

CAPITOLO IV

(LA SVIZZERA, LE FONDAZIONI DI FAMIGLIA E LA RESPONSABILITÀ PATRIMONIALE DEL DEBITORE)

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Prime considerazioni – 3. Sul distinguo, di carattere storico, tra la fondazione di famiglia e il fedecommesso di famiglia e sull'evoluzione del diritto in materia – 4. Considerazioni riassuntive sul valore odierno del divieto delle fondazioni di famiglia di mantenimento – 5. Verso una possibile nuova *ratio* dell'art. 335 cpv. 1 CCS – 5.1 Il principio della responsabilità patrimoniale del debitore – 5.2 Il principio della responsabilità patrimoniale del debitore quale principio di ordine pubblico: i suoi presupposti tradizionali e la realtà attuale – 5.3 Gli strumenti a tutela dei creditori: l'azione revocatoria e i suoi limiti odierni. Opzioni operative – 5.4 La fondazione di famiglia («*d'entretien*») del Liechtenstein – 5.5 Conclusioni sui rapporti tra la fondazione di famiglia «*d'entretien*» e il principio della responsabilità patrimoniale del debitore attualizzato – 6. Conclusioni. La nuova potenziale *ratio* dell'art. 335 cpv. 1 CCS.

1. PREMESSA

Il 20 dicembre 2006, l'Assemblea federale svizzera ha approvato la Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985 *relativa alla legge applicabile ai trusts e al loro riconoscimento* (CAT)¹, autorizzando il Consiglio federale a ratificarla².

In seguito, la ratifica è stata regolarmente eseguita, il 26 aprile 2007, e così, a far data dal 1° luglio 2007, la CAT è entrata in vigore sul territorio elvetico (e l'istituto del *trust* è entrato a far parte dell'ordinamento interno, a tutti gli effetti³).

¹ Cfr. RU 2007 2855.

² Cfr. RU 2007 2849.

³ Sulle modalità d'ingresso del *trust* nell'ordinamento svizzero si veda quanto riferito, concisamente ma altrettanto chiaramente, da NEDIM PETER VOGT, *I trust e il diritto svizzero (La Convenzione dell'Aja relativa alla legge applicabile ai trust e al loro riconoscimento (CAT) e i nuovi articoli 149a-e LDIP)*, in N.P. VOGT/A. BONOMI/O. ARTER/F. NOSEDA/N. HIRST/C. JAQUES, *Trust e istituti particolari del diritto anglosassone (Atti CFPG Lugano 5 ottobre 2007)*, Helbing Lichtenhahn, Basilea 2009, p. 3 ss, p. 5.

E' noto, peraltro, che i rapporti tra il *trust* e la Svizzera non sono nati con la ratifica della Convenzione de L'Aja sui *trusts*, perché la prassi bancaria elvetica ha familiarità con questo strumento da molto tempo⁴.

Spesso, infatti, già nel corso degli anni '70, nel contesto della gestione patrimoniale degli *assets* della loro clientela istituzionale, gli istituti di credito svizzeri sono stati chiamati a offrire servizi di *trusteeship*, di *protectorship* e di deposito o amministrazione di fondi e titoli detenuti da *trustees* esteri, localizzati *overseas*⁵.

Tanto che, come esplicitato nel *Messaggio concernente il decreto che approva e attua la Convenzione dell'Aja relativa alla legge applicabile ai trust e al loro riconoscimento* del 2 dicembre 2005 ("il Messaggio")⁶, la stessa ratifica della CAT è il portato dell'attività dell'Associazione Svizzera dei Banchieri⁷.

Ne deriva che le autorità elvetiche hanno (*rectius*, dovrebbero avere) una certa dimestichezza con lo strumento in esame; e in forza di questa consuetudine all'uso, come accennato nell'Introduzione, il

⁴ Cfr. A.C. LIMBURG & P. SUPINO, *Disputes involving trusts: the Swiss perspective*, in N.P. VOGT (ED.), *Disputes Involving Trusts*, Helbing & Lichtenhahn, Basilea 1999, p. 191 ss, p. 193; N. HAUSMANN, *Swiss Courts and the Recognition of Foreign Trusts*, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2001, p. 237 ss. Cfr. da ultimo anche VOGT, *I trust e il diritto svizzero* (3), p. 5.

⁵ Cfr. E.H. PALTZER, *Issues regarding Trustees and Protectors located in Switzerland – A lawyer's view*, in *Trusts & Trustees*, n. 3 (1996), p. 16 ss.

⁶ Cfr. FF 2006 517.

⁷ La quale, a fronte degli interventi operati in materia dalle due piazze finanziarie mitteleuropee maggiormente in concorrenza con la Confederazione elvetica (segnatamente, il Granducato del Lussemburgo e il Principato del Liechtenstein, che hanno ratificato la CAT, rispettivamente, con legge del 16 ottobre 2003 – entrata in vigore dal 1° gennaio 2004 – e del 13 dicembre 2004 – entrata in vigore dal 1° aprile 2006), "data la crescente importanza economica di tale istituto e il sentimento di insoddisfazione causato dalle inadeguatezze dell'attuale legislazione [...] si è rivolta all'Amministrazione federale per chiedere che fosse intrapreso l'iter di ratifica della Convenzione dell'Aja sulla legge applicabile ai trust" (Messaggio (6) (Voce "Compendio") p. 518).

Consiglio federale, quando ha valutato la compatibilità dei *trusts* con la disciplina dell'art. 335 CCS (di cui *infra*), ha dichiarato che questa norma non avrebbe creato difficoltà, sul territorio, tanto ai fini del riconoscimento dei *trusts esteri* quanto ai fini dell'impiego dei *trusts interni*⁸.

⁸ Cfr. Messaggio (6), pp. 530-531. Si riporta qui di seguito il testo integrale del Messaggio sul punto, invitando peraltro il lettore a rileggerlo, per poter effettivamente comprendere il contenuto di quanto qui sotto riferito, dopo aver letto tutto quanto scritto nel CAPITOLO in esame. Cfr. § 1.4.1.7 (L'ARTICOLO 335 CAPOVERSO 2 CC) "*Rimane in sospeso anche la questione relativa alla misura in cui la LDIP si applica anche ai trust che svolgono la funzione di fondazione di mantenimento. L'articolo 335 capoverso 2 CC non permette l'erezione di «fedecommissi di famiglia». I fedecommissi famigliari abbracciano un patrimonio separato destinato a una determinata famiglia, che il rispettivo membro beneficiario della famiglia non deve pregiudicare nella sua sostanza e che a un determinato momento, ad esempio al decesso del beneficiario, passa a un altro famigliare. Il legislatore d'allora ha stigmatizzato i vincoli patrimoniali che ne possono risultare a favore di una singola famiglia. L'articolo 335 capoverso 1 permette invece l'erezione delle fondazioni di famiglia «per le spese di educazione, dotazione od assistenza dei suoi membri o per altro simile fine». Stando alla giurisprudenza del Tribunale federale, le fondazioni di famiglia, che non servono a uno dei fini precedentemente menzionati, sono considerate fondazioni di mantenimento e ricadono sotto il divieto sancito dal capoverso 2. Secondo l'interpretazione dominante la differenza principale tra istituzioni ammesse e vietate risulta dal loro scopo e non dalla loro costruzione giuridica. Stando alla giurisprudenza del Tribunale federale, non sono neppure consentite le istituzioni che permettono ai beneficiari di usufruire di vantaggi patrimoniali che consentono loro di avere semplicemente un tenore di vita migliore o più gradevole senza che vi sia un nesso con una particolare o determinata situazione di vita (DTF 108 II 393). I fedecommissi famigliari possono risultare anche dall'istituzione di diversi eredi sostituiti consecutivi. A tal proposito il CC prevede una disposizione esplicita che, in caso di sostituzione fedecommissaria, esclude espressamente la possibilità d'imporre al sostituito l'obbligo di trasmettere l'eredità a un altro quale erede sostituito (art. 488 cpv. 2). In un primo tempo (DTF 108 II 398 segg.), il Tribunale federale aveva rifiutato, alla luce dell'articolo 335 CC, di riconoscere una fondazione con scopo di mantenimento istituita secondo il diritto del Liechtenstein ma con sede effettiva in Svizzera. La situazione giuridica è mutata in seguito all'adozione della LDIP. All'epoca il Tribunale federale aveva negato l'assoggettamento alla legge dello Stato d'incorporazione invocando l'abuso di diritto. In luogo e vece di tale legge, aveva applicato il diritto privato svizzero, in quanto legge dello Stato in cui il trust era amministrato effettivamente, sicché l'articolo 335 CC è risultato direttamente applicabile. Da quando è entrata in vigore la LDIP, il Tribunale federale (DTF 117 II 494 segg.) non ammette più l'esistenza della cosiddetta riserva della frode alla legge (riserva di *fraus legis*) in rapporto con il collegamento al luogo d'incorporazione. Di conseguenza, l'articolo 335 CC può essere applicato alle entità giuridiche di diritto straniero soltanto*

Nondimeno, già l'osservazione che *“i trust non possono porre problemi di conflitto con l'articolo 335 capoverso 2 CC, dato che anche il diritto angloamericano prevede limitazioni riguardo alla possibile durata di un trust e ai relativi vincoli patrimoniali (rule against perpetuities)”*⁹ è, di fatto, in contrasto con quanto si è evidenziato nel Capitolo II¹⁰.

Inoltre, l'atteggiamento liberale che il Tribunale federale ha assunto, di recente, in tema di riconoscimento delle fondazioni di famiglia di mantenimento del Liechtenstein (che, come si vedrà, possono avere caratteristiche analoghe a quelle degli *APT*s¹¹) ha creato un problema di coordinamento giuridico.

Problema che può essere superato solo rivedendo il valore odierno del principio locale della responsabilità patrimoniale del debitore e comprendendo la funzione sussidiaria di tutela, di tale principio, che sono oggigiorno chiamate a svolgere norme quali l'art. 335 cpv. 1 CCS.

come diritto imperativamente applicabile (legge d'applicazione necessaria) ai sensi dell'articolo 18 LDIP. Sotto questo aspetto bisogna tener conto del fatto che, per poter applicare una norma di diritto interno fondandosi sull'articolo 18 LDIP, non basta che la norma in questione aspiri a essere applicata, in base al proprio campo d'applicazione, anche ai rapporti giuridici stranieri (ciò che si verifica presumibilmente nel presente caso se è possibile comprovare debitamente il rapporto del pertinente trust con la Svizzera). Occorre inoltre che la norma abbia un'importanza fondamentale (cfr. Messaggio del Consiglio federale del 10 novembre 1982 concernente la legge sul diritto internazionale privato, n. 214.53) e che la sua applicazione si imponga imperativamente ai fini del mantenimento dell'ordine pubblico. Nel caso del divieto delle fondazioni di mantenimento, è lecito dubitare che tali condizioni siano soddisfatte. Tale divieto si fonda infatti in buona parte su considerazioni morali (combattere l'ozio) e ideologiche (sopprimere le strutture feudali) che dal punto di vista odierno appaiono ormai superate. Su questo punto la dottrina è divisa. Alcuni autori sostengono che i trust non possono porre problemi di conflitto con l'articolo 335 capoverso 2 CC, dato che anche il diritto angloamericano prevede limitazioni riguardo alla possibile durata di un trust e ai relativi vincoli patrimoniali (rule against perpetuities)”.

⁹ Cfr. nota 8 in fondo.

¹⁰ Cfr. CAPITOLO II, paragrafo 3, nota 13.

¹¹ Cfr. paragrafo 5.4.

Infatti, oggi i giudici svizzeri devono coordinare, in modo efficiente, la costante interpretazione restrittiva dell'art. 335 cpv. 1 CCS con quanto sancito, rispettivamente, nell'art. 154 cpv. 1 LDIP (la LEGGE DI DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO) e nelle due sentenze del Tribunale federale, 117 II 494 e 135 III 614.

Coordinamento che non può essere attuato, se non comprendendo che l'art. 335 cpv. 1 CCS dovrebbe proteggere, ai nostri giorni, anche un forte interesse alternativo e autonomo rispetto a quelli posti a fondamento dell'art. 335 cpv. 2 CCS.

Ad ogni modo, la questione è la seguente.

L'art. 335 cpv. 1 CCS stabilisce che *“Possono essere erette delle fondazioni di famiglia secondo le norme del diritto delle persone o del diritto successorio, nel senso che si possono dedicare dei beni a beneficio di una famiglia per le spese di educazione, dotazione od assistenza dei suoi membri o per altro simile fine”*; e finora, il Tribunale federale, ha regolarmente statuito che la fondazione di famiglia possa essere costituita, solo ed esclusivamente, per fornire *«aux membres de la famille qui font partie du cercle des destinataires, à certains moments de leur vie (pendant leur jeunesse, lorsqu'ils fondent leur propre foyer ou se créent une existence indépendante, quand ils sont dans une situation difficile), l'aide matérielle nécessaire pour faire face aux besoins particuliers qui en résultent»*¹².

¹² Cfr. ATF 108 II 393 c. 6a. In dottrina, cfr. N. JEANDIN – S. LEMBO – L. THÉVENOZ, *Trusts internes*, in L. THÉVENOZ (CUR.), *Créer et gérer des trusts en Suisse après l'adoption de la Convention de la Haye*, in *Journées 2006 de droit bancaire et financier*, 2007, p. 51 ss, p. 68: *«Selon l'interprétation suivie par le Tribunal fédéral dans des nombreux arrêts sont prohibées les fondations de famille 'qui viseraient à octroyer à leurs destinataires d'un niveau de vie plus élevé ou agréable, sans que ces prestations soient conditionnées' par 'des besoins particuliers [...] des bénéficiaires, qui se*

Ne consegue che, una fondazione di famiglia di diritto elvetico può perseguire soltanto finalità ben definite, che sono considerate «*exhaustive*»¹³ (e infatti scopi simili a quelli indicati nel testo dell'art. 335 cpv. 1 CCS sono ritenuti accettabili solo nei limiti di un'«*analogie raisonnable*»¹⁴); e che essa, non può che apportare «*aux membres de la famille, dans des circonstances précises, l'aide matérielle qu'une telle situation nécessite ou rend désirable*»¹⁵.

Quindi, non è possibile costituire, nel rispetto del Codice Civile svizzero, fondazioni di famiglia c.d. di mantenimento (o «*d'entretien*» o «*de jouissance*»), che abbiano come obiettivo (anche solo preminente¹⁶) quello di:

- i. assegnare redditi o quote patrimoniali (o altri vantaggi economici) ai loro membri, per consentire a questi ultimi una vita più agiata, oppure accrescere, in genere, lo *status* di una famiglia¹⁷;

trouvent à des étapes déterminées de leur vie ou dans des situations déterminées (jeunesse, en cours d'établissement de leur foyer ou de leur existence, situation de précarité)».

