

Sussidiarietà, autonomia privata e limiti alla responsabilità patrimoniale. Introduzione al quadro comparatistico ed agli sviluppi dell'ordinamento italiano*

**[intervento introduttivo della sessione "Il quadro comparatistico e gli sviluppi dell'ordinamento italiano", del convegno "Il principio di sussidiarietà orizzontale e la responsabilità patrimoniale", tenutosi il 5 ottobre 2013, all'Università La Sapienza di Roma, Facoltà di Scienza della Comunicazione]*

Indice. 1. *L'accresciuto interesse verso i vincoli di destinazione.* 2. *Le inadeguatezze degli strumenti italiani.* 3. *La disciplina francese della "fiducie".* 4. *I percorsi intrapresi.* 4.a. *Il trust interno.* 4.b. *L'atto di destinazione.* 4.c. *Le proposte di aggiornamento del profilo delle società fiduciarie.* 4.d. *Inserire il contratto fiduciario nel codice civile?* 5. *Gli spunti offerti dalla comparazione*

1. L'accresciuto interesse verso i vincoli di destinazione.

Da tempo fiorisce l'elaborazione dottrinale in tema di vincoli di destinazione "di scopo" (così identificati per distinguerli da quelli riguardanti le modalità di utilizzo dei beni, specie immobili¹), di matrice contrattuale, sollecitata dalla domanda di strumenti - ulteriori rispetto a quelli già previsti dal nostro ordinamento - adatti sia alla protezione patrimoniale, sia alla programmazione successoria.

A seguito della ratifica della Convenzione dell'Aja² è accresciuta la popolarità dei trust, di cui si è apprezzata l'attitudine ad assolvere entrambe le funzioni, a differenza dagli istituti italiani. Da qui sono scaturiti gli atteggiamenti polarizzati di chi si è adoperato per la replica interna di quello strumento tramite il semplice richiamo della legge straniera, da un lato, e quanti hanno auspicato l'adozione di un omologo nostrano, di matrice legislativa, oppure negoziale, dall'altro; in quest'ultima prospettiva si è sottolineato il peso di regole atte ad assicurare la resistenza del vincolo anche nei confronti dei creditori del disponente, in grado di realizzarne l'opponibilità ai terzi.

2. Le inadeguatezze degli strumenti italiani

Le riflessioni muovono spesso dai postulati della teoria generale che raggruppano i patrimoni destinati in base all'attitudine alla separazione, oppure all'individuazione del nuovo soggetto. Tra le funzioni prevalenti sono segnalate la protezione della ricchezza, da un lato, la programmazione successoria, dall'altro. Alla prima area sono assegnati l'atto previsto dall'art. 2645 *ter* c.c., il fondo patrimoniale, la fiducia con operatori professionali. Alla seconda, il fedecommesso, la fondazione di famiglia. Gli interventi legislativi

¹ Ho approfondito la distinzione in "Affectation", "destination" e vincoli di destinazione, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, II, Milano 1994; *I vincoli contrattuali di destinazione degli immobili*, in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, a cura di F. Galgano, III, Torino, 1995, p. 2329 ss.; *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, p.22ss.

² Convenzione relativa alla legge applicabile ai trust ed al loro riconoscimento, firmata a L'Aja il 1.7.1985, resa esecutiva in Italia con l. 16.10.1989, n. 364, entrata in vigore il 1.1.1992.

recenti in materia di patrimoni di scopo sono andati incontro ad entrambe le domande: l'introduzione degli atti di destinazione, per un verso, dei patti di famiglia, per l'altro.

Su ciascun fronte sono state registrate lacune³. Si è sottolineato, in particolare, che l'art. 2645 *ter* c.c. omette di regolamentare il rapporto, inoltre affida a parametri ambigui l'individuazione della finalità adeguata a supportare la separazione; da parte sua, il fondo patrimoniale presuppone il legame coniugale e trascura la ricchezza mobiliare; infine, la gestione fiduciaria esercitata dalle società specializzate non si occupa degli immobili. In maniera altrettanto puntuale è registrata l'inadeguatezza degli strumenti disponibili a realizzare la programmazione successoria: i patti di famiglia sono rivolti esclusivamente all'impresa; il fedecommesso presuppone l'interdizione del beneficiario⁴; sulla fondazione di famiglia pesano pregiudizi concettuali che ad oggi le hanno impedito di tramandare un patrimonio alla discendenza complessiva, senza individuazione selettiva dei beneficiari, appoggiata a criteri di merito o bisogno⁵. Tra le esigenze emergenti si colgono anche quelle di estendere il vincolo al denaro, poi di non limitarsi all'intestazione, ma assicurare la gestione, nel senso sia della manutenzione (particolarmente per gli immobili), sia della sostituzione.

