

## Risvolti giusfamiliari

### Trust e autonomia negoziale nella famiglia (parte seconda) [1]

di Giacomo Oberto

Il vivace dibattito in corso sull'ammissibilità dei trusts "interni" e circa l'estensione da attribuire alla Convenzione de L'Aja del 1985 relativa alla legge applicabile al trust e al suo riconoscimento impone una riflessione sui risvolti giusfamiliari di quella normativa. In questa seconda parte lo studio prosegue nella disamina dei limiti imposti dalle norme imperative in materia di rapporti patrimoniali tra coniugi, approfondendo il tema dei rapporti fra trust, convenzione matrimoniale e regime patrimoniale, con speciale riguardo all'applicabilità all'atto costitutivo di un trust fra coniugi degli artt. da 160 a 166 c.c. Viene inoltre vagliata la possibile incidenza del trust sulla disciplina della comunione legale o convenzionale e si pone il trust a confronto con il fondo patrimoniale. Chiudono il lavoro alcune riflessioni sull'impiego del trust nelle situazioni di crisi coniugale e nell'ambito della famiglia di fatto.

#### **6. Trust e altri limiti all'autonomia negoziale dei coniugi in sede di stipula delle convenzioni matrimoniali (in particolare quelli di cui agli artt. 160 e 161 c.c.)**

Come si è anticipato nella prima parte del presente lavoro [2], l'autonomia negoziale dei coniugi in sede di stipula delle convenzioni matrimoniali incontra anche altri limiti, diversi dal divieto di costituzione di beni in dote. Per ciò che attiene, in particolare, al principio posto dall'art. 160 c.c., andrà ricordato che, nel campo degli effetti patrimoniali, la norma vale a rendere inderogabili i doveri di contribuzione ex art. 143, comma 3, c.c. [3] e di mantenimento dei figli, ex artt. 147, 148 c.c. [4]. D'altro canto non vi è dubbio che, nelle ipotesi e nei limiti in cui si ammetta la costituzione in Italia di un trust, quest'ultimo ben potrebbe essere impiegato per adempiere ai doveri testé citati. Nel caso di applicabilità del diritto italiano per effetto del disposto dell'art. 30, L. n. 218/1995, dovrebbero però ritenersi nulle tutte le clausole che dovessero eventualmente derogare ai criteri (di proporzionalità "in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale o casalingo") scolpiti negli articoli cui si è fatto riferimento. Si noti che la predetta sanzione colpirebbe non solo eventuali accordi *inter coniuges* - "convenzioni", nel senso sopra precisato [5] - in cui uno venisse a rivestire il ruolo di costituente e l'altro quello di *trustee*, bensì anche eventuali clausole del genere di quelle indicate, contenute in *trusts* "autodichiarati", posto che l'art. 160 c.c. non stabilisce che il divieto di deroghe ai diritti e ai doveri derivanti dal matrimonio sia necessariamente legato ad atti qualificabili alla stregua di "convenzioni".

Passando ora all'esame dell'art. 161 c.c. va ricordato che, secondo questa disposizione, "Gli sposi non possono pattuire in modo generico che i loro rapporti patrimoniali siano in tutto od in parte regolati da leggi alle quali non sono sottoposti o dagli usi, ma devono enunciare in modo concreto il contenuto dei patti con i quali intendono regolare questi loro rapporti". Rinviando anche qui alla trattazione più approfondita delle questioni ermeneutiche legate a tale articolo

[6], potrà ricordarsi, in primo luogo, che l'art. 161 c.c. vieta una mera *relatio* a norme straniere o consuetudinarie, ma non impedisce che le parti si limitino a tradurre dalla lingua straniera la regolamentazione di un certo istituto e ad inserirla tale e quale nelle loro pattuizioni [7].

D'altro canto il principio deve essere coordinato con il disposto dell'art. 30, legge 31 maggio 1995, n. 218: ne consegue che, in presenza di uno o più degli elementi di estraneità di cui alla citata norma, la possibilità ivi concessa di concludere un *pactum de lege utenda* verrà a consentire ai coniugi di effettuare nelle convenzioni matrimoniali richiami, eventualmente anche solo *per relationem*, al sistema di un paese straniero, con la naturale conseguenza che l'art. 161 c.c. trova oggi applicazione solo quando i rapporti patrimoniali tra coniugi sono sottoposti alla legge italiana [8]. La constatazione sembra così confortare ulteriormente la conclusione secondo cui il rinvio ad una legge straniera che conosce i *trusts* è ammissibile solo in presenza di un oggettivo elemento di estraneità. In ogni caso andrà aggiunto che, anche volendo ammettere in generale la possibilità di costituire *trusts* "interni", nella specifica ipotesi di costituzione tra coniugi cittadini italiani, ovvero nel caso in cui comunque le regole di conflitto dovessero "puntare" verso la legge italiana, occorrerebbe (per evitare di incorrere negli strali dell'art. 161 c.c., norma inderogabile, come si è visto, laddove tra coniugi non sia presente un elemento di estraneità ai sensi e per gli effetti dell'art. 30, L. n. 218/1995, cit.) quanto meno riportare per esteso nell'atto costitutivo del *trust* le disposizioni della legge straniera richiamata. Tale requisito formale andrebbe peraltro osservato nelle sole ipotesi di *trusts* che vedessero quale costituente uno dei coniugi e quale *trustee* l'altro, dal momento che l'art. 161 c.c. colpisce solo atti qualificabili alla stregua di "pattuizioni", mentre non sembrerebbe riferibile ai *trusts* "autodichiarati" (e neppure a quelli in cui il ruolo di *settlor* o quello di *trustee* è assunto da un terzo, posto il riferimento dell'art. cit. a pattuizioni con cui i coniugi definiscono i "loro rapporti", ciò che induce a ritenere che tali rapporti siano, per l'appunto, solo quelli reciproci).