¹³ Cfr. ATF 71 I 265 c. 1; ATF 73 II 81 c. 5; ATF 75 II 81 c. 3b; ATF 75 II 15 c. 4b; ATF 79 II 113 c. 6; ATF 93 II 439 c. 4; ATF 108 II 393 (12) c. 6a; ATF 127 III 337 c. 3b.

¹⁴ Cfr. ATF 73 II 81 (13) c. 5; ATF 93 II 439 (13) c. 4. In dottrina, cfr. P. VEZ, *La fondation: lacunes et droit désirable*, Stämpfli Editore SA, Berna 2004, § 129, p. 40; F. GERHARD, *Die Familienstiftung nach ZGB*, in *Revue de droit Suisse*, n. 49 (1930), p. 137 ss, p. 145; H.M. RIEMER, *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht. Das Personenrecht, Die juristischen Personen, Die Stiftungen, Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 80-89bis ZGB, t. 1/3/3*, 3ª ed., Stämpfli & Cie, Berna 1981, nn. 139 e 149.

¹⁵ Cfr. ATF 108 II 393 (12) c. 6a.

¹⁶ *Idem*, c. 6d.

¹⁷ Cfr. ATF 93 II 439 (13) c. 4b; ATF 108 II 393 (12) c. 6b. In dottrina, cfr. RIEMER, *Berner Kommentar* (14), n. 150.

- ii. accordare ai loro beneficiari un mantenimento illimitato¹⁸ o il godimento incondizionato dei beni in esse conferiti¹⁹;
- iii. provvedere alla conservazione di beni immobili²⁰ o mobili (come le collezioni d'arte), in favore dei componenti di una famiglia²¹.

Dal canto suo, la dottrina più autorevole in materia ha sempre qualificato l'art. 335 CCS (nel complesso) come una norma imperativa²².

Tuttavia, il Tribunale federale, chiamato non molto tempo addietro a pronunciarsi (con la sentenza 135 III 614) sulla legittimazione ad agire di una fondazione di diritto privato avente sede a Vaduz contro un istituto di credito di Ginevra, ragionando sul solo testo dell'art. 335 cpv. 2 CCS²³, ha stabilito che, dal punto di vista del diritto internazionale privato, questa disposizione «*n'est pas une norme d'application immédiate*» che risponde ai requisiti richiesti dall'art. 18

¹⁸ Cfr. ATF 73 II 81 (13) c. 6; ATF 127 III 337 (13) c. 3b. In dottrina, cfr. GERHARD, *Die Familienstiftung nach ZGB* (14), p. 143; H. GRÜNINGER, in H. HONSELL – N.P. VOGT – T. GEISER, *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I*, 2^a ed., Helbing & Lichtenhahn, Basilea 2002, ad art. 335 CC, n. 8 ss.

¹⁹ Cfr. ATF 71 I 265 (13) c. 1; ATF 93 II 439 (13) c. 4b; ATF 108 II 393 (12) c. 6a; ATF 108 II 398 c. 4.

²⁰ Cfr. ATF 93 II 439 (13) c. 4. In dottrina, cfr. GRÜNINGER, *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I* (18), ad art. 335 CC n. 9.

²¹ Cfr. ATF 108 II 393 (12) c. 6c. In dottrina, cfr. GRÜNINGER, *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I* (18), ad art. 335 CC n. 12; RIEMER, *Berner Kommentar* (14), n. 150.

²² Cfr. J. THORENS, *L'article 335 CCS et le trust de common law*, in *Mélanges en l'honneur de Henri-Robert Schüpbach*, Helbing & Lichtenhahn, Basilea 2000, p. 155 ss, p. 161; JEANDIN – LEMBO – THÉVENOZ, *Trusts internes* (12), p. 68; GRÜNINGER, *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I* (18), ad art. 335 CC n. 6. Conferma gli Autori citati, in giurisprudenza, ATF 108 II 398 (19) c. 4.

²³ Norma che stabilisce che “*L'erezione di fedecommessi di famiglia non è più permessa*”.

LDIP²⁴; e in quanto tale, non è suscettibile di paralizzare l'applicazione di una legge straniera che, come il diritto del Liechtenstein, dichiara lecita, contrariamente al diritto svizzero, una fondazione di famiglia di mantenimento.

Detto questo, va considerato che le ragioni per le quali gli artt. 335 cpv. 1 CCS e 335 cpv. 2 CCS sono stati redatti come tali, sono essenzialmente le medesime²⁵; e che, ai sensi dell'art. 154 cpv. 1 LDIP, le società (cui sono espressamente equiparate, *ex art. 150 cpv. 1 LDIP*, le unioni di persone e le unità patrimoniali organizzate, «*dont font partie notamment les fondations*»²⁶), sono oggi di principio regolate “*dal diritto dello Stato giusta il quale sono organizzate, se ne adempiono le prescrizioni in materia di pubblicità o registrazione o, in*

²⁴ Il quale recita che “*Sono fatte salve le disposizioni del diritto svizzero che, dato il loro scopo particolare, devono essere imperativamente applicate indipendentemente dal diritto richiamato dalla presente legge (la LDIP, Ndr)*”.

²⁵ Cfr. THORENS, *L'article 335 CCS et le trust de common law* (22), p. 156: «*Les raisons pour lesquelles l'interdiction de la constitution de nouveaux fidécumms de famille, d'une part, et des limites très étroites posées au but des fondations de famille, d'autre part, ont été introduites dans le Code Civil Suisse sont, si l'on se rapporte tant aux questions fondamentales découlant de tout ordre juridique qu'aux travaux préparatoires, essentiellement de deux ordres*». Per quanto concerne la prima, «*pour des raisons de politique économique mais aussi politiques, on a voulu, comme en d'autres domaines, dans toute la mesure du possible et de façon générale mettre un terme à la mainmorte, c'est-à-dire à l'inaliénabilité de certains biens qui les font échapper au circuit économique, les bloquant de façon définitive ou quasi définitive et empêchant toute transaction à leur sujet*». Mentre, per quanto riguarda la seconda, «*plus spécifiquement, pour des raisons cette fois-ci strictement politiques et en réaction notamment contre l'Ancien Régime, le législateur n'a plus voulu de la constitution de nouveaux patrimoines restant attachés à long terme à une famille pour son prestige et son influence, s'opposant ainsi aux anciens fidécumms de famille et institutions analogues, constitués notamment par les familles patriciennes ou aristocratiques. Il a très fortement limité dans le même but le champ d'application des fondations de famille. Toujours sur le plan politique, l'argument a été avancé qu'il fallait empêcher que la jeunesse vivant de revenus perpétuels ne travaille pas et ne soit pas utile à la société*».

²⁶ Cfr. ATF 135 III 614 c. 4.1.1. In dottrina, cfr. su tutti B. DUTOIT, *Droit international privé suisse*, IV ed., 2005, ad art. 150 LDIP n. 5.

manca di tali prescrizioni, si sono organizzate giusta il diritto di questo Stato”.

Con la conseguenza che (come ha confermato il Tribunale federale nella sentenza 117 II 494), «*La LDIP ne prévoit pas expressément la réserve du siège fictif²⁷ fondée sur la notion de fraude à la loi*»²⁸.

Sicché, da tutto quanto sopra esposto, sembra discendere che, a condizione che rispetti le formalità costitutive previste dalla legge regolatrice²⁹, un cittadino elvetico possa attualmente costituire una fondazione di famiglia «*d’entretien*», disciplinata dal diritto del Liechtenstein, farla amministrare in Svizzera ed eludere, al contempo, in modo legittimo, il dettato dell’art. 335 cpv. 1 CCS.

2. PRIME CONSIDERAZIONI

Letti i *considerata* delle sentenze 135 III 614 e 117 II 494, ci si deve peraltro chiedere:

- perché il Tribunale federale, nella prima decisione, dal punto di vista civilistico, quando si è posto il problema di verificare se la fondazione di famiglia del Liechtenstein in esame avesse diritto ad agire nei confronti della banca ginevrina, ha valutato la *quaestio* dell’eventuale interdizione, in Svizzera, degli effetti giuridici di tale fondazione, solo in relazione all’art. 335 cpv. 2 CCS e non anche all’art. 335 cpv. 1 CCS?

²⁷ «*C’est-à-dire sans rapport avec la réalité des choses et choisi uniquement pour échapper aux lois du pays où la personne morale exerce en fait son activité*» (cfr. ATF 117 II 494 c. 4a).

²⁸ Cfr. ATF 117 II 494 (27) c. 5b.

²⁹ Perché, in caso contrario, *ex art. 154 cpv. 2 LDIP*, “*La società (e quindi, nella fattispecie, la fondazione, Ndr) che non adempie tali condizioni sottostà al diritto dello Stato in cui è amministrata effettivamente*”.

- Inoltre, perché, dal punto di vista del diritto internazionale privato, ha riferito la questione esclusivamente all'art. 18 LDIP, quando lo stesso Tribunale federale, nella seconda decisione (avente a oggetto un problema giuridico analogo a quello esaminato nel caso di specie³⁰), dopo aver affermato, come nella sentenza *de qua*, prima che «*le nouveau droit (la LDIP, Ndr) a consacré la théorie de l'incorporation*»³¹ e poi che tuttavia «*Les rattachements opérés en vertu de la LDIP sont soumis aux restrictions instituées par la partie général de la loi (art. 15 et 17 à 19 LDIP)*»³², aveva riferito tale problema giuridico anche all'art. 17 LDIP³³? Forse perché l'istituto di credito ricorrente aveva proposto, per contestare la legittimazione attiva della fondazione di famiglia in disamina, quale *causa petendi*, la contrarietà della stessa ai soli artt. 335 cpv. 2 CCS e 18 LDIP³⁴?

³⁰ Ovverosia, il riconoscimento della capacità di agire di una società panamense contro alcuni debitori svizzeri (là dove alle società si applicano, ai fini della LDIP – vedasi la nota 26 – le stesse norme che si applicano alle unità patrimoniali organizzate, nella cui categoria rientrano le fondazioni).

³¹ Cfr. ATF 117 II 494 (27) c. 4b; ATF 135 III 614 (26) c. 4.1.2.

³² Cfr. ATF 117 II 494 (27) c. 7; ATF 135 III 614 (26) c. 4.2.

³³ Il quale prevede che “*L'applicazione di disposizioni del diritto straniero è esclusa se dovesse condurre a un esito incompatibile con l'ordine pubblico svizzero*”.

³⁴ Invero, il Tribunale federale, nella fattispecie, dopo aver esaminato ed escluso (come nella sentenza 117 II 494) qualsiasi criticità della fondazione soggetta a giudizio in rapporto all'art. 15 LDIP, prima ha asserito che «*Le renvoi au droit étranger ne doit pas non plus être contraire à l'art. 17 LDIP, qui se rapporte à la réserve dite négative de l'ordre public suisse...*» e «*...permet au juge de ne pas faire appel au droit (matériel) étranger, si cela a pour résultat de heurter de façon insupportable les mœurs et le sentiment du droit suisse*» (cfr. ATF 135 III 614 (26) c. 4.2). Poi ha segnalato che «*Le droit étranger indiqué par la règle de conflit du for peut être également mis à l'écart lorsque des lois suisses impératives dites d'application immédiate doivent être prise en compte (art. 18 LDIP; aspect dit positif de l'ordre public suisse)*» (*Ibidem*). Infine, dopo aver ragionato sul concetto di «*loi d'application immédiate*» (intesa, per la dottrina ivi richiamata, quale norma che deve corrispondere «*aux seules valeurs fondamentales de l'ordre juridique*» – cfr. F. KNOEPFLER ET ALIA, *Droit international privé suisse*, 3^a ed., 2005, Ch 376c, pp. 189-190) ha analizzato la sopra

- Ma allora, premesso che, se così fosse, vi sarebbe un'incompatibilità tra i due pronunciamenti³⁵, perché sempre il Tribunale federale ha affermato, in chiusura di sentenza, che «*On ne voit donc pas que l'existence d'un quelconque rapport particulier avec la Suisse puisse justifier la non-reconnaissance en Suisse de fondations de famille dites d'entretien valablement organisées selon le droit étranger*»³⁶?

3. SUL DISTINGUO, DI CARATTERE STORICO, TRA LA FONDAZIONE DI FAMIGLIA E IL FEDECOMMESSO DI FAMIGLIA E SULL'EVOLUZIONE DEL DIRITTO IN MATERIA

Nel contesto del dibattito parlamentare che portò, all'inizio del XX secolo, all'emanazione dell'attuale Codice Civile svizzero, la fondazione di famiglia venne accostata al fedecommesso di famiglia.

citata *quaestio*, solo con riferimento all'art. 18 LDIP, introducendola nei seguenti termini: «*Il sied conséquemment, à ce stade du raisonnement, d'analyser si l'interdiction de la constitution de fidéicommiss de famille posée par l'art. 335 al 2 CC appartient aux dispositions impératives du droit Suisse au sens de l'art. 18 LDIP, comme le prétend la recourant*» (cfr. ATF 135 III 614 (26) c. 4.3).

³⁵ Perché, nella sentenza 117 II 494, il Tribunale federale ha vagliato la questione in esame rapportandola d'ufficio a tutte le norme di protezione della LDIP; per escludere l'applicabilità dell'art. 17 e dell'art. 18 LDIP per motivi differenti. Segnatamente, per quanto riguarda la seconda norma, perché «*En effet, les lois d'application immédiate sont en règle générale des dispositions impératives qui répondent le plus souvent à des intérêts essentiels d'ordre social, politique ou économique ce qui n'est pas le cas des règles du droit suisse en matière de constitution de sociétés. Du reste, considérer ces dispositions comme impératives au sens de l'art. 18 LDIP reviendrait finalement à appliquer le droit suisse au statut de toutes les personnes morales et à vider ainsi de sa substance la théorie de l'incorporation*» (cfr. ATF 117 II 494 (27) c. 7). Mentre, per quanto concerne l'art. 17 LDIP, perché «*A ce sujet, les faits constatés souverainement par l'autorité cantonale ne permettent pas de conclure à une violation de l'ordre public suisse. En particulier, les considérations de l'arrêt déféré sur le véritable propriétaire économique des actions de la demanderesse sont sans pertinence. En effet, la personnalité de la société existe indépendamment de celle de ses membres, le principe de la transparence ne pouvant s'appliquer qu'en cas d'abus*» (cfr. ATF 117 II 494 (27) c. 8).

³⁶ Cfr. ATF 135 III 614 (26) c. 4.3.3.

Nondimeno, già in quella circostanza, sia pure nell'ambito di una realtà in cui risultava (per svariati motivi) oggettivamente difficile distinguere tra i due istituti³⁷, si disse che se «*un examen superficiel de ces deux institutions, toutes deux affectées aux mêmes buts, peut faire croire qu'au point de vue de la politique sociale il n'y a pas lieu de faire de distinction entre les fondations et les fidécumms*»³⁸, tuttavia, i due strumenti giuridici in questione presentavano delle differenze di rilievo.