3. La disciplina francese della "fiducie".

E' noto che la Francia ha evitato l'adesione alla Convenzione, optando per l'adozione di strumenti interni, in grado di assicurare esiti omologhi, al fine di prevenire l'esterovestizione dei rapporti. Particolare attenzione merita la disciplina francese varata nel 2007⁶ dove la "fiducie"⁷ è presentata quale contratto a titolo oneroso⁸, atto a riguardare direttamente anche beni immobili⁹. Essa è utilizzabile dai privati come

³ Ho documentato queste considerazioni in *Il trust nell'esperienza giuridica italiana: il punto di vista della giurisprudenza e degli operatori*, in *Famiglia, Persone e Successioni*, 2010, n.12, pp. 813.

⁴ Rinvio a quanto considerato in *Gli atti di destinazione nell'interesse della famiglia e dei disabili*, in *Riv. dir. priv.*, 2011, n. 1, p. 33 ss.

⁵ Avevo registrato lo stato dell'arte, avanzando precise riserve, in *La fondazione di famiglia in Italia e all'estero*, in *Riv. Not.*, 2010, p. 17 ss.

⁶ Con la legge 2007-211 del 19.2. 2007 "instituant la fiducie", JORF n°44 du 21.2. 2007 pag. 3052, texte n° 3, poi estesa alle persone fisiche dalla Loi de modernisation de l'économie 4.8.2008, cui ha fatto seguito l'Ordonnance n. 2009 - 112 del 30.1.2009.

⁷ Art. 2011: " La fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires".

⁸ Art. 2013: ". Le contrat de fiducie est nul s'il procède d'une intention libérale au profit du bénéficiaire. Cette nullité est d'ordre public".

⁹ Art. 2019, 2° c.: " Lorsqu'ils portent sur des immeubles ou des droits réels immobiliers, ils sont, sous la même sanction, publiés dans les conditions prévues aux articles 647 et 657 du code général des impôts".

fiduciari, mentre la veste di fiduciari è riservata ad operatori professionali¹⁰, società finanziarie, oppure avvocati, che già operavano la separazione dei fondi dei loro clienti¹¹.

Il modello francese è ispirato al trust¹², ma denuncia la derivazione dal mandato, che è stato ampliato, sebbene senza coprire tutte le aspettative emergenti.

Il patrimonio oggetto del rapporto fiduciario è tenuto al riparo dal dissesto¹³, ma è prevista la nullità della sua costituzione da parte dell'impresa che ha cessato i pagamenti¹⁴. La funzione di garanzia ha ricevuto disciplina in tempi di poco successivi, con disposizioni¹⁵ ispirate alla preoccupazione di prevenire indebiti arricchimenti del beneficiario¹⁶.

4. I percorsi intrapresi.

Tra i compiti dell'analisi istituzionale è annoverata la selezione della fonte più adatta a regolare un conflitto o disciplinare un intero settore. La tradizionale predilezione del nostro ordinamento per l'intervento legislativo¹⁷ risulta confermata in questo ambito dalla corrente che ha elaborato il testo dell'art.2645 ter c.c.¹⁸, ma è stata contrastata dalla rivendicazione dottrinale del proprio ruolo di guida della prassi, prima ancora dell'intervento giurisprudenziale, la quale ha dapprima puntato sullo sdoganamento del trust -

¹⁰ Art. 2015: " Seuls peuvent avoir la qualité de fiduciaires les établissements de crédit mentionnés à l'article L. 511-1 du code monétaire et financier, les institutions et services énumérés à l'article L. 518-1 du même code, les entreprises d'investissement mentionnées à l'article L. 531-4 du même code ainsi que les entreprises d'assurance régies par l'article L. 310-1 du code des assurances".

