stata da tempo segnalata¹¹⁵.

Nella registrazione di tale attitudine reipersecutoria dell'azione a tutela della riserva, senza ravvisarla incompatibile con la creazione di trust liberali laddove non si realizzi una lesione della legittima¹¹⁶, affiora una manifestazione di quella mutevolezza di mentalità che si incontra attraversando diversi sistemi giuridici.

Insomma, o si preclude allo strumento fiduciario il perseguimento di finalità liberali, affidandone l'attuazione a patti successori e fedecommissi, dopo averli fatti oggetto di una disciplina più favorevole, oppure si attribuisce alla fiducia quella valenza, ma si ha cura di riformare il diritto successorio, in particolare allentando il divieto dei patti successori ed abolendo - se non l'istituto della riserva- almeno la sua tutela reale.

scussione del beneficiario della disposizione, in maniera non diversa dal nostro art 563 , I, c.c. . In Germania, laddove il Pflichtteilsrecht ha notoriamente indole creditoria, ma si registra una portata recuperatoria nei confronti dei terzi nell'ipotesi contemplata dal par. 2329, laddove l'erede testamentario non sia obbligato all'integrazione della quota di legittima; peraltro il donatario può evitare la restituzione mediante il pagamento dell'ammontare mancante.

¹¹³ *European Commission Proposal on Successions and Wills. A public Consultation*: "Under Article 19(2) (j) of the proposed Regulation clawback claims would be brought within the scope of the applicable law of succession ("any obligation to restore or account for gifts and the taking of them into account when determining the shares of heirs"). On this basis they would for the first time become enforceable within the UK. The Government's preliminary assessment is that the importation of such claims could have a significant adverse impact on the legal certainty of lifetime gifts completed within the UK. This could cause problems for all kinds of transactions. Two are of particular note: first, gifts to charities based in this country, and second, assets deposited in trusts where the introduction of clawback could harm the operation of the trust industry in the UK.

¹¹⁴ Come emerge dall'art. 15 della Convenzione relativa alla legge applicabile ai trust ed al loro riconoscimento firmata a L'Aja il 1° luglio 1985 (resa esecutiva in Italia con L. 16 ottobre 1989 n. 364, entrata in vigore il 1 gennaio 1992)

¹¹⁵ M. Graziadei, *Diritti nell'interesse altrui, Trento, 1995*, 335: "...Se il trust è invece preordinato a frustrare l'applicazione della legge, esso cade al pari di ogni altra disposizione che abbia la medesima finalità".

¹¹⁶ M. Lupoi, *Trusts*, 2 ediz., Milano, 2001, 667.