Infatti, il fedecumms di famiglia individuava (come individua tutt'oggi) un patrimonio speciale (costituito *inter vivos* o *mortis causa*), privo di personalità giuridica (*Sondervermögen*³⁹), il cui godimento viene attribuito dal costituente (o fideicommittente) a un membro della sua famiglia (c.d. istituito), con l'onere per quest'ultimo di non alienarlo e di trasmetterlo, privo di pesi e oneri, alla sua morte, a un altro membro della stessa famiglia (c.d. sostituito). Il quale è gravato

³⁷ Ci offre un'esaustiva visione di tale realtà e delle ragioni per le quali era difficile differenziare, a quel tempo, fondazione di famiglia e fedecumms di famiglia, D. PIOTET, in *Réflexions sur la distinction entre fondation de famille et fidécumms de famille, ainsi que sur le droit transitoire de la personnalité morale à partir de l'arrêt RO 120 Ib 474*, p. 477 ss, p. 479 ss. Ai fini di specie, basti questa laconica osservazione dell'Autore: «*La distinction entre fidécumms de famille et fondation de famille abordée par le Tribunal fédéral (nella sentenza da cui è nato l'articolo de quo, Ndr) a été un sujet largement traité autrefois par la doctrine pandectiste, à laquelle l'arrêt rendu ne se réfère toutefois pas. Cette distinction qui paraître évidente aux yeux du juriste contemporain ne l'a pas été au siècle passé pour des raisons qui tiennent à l'histoire de la personnalité morale et à l'origine commune des deux institutions*».

³⁸ Cfr. *Bulletin Sténographique Officiel de l'Assemblée Fédérale*, 1905, Vol. XV, p. 858.

³⁹ Sul concetto di patrimonio speciale in Svizzera, cfr. P. PIOTET, *Droit successoral*, in *Traité de droit privé suisse*, IV, 2^a ed., Friburgo 1988, p. 97 ss.

dal medesimo incarico (e così via, per un numero indeterminato di generazioni⁴⁰).

Cosicché, ricorrendo al fedecommesso di famiglia, si sarebbero potute realizzare operazioni privatistiche (segnatamente, interfamiliari), che avrebbero potuto anche produrre, considerate nella loro globalità, un effetto economico negativo, consistente in un limite alla circolazione di tutti quei beni a esse facenti capo, nel quadro di un mondo in cui i beni di maggior rilevanza (ovverosia gli immobili) erano già, per loro natura, soggetti a scambi limitati.

Mentre, per quanto concerne la fondazione di famiglia, la situazione doveva ritenersi ben diversa, quantomeno di principio, perché, si osservò, essa, quale persona giuridica («*personne morale*»), «*est administrée par un comité qui a suivant les circonstances le droit d'aliéner les immeubles faisant partie de la fondation de familles*»⁴¹.

Da qui, la decisione di disciplinare separatamente, in due distinti capoversi (anche se del medesimo articolo), i due istituti.

Là dove, il testo dell'art. 335 cpv. 1 CCS fu redatto nei termini ancor oggi vigenti, perché, in ossequio al principio per il quale le fondazioni avrebbero dovuto perseguire scopi di natura pubblica o ideale⁴², venissero invalidate quelle «*constituée uniquement dans l'intérêt matériel et économique de la famille*»⁴³.

Questo, anche per evitare che i giovani dell'epoca potessero pensare di vivere (come nell'*Ancien Régime*) grazie a rendite vitalizie istituite a

⁴⁰ In giurisprudenza, cfr. *ex multis* ATF 93 II 439 (13) c. 4; TF 2A.457/2001 c. 4.5; TF 2P.168/2002 c. 3. In dottrina, cfr. F. NAEF, *La compatibilità del trust interno col diritto svizzero*, in *Commercial Arbitration.ch* 9/2007, p. 15 ss.

⁴¹ Cfr. *Bulletin Sténographique* (38), p. 858.

⁴² Cfr. A. ZEITER, *Neues zur Unterhaltstiftung*, in *Schweizerische Juristenzeitung*, n. 97 (2001), p. 451 ss, p. 454.

⁴³ Cfr. *Bulletin Sténographique* (38), p. 858.

loro favore dai relativi ‘*paterfamilias*’, piuttosto che con la loro attività lavorativa. Pertanto, la norma fu introdotta, sostanzialmente, anche per combattere l’ozio⁴⁴.

Mentre, l’art. 335 cpv. 2 CCS fu redatto, sempre nei termini ancor oggi vigenti, per interdire *pro futuro* il fedecommesso di famiglia, per le stesse ragioni per le quali fu interdetta, in altra sede (l’art. 488 cpv. 2 CCS), la sostituzione fedecommissaria graduale o ripetuta⁴⁵. Vale a dire, oltre che per evitare (anche in questo caso) l’insorgere di un potenziale regime d’ozio, fondato sul ricevimento e l’obbligo di conservazione di beni produttivi di reddito, per sfuggire al rischio già anticipato che, nel rispetto della regola della manomorta, si potessero verificare situazioni di stallo in ordine ai trasferimenti dei beni immobili, possibili fonti di un limite generale alla circolazione dei beni nei termini sopra indicati⁴⁶.

Ciò detto, il diritto si evolve. Segnatamente, in materia, il Tribunale federale ritiene oggi che:

- ‘in deroga’ al principio per il quale le fondazioni dovrebbero sempre avere uno scopo pubblico o ideale, si possano costituire le fondazioni d’impresa («*fondations d’entreprise*»⁴⁷);

⁴⁴ Cfr. THORENS, *L’article 335 CCS et le trust de common law* (22), p. 156 (e nota 25).

⁴⁵ Infatti, l’art. 488 cpv. 2 CCS, limitando il disposto dell’art. 488 cpv. 1 CCS (il quale recita che “*Il disponente può obbligare l’erede istituito a trasmettere l’eredità ad un altro quale erede sostituito*”), stabilisce che “*Tale obbligazione non può essere imposta al sostituito*”.

⁴⁶ Cfr. THORENS, *L’article 335 CCS et le trust de common law* (22), p. 156 (e nota 25).

⁴⁷ Cfr. ATF 127 III 337 (13) c. 2b. Per inciso, si osservi, sul tema, che la dottrina (cfr. su tutti VEZ, *La fondation: lacunes et droit désirable* (14), § 176, pp. 55-56), partendo dal concetto di «*fondation à caractère d’entreprise*», ha segnalato che a esso possono essere ricondotte due tipologie di ‘fondazioni imprenditoriali’: quelle volte a esercitare esse stesse attività di natura commerciale (le «*fondations*

- la lotta all’ozio non abbia più a che fare con la tutela di interessi superiori⁴⁸; e
- «*Quant aux biens de mainmorte, ils se rapportent à l’ancien régime et sont totalement étrangers au système économique de la Suisse moderne*»⁴⁹.

d’entreprise» o «*Unternehmerträgerstiftung*») e quelle volte a detenere partecipazioni in persone giuridiche/società esercitanti attività commerciale (le «*fondations holding*» o « *Holdingstiftung*»). Se ai nostri giorni, non si discute più sul fatto che una «*fondation à caractère d’entreprise*» possa esercitare attività imprenditoriale per perseguire obiettivi d’interesse pubblico (come, ad esempio, lo sviluppo di una scuola o di un museo) o ideale (come la realizzazione delle finalità previste dall’art. 335 cpv. 1 CCS), per contro si discute ancora se possa ritenersi ammissibile una fondazione che eserciti e persegua attività e scopi imprenditoriali. Questo perché, mentre nel primo caso l’esercizio dell’attività imprenditoriale non sarebbe altro che un mezzo per perseguire lo scopo della fondazione (cfr. GRÜNINGER, *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I* (18), ad artt. 80-89bis CC n. 15), nel secondo caso, secondo parte della dottrina, vi sarebbero tre motivi essenziali per i quali la «*fondation à caractère d’entreprise*» non dovrebbe essere ammessa. In primo luogo, perché, per alcuni autori, che ragionano su base sistematica (su tutti cfr. R. SCHMID, *Die Unternehmensstiftung im geltenden Recht, im Vorentwurf zur Revision des Stiftungsrecht und im Rechtsvergleich*, Zurigo 1997, pp. 110 e 128 ss), le persone giuridiche disciplinate dal Codice Civile sarebbero state strutturate per perseguire unicamente scopi ideali; mentre quelle disciplinate dal Codice delle Obbligazioni sarebbero le sole che potrebbero perseguire scopi economici (come risulterebbe dall’interpretazione dell’art. 59 cpv. 2 CC). In secondo luogo, perché si vorrebbe evitare che le fondazioni si sostituiscano alle società anonime, per eludere le norme imperative del Codice delle Obbligazioni vigenti in materia (cfr. F. FONTANA, *Kommerz als Mittel zum Zweck. Stiftungen – ein diskretes Kapital des Schweizer Rechts*, in *Neue Zürcher Zeitung*, 25 maggio 2000, p. 15). In terzo luogo, perché il diritto delle fondazioni sarebbe di per sé inadatto all’esercizio di un’attività economica, perché: a) la fondazione è sottoposta a controllo pubblico; b) la sua forma è rigida (e quindi inconciliabile con l’esercizio di un’attività per definizione dinamica); c) la sua disciplina mancherebbe, allo stato attuale, di norme opportune per la tutela dei creditori (cfr. A. MEIER-HAYOZ – P. FORSTMOSER, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht*, 9^a ed., Berna 2004, § 22, n. 12). Nondimeno, a dispetto di tutte le osservazioni appena riassunte, con la sentenza sopra citata, il Tribunale federale ha ammesso che si possa oggi costituire una vera e propria «*fondation d’entreprise*».

⁴⁸ Cfr. ATF 135 III 614 (26) c. 4.3.3: «*En effet, à l’époque actuelle, c’est bien plutôt la lutte contre le chômage que celle contre le désœuvrement qui représente une tâche étatique prioritaire en Suisse; autrement dit, le combat contre l’oisiveté n’a plus rien à voir avec la sauvegarde d’intérêts supérieurs*».

In aggiunta, sulla base delle ultime due valutazioni, ha statuito, nella più volte richiamata sentenza 135 III 614, che le ragioni per le quali è stato introdotto l'art. 335 cpv. 2 CCS non sono più attuali⁵⁰.

Però, lo stesso Tribunale federale continua a interpretare in senso restrittivo l'art. 335 cpv. 1 CCS; e a dichiarare nulle tutte le fondazioni di famiglia di mantenimento di diritto svizzero.

4. CONSIDERAZIONI RIASSUNTIVE SUL VALORE ODIERNO DEL DIVIETO DELLE FONDAZIONI DI FAMIGLIA DI MANTENIMENTO

Non molto tempo addietro, autorevole dottrina aveva rilevato che l'interdizione delle fondazioni di famiglia «*d'entretien*» non sarebbe rapportata all'attuale realtà svizzera⁵¹.

Esisterebbero, infatti, nel territorio della Confederazione, centinaia di fondazioni di famiglia (alcune delle quali anche a capo di imprese molto importanti), che eseguirebbero regolarmente distribuzioni patrimoniali aventi funzione di mantenimento⁵².

Inoltre, secondo la medesima dottrina, sarebbe un grande paradosso che, da un lato, il Tribunale federale continui a dichiarare la nullità delle «*fondations d'entretien*» (di diritto svizzero); mentre, dall'altro,

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ Cfr. ATF 135 III 614 (26) c. 4.3.3: «*En outre, les considérations sur la base desquelles a été introduit l'art. 335 al. 2 CC, qui sont d'une part morales, voire puritaines (il s'agissait de combattre l'oisiveté) et, d'autre part économiques (il s'agissait d'empêcher la prolifération de biens de mainmorte), sont aujourd'hui dépassées*».

⁵¹ Cfr. JEANDIN – LEMBO – THEVENOZ, *Trusts internes* (12), p. 69: «*L'interdiction des fondations d'entretien ne correspond pas à la réalité vécue en Suisse, ce que confirme d'ailleurs la jurisprudence fiscale précitée et les doutes, exprimés en termes prudents, par le Conseil fédéral dans son message (il Messaggio (6), Ndr)*».

⁵² *Ibidem*: «*Des centaines de fondations de famille, dont certaines ont pignon sur rue et contrôlent des entreprises très importantes, distribuent des prestations d'entretien sous le couvert de statuts qui se conforment formellement au texte de la loi. Cette situation se poursuit pour autant qu'aucun des bénéficiaires ne trouve intérêt à vouloir faire prononcer l'annulation ou la nullité de la fondation*».

ammetta la validità delle «*fondations d'entreprise*» e delle «*fondations holding*» (interne), dirette a perpetuare l'unità di un'impresa o di un gruppo familiare. Fondazioni che creano, di fatto, «*une 'entreprise de mainmorte'*»⁵³ e che, occorre aggiungere, rispondono a interessi meramente materiali ed economici del nucleo familiare coinvolto.

Oggi, poi, alla luce della sentenza 135 III 614, una fondazione di famiglia di mantenimento del Liechtenstein non appare contrastare, in modo insopportabile, «*les mœurs et le sentiment du droit suisse*»⁵⁴; anche perché non viola valori fondamentali dell'ordinamento giuridico (tutelati dall'art. 18 LDIP⁵⁵), considerato che i problemi della lotta all'ozio e della proliferazione dei beni in regime di manomorta, «*sont aujourd'hui dépassées*»⁵⁶.

A questo punto, tuttavia, visto che la LDIP non contempla la riserva di sede fittizia⁵⁷ fondata sulla nozione di frode alla legge e, quindi, una fondazione che rispetti le formalità costitutive stabilite dalla sua legge regolatrice è disciplinata (*ex art. 154 cpv. 1 LDIP*) dal diritto dello Stato in forza del quale è organizzata, come anticipato in premessa, cosa impedisce oggi a un cittadino svizzero di costituirsi una fondazione di famiglia «*d'entretien*» retta dal diritto del Liechtenstein, di farla amministrare in Svizzera ed eludere, al

⁵³ *Ibidem*: «*Il y d'ailleurs un grand paradoxe à frapper de nullité les fondations d'entretien alors que la jurisprudence, confortée par le refus d'une intervention législative restrictive sur cette question, admet la validité des fondations d'entreprise et des fondations holding visant à perpétuer l'unité d'une entreprise ou d'un groupe familial, qui créent de facto une "entreprise de mainmorte"*».

⁵⁴ Cfr. ATF 135 III 614 (26) c. 4.3.3 (la citazione si trova anche in un passaggio riportato alla nota 34).

⁵⁵ *Idem*, c. 4.2.

⁵⁶ Cfr. ATF 135 III 614 (26) c. 4.3.3.