¹¹ Il Décr. N.2009-1627 del 23.12. 2009, Journal Officiel de la République française 26 décembre 2009 ha disciplinato l'attività fiduciaria degli avvocati.

¹² M. Grimaldi, *La Fiducie: Réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre*, in *Rep.DeFrénoix*, 15.9.1991, n.17; Witz, *La fiducie française face aux expériences étrangères et à la Convention de La Haye*, in *Dalloz*, 2007, p. 1369.

¹³ Art. 2024: " L'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire au profit du fiduciaire n'affecte pas le patrimoine fiduciaire".

¹⁴ Art.632-1 Code du Commerce

¹⁵ Ordonnance n.2009-112 du 30 janvier 2009, in *Sem.jur.-éd.Not. et Imm.*, 2009, p.5, commentata da CROCCO, *La nouvelles fiducie - sureté: une porte ouverte sur une prochaine crise des subprimes en France?*, in *Dalloz*, 2009.716; GRIMALDI e DAMMAN, *La fiducie sur ordonnances*, in *Dalloz*, 2009, p. 670; LEROYER, *Ordonnance 2009- 112 du 30.1. 2009*, in *Revue trim. dr. civ.*, 2009, 2, p. 381.

¹⁶ Puntuale ricognizione è offerta da F. Michetti, *Gli effetti della fiducie*, in *Contr. Impr.Eu.*, 2013, n. 2, p. 908 ss.

¹⁷ Sulle radici di questa inclinazione è doveroso il rinvio a R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, in *Trattato di diritto comparato*, dir. da R. Sacco, Utet, Torino, 5' ediz., 1992, p.135 ss.

¹⁸ Per Mirzia BIANCA, *Novità e continuità dell'atto di destinazione*, in M. BIANCA (cur.), *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645 ter del codice civile*, Milano, 2007, p. 29 ss."l'art. 2645 ter c.c. è un tassello di un sistema".

nell'edizione c.d. interna -, poi sulla promozione dell'autonomia privata in grado di supportare l'irrobustimento dell'efficacia degli affidamenti fiduciari¹⁹.

Il trust è parso colmare un vuoto normativo del nostro ordinamento, che l'art.2645 *ter* c.c. fatica a riempire per la minore articolazione della sua disciplina; esso esibisce, invero, superiori plasticità e duttilità, ma espone anche a maggiori costi per gestire le crisi dei rapporti

4.a. Il trust interno

La Convenzione dell'Aja non è inquadrata come fonte di diritto uniforme, cosicché la sua ratifica -secondo la lettura maggiormente condivisa - non avrebbe determinato l'introduzione del trust nel nostro ordinamento. La contraria soluzione è stata, del resto, ritenuta inopportuna da quanti hanno sottolineato come tale figura sia legata alla propria storia, essenzialmente rimediale, strettamente connessa con la struttura giudiziaria dell'Equity.

La pressante richiesta di strumenti in grado di assicurare la separazione patrimoniale, insieme con gli enormi pregi di quello straniero²⁰, hanno tuttavia propiziato il successo della teorica del trust c.d. interno, il cui unico legame con una giurisdizione che contempra l'istituto è il richiamo della relativa legge²¹. La traiettoria è mirabile per molte ragioni, che rappresentano altrettanti titoli per la sua consegna agli annali della storia del diritto (condotta secondo i canoni del realismo giuridico): la commistione tra legittimazione teorica e convenienze pratiche; la strategica penetrazione all'interno della giurisprudenza transitando per la linea di minor resistenza (la volontaria giurisdizione) in modo da accumulare precedenti favorevoli guadagnati in assenza di contraddittorio; l'annichilimento dei filtri in una prima fase individuati per custodire la coerenza del sistema, in specie il difetto di alcuno strumento omologo. Sennonché la vaghezza di quest'ultimo parametro ha operato quale viatico per l'abbattimento di quella barriera, consentendo così al trust di sovrapporsi alle figure italiane in ragione della diversa struttura, ovviamente inedita per il nostro ordinamento. Un esempio significativo lo si coglie nello spicchio dei rapporti patrimoniali tra coniugi che più direttamente interferisce con la posizione dei creditori, laddove il fondo patrimoniale viene surclassato dal

¹⁹ M. Lupoi, *Istituzioni del diritto dei trusts e degli affidamenti fiduciari*, Padova, 2010.