⁵⁷ Ovverosia, priva di legami con la realtà e scelta solo per eludere il diritto di uno Stato nel cui territorio la fondazione esercita, di fatto, la sua attività.

contempo, in modo palese e legittimo, quanto prevede l'art. 335 cpv. 1 CCS (come restrittivamente interpretato dal Tribunale federale)? Quale norma/principio potrebbe ora chiamare in causa, lo stesso Tribunale federale, per invalidare una fondazione di questo tipo? Con quanto statuito nella sentenza 117 II 494, invero, il giudice supremo si è lasciato uno spazio d'intervento. Perché ha rilevato (in relazione alla già citata *quaestio* della capacità di agire di una società panamense), quando si è posto il quesito circa l'applicabilità alla fattispecie in esame dell'art. 17 LDIP, che il principio di trasparenza (in forza del quale i debitori sostenevano che sarebbe stato il proprietario economico delle azioni ad agire in giudizio nei loro confronti e non la società), «*ne pouvant s'appliquer qu'en cas d'abus*»⁵⁸. Ne consegue che, l'abuso dello strumento giuridico 'fondazione di famiglia' potrebbe costituire, ancor oggi, un mezzo per invalidare una fondazione di famiglia del Liechtenstein istituita per la mera finalità di cui sopra. Peraltro, alla luce di tutto quanto si è detto, solo se si riuscisse a provare che, avvalendosi di essa, il fondatore aveva inteso violare un principio di ordine pubblico o una norma espressione di tale principio (tutelato sia dal predetto art. 17 LDIP, che rappresenta il c.d. ordine pubblico negativo⁵⁹, sia, ancora una volta, dall'art. 18 LDIP, quale espressione dell'ordine pubblico c.d. positivo⁶⁰).

⁵⁸ Cfr. ATF 117 II 494 (27) c. 8 (e nota 35). A conferma vedasi anche ATF 108 II 213, sentenza in cui, prima dell'entrata in vigore della LDIP, con riguardo al problema della responsabilità personale dei soci per i debiti di una società, il Tribunale federale aveva stabilito che “*il proprietario unico di una società del Liechtenstein la cui responsabilità è limitata al capitale sociale può essere ritenuto personalmente responsabile dei suoi debiti soltanto laddove il richiamo alla personalità giuridica indipendente della società risulti abusivo*”.

⁵⁹ Cfr. DUTOIT, *Droit international privé suisse* (26), ad art. 17 LDIP n. 2 lett. a). In giurisprudenza, cfr. ATF 102 IA 574 c. 7d: «*La clause d'ordre public a une fonction essentiellement négative; elle permet au juge d'exclure l'application du droit étranger,*

Segnatamente, nella seconda ipotesi, l'invalidità potrebbe essere dichiarata tramite la tecnica approvata, sempre dal Tribunale federale, nella sentenza 128 III 201, in cui quest'ultimo si è richiamato agli artt. 2 cpv. 2 CCS⁶¹ e 18 LDIP e ha sancito che il divieto dell'abuso di un diritto appartiene all'ordine pubblico positivo⁶².

Tutto questo richiederebbe, tuttavia, sempre nel secondo caso, che l'art. 335 cpv. 1 CCS rappresenti, ai nostri giorni, una norma d'applicazione necessaria, fondata su valori fondamentali dell'ordinamento giuridico differenti da quelli (non più ritenuti tali) che avevano originariamente indotto a redigerla.

In altre parole, oggigiorno si può (e si deve) dire, delle due l'una: o il divieto delle fondazioni di famiglia di mantenimento non ha più alcun senso di esistere, oppure, se deve continuare a esistere, è perché l'art. 335 cpv. 1 CCS è volto a proteggere un interesse (sostanziale per il diritto svizzero) diverso e autonomo da quelli che tutelava quando è stato introdotto.

lorsqu'elle heurterait de manière intolérable le sentiment du droit tel qu'il existe généralement en Suisse et violerait les règles fondamentales de l'ordre juridique suisse, ce qui n'est pas déjà le cas lorsque la règle étrangère est contraire à une disposition impérative de droit suisse».

⁶⁰ Cfr. DUTOIT, *Droit international privé suisse* (26), ad art. 17 LDIP n. 2 lett. b).

⁶¹ Disposizione che statuisce che “*Il manifesto abuso del proprio diritto non è protetto dalla legge*”.

⁶² Cfr. ATF 128 III 201 c. 1c. Per inciso, il Tribunale federale ha agito nei termini sopra descritti, per statuire, riguardo a una controversia attinente a un rapporto di diritto internazionale privato, che un'eccezione di prescrizione è irrilevante se è sollevata abusivamente e che l'abusività può essere dichiarata d'ufficio dal giudice.

5. VERSO UNA POSSIBILE NUOVA *RATIO* DELL'ART. 335 CPV. 1 CCS

Ora dobbiamo porci, però, due domande ulteriori.

In primo luogo, quale principio di ordine pubblico si potrebbe chiamare in causa per invalidare una fondazione di famiglia del Liechtenstein costituita sulla base dei presupposti indicati nel paragrafo precedente?

In secondo luogo, fermo quanto emerge dai *considerata* della sentenza 135 III 614, si può affermare che l'art. 335 cpv. 1 CCS sia ancor oggi una norma portatrice di valori fondamentali per l'ordinamento giuridico svizzero?

In altri termini, si può dire che, anche se l'art. 335 cpv. 2 CCS non può essere qualificato come una norma di applicazione necessaria (ai sensi dell'art. 18 LDIP), è l'art. 335 cpv. 1 CCS che potrebbe invalidare, come norma di applicazione necessaria (fondata su valori autonomi da quelli protetti dal divieto del fedecommesso di famiglia), una fondazione di famiglia del Liechtenstein costituita sulle premesse sopra rappresentate?

5.1 IL PRINCIPIO DELLA RESPONSABILITÀ PATRIMONIALE DEL DEBITORE IN SVIZZERA

Anche se il Codice Civile e il Codice delle Obbligazioni svizzeri non contengono una disposizione che imponga al debitore di non sottrarre il suo patrimonio ai propri creditori (come, ad esempio, l'art. 2740 del Codice Civile italiano), nondimeno anche nel diritto privato elvetico vige il principio della responsabilità patrimoniale del debitore.

Infatti, commentando la disciplina delle obbligazioni, autorevole dottrina ha osservato che elementi caratteristici dell'obbligazione sono:

- a) dal punto di vista soggettivo, il fatto che «*le débiteur est assujetti au créancier en ce qu'il doit la prestation*»⁶³. Sicché, se il primo è inadempiente, «*avec le concours de la puissance étatique, si c'est nécessaire, le créancier peut s'en prendre au patrimoine du débiteur*»⁶⁴; e
- b) dal punto di vista oggettivo, il fatto che il debitore risponda, nei confronti del creditore, con «*la totalité du patrimoine que le débiteur possède au moment de l'exécution*»⁶⁵. Patrimonio che deve quindi comprendere, oltre ai beni di cui il debitore è titolare al momento della costituzione del vincolo obbligatorio (i c.d. beni presenti), anche quelli da lui acquistati, in seguito, a titolo gratuito od oneroso (i c.d. beni futuri). Restandone esclusi i soli «*objets qui sont sortis du patrimoine sans qu'il y ait eu fraude de la part du débiteur*»⁶⁶.

Inoltre, gli articoli da 163 a 170 del Codice Penale sanzionano, con pene pecuniarie e detentive, una serie di comportamenti del debitore

⁶³ Cfr. P. ENGEL, *Traité des obligations en droit Suisse*, Stämpfli Editions, Berna 1997, p. 35. Sul punto vedasi anche T. GUHL, *Das schweizerische Obligationenrecht*, 9ª ed., Schulthess, Zurigo 2000, § 2.20.

⁶⁴ Cfr. ENGEL, *Traité* (63), p. 37. Si parla al riguardo di «*responsabilité réelle*» del debitore nei confronti del creditore o, in altri termini, di assoggettamento del patrimonio del primo alle ragioni del secondo. Questo, quando in passato, prima dell'emanazione della Costituzione federale del 1874 (il cui articolo 59 cpv. 3 cancellò il diritto di esercitare azioni di tal fatta), il creditore poteva addirittura agire per far condannare il debitore inadempiente alla prigionia per debiti.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ *Ibidem*.

volti al compimento di atti dispositivi a detrimento degli interessi dei suoi creditori⁶⁷.

Pertanto, si può tranquillamente affermare che, anche in Svizzera, è riconosciuta la responsabilità patrimoniale del debitore.

Tant'è che la stessa dottrina appena richiamata ha altresì evocato, nel contesto delle osservazioni di cui sopra⁶⁸, gli artt. 2092 e 2093 del *Code Civil* francese⁶⁹ (che sanciscono ufficialmente – al pari dell'art. 2740 CCit – l'esistenza in loco di un principio generale di responsabilità patrimoniale del debitore); e che, il Tribunale federale, ha dichiarato che «*Le droit suisse est fondé sur le principe selon lequel le débiteur répond de ses obligations sur l'entier de son patrimoine, à l'exclusion des biens insaisissables*»⁷⁰.

5.2 IL PRINCIPIO DELLA RESPONSABILITÀ PATRIMONIALE DEL DEBITORE QUALE PRINCIPIO DI ORDINE PUBBLICO: I SUOI PRESUPPOSTI TRADIZIONALI E LA REALTÀ ATTUALE

Quello della responsabilità patrimoniale del debitore è un principio di ordine pubblico in Svizzera?

⁶⁷ Cfr. nell'ordine: l'art. 163 CPS (“*Crimini o delitti nel fallimento e nell'esecuzione per debiti. Bancarotta fraudolenta e frode nel pignoramento*”); l'art. 164 CPS (“*Diminuzione dell'attivo in danno dei creditori*”); l'art. 165 CPS (“*Cattiva gestione*”); l'art. 166 CPS (“*Omissione della contabilità*”); l'art. 167 CPS (“*Favori concessi ad un creditore*”); l'art. 168 CPS (“*Corruzione nell'esecuzione forzata*”); l'art. 169 CPS (“*Distrazione di valori patrimoniali sottoposti a procedimento giudiziale*”); e l'art. 170 CPS (“*Conseguimento fraudolento di un concordato giudiziale*”).

⁶⁸ ENGEL, *Traité* (63), p. 40.

⁶⁹ I quali stabiliscono rispettivamente che «*Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présent et à venir*» (art. 2092 CCFr) e che «*Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers; et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence*» (art. 2093 CCFr).

⁷⁰ Cfr. ATF 123 III 438 c. 3a.

L'ordine pubblico, che si adatta ai mutamenti socio-culturali⁷¹ (*rectius*, è «*tributaire des conditions de temps et de lieu et des conditions des rapports internes*»⁷²), entra in gioco, come ha sottolineato il Tribunale federale, nel caso in cui un atto «*va, d'une manière intolérable, à l'encontre du sentiment du droit, tel qu'il existe généralement en Suisse, et viole les règles fondamentales de l'ordre juridique suisse*»⁷³.

Ne deriva che, stando a quanto riassunto nel paragrafo precedente e in particolare al fatto che il Codice Penale sanziona, con più norme, vari comportamenti che hanno come comune denominatore l'intenzione del debitore di frodare i suoi creditori, sembra abbastanza chiaro che il principio della responsabilità patrimoniale del debitore sia, in Svizzera, un principio di ordine pubblico.

Detto questo, pur dovendo rimanere fermo (anche nella sua veste di principio di ordine pubblico), il principio della responsabilità patrimoniale del debitore dev'essere, oggi, riconsiderato e adattato alla realtà contingente.

Infatti, come si è visto nell'Introduzione, con riferimento al diritto italiano, anche per il diritto svizzero vale l'osservazione per cui la regola secondo la quale il debitore è chiamato a rispondere, ai fini dell'adempimento di una determinata obbligazione, con tutto il suo patrimonio (costituito da tutti i suoi beni presenti e futuri, fatti salvi quelli impignorabili), è figlia dei tempi in cui si ammetteva, nel contesto di una realtà focalizzata sulla persona fisica, sia pur *vis-a-vis*

⁷¹ Cfr. su tutti DUTOIT, *Droit international privé suisse* (26), ad art. 17 LDIP n. 3.

⁷² Cfr. Messaggio 214.52.

⁷³ Cfr. ATF 87 I 191 c. 4. Vedansi in aggiunta ATF 102 IA 308; ATF 102 IA 574 (59) cc. 7 e 8; 103 IB 69 c. 3; 128 III 201 (62).

l'affiorare dei primi patrimoni destinati, l'esistenza di un solo patrimonio, unico e indivisibile, in capo a ogni soggetto⁷⁴.

In altri termini, il principio della responsabilità patrimoniale del debitore, unitariamente intesa, è il prodotto di una tradizione (non più vigente) che accordava a ciascuna persona un solo patrimonio e uno soltanto.

Oggigiorno esistono, nei vari sistemi giuridici (e, considerato che ci troviamo in una realtà globalizzata, si può comprendere come essi siano spesso facilmente utilizzabili da chiunque), così tanti patrimoni destinati/separati (disciplinati oltretutto *ex lege*), che parlare ancora di responsabilità patrimoniale universale del debitore nei termini appena illustrati appare *naïve*.

Fondazioni di famiglia di diritto svizzero e del Liechtenstein, *trusts*, polizze vita, contratti fiduciari, *Anstalten* del Liechtenstein, *LLCs* di diritto americano, fondi patrimoniali e atti di destinazione di diritto italiano, sono solo alcuni degli strumenti legali (strettamente attinenti al settore operativo in esame) che concretizzano tecniche di frammentazione/separazione patrimoniale dei portafogli individuali e dimostrano il superamento, di fatto, del principio della responsabilità patrimoniale del debitore nella forma sopra descritta.

Anche se questo non deve far pensare che il principio della responsabilità patrimoniale del debitore non sia più un caposaldo del diritto privato⁷⁵.

Risultato per la conferma del quale, basta 'solo' che il suddetto principio possa provarsi ancora effettivamente vigente, a dispetto di

⁷⁴ Cfr. INTRODUZIONE, paragrafo 1, passaggio di cui alle note da 22 a 27.

⁷⁵ Cfr. INTRODUZIONE, nota 1.

tutti gli strumenti che vengono costituiti per eluderlo (in via diretta o indiretta).

Così, di fronte all'evoluzione del diritto e al fatto che, ai nostri giorni, qualsiasi persona fisica/giuridica debitamente consigliata può:

- a) dar vita a cause di prelazione/privilegio convenzionali, tali da far risultare la sopra citata regola della *par condicio creditorum* (c.d. *pari passu in common law*) nulla più che una declamazione di principio⁷⁶; e
- b) creare più patrimoni destinati, per costruirsi un *ensemble* di patrimoni distinti con funzione (preventiva e non) di *asset protection/judgment-proofing*⁷⁷, confinati, quanto alla loro responsabilità patrimoniale (una volta prescritti, là dove esistenti, i termini per l'esercizio dell'azione revocatoria di cui *infra*), alle condizioni poste dalla singola disciplina regolatrice,

tenuto conto di tutto ciò, il singolo ordinamento giuridico di turno, quando è ragionevole e opportuno, deve reagire.

Deve reagire, per riaffermare l'esistenza sostanziale di un principio fondamentale, che è determinante per la tutela del commercio e la conservazione dell'ordine sociale.

Detto questo, resta il problema di capire in che modo il principio della responsabilità patrimoniale del debitore possa essere riaffermato, qualora necessario (per i motivi di cui a seguire), in via sussidiaria, nel contesto delle disposizioni oggi vigenti in Svizzera, nei confronti di quei patrimoni destinati che vengono istituiti solo (o principalmente) per produrre effetti propedeutici di *judgment-proofing*.

⁷⁶ Cfr. INTRODUZIONE, nota 33.

⁷⁷ Cfr. INTRODUZIONE, note 8 e 34.

5.3 GLI STRUMENTI A TUTELA DEI CREDITORI: L'AZIONE REVOCATORIA E I SUOI LIMITI ODIERNI. OPZIONI OPERATIVE

Quando si ha a che fare con strumenti giuridici in frode ai diritti dei creditori, nei sistemi giuridici di *civil law* si ragiona, com'è noto, in termini di azione revocatoria (o revocazione).

Revocazione che è contemplata anche dall'ordinamento svizzero, negli articoli da 285 a 292 della Legge federale sull'esecuzione e sul fallimento (LEF), che accordano al creditore (che si ritenga pregiudicato nelle sue ragioni) il diritto di esercitare la revocatoria, per assoggettare all'esecuzione tutti i beni del debitore che quest'ultimo abbia inteso sottrargli con una serie di atti dispositivi ivi menzionati⁷⁸, fatti salvi i beni riconosciuti impignorabili *ex lege* (indicati negli artt. 92, 93 e 94 LEF⁷⁹).

⁷⁸ Gli articoli da 285 a 292 LEF rappresentano una sorta di *longa manus* del principio della responsabilità patrimoniale del debitore e operano (al pari delle disposizioni sull'esecuzione forzata) in qualità di norme di chiusura del sistema. Questo per far sì che, se un soggetto dismette dei beni e li trasferisce a terzi per rendersi incapiente e dichiararsi impossibilitato ad adempiere al pagamento dei suoi debiti già assunti (o in procinto di assumere) nei confronti dei suoi attuali (o futuri) creditori, questi ultimi possano comunque ottenere, nel limite massimo di cinque anni dal compimento dell'atto dispositivo (*ex art. 288 LEF*), una sentenza che dichiari l'invalidità, nei loro confronti, dell'atto in questione. Il tutto al fine di rimettere il debitore nella situazione patrimoniale anteriore al compimento dell'atto lesivo e di assoggettarlo all'esecuzione coattiva, con il suo patrimonio ripristinato, per consentire a ciascun creditore di ottenere in via forzosa il *quantum* di sua spettanza. Sul punto, per inciso, si noti che la giurisprudenza parla, con riferimento ai termini di invalidità di un atto dispositivo compiuto in lesione agli interessi di uno o più creditori, di «*nullité relative profitant à certaines personnes seulement*» e quindi tale da non determinare il venir meno di tutti gli effetti, con valenza *erga omnes*, dell'atto revocato (cfr. ATF 24 II 295 c. 5).

⁷⁹ Così, *ex art. 92 cpv. 1 LEF*, sono impignorabili i beni destinati all'uso personale del debitore o della sua famiglia, in quanto indispensabili a garantire una qualità minima di vita; gli strumenti necessari al debitore e alla sua famiglia per l'esercizio della professione; il diritto alle rendite vitalizie costituite ai sensi degli articoli da 516 a 520 del Codice delle Obbligazioni; le prestazioni di assistenza e i

Nondimeno, in determinate circostanze, la disciplina dell'azione revocatoria può dimostrarsi rigida e insufficiente.

Come nei confronti degli strumenti di protezione patrimoniale preventiva, quali possono rivelarsi (alle condizioni di cui *infra*) le fondazioni di famiglia e i *trusts* (che restano peraltro entrambi soggetti a revocazione⁸⁰).

In particolare, quando si tratta di risolvere *quaestiones* come quella della prescrizione del diritto ad agire (necessariamente connesso all'insorgere dei presupposti minimi per vedersi riconosciute, in capo al fondatore/disponente e alla parte danneggiata, la qualità di debitore e di creditore); o quella dell'accertamento dei requisiti per l'attribuzione dell'intenzione di recare pregiudizio al creditore, e della riconoscibilità della stessa a carico, rispettivamente, del debitore fondatore/*settlor* e del terzo comitato di fondazione/*trustee*.

Sicché, quando ci si deve rapportare a un patrimonio destinato/separato quale la fondazione di famiglia di mantenimento

sussidi per le malattie e l'indigenza; le rendite e le indennità di capitale spettanti a titolo di riparazione morale; le rendite sull'assicurazione per la vecchiaia e quelle sull'assicurazione per l'invalidità; le prestazioni giuste l'articolo 12 della Legge federale del 19 marzo 1965 sulle prestazioni complementari all'assicurazione per la vecchiaia, i superstiti e l'invalidità, come pure le prestazioni delle casse di compensazione per indennità familiari; i diritti non ancora esigibili a prestazioni previdenziali. Inoltre l'art. 92 cpv. 4 LEF fa salve le disposizioni speciali sull'impignorabilità previste dalla Legge federale del 2 aprile 1908 sul contratto d'assicurazione (art. 79 cpv. 2 e 80 LCA) e dalla Legge federale del 9 ottobre 1992 sul diritto d'autore (art. 18 LDA). In materia di diritti personali va infine ricordata la particolare condizione giuridica del diritto di abitazione (art. 776 CCS), il quale è considerato impignorabile dalla giurisprudenza (cfr. ATF 67 III 53 e 116 II 281) e dalla dottrina più autorevole (cfr. M. MOOSER, *Art. 776*, in H. HONSELL/N.P. VOGT/T. GEISER, *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II*, 2^a ed., Helbing & Lichtenhahn, Basilea 2003, § 8).

⁸⁰ Anche se non risultano, allo stato dell'arte, in Svizzera, decisioni del Tribunale federale sulla revocabilità dei conferimenti a favore di fondazioni di famiglia o di *trusts*. Tuttavia, al riguardo, si legga anche quanto riferito alla nota 124.

del Liechtenstein, è opportuno aver presenti alcune considerazioni di diritto privato comparato.

Perché, come si è visto nel Capitolo precedente, nei sistemi giuridici di *common law* (e in particolare in quello inglese), in cui operano da lungo tempo patrimoni separati ad ampio raggio d'uso come il *trust*⁸¹, che possono essere facilmente piegati a obiettivi in frode ai creditori, si è già compreso, in più occasioni, come un *trust* istituito per frodare i creditori possa essere scoperto, come tale, anche molti anni dopo la sua istituzione⁸². E per questo motivo, il sistema si è strutturato *ad hoc*, introducendo una revocatoria che prescinde dall'esistenza di un termine ad agire a carico della parte danneggiata e dalle qualifiche, in senso stretto, di creditore del danneggiato e di debitore del danneggiante, per concentrarsi, invece, attraverso l'interpretazione delle intenzioni di quest'ultimo, sul problema dell'abuso dello strumento giuridico utilizzato.

Quindi, è alla luce delle *policies* d'intervento appena illustrate, che si dovrebbe oggi:

- a) rileggere il principio di ordine pubblico della responsabilità patrimoniale del debitore, tenuto conto dei diversi patrimoni destinati istituibili, per le più svariate ragioni, da un determinato soggetto; e
- b) interpretare, anche in virtù di quanto *infra*, norme come l'art. 335 cpv. 1 CCS, che disciplina le fondazioni di famiglia.

Tuttavia, prima di trarre le debite conclusioni e spiegare la ragione per la quale una fondazione di famiglia di mantenimento del

⁸¹ Cui viene regolarmente equiparata, in ragione di quanto si vedrà nel paragrafo successivo, le suddetta fondazione di famiglia del Liechtenstein.

⁸² Com'è avvenuto nel caso *Midland Bank Plc v Wyatt* (cfr. CAPITOLO III, nota 39).

Liechtenstein istituita per le finalità descritte in premessa (e al paragrafo 4) dovrebbe essere invalidata, vale la pena di descrivere brevemente, in via preliminare, le caratteristiche principali di una fondazione di famiglia del Liechtenstein.

5.4 LA FONDAZIONE DI FAMIGLIA («D'ENTRETIEN») DEL LIECHTENSTEIN

La fondazione di famiglia del Liechtenstein è un istituto quantomeno *sui generis*.

Essa consiste, infatti, in un patrimonio destinato, volto a supportare qualsiasi bisogno del fondatore o dei componenti di una famiglia⁸³, al quale la legge accorda la facoltà di essere oggetto e soggetto di diritti e di obbligazioni e, per l'effetto, la personalità giuridica⁸⁴. E che si caratterizza per:

⁸³ Come si ricavava dal combinato disposto degli articoli 552 cpv. 1 e 553 cpv. 2 del PERSONEN UND GESELLSCHAFTSRECHT (PGR), prima della riforma del 26 giugno 2008 (che ha modificato la disciplina generale delle fondazioni del Liechtenstein, ma non quella delle fondazioni di famiglia); e si deduce, oggi, dal testo del neo vigente art. 552 § 2 PGR, che recita, nella traduzione ufficiale in inglese, “1) *Foundation purposes may include common-benefit or private-benefit purposes. [...] 3) A private-benefit foundation within the meaning of this Section is a foundation which according to the declaration of establishment is entirely or predominantly intended to serve private or personal purposes [...] 4) The following in particular shall be regarded as private-benefit foundations: 1 pure family foundations; these are foundations whose assets exclusively serve the defrayal of costs of upbringing or education, provision for or support of members of one or more families or similar family interests*”. Per una lettura integrale della legge di riforma, vedasi *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2011, p. 82 ss.

⁸⁴ Cfr. M. TRENTINI, *Aspetti della fondazione di famiglia del diritto del Liechtenstein e la simulazione (Scheingeschäft)*, in *Commercial Arbitration.ch* 4/2005, § 2.1: “Trattasi quindi (la fondazione in generale, Ndr) di un soggetto di diritti e di obbligazioni che esiste come entità ‘de par la loi’ (perché la legge lo prevede e lo consente). Tramite la destinazione (*Widmung*) di beni al conseguimento di un fine particolare, il patrimonio acquisisce una personalità giuridica autonoma (secondo l'espressione tedesca ‘*Das gewidmete Vermögen wird verselbstständig*’). Cfr. inoltre M. ANNOVAZZI, *Breve studio sulle entità off-shore fittizie quali soggetti svizzeri o stranieri nel diritto civile*

- a) non essere soggetta a registrazione⁸⁵ (e garantire, già per questo, un elevato grado di confidenzialità⁸⁶);

svizzero, con riferimento alle fondazioni di famiglia del Liechtenstein, in csbancari.ch (Voce “Pubblicazioni/Quaderni di Ricerca”), p. 32: “Con la Widmung o la Schenkung (che identifica un atto di dotazione patrimoniale distinto e successivo a quello di destinazione, Ndr) i beni sono trasferiti in proprietà dalla sfera del fondatore alla fondazione e acquisiscono personalità giuridica propria”. Si noti che, mentre prima della riforma del 2008, la sopra descritta qualifica della fondazione non era espressamente certificata dalla legge, oggi lo è, perché il nuovo art. 552 § 1 PGR stabilisce che “1) A foundation within the meaning of this Section is a legally and economically independent special-purpose fund which is formed as a legal entity (juristic person) through the unilateral declaration of will of the founder”.

⁸⁵ Perché, se ai sensi dell’art. 552 § 14 paragrafo 4 PGR, “Common-benefit foundations and private-benefit foundations carrying on business run along commercial lines on the basis of special law, shall be entered in the Public Registry and shall thereby acquire the right of legal personality”, in forza di quanto dispone il paragrafo successivo, “5) Other private-benefit foundations may be entered in the Public Registry. However, there is no legal obligations to do so”. Quindi, nel caso della fondazione di famiglia, perché questa sia validamente costituita e dotata di personalità giuridica non c’è bisogno dell’iscrizione allo *Stiftungsregister*, bastando una particolare procedura denominata *Hinterlegung* (cfr. TRENTINI, *Aspetti della fondazione di famiglia del diritto del Liechtenstein e la simulazione* (84), § 2.8: “Con lo strumento della *Hinterlegung*, l’iscrizione della stessa (la fondazione di famiglia, Ndr) presso il registro di commercio non è infatti obbligatoria”). L’*Hinterlegung* è una procedura in forza della quale il Consiglio della Fondazione deve solo depositare a registro lo *Stiftungsurkunde*, ovvero sia l’atto costitutivo, ma non, si noti bene, i *Beistatuten* o statuti annessi (di cui *infra* alla nota successiva, in cui vengono di regola indicati i beneficiari); per ricevere dal registro stesso una mera dichiarazione (detta *Amtsbestätigung*) sulla quale figurerà il nome della fondazione, la sua data di costituzione, il nome o la ragione sociale del fondatore giuridico (che può differire dal c.d. fondatore economico o effettivo), l’ammontare del capitale della fondazione e i nomi dei membri del Consiglio di Fondazione.

⁸⁶ Cfr. TRENTINI, *Aspetti della fondazione di famiglia del diritto del Liechtenstein e la simulazione* (84), § 2.8, là dove l’Autore, dopo aver rilevato la già menzionata non obbligatorietà dell’iscrizione della fondazione di famiglia a registro, aggiunge che, di principio, la sua costituzione potrebbe avvenire “con la redazione di un solo ed unico documento nel quale sono contenuti non solo tutti i requisiti legali, ma anche le disposizioni relative all’organizzazione, ai beneficiari e alle regole di distribuzione del patrimonio”. Nondimeno, si preferisce “per motivi di discrezione” servirsi di più documenti (ovverosia, oltre che dell’atto di fondazione vero e proprio, avente le caratteristiche di cui alla nota precedente, degli statuti annessi). Questo perché, “Fondamentale, in ambito di discrezione, è evitare che con la scoperta di un solo documento legato alla costituzione di una fondazione si possa immediatamente acquisire tutto quanto vi è da sapere sulla fondazione stessa” (*Ibidem*, nota 24). Cfr. inoltre N. SEEGER, *The Liechtenstein Establishment – a Trust Alternative*, in *Trusts & Trustees*

- b) godere di responsabilità patrimoniale limitata⁸⁷;
- c) accordare al fondatore il ruolo di primo beneficiario⁸⁸;
- d) essere suscettibile di revoca da parte del fondatore⁸⁹;
- e) prevedere la modificabilità degli statuti annessi (i *Beistatuten*⁹⁰); e
- f) garantire ai beneficiari l'inaggredibilità dei loro *interests*⁹¹.