²⁰ Mirabilmente illustrato da M. GRAZIADEI e B. RUDDEN, *Il diritto inglese dei beni e il trust: dalle res al fund*, in *Quadrimestre*, 1992, 458.

²¹ Escogitazione notoriamente dovuta a M. Lupoi, di cui si ricorda *L'atto istitutivo di trust. Con un formulario*, Milano, 2005. Un bilancio aggiornato della vicenda concettuale è offerta da L. Gatt, *Il trust c.d. interno: una questione ancora aperta*, in *Notariato*, 2011, n.3, p. 280.

trust, ma sembrerebbe tenere in scacco anche l'atto di destinazione²², almeno rispetto alla famiglia legittima (mentre è controversa la situazione rispetto alle convivenze²³).

4.b. L'atto di destinazione

Si è già avuto modo di osservare²⁴ che l'analisi dell'art. 2645 *ter* c.c. rappresenta un chiaro esempio, piuttosto che della dissociazione dei formanti giuridici²⁵, di disorientamento all'interno di ciascuno di loro: la lettera della legge per un verso restringe la finalità della destinazione, per altro la dilata; la dottrina ospita tutte le posizioni astrattamente ipotizzabili; la scarsa giurisprudenza oscilla tra atteggiamenti polarizzati.

La dottrina è divisa sulla generale portata dello strumento²⁶. Da un lato, si colloca l'opinione la quale, ponendosi nella prospettiva dei diritti piuttosto che dei beni, esclude che l'art. 2645 *ter* abbia realizzato alcuna deroga all'art. 2740 c.c.²⁷; nonché quella che richiede soltanto l'indicazione espressa dell'interesse, rivestita della forma pubblica, in quanto la meritevolezza non andrebbe oltre la liceità²⁸. Dall'altro lato, si contano voci inclini a ritenere inevitabile la ricerca di senso puntuale del riferimento alla qualificazione degli

²² Ho affrontato la questione in *Atto di destinazione e fondo patrimoniale: concorrenza o integrazione tra istituti giuridici?*, in corso di pubblicazione negli Studi in memoria di Giovanni Gabrielli.

²³ Alcuni contributi sono frontalmente dedicati a questo profilo: D. MURITANO, *Trust ed atto di destinazione negli accordi fra conviventi more uxorio*, in *Trust e Attiv. Fiduc.*, pp. 199 ss.; G. A. M. TRIMARCHI, *Negoziato di destinazione nell'ambito familiare e nella famiglia di fatto*, in *Notariato*, 2009, p. 430; S. BARTOLI, *Trust e atto di destinazione nel diritto di famiglia e delle persone*, Giuffrè, Milano, 2011; V. BELLOMIA, *La tutela dei bisogni della famiglia tra fondo patrimoniale e atti di destinazione*, in *Dir. fam.*, 2013, p. 698.

²⁴ Nel mio saggio *Prospettive di impiego dell'atto di destinazione per i conviventi*, in *Riv. not.*, 2014, I, pp. 1 ss.

²⁵ R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, cit., p. 3 ss..

²⁶ Avevo operato una ricognizione delle tesi subito avanzate in dottrina in *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, 2006. Nell'ambito della vastissima bibliografia successiva si segnalano: S. MEUCCI, *La destinazione di beni tra atto e rimedi*, Milano, 2009; G. PALERMO, *La destinazione di beni allo scopo*, in *La proprietà e il possesso*, vol. del *Tratt. dir. civ.*, dir da N. Lipari e P. Rescigno, Milano, 2009; A. GENTILI, *La destinazione patrimoniale. Un contributo della categoria generale allo studio delle fattispecie*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, p. 55; U. STEFINI, *Destinazione patrimoniale ed autonomia negoziale: l'art. 2645-ter c.c.*, Padova, 2010; F. ROSELLI, *Atti di destinazione del patrimonio e tutela del creditore nell'art. 2645-ter c.c.*, in G. DORIA (cur.), *Le nuove forme di organizzazione del patrimonio*, Torino, 2010, 102; M. CEOLIN, *Destinazione e vincoli di destinazione nel diritto privato. Dalla destinazione economica all'atto di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, Cedam, Padova, 2010; Id., *Il punto sull'art. 2645 ter a cinque anni dalla sua introduzione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, pp. 359 ss.