Vol. 3 (1997) p. 24 ss, p. 26: “Beneficial entitlements are normally set forth in a separate by-law which is not accessible to any third party”.

⁸⁷ Cfr. Art. 552 § 37 PGR (H. *Liability*): “1) *With regard to the creditors of the foundation, only the foundation assets serve as a security for the debts of the foundation. There is no obligation to put up further security*” (prima della riforma una disciplina analoga era stabilita nell’art. 653 cpv. 1 PGR). In dottrina, cfr. SEEGER, *The Liechtenstein Establishment – a Trust Alternative* (86), p. 24: “*It is (la fondazione del Liechtenstein in generale, Ndr) an endowment possessing a legal personality and enjoying limited liability*”.

⁸⁸ Cfr. ANNOVAZZI, *Breve studio sulle entità off-shore fittizie* (84), p. 32: “*Una volta creata la fondazione, il fondatore non ha, generalmente, più nessun potere o funzione ufficiale nell’ambito della fondazione. Il fondatore può comunque essere designato come beneficiario della stessa*”; SEEGER, *The Liechtenstein Establishment – a Trust Alternative* (86), p. 24: “*If no beneficiaries are appointed, the founder or his successors are presumed to be the beneficiaries*”.

⁸⁹ Cfr. TRENTINI, *Aspetti della fondazione di famiglia del diritto del Liechtenstein e la simulazione* (84), § 2.7.2: “*Una particolarità di origine giurisprudenziale sono i diritti del fondatore o ‘Stifterrechte’, ossia i diritti che nascono con la qualità di fondatore e che sono indissociabili da questo statuto. Fanno parte di questi diritti, il diritto di modificare gli statuti, il diritto di revocare la fondazione, il diritto di modificare lo scopo della fondazione*”. Conferma ANNOVAZZI, *Breve studio sulle entità off-shore fittizie* (84), p. 33. Nel PERSONEN UND GESELLSCHAFTSRECHT vedasi oggi l’art. 552 § 30 (*Rights of the Founder to Revoke or Amend the Foundation Documents*): “1) *The founder may in the foundation deed reserve for himself the right to revoke the foundation or to amend the declaration of establishment*”.

⁹⁰ Cfr. ANNOVAZZI, *Breve studio sulle entità off-shore fittizie* (84), p. 33: “*Il primo beneficiario della fondazione che generalmente è anche il fondatore economico (diverso dal fondatore giuridico, di cui si è parlato alla nota 85, Ndr) o cliente, dispone di ampie competenze per quanto concerne la destinazione del patrimonio della fondazione. Egli può infatti, prima della sua morte, in qualsiasi momento tramite debite istruzioni all’indirizzo del consiglio di fondazione, revocare gli statuti annessi e sostituirli con altri*”. Vedasi inoltre TRENTINI, *Aspetti della fondazione di famiglia del diritto del Liechtenstein e la simulazione* (84) § 2.9, là dove l’Autore segnala (alla nota 29) che la presenza o meno della clausola di irrevocabilità degli statuti annessi è causa del distinguo tra ‘*unkontrollierte*’ e ‘*kontrollierte*’ *Stiftung*.

⁹¹ Cfr. Art. 552 § 36 PGR (G. *Provisions under the Law of Enforcement*): “1) *In the case of family foundations, the founder may provide that the creditors of beneficiaries shall not be permitted to deprive these beneficiaries of their beneficial entitlement to a*

Si tratta, nella sostanza, di uno strumento giuridico molto particolare che, sia pur paragonato (e astrattamente paragonabile) al *trust* di *common law*⁹², si contraddistingue per contemplare, tra i suoi requisiti (codificati *ex lege*), alcuni elementi ‘borderline’ della disciplina dei *trusts*⁹³.

beneficial interest or prospective beneficial interest acquired without valuable consideration, or individual claims arising from such an interest, by way of safeguarding proceedings, compulsory enforcement or bankruptcy”.

⁹² Cfr. D. WATERS, *The Future of the Trust – Part I*, in *JOURNAL of International Trust and Corporate Planning*, Vol. 13, Issue 4, 2006, p. 179 ss, p. 205: “*The Liechtenstein Treuhänderschaft, adopted by legislation in 1926, is structured expressly upon the common law trust. It is isolated from Liechtenstein civil law as an independent, self-contained legislative measure*”; SEEGER, *The Liechtenstein Establishment – a Trust Alternative* (86), p. 26: “*The by-law concerning beneficial entitlement may be drafted in much the same way as a discretionary trust*”; A. BRAUN, ‘*Caught in the crossfire: is the Liechtenstein Treuhänderschaft a trust or a Treuhand?*’, in (2004) 18 *Trust Law International* 26 (dove l’Autrice conclude che si tratti di un *trust* di *common law* in un regime di *civil law*); TRENTINI, *Aspetti della fondazione di famiglia del diritto del Liechtenstein e la simulazione* (84), § 2.9: “*A dipendenza del tipo di fondazione che verrà costituita si distingue tra diritti dei beneficiari ad una parte del patrimonio, caso della Fixed Foundation o di aspettative dei beneficiari, caso della Discretionary Foundation. Fondazione quest’ultima che molto si apparenta al Trust anglosassone*”; ANNOVAZZI, *Breve studio sulle entità off-shore fittizie* (84), p. 35: “*Nella Discretionary Foundation, i beneficiari non sono designati in anticipo, ma definiti in classi. Il Consiglio di Fondazione determina e nomina i beneficiari ad hoc fra i componenti delle classi di beneficiari sulla scorta degli statuti e statuti annessi. Ai documenti standard necessari alla costituzione, si aggiunge la Letter of Wishes del fondatore.[...] In questa tipologia di fondazione, come nel Trust, si inserisce generalmente un protector con funzioni di controllo sul Consiglio di Fondazione*”.

⁹³ Non a caso un Autore (MICHAEL RAINER), commentando in *Trust e Treuhand in Liechtenstein* (in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2002, p. 215 ss) una sentenza del *Fürstlicher Oberster Gerichtshof* del 6 luglio 2000, ha scritto che “*The main differences from the trust in Common Law (della fondazione di famiglia del Liechtenstein, Ndr) are the legal position of the trustee in Liechtenstein (similar to the old Germanic Salmann) and the numerous competences of the trustor*”, perché “*The fiduciary Treuhand would be characterized by the generally binding character of the trustor’s orders for the trustee*”. Per poi aggiungere, a commento della sentenza della corte suprema locale, che “*The Supreme Court judges of Liechtenstein [...] have also done a deliberate service to the practice by making unequivocally clear that either the Liechtenstein provisions of Art. 897 PGR (che disciplina i rapporti di trusts impostati sui fiduciary duties di common law, Ndr) are to be applied, if the parties have intended this upon concluding their contract, or the provisions of the ABGB on the mandate (are to be applied, Ndr)*”.

Il primo elemento è quello della revocabilità, che è di principio ammessa (a condizione che sia dichiarata espressamente nell'atto istitutivo), ad esempio, nel diritto dei *trusts* inglese⁹⁴; ma che dev'essere rapportata alla tipologia di *trust* in esame⁹⁵.

Così, con riferimento alla categoria dei *family trusts*, la revocabilità ha un senso là dove il *settlor* intenda riservarsi, fino alla morte, il potere di nominare i beneficiari⁹⁶ (e quindi in tutti quei casi in cui il disponente non voglia attribuire, già in vita, gli *assets* ai suoi

⁹⁴ Cfr. *Mallott v Wilson*, in [1903] *Law Reports, Chancery Division*, 3rd Series 494. Questo, sia nel caso di un *express trust* che preveda il trasferimento del *trust fund* a un *trustee* terzo, sia nel caso di una *declaration of trust* (*Beecher v Major*, in 2 (1865) *Dr & Sm* 431, p. 437. Sul punto vedansi anche *Grant v Grant*, in 34 (1865) *Beavan's Rolls Court Reports* 623 e *Re Coxen*, in 2 [1913] *Law Reports, Chancery Division*, 3rd Series 478. Mentre la stessa revocabilità è già di per sé fortemente discussa, ad esempio, in Canada, come riferisce D. WATERS, *The Law of Trusts in Canada*, Toronto 1984, pp. 152-161.

⁹⁵ Cfr. G. THOMAS & A. HUDSON, *The Law of Trusts*, Oxford University Press, Oxford 2010, *Chapter 2* (THE THREE CERTAINTIES), p. 60, § 2.36: "A trust instrument may reserve to the settlor (or confer on the trustee or any other person) a power to revoke the trust. Although such a reservation is usually ill advised for tax reasons, there may be circumstances where it serves a useful purpose (for example where the settlor is unsure whether he can afford to part permanently with the trust assets). One common example arises where a settlor opens a joint bank account in the joint names of himself and another, with the intention that that other shall by survivorship take any balance remaining in the account at the settlor's death. During his lifetime, the settlor may not only draw on the account as he pleases but may also terminate the trust by closing the account".

⁹⁶ Come nel caso dei *living trusts* ordinariamente ammessi negli U.S.A., che sono assimilati al testamento (ma evitano i costi e i tempi del *probate*) e prevedono che il *settlor* rimanga beneficiario del patrimonio del *trust*, finché in vita, per poi destinarlo ai familiari prescelti, senza necessità di far gestire i beni ereditari da parte dell'esecutore testamentario (cfr. M. GRONDONA, «*Living trust*» e diritti successori in capo al coniuge superstite: a proposito di una recente sentenza nordamericana, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2002, p. 204 ss; cfr. ad *abundantiam* S. BARTOLI, *I trust ed il divieto dei patti successori, con particolare riguardo al cosiddetto Totten trust*, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2002, p. 207 ss). Per inciso, si precisa qui che il diritto dei *trusts* americano (*rectius*, dei singoli stati americani) è diverso (per molti aspetti) da quello inglese, ma non per quanto concerne i principi (come quello richiamato nel testo).

congiunti⁹⁷); mentre non lo ha in caso contrario⁹⁸. Senza contare che, la riserva di revoca, crea la presunzione – specie se è accompagnata da altri elementi diretti in tal senso – che il *settlor* voglia mantenere il controllo del *trust fund*⁹⁹; e pertanto, che voglia dar vita a una simulazione (*sham/pretence*¹⁰⁰), da intendersi quale apparenza per i terzi che non corrisponde alla realtà come da costui intesa¹⁰¹.

⁹⁷ Cfr. THOMAS & HUDSON, *The Law of Trusts* (95), p. 60, § 2.36: “Therefore, in principle, a trust under which the settlor enjoys a life (or other) interest, and reserves to himself a power of revocation, is a valid trust and not a sham”.

⁹⁸ Vedansi infatti, in questo senso, K. MCK. NORRIE & E.M. SCOBIE, *Trusts*, W. GREEN/Sweet & Maxwell, Edinburgh 1991, i quali osservano, da un lato, che di principio, “Not all trust can be revoked, and the general rule is that once the trust has taken effect, the truster (il settlor in Scozia, Ndr) falls out of the picture and is unable to recover the benefit he has conferred, just as the maker of a gift generally cannot revoke the gift and demand the return of what has been given”; dall’altro che, nello specifico, “There are certain types of trust which, of their nature, are never revocable by the truster. For example, a trust which contains a provision for an alimentary liferent cannot be revoked, even with the consent of all beneficiaries” (anche se gli Autori aggiungono che “There has been a qualification to this rule since the passing of the Trust (Scotland) Act 1961, for section 1(4) of that Act permits the Court of Session to authorise any arrangement varying or revoking an alimentary provision in any trust”). Cfr. inoltre PRINCIPLES, DEFINITIONS AND MODEL RULES OF EUROPEAN PRIVATE LAW – Draft Common Frame of Reference (DCFR), Outline Edition (prepared by the STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE and the RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP)), Sellier European Law Publishers, 2009, Book X (*Trusts*), p. 501 ss, p. 535, Chapter 9 (TERMINATION AND VARIATION OF TRUSTS AND TRANSFER OF RIGHTS TO BENEFIT) Section I: Termination – sub-section 2 (Termination by truster or beneficiaries) art. 9:103 (Rights of truster to terminate a gratuitous trust) § 3: “A truster may terminate a gratuitously constituted trust for the benefit of another to the same extent that the truster might have revoked a donation to that beneficiary if the benefit had been conferred by way of donation” (come, ad esempio, in diritto svizzero, ai sensi degli artt. 249 e 250 CO).

⁹⁹ Cfr. 32 (1999) *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 879, p. 910-6 (A. DUCKWORTH): “It is not uncommon for a settlor to reserve to himself powers not just to revoke the trust but also to direct the distribution of trust assets, to add to or remove from the class of beneficiaries or objects, to remove or appoint new trustees, to approve or veto trustee investments, and so forth”.

¹⁰⁰ Cfr. THOMAS & HUDSON, *The Law of Trusts* (95), p. 65, § 2.50: “Although the retention of such control is often ill-advised as a practical matter – especially for tax purposes or in the event that the settlor becomes insolvent – there is no doubt that, as a matter of trusts law, a considerable degree of control may indeed be retained. The retention of such extensive control does not necessarily point to a sham. The crucial

Il secondo elemento, è invece quello che consiste nel fatto che il fondatore possa riservarsi il diritto di assumere la qualifica di primo beneficiario.

Diritto che, sempre sul piano comparatistico, non è anch'esso affatto vietato nel *law of trusts*¹⁰². Ma che è un elemento che, oltre al fatto che può già di per sé rivelarsi in conflitto con gli obiettivi di una fondazione di famiglia genuina (come intesa dal Tribunale federale), se viene associato al diritto del fondatore di stabilire che i creditori dei beneficiari non possano privare questi ultimi dei diritti loro spettanti via fondazione¹⁰³, genera uno strumento giuridico equiparabile quantomeno a uno *Spendthrift Trust* di diritto americano. Se non un vero e proprio *Asset Protection Trust*¹⁰⁴.

*question, therefore, is: how far can the settlor go before he crosses the line between one and the other?'. A seguire gli Autori ricordano il noto caso *Rahman v Chase Bank (CI) Trust Co Ltd.* (in [1991] *Jersey Law Reports* 103) in cui il *trust de quo* fu dichiarato simulato perché il disponente aveva voluto conservare “*dominion and control over the trustee in the management and administration of the settlement, including distributions of capital to himself, to others as gifts or loans, and the making and disposal of investments. He treated the assets comprised in the trust fund as his own and the trustee as though it were his mere agent or nominee*” (cfr. pp. 146-147).*

¹⁰¹ Cfr. *Douglas v Baldwyn*, in [1953] *New Zealand Law Reports* 313, p. 321: “*A sham is an attempt to deceive, to pretend that things are otherwise than they seem*”. In dottrina, cfr. THOMAS & HUDSON, *The Law of Trusts* (95), p. 57, § 2.31: “*In the context of a trust, the settlor appears to have divested himself (wholly or substantially) of beneficial ownership of the trust assets and beneficiaries seem to have acquired equitable interests in the property and rights enforceable against the trustees, but in reality neither is the case: the intention and substance of the transaction is that these are retained by the settlor*”. Oltre al caso *Rahman v Chase Bank (CI) Trust Co Ltd.*, di cui alla nota precedente, altre fattispecie recenti di *trusts* simulati sono quelle emerse nel già citato *Midland Bank Plc v Wyatt* (cfr. nota 82); in *R v Allen*, in [1999] *Simon's Tax Cases* 846; in *Hitch v Stone*, in [2001] *Simon's Tax Cases* 214; e in *Minwalla v Minwalla*, in 7 [2004] *International Trust & Estate Law Reports* 457. Per concludere, sul tema del *trust* simulato in generale, vedasi, su tutti, M. CONAGLEN, *Sham Trusts*, in 67 (2008) *Cambridge Law Journal* 176.

¹⁰² Basti in questo senso l'esempio di cui alla nota 97.

¹⁰³ Cfr. nota 91.

¹⁰⁴ Perché, se prima della riforma del 2008, stando al tenore letterale dell'abrogato art. 567 cpv. 3 PGR, non sembrava fosse possibile creare una

Non stupisce perciò che, anche con riferimento alla fondazione di famiglia del Liechtenstein, alcuni Autori abbiano osservato che essa possa essere strutturata per raggiungere obiettivi puri di protezione patrimoniale, “*such as avoiding exchange controls, evading future, contingent and currently unascertainable creditors (asset protection) limiting the effects of professional liability, anticipating government confiscatory measures and similar asset conservation measures as well as transfer pricing, the circumvention of a government boycott, product liability, or the like*”¹⁰⁵.

In conclusione, la fondazione di famiglia del Liechtenstein si presenta come un istituto che, visto con gli occhi dei creditori personali del fondatore, concretizza, là dove ricorrano gli elementi descritti in apertura di paragrafo, più che una persona giuridica diretta a supportare le esigenze economiche (anche generali¹⁰⁶) dei membri di una famiglia, uno strumento preventivo di *judgment-proofing*, volto a eludere la responsabilità patrimoniale del debitore/fondatore¹⁰⁷.

fondazione di famiglia del Liechtenstein che avesse tutti i crismi di un *APT* (perché segnatamente sembrava mancare il requisito dell'inaggredibilità, da parte dei suoi creditori, dell'*interest* del fondatore/primo beneficiario), oggi, sia dal testo dell'art. 552 § 2 paragrafo 3 PGR (riportato nella nota 83), che da quello dell'art. 552 § 36 PGR (di cui alla già citata nota 91), appare possibile raggiungere anche questo risultato.

¹⁰⁵ Cfr. SEEGER, *The Liechtenstein Establishment – a Trust Alternative* (86), p. 26.

¹⁰⁶ Quindi, già oltre i limiti stabiliti dal Tribunale federale per la fondazione di famiglia di diritto svizzero.

¹⁰⁷ D'altro canto, sempre dal punto di vista comparatistico, per quanto concerne il *trust*, anche là dove (come in Inghilterra) non si ritiene possibile istituire un *Asset Protection Trust*, come si è già evidenziato sia nell'INTRODUZIONE (cfr. nota 42) che nel CAPITOLO III (cfr. nota 26), “*Prima facie a transfer of property by a settlor to trustees on trust for his wife or some other relative or friend has the effect of removing that property from his assets and consequently of preventing his trustee in bankruptcy from claiming it on behalf of his creditors. Where the beneficiary of the trust is the settlor’s wife, the effect and usually the objective is that the settlor can continue to enjoy the benefit of the settled property indirectly by living with her in property belonging to the trust and having his living expenses provided by her out of the income to which she is entitled. And even where a settlor does not act so blatantly as to derive indirect benefit*”

Se non, visto con gli occhi dei creditori personali dell'ente fondazione, un patrimonio destinato che, tenuto conto del fatto che non è soggetto a registrazione e gode del beneficio della responsabilità limitata, potrebbe violare facilmente anche la regola della responsabilità patrimoniale del patrimonio medesimo.

5.5 CONCLUSIONI SUI RAPPORTI TRA LA FONDAZIONE DI FAMIGLIA «D'ENTRETIEN» E IL PRINCIPIO DELLA RESPONSABILITÀ PATRIMONIALE DEL DEBITORE ATTUALIZZATO

Oggi, non si può più parlare dell'esistenza di un principio di responsabilità patrimoniale del debitore, inteso secondo i canoni del tempo in cui è stato elaborato (ovverosia, tale da configurare suddetta responsabilità come universale o generale).

Farlo, per dire che un soggetto fronteggerà, ai nostri giorni, una determinata obbligazione (contrattuale o extracontrattuale) con tutto il suo patrimonio, costituito dall'insieme di tutti i suoi beni (presenti e soprattutto futuri), significherebbe declamare nulla più che un principio astratto.

Astratto, perché la realtà ci dimostra che sul mercato sono reperibili numerose e diversificate tipologie di patrimoni destinati disciplinati dalla legge, che attestano la possibilità di frazionare/frammentare lecitamente, in qualsiasi momento (salvo il limite della revocazione), in più 'comparti', il patrimonio di una persona fisica o giuridica, e

from the property himself, there is no doubt whatever that he will inevitably prefer his property to be enjoyed by his relatives and friends rather than by his creditors" (cfr. A.J. OACKLEY, *Parker and Mellows: The Modern Law of Trusts*, 9th ed., Sweet & Maxwell, London 2008, p. 274, § 7-056).

isolare così i rapporti inerenti a ciascun comparto, sotto il profilo della responsabilità¹⁰⁸.

Cosicché, il patrimonio non deve essere più visto come un complesso unitario di beni o diritti imputabili a un unico soggetto, bensì come un “*insieme di risorse destinate a una medesima funzione, oggetto di una particolare forma di investimento, caratterizzate da una certa tipologia di rischio*”¹⁰⁹.

Non solo. La declamazione del principio sopra riassunto sarebbe astratta, perché altresì smentibile nei fatti dalla considerazione che, chiunque, se debitamente assistito, può oggi:

- a) crearsi una o più cause di prelazione/privilegio convenzionali, tali da eludere la *par condicio creditorum* (che, tra l'altro, trova proprio nella regola della responsabilità patrimoniale universale, come originariamente impostata, il suo presupposto); e
- b) costituirsi uno o più patrimoni separati aventi funzione preventiva di *asset protection* che, fermi anche (in determinate circostanze) i difetti attuali della disciplina per la tutela dei diritti dei creditori, rappresentata (negli ordinamenti di *civil law*) dall'azione revocatoria, gli consentono di mettersi al riparo da un qualsiasi evento futuro fonte di responsabilità patrimoniale e svuotare così, di fatto, a monte, di contenuto, il principio sopra descritto.

Ciò detto, si noti che in passato, negli ordinamenti di *civil law*, strumenti quale il *trust* erano particolarmente temuti; proprio anche a causa dell'affermazione dell'esistenza nel sistema di una stretta

¹⁰⁸ Cfr. C. RABITTI BEDOGNI, *I patrimoni dedicati*, in *Rivista del Notariato*, 2002, Parte I, p. 1121 ss.

¹⁰⁹ *Idem*, p. 1122.

correlazione (oggi non più riconoscibile) tra la nozione di patrimonio (inseparabile) e il regime della responsabilità illimitata, e l'indubbia funzione, di tali strumenti, di rottura della responsabilità patrimoniale come inizialmente sviluppata e a quell'epoca ancora attuale¹¹⁰.

Tuttavia, i tempi cambiano.

Per evidenti ragioni di natura commerciale, il legislatore svizzero ha ratificato la CAT, conferendo cittadinanza all'istituto del *trust* sul territorio elvetico. *Trust* che, come si è visto, è spesso accostato alla fondazione di famiglia (segnatamente, alla fondazione di famiglia di mantenimento del Liechtenstein).

Sicché, premesso che, anche in relazione alle finalità di specie, *trust* e fondazione di famiglia vanno comparati tra loro¹¹¹ e che ambedue assistono, in numerose circostanze, interessi meritevoli di tutela, nondimeno di fronte al fatto che sia l'uno che l'altra possono essere piegati al conseguimento di effetti discutibili di protezione patrimoniale, nel contesto di una realtà del tipo di quella sopra descritta, alcune regole di sistema devono essere ripensate.

¹¹⁰ Anche se il *trust* ha spesso creato problemi e discussioni anche con riferimento alla dicotomia tra la *legal ownership* e l'*equitable ownership* del *trust fund* e, per l'effetto, in rapporto all'esistenza, nei sopra menzionati sistemi giuridici, del *numerus clausus* dei diritti reali, come tradizionalmente inteso. *Incidenter tantum*, sul primo problema ci si permette di rinviare ad A. REALI, *Un modello di trust conforme all'ordinamento italiano: il trust senza l'equity*, in *Rivista di Diritto Civile*, n. 2/2011, p. 161 ss, pp. 166-172; mentre sul secondo problema (e sulla *ratio* odierna del numero chiuso dei diritti reali) si rimanda ad A. GAMBARO, *I diritti reali come categoria ordinante* e U. MORELLO, *Tipicità e numerus clausus dei diritti reali*, entrambi in GAMBARO – MORELLO (CURR.), *Trattato dei Diritti Reali*, Vol. I (*Proprietà e Possesso*), Giuffrè, Milano 2008, rispettivamente, p. 3 ss e p. 67 ss.

¹¹¹ Si noti che, anche dal punto di vista fiscale, le imposte della fondazione di famiglia sono oggi determinate sulla base della Circolare n. 30 della Conferenza Fiscale Svizzera (CFS) del 22 agosto 2007 relativa all' "*Imposizione dei trust*" (reperibile in *estv.admin.ch*), come conferma VITTORIO PRIMI in *Le imposte di successione e di donazione ticinesi*, p. 158 ss.

In altri termini, detto che la responsabilità patrimoniale deve rimanere un baluardo della società civile, e fermo che l'azione revocatoria può rivelarsi inefficace a contrastare le intenzioni di chi ricorre a questi due strumenti legali per mere finalità propedeutiche di *asset protection*, allo stato dell'arte, l'interprete deve essere in grado di reperire altrove (tra le norme vigenti) i mezzi per riaffermare (ove necessario), in via sussidiaria, l'esistenza sostanziale, nel sistema, del principio della responsabilità patrimoniale del debitore.

Detto questo, arriviamo al punto.

Quando si ha a che fare con un patrimonio destinato, con funzione (palese) di limitazione della responsabilità patrimoniale, come una società di capitali (società anonima, società a garanzia limitata, eccetera), non sorgono, di norma, particolari problemi, con riferimento al principio della responsabilità patrimoniale del debitore. Fatti salvi, ovviamente, i limiti stabiliti dal Tribunale federale con la sentenza 108 II 213¹¹².

Perché, per quanto concerne il debitore 'società', dato il regime pubblicitario che la interessa, i terzi finanziatori/creditori hanno gli strumenti necessari per recuperare informazioni pressoché costanti sulla capacità economica della loro controparte¹¹³.

Inoltre, per quanto concerne il debitore 'socio', si crea solo un fenomeno di ramificazione/frammentazione della responsabilità patrimoniale, che, invece di rimanere concentrata su un unico

¹¹² Cfr. nota 58.

¹¹³ Così, se decidono di finanziarla (anche in assenza di garanzie reali rilasciate dalla società medesima o da uno o più soci), è perché ritengono ragionevole farlo, sulla base, ad esempio, di un *business plan* che i rappresentanti della società hanno loro sottoposto e costoro hanno opportunamente valutato, oppure un progetto che ritengono qualificato e intendono sostenere (come nel caso del *project financing*), eccetera.

soggetto passivo (il socio), si suddivide tra due distinti soggetti passivi, la società e il socio; rispettivamente responsabili, la prima, per tutte le obbligazioni sociali, il secondo per tutte le altre obbligazioni distinte da quelle sociali¹¹⁴.

Diverso discorso si deve fare, invece, con riferimento a un patrimonio destinato come un *trust* o una fondazione di famiglia.

Perché, questi due tipi di patrimoni destinati, non nascono per essere utilizzati come strumenti di limitazione della responsabilità patrimoniale, bensì per conseguire finalità specifiche di volta in volta da individuarsi; quali quella prevista dall'art. 335 cpv. 1 CCS, per il caso della fondazione di famiglia, o quelle istituzionali (e diversificate, data la natura flessibile dello strumento), contemplate dal *case law* applicabile, per l'ipotesi del ricorso al *trust*¹¹⁵.

Che poi, data la loro natura di persona giuridica autonoma l'una (la fondazione di famiglia) e di patrimonio segregato l'altro (il *trust*¹¹⁶), dal ricorso a essi ne derivi anche, indirettamente, un effetto di protezione patrimoniale (legittima), questa è un'altra questione; che

¹¹⁴ Cfr. ATF 108 II 213 (58).

¹¹⁵ Segnatamente, nel caso di un *family trust*, per provvedere, nel contesto di regimi successori che spesso non contemplano la legittima, all'assegnazione degli *assets* familiari ai vari membri di una famiglia già in vita del disponente; per provvedere alle spese di educazione e di assistenza dei figli; e così via (cfr. J.H. MERRYMAN, *Policy, Autonomy and the Numerus Clausus in Italian and American Property Law*, in 12 (1963) *The American Journal of Comparative Law* 224; CAPITOLO I, note 50 e 51).

¹¹⁶ Ai sensi degli artt. 2 comma 2 lett. a e 11 comma 3 lett. a, b, e c della CAT, “*i beni in trust costituiscono una massa distinta e non sono parte del patrimonio del trustee*” e nella misura in cui la legge applicabile lo richieda o lo preveda, il riconoscimento del *trust* implica, in particolare, che “*i creditori personali del trustee non possano rivalersi sui beni in trust; i beni in trust siano segregati rispetto al patrimonio del trustee in caso di insolvenza di quest'ultimo o di suo fallimento; e i beni in trust non rientrino nel regime matrimoniale o nella successione del trustee*”.

non deve però costituire la ragione esclusiva né sostanziale del loro utilizzo.

Ciononostante, come comprensibile, considerata questa loro caratteristica intrinseca, sia un *trust* che una fondazione di famiglia possono, come detto, essere facilmente piegati al conseguimento di obiettivi illeciti di *asset protection* e, segnatamente, di frode ai creditori¹¹⁷.

Sicché, in sintesi, ambedue questi strumenti giuridici possono creare problemi, in relazione al principio della responsabilità patrimoniale.

Perché, da un lato, già per quanto concerne il debitore ‘fondazione’ e il debitore ‘*trust*’, dato che non esiste alcuna disciplina pubblicitaria che copre la costituzione e la gestione delle fondazioni di famiglia e l’istituzione e l’amministrazione dei *trusts*, i terzi finanziatori/creditori non dispongono di mezzi opportuni per valutare l’effettiva capacità economica della loro controparte¹¹⁸.