²⁷ A. GAMBARO, *Vincoli di destinazione e conformazione della proprietà*, in *Studi in onore di Antonio Palazzo*, vol. 3, *Proprietà e rapporti obbligatori*, Utet, Torino, 2009, p. 319.

²⁸ G. VETTORI, *Atto di destinazione e trust: prima lettura dell'art. 2645 ter*, in *Obbl. Contr.*, 2006, 777; A. GENTILI, *Le destinazioni patrimoniali atipiche. Egesi dell'art. 2645 ter c.c.*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2007, pp. 1 ss..

interessi, da assimilarsi agli estremi della pubblica utilità²⁹, o comunque di rilevanza costituzionale, sulla scorta dell'art. 42 Cost.³⁰. Quest'ultima prospettiva invita ad operare su tale base la selezione degli interessi idonei a giustificare la separazione³¹, ammettendo la creazione del vincolo se "diretta al perseguimento di un interesse collettivo", oppure anche di "un interesse individuale, purché incondizionatamente tutelato e, quindi, di natura non meramente patrimoniale"³².

In giurisprudenza sono registrabili iniziali posizioni di diffidenza - talora motivate con riferimento al timore di duplicazione del trust³³ -, seguite da aperture a numerose e varie applicazioni, tra le quali, ad esempio, quelle nell'interesse di soggetti sottoposti ad amministrazione di sostegno³⁴, oppure nell'ambito della crisi coniugale³⁵. Negli ultimi anni si segnalano alcune pronunce contrassegnate dalla massima chiusura, che hanno declamato l'inammissibilità del negozio destinatorio puro, scompagnato da alcun trasferimento del diritto³⁶. Nondimeno, appoggiandosi

²⁹ F. GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645 ter*, in *Giust. Civ.*, 2006., II, 169 ss. riferendosi al requisito richiesto per il riconoscimento delle fondazioni anteriormente all'entrata in vigore del d.p.r.361/2000.

³⁰ G. GABRIELLI, *Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 330: "... quegli stessi interessi corrispondenti ai valori costituzionalmente garantiti, la cui lesione un orientamento giurisprudenziale considera in ogni caso risarcenda...".

³¹ G. PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, p. 178 nonché M. BIANCA, *Atto negoziale di destinazione e separazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 215.

³² G. GABRIELLI, *Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari*, cit., p. 332.

³³ Trib. Trieste, 7.4.2006, in *Riv. Not.*, 2007, p. 367, con nota di E. MATANO, nonché in *Giust. civ.*, 2006, II, p. 187, con nota di Mirzia BIANCA, *Il nuovo art. 2645-ter c.c..Notazioni a margine di un provvedimento del giudice tavolare di Trieste*: "È da escludere che l'imposizione di un vincolo di destinazione ai sensi dell'art. 2645 ter c.c. si sostanzi in una nuova tipologia negoziale traslativa, caratterizzata da una causa esclusivamente destinataria; deve invece ritenersi che la nuova norma introduca nell'ordinamento solo un particolare tipo di effetto negoziale, quello di destinazione, accessorio rispetto agli altri effetti di un negozio tipico o atipico cui si accompagna". Circa i rapporti con il trust si rinvia a G. OBERTO, *Atti di destinazione (2645 ter c.c.) e trust: analogie e differenze*, in *Contr. e impr. Eur.*, 2007, p. 400; A. MORACE PINELLI, *Atti di destinazione, trust e responsabilità del debitore*, Milano, 2007, pp. 121 ss..

³⁴ "...l'art. 2645 ter c.c. consente la trascrizione nei registri immobiliari, al fine di rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione degli atti in forma pubblica con cui beni immobili siano destinati alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela e riferibili a persona, con disabilità, beneficiaria di a.d.s.": App. Roma, sez. I, 4. 2. 2009, in *Dir. fam.*, 2009, p. 665.

³⁵ Trib. Reggio Emilia, 23-26.3. 2007, in *Dir. fam.* 2007, 1726, *Dir. fam.* 2008, 194 con nota di G. FREZZA, *Dir. fam.* 2009, 1199, con nota di A. MARRA.