Mentre dall’altro, per quanto concerne il debitore ‘fondatore’/‘*settlor*’, tanto la fondazione di famiglia quanto il *trust* danno vita a un

¹¹⁷ D'altra parte, per il *trust*, com'è stato, nell'occasione, forse anche troppo criticamente evidenziato, “*The prominent role that trusts play in creditor avoidance should not be surprising. Born by accident, the Anglo-American trust has endured because it has proven to be a powerful tool for accomplishing a wide range of objectives. Long recognized as a useful device for gratuitous transfers, particularly the transmission of wealth between generations, the trust has also become an important commercial instrument. The trust's success has, in large measure, been attributable to its flexibility; because the essence of the trust is the separation of legal from beneficial ownership, no inherent limitations exist on the purposes for which a trust may be created. A trust settlor has little reason to create a trust unless some obstacle – often a legal obstacle – makes it less practical for the settlor to use some other device to accomplish his objectives. Thus, it should not be surprising that, since their conception, settlers have often used trusts to avoid otherwise applicable legal rules*” (cfr. S.E. STERK, *Asset Protection Trusts: Trust Law's Race to the Bottom?*, in (85) 2000 *Cornell Law Review* 1035, pp. 1040-1041).

¹¹⁸ A questo proposito vedasi, per quanto concerne la fondazione di famiglia, quanto già segnalato dall'autorevole dottrina richiamata alla nota 47 in fondo (le cui osservazioni si aggiungono a quanto rilevato ancor prima da F. GERHARD, *Die Familienstiftung nach ZGB* (14).

fenomeno di separazione patrimoniale, con effetti di riduzione *pro futuro* (se non, in alcuni casi, di vero e proprio svuotamento) della sua responsabilità patrimoniale.

Responsabilità che, superati i termini (talvolta insufficienti) di prescrizione dell'azione revocatoria, si trasferisce sullo strumento giuridico prescelto dal *settlor*/fondatore, per rimanere confinata alle condizioni ivi stabilite, nel quadro delle regole che lo governano.

Con la conseguenza che, il *settlor*/fondatore può anche ottenere, a seconda dei casi:

- a) l'inaggredibilità giuridica del suo '*vested interest*'/diritto soggettivo, in qualità di primo beneficiario, nel caso dell'istituzione di un *asset protection trust* o della costituzione di una fondazione di famiglia di mantenimento del Liechtenstein;
- b) l'inaggredibilità giuridica del *vested interest* dei beneficiari/membri prescelti (diversi da lui), nel caso dell'istituzione di un *protective trust* di diritto inglese o di uno *spendthrift trust* di diritto americano; oppure
- c) l'inaggredibilità di fatto della sua aspettativa di diritto a ottenere distribuzioni patrimoniali (subordinata alla discrezione del *trustee* o del comitato di fondazione), in qualità di beneficiario di un *discretionary trust* o di membro di una fondazione di famiglia (di mantenimento o meno) con membri individuati solo per categoria (o comunque privi di un diritto soggettivo a chiedere assegnazioni).

Con l'ulteriore beneficio che, nel caso di una fondazione di famiglia «*d'entretien*» del Liechtenstein, il fondatore può altresì revocare *ad nutum* lo strumento *de quo*.

Cosa si deve dire, allora, nell'ipotesi in cui il fondatore di turno si privi giuridicamente di tutti i suoi beni (o della maggior parte di essi), per conferirli in una fondazione di famiglia del Liechtenstein e renderli, *pro futuro*, sostanzialmente inaccessibili (scaduti i termini di prescrizione della revocatoria) ai suoi possibili creditori o a quelli dei membri della sua famiglia?¹¹⁹

Nel già citato caso inglese *Midland Bank v Wyatt*, di cui al Capitolo precedente, la corte competente ha invalidato il *trust*, qualificandolo in contrasto con la disciplina prevista dalla *section 423* dell'INSOLVENCY ACT 1986.

Ora, al di là del fatto che esistano (o meglio esistessero, tenuto conto della riforma del sistema di registrazione dei diritti immobiliari inglesi, finalizzata da ultimo con il LAND REGISTRATION ACT 2002¹²⁰) delle differenze sostanziali tra il regime pubblicitario dei diritti su beni immobili intestati a nome di un *trustee* in Inghilterra¹²¹ e quelli registrati a suo nome in Svizzera¹²², il principio di diritto che

¹¹⁹ Nel secondo caso, tenendo presente l'osservazione illustrata alla nota 107.

¹²⁰ Per una visione della quale si rimanda a C. HARPUM, S. BRIDGE, M. DIXON (EDS), *Megarry and Wade – The Law of Real Property*, 17th ed., Sweet & Maxwell, London 2008, *Chapter 7*, p. 146 ss.

¹²¹ Là dove una *declaration of trust* come quella in esame nel caso *Midland Bank v Wyatt* poteva, in passato, acquisire opponibilità ai terzi, anche in assenza di pubblicità, non sussistendo, nello specifico, l'obbligo, a carico del signor Wyatt, di registrare la variazione della titolarità dell'immobile da bene proprio a bene detenuto (in qualità di *trustee*) in *trust* per conto altrui.

¹²² Dove, al contrario, in un sistema pubblicitario immobiliare avente base costitutiva, perché il conferimento di un bene immobile in *trust* sia opponibile ai terzi, la qualità di *trustee* deve risultare dai registri fondiari, in conformità alla disciplina prevista dall'art. 12 CAT. Il quale stabilisce che “*Il trustee che desidera registrare beni mobili o immobili o i titoli relativi a tali beni, sarà abilitato a richiedere l'iscrizione nella sua qualità di trustee o in qualunque altro modo che riveli l'esistenza del trust, a meno che ciò sia vietato dalla legge dello Stato nella quale la registrazione deve aver luogo ovvero sia incompatibile con essa*”.

promana dalla sentenza *Midland Bank v Wyatt* può essere applicato, nei termini di cui *infra*, anche oltremanica.

In breve, si è visto che, nel contesto di un sistema giuridico che, essendo fondato sul *case law*, non contempla singole norme regolatrici di patrimoni destinati quale l'art. 335 cpv. 1 CCS, ma che ammette patrimoni separati ad ampio spettro d'impiego come i *trusts*, le corti inglesi, per garantire l'esistenza sostanziale nell'ordinamento del principio di responsabilità patrimoniale del debitore, hanno sancito tempo addietro la regola, che confermano ancor oggi, secondo la quale, se un *settlor* piega abusivamente un *trust* a obiettivi in frode ai suoi creditori (anche solo potenziali), tale *trust* dev'essere invalidato, sempre e comunque.

Detto questo, analogo ragionamento può essere applicato anche in un ordinamento come quello elvetico (anche se quest'ultimo non disciplina, in via diretta, patrimoni destinati di carattere generale come il *trust*), per fronteggiare strumenti come le fondazioni di famiglia istituite per mere finalità preventive di *asset protection*.

Nel caso di specie, tramite l'ausilio (nei termini *infra* descritti) di disposizioni quali l'art. 335 cpv. 1 CCS, da intendersi come norme di chiusura di sistema, necessarie per riaffermare, in via sussidiaria, l'esistenza del principio della responsabilità patrimoniale del debitore. Ciò, data l'insufficienza della revocazione a far fronte a tutti gli impieghi abusivi di patrimoni destinati come quelli appena richiamati e tenuto conto degli oggettivi mutamenti che hanno interessato il suddetto principio della responsabilità patrimoniale del debitore (come originariamente impostato).

In conclusione, qualora un cittadino svizzero dovesse conferire tutto il suo patrimonio in una fondazione di famiglia del Liechtenstein, per renderlo, in via preventiva, sostanzialmente inaccessibile ai suoi futuri creditori, la fondazione *de qua* (come invero, nella fattispecie, anche una fondazione di famiglia di diritto svizzero) dovrebbe essere sempre dichiarata invalida¹²³. Anche qualora fosse trascorso molto tempo dalla sua costituzione e si fossero prescritti i termini per la revocazione; perché è *in re ipsa* che il fondatore avrebbe inteso crearla per conseguire solo (o soprattutto) effetti indebiti di protezione patrimoniale, in violazione del principio della responsabilità patrimoniale del debitore. In caso contrario, qualora una fondazione di questo tipo dovesse essere ritenuta valida, non potremmo più dichiarare realmente esistente, nei fatti, tale principio.

6. CONCLUSIONI. LA NUOVA POTENZIALE *RATIO* DELL'ART. 335 CPV. 1 CCS

Oggi, i problemi della responsabilità patrimoniale del debitore sono presenti, sia pur in forma velata, anche in Svizzera¹²⁴.

¹²³ Con l'accortezza peraltro che, qualora dovesse emergere, nella circostanza, la prevalenza di elementi come la revocabilità, si dovrebbe dichiararne la nullità per simulazione. Simulazione, di cui si discute se costituisca indice anche il fatto che la fondazione sia stata creata in via fiduciaria (com'è possibile, nel caso della fondazione di famiglia del Liechtenstein, ai sensi dell'art. 552 § 4 paragrafo 3 PGR, mentre sarebbe vietato nel caso della fondazione di famiglia di diritto svizzero – cfr. RIEMER, *Berner Kommentar* (14), *ad art.* 80, n. 35). Laddove, nell'ipotesi in cui dovesse emergere la prevalenza di indici attestanti la volontà di costituire la fondazione per conferire in essa, in abuso del diritto a ricorrere a questo strumento giuridico, beni da porre al di fuori della portata dei creditori, si dovrebbe pronunciare una declaratoria di invalidità, sulla base di quanto esposto nel paragrafo successivo.

¹²⁴ Anche se, con riferimento alla fondazione del Liechtenstein, com'è stato rilevato, “*Uno dei motivi che fanno sì che litigi, che vedono come parte una fondazione del Liechtenstein, non giungono sino alle porte di Mon Repos a Lausanna risiede*

Di fronte a questi problemi, nei sistemi giuridici di *common law* si guarda alla sostanza; e in termini di sostanza si deve ragionare oggi, anche in Svizzera, nei confronti di patrimoni destinati quali le fondazioni di famiglia.

Perché, ai nostri giorni, un cittadino svizzero, debitamente consigliato, può facilmente costituire una fondazione di famiglia del Liechtenstein (così come una fondazione di famiglia di diritto svizzero), per realizzare obiettivi indebiti di protezione patrimoniale futura.

Quindi, l'art. 335 cpv. 1 CCS ha ancora senso di esistere, ma dev'essere adesso reinterpretato come strumento volto a proteggere un valore fondamentale per l'ordinamento elvetico, diverso e autonomo da quelli che tutelava quando è stato introdotto. Ovverosia, il principio della responsabilità patrimoniale del debitore. Limitando la facoltà del fondatore di dedicare beni a favore della famiglia alle sole spese di educazione, dotazione o assistenza dei suoi membri (o a un fine simile), il Tribunale federale ha, di fatto, impedito, fino a oggi, la costituzione di patrimoni destinati/separati di mantenimento che potessero rivelarsi in frode ai creditori.

In un'epoca in cui, anche a causa dell'ingresso nel sistema di patrimoni separati a carattere generale quale il *trust*, l'azione

*nell'evidente volontà da parte di chi amministra e gestisce la fondazione del Liechtenstein di evitare che l'autorità giudiziaria superiore di un paese estero abbia la possibilità di pronunciarsi sull'istituto della fondazione del Liechtenstein con il rischio che la stessa non venga riconosciuta. Dal punto di vista pratico un metodo per non giungere davanti all'autorità superiore risiede, da parte del consiglio di fondazione, nel transare con l'attore o gli attori, già davanti alle autorità di prima istanza, togliendo così supporto ad un'ulteriore esame da parte dei Tribunali di 2° grado con l'eco che una tale decisione potrebbe comportare" (cfr. TRENTINI, *Aspetti della fondazione di famiglia del diritto del Liechtenstein e la simulazione* (84), § 9.0.1, nota 49).*

revocatoria può dimostrarsi insufficiente ai fini della tutela dei diritti dei creditori.

Tuttavia, quanto impedito finora sembra attualmente ‘minacciato’, dall’apertura interpretativa di cui in premessa.

Nondimeno, sulla base di quanto qui illustrato, l’art. 335 cpv. 1 CCS può riassumere il ruolo di norma imperativa (di diritto interno), nonché di applicazione necessaria (ai sensi dell’art. 18 LDIP), utile per dichiarare:

- a) la nullità, per abuso di diritto ‘qualificato’, in forza degli artt. 2 CCS e 18 LDIP (nel rispetto di quanto stabilito dal Tribunale federale nella sentenza 128 III 201¹²⁵), di una fondazione di famiglia di mantenimento del Liechtenstein costituita dal fondatore per segregare in via preventiva il suo patrimonio da ogni rischio futuro; e
- b) la nullità, per abuso di diritto *ex art. 2 CCS*, di una fondazione di famiglia di diritto svizzero costituita per la medesima finalità.

In questo modo, risulta facile coordinare, in modo efficiente, la pregressa interpretazione restrittiva dell’art. 335 cpv. 1 CCS con quanto sancito nell’art. 154 cpv. 1 LDIP e nelle due sentenze del Tribunale federale, 117 II 494 e 135 III 614.

Oggigiorno, non sembra più avere molto senso declamare, sulla base delle *rationes* dell’art. 335 cpv. 2 CCS, un principio di diritto ai sensi del quale risulti che un cittadino svizzero non possa costituire una fondazione di famiglia che abbia come scopo quello di mettere a disposizione dei suoi familiari una casa di campagna, anche quando

¹²⁵ Cfr. nota 62.

detta casa debba servire da rifugio per tempi difficili¹²⁶. Perché, se la fondazione di famiglia è genuina, il comitato di fondazione può sempre decidere di disporre dell'immobile, per beneficiare i suddetti familiari, nei termini previsti dall'art. 335 cpv. 1 CCS.

Un principio di diritto come quello appena descritto acquisisce, però, un significato completamente diverso, qualora lo si guardi con la lente d'ingrandimento del principio della responsabilità patrimoniale del debitore. Perché, se la casa 'di campagna' costituisce, come nel caso *Midland v Wyatt*, il bene di maggior valore del fondatore, che costui intende rendere inaggredibile ai suoi futuri creditori, allora ha senso dichiarare nulla la fondazione *de qua*.

Il testo dell'art. 335 cpv. 1 CCS e la sua interpretazione restrittiva rappresentano, quindi, lo spartiacque per garantire oggi (in via sussidiaria) l'esistenza effettiva, in Svizzera, del principio della responsabilità patrimoniale del debitore; e per sancire la nullità, in violazione di tale principio, dell'utilizzo abusivo dello strumento giuridico 'fondazione di famiglia'.

¹²⁶ Cfr. ATF 108 II 393 (12).