³⁶ Trib. Reggio Emilia, 7.6.2012, seguito da Trib. Santa Maria Capua Vetere, 28.11. 2013, Trib. Reggio Emilia, 12.05.2014

alle peculiarità dello strumento straniero, si è confermata la conciliabilità di tale assunto con l'efficacia del c.d. trust autodestinato³⁷.

4.c. Le proposte di aggiornamento del profilo delle società fiduciarie.

Meritano segnalazione altresì le proposte rivolte all'aggiornamento del profilo delle società fiduciarie³⁸. L'analisi della prassi mostra che delle due funzioni, statica e dinamica, è attecchita prevalentemente la prima; in subordine l'impiego in funzione di garanzia - in cui molti indicano le più solide potenzialità, in grado di assicurare loro il futuro -, piuttosto che lo scopo del nascondimento. Negli ultimi anni sono emersi fraintendimenti in tema di antiriciclaggio.

Il modello si è andato sgretolando, affievolendosi la riserva di attività; per rivitalizzarlo sono state avanzate due proposte. Una auspica la riforma della disciplina delle società fiduciarie, peraltro conservando loro l'esclusiva, a somiglianza di quanto realizzato dalla legge francese. Un'altra si concentra sulla disciplina del rapporto, assecondando la despecializzazione soggettiva, nel senso di escludere l'esclusiva; in quest'ultima direzione sospingerebbe la crescente domanda di relazioni fiduciarie, testimoniato dal successo raccolto dal trust.

Ulteriore questione attiene all'individuazione del modello di vigilanza: la preferenza legislativa si è orientata verso quello amministrativo, come per banche e assicurazioni, mentre per il trust di regola opera il controllo giudiziario in sede contenziosa, come per gli atti di destinazione. L'imbocco della prima via è da molti abbinato all'accorpamento degli organismi, ma in senso contrario si spendono gli argomenti che conducono all'irrinunciabilità del filtro giudiziario.

4.d. Inserire il contratto fiduciario nel codice civile?

Il contratto fiduciario avrebbe attitudine a colmare le lacune segnalate, cosicché se ne è raccomandata un'edizione legislativa, sulla scorta dell'esempio francese. La proposta - ripetutamente formulata - circa il suo inserimento nel codice civile ha riscosso consensi crescenti. Si è suggerito il coordinamento della nuova figura con le regole variamente deputate a coinvolgerla: da quelle rivolte alla tutela dei creditori (a partire dalla revocatoria) al diritto successorio. A quest'ultimo riguardo si ricorda quanto sia composito il quadro

³⁷ Secondo Trib. Reggio Emilia, 7.6.2012: " .. il trust autodichiarato è pacificamente ammesso dalla giurisprudenza

italiana: ex plurimis, Trib. Reggio Emilia, 27.8.2011... "

³⁸ L'ultima modifica legislativa è intervenuta con il decreto legislativo 13 agosto 2010, n. 141

offerto dalle giurisdizioni che contemplano il trust, dal momento che il modello inglese non protegge dalle aggressioni dei legittimari³⁹, mentre lo scenario americano offre talora soluzioni diverse⁴⁰.

In ordine all'adozione di una disciplina legislativa della fiducia si ricorda come la legge francese, per un verso, contenga il divieto del suo impiego in funzione liberale e, per altro, sia stata preceduta dalla riforma del diritto successorio e del mandato durevole per gli incapaci; rimangono, pertanto, centrali lo snodo di quella disciplina e di quella sulle garanzie. Non a caso, in Francia l'introduzione della fiducia è stata accompagnata dalla riforma di entrambi i settori; essa ha, anzi, visto la luce proprio in occasione dell'introduzione nel codice del libro quarto, dedicato appunto alle garanzie⁴¹.

5. *Gli spunti offerti dalla comparazione*

L'adozione di una disciplina legislativa italiana degli affidamenti fiduciari potrebbe giovare dell'osservazione del precedente francese, dal quale trarre lo spunto per la contestuale riforma del diritto ereditario, in particolare allentando il divieto dei patti successori ed allargando le strette verso il fedecommesso. Peraltro s'impone di considerare la circostanza che oltralpe hanno bensì ridotto quel divieto, ma hanno vietato l'impiego della fiducia per attuare liberalità, evidentemente reputando tale esigenza già soddisfatta dalle innovazioni introdotte dalla riforma⁴², in particolare rilassando la preclusione verso i fedecommessi⁴³.

Nella medesima direzione sembrerebbe condurre, del resto, lo stesso diritto inglese⁴⁴. Colpisce, invero, la resistenza opposta dal Regno Unito al regolamento comunitario in tema di successioni internazionali⁴⁵, giustificata con il timore di subire l'esecutività di provvedimenti stranieri recuperatori⁴⁶ di trasferimenti

³⁹ Peraltro in Inghilterra quelle pretese sono prive di vocazione reipersecutoria.

⁴⁰ Aspetti visitati nel mio lavoro *Legitimate portion and other techniques of protection of surviving spouses and children. A comparison between civil law and common law systems*, in B. VERSCHRAEGEN (ed.) *Family Finances (13th World Conference of the International Society of Family Law. Vienna 16 – 20 September 2008)*, Jan Sramek Verlag KG(Vienna), 2009, pp. 751 ss..

⁴¹ Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 art. 14, art. 20 Journal Officiel du 24 mars 2006.

⁴² L'ho illustrata in *L'espansione dell'autonomia privata in ambito successorio nei recenti interventi legislativi francesi ed italiani*, in *Contratto e impresa Europa*, 2009, 1, 427 ss.

⁴³ In tema di liberalità gradualità e residuali, nonché attraverso la previsione del mandato ad effetto postumo.

⁴⁴ Riprendo quanto già considerato in *Il diritto successorio inglese e il trust*, in *Notariato*, 2010, n.5,p. 559 ss.

⁴⁵ Regolamento 4 luglio 2012 n. 650, pubblicato in G.U.U.E. n. L 201 del 27 luglio 2012, entrato in vigore il 16 agosto 2012, applicabile a partire dal 17 agosto 2015, ai sensi dell'art. 84. Si tratta del 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.

⁴⁶ Il lessico giuridico inglese si esprime in termini di «clawback»

gratuiti aventi ad oggetto beni situati sul proprio territorio, sulla scorta della convinzione dell'estraneità di un tale effetto ai rimedi presenti nel proprio ordinamento⁴⁷. Tale atteggiamento deve essere ricondotto alla particolare prospettiva in cui è percepita la portata pratica di queste misure reipersecutorie, che nell'esperienza giuridica inglese è collegata all'individuazione dell'intento fraudolento, mentre nei sistemi di civil law che le contengono esse sono caratterizzate da mero automatismo⁴⁸.

Si comprende, allora, l'insistenza con cui in ambito ministeriale inglese 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 liberalità⁴⁹. Tali preoccupazioni non sembrano condivise negli ordinamenti di civil law disponibili all'importazione e riproduzione dei trust⁵⁰, ove la loro esposizione alle pretese dei legittimari è stata da tempo segnalata⁵¹. Nella registrazione di tale attitudine reipersecutoria dell'azione a tutela della riserva ereditaria, ritenuta compatibile con la creazione di trust liberali⁵², 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,

⁴⁷ Ministry of Justice, European Commission Proposal on Successions and Wills. A public Consultation Consultation Paper CP 41 09, pubblicato il 21.10.2009.

⁴⁸ 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 il nuovo art. 924 Code civil il legittimario deve accontentarsi del controvalore, quand'anche il beneficiario della liberalità abbia conservato la titolarità del bene; peraltro l'art. 924.4 prevede l'aggregabilità da parte dell'avente causa in ipotesi di infruttuosa escussione del beneficiario della disposizione, in maniera non diversa dal nostro art. 563, 1° co., c.c.. In Germania, il Pflichtteilsrecht ha - notoriamente - indole obbligatoria, ma emerge 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.

⁴⁹ *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.

⁵⁰ Come emerge dall'art. 15 della Convenzione dell'Aja del 1.7.1985.

⁵¹ M. GRAZIADEI, *Diritti nell'interesse altrui*, Trento, 1995, p. 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».

⁵² Purché non si realizzi una lesione della legittima: M. LUPOI, *Trusts*, 2ª ed., Milano, 2001, p. 667.

oppure si attribuisce alla fiducia quella valenza, ma si ha cura di riformare il diritto successorio, in particolare abolendo - se non l'istituto della riserva - almeno la sua tutela reale.