## **7. Sui rapporti fra *trust*, convenzione matrimoniale e regime patrimoniale (in particolare sull'applicabilità all'atto costitutivo di un *trust* fra coniugi degli artt. da 162 a 166 c.c.)**

Il tema affrontato nella seconda parte del paragrafo precedente ci introduce alla trattazione di una questione assai più spinosa. Visto che tra le norme inderogabili poste nel campo dei rapporti tra coniugi compare anche l'art. 162 c.c., v'è da chiedersi se pure tale disposizione - sempre in forza del rinvio di cui all'art. 15, lett. b), della Convenzione de L'Aja - trovi applicazione agli atti costitutivi dei *trusts* posti in essere tra soggetti uniti in matrimonio al fine di regolamentare i propri rapporti patrimoniali. Ma l'art. 162 c.c. disciplina le "convenzioni matrimoniali", ciò che pone l'interrogativo se per avventura in tale categoria non rientrino anche gli atti cui si è appena fatto cenno. E' chiaro, altresì, che un'eventuale risposta positiva determinerebbe come necessaria conseguenza l'applicazione pure degli artt. da 163 a 166 c.c. Senza rievocare in questa sede la complessa questione della definizione del concetto di convenzione matrimoniale [9], si potrà cominciare con l'escludere ogni possibilità di ravvisare gli estremi di tale figura nei *trusts* costituiti nel corso (o anche solo in vista) di una crisi coniugale, ben potendosi estendere, *in subiecta materia*, il *rationale* posto a base di una giurisprudenza e di una dottrina assolutamente consolidate, secondo cui le intese raggiunte in quel contesto non richiedono il rispetto della forma solenne [10]. Per le ragioni, poi esaminate alla fine del paragrafo precedente, non potrà parlarsi di "convenzione", tanto meno di

"convenzione matrimoniale" nelle ipotesi di *trusts* "autodichiarati". Il discorso che verrà qui affrontato concerne dunque i soli casi di *trusts* che vedano quale costituente uno dei coniugi - o un terzo [11] - e quale trustee l'altro, al di fuori di una situazione di crisi coniugale.

Al riguardo, basterà ricordare le conclusioni altrove raggiunte, secondo cui l'impostazione - per così dire, "largheggiante" - consentita dalla formulazione dell'art. 159 c.c. 1942 ("I rapporti patrimoniali tra coniugi sono regolati dalle convenzioni delle parti e dalla legge"), che induceva la dottrina a qualificare alla stregua di convenzione matrimoniale ogni accordo contenuto in un contratto di matrimonio, in connessione diretta con la relativa situazione patrimoniale, e non altrimenti disciplinato dalla legge [12], non può oggi trovare più accoglimento. Alla luce, invero, di un dettato normativo (cfr. la versione attuale dell'art. 159 c.c., così come modificato dalla riforma del 1975) secondo il quale "Il regime patrimoniale legale della famiglia, in mancanza di diversa convenzione stipulata a norma dell'art. 162, è costituito dalla comunione dei beni regolata dalla sezione III del presente capo", sembra risultare chiaro che oggi il termine "convenzione matrimoniale" esprime solo quell'atto che si pone quale fonte di un regime diverso da quello legale [13].

Certo, è vero che lo stretto legame esistente tra le figure della convenzione matrimoniale, da un lato, e dei regimi patrimoniali "eccezionali", dall'altro, non va esente da contraddizioni e perplessità. Se infatti è innegabile che la separazione dei beni trovi la sua origine in una apposita convenzione, va constatato che l'art. 228, comma 1, legge 19 maggio 1975, n. 151, ha consentito - pur se in via transitoria - la nascita di tale regime in forza non già di una convenzione, bensì di un atto unilaterale. Discorso per certi versi analogo va compiuto in relazione al fondo patrimoniale, che può costituirsi anche per testamento e che rappresenta anche per altre ragioni un regime, per così dire, anomalo, non riguardando categorie generali ed astratte di beni, bensì beni determinati e potendo il medesimo coesistere tanto con il regime comunitario che con quello separatista. D'altro canto (e per converso), si discute sul carattere autonomo del regime costituito in forza di convenzione di comunione ex art. 210 ss. c.c., che secondo alcuni sarebbe una semplice variante del regime di comunione legale [14]. Per concludere questa rapida carrellata delle ipotesi in contrasto con l'affermazione di fondo che lega il concetto di convenzione matrimoniale ai regimi patrimoniali "eccezionali", andrà osservato come lo stesso regime legale possa trovare applicazione anche in forza di convenzione, allorquando una coppia decida di abbandonare il regime di separazione anteriormente prescelto.

Con le precisazioni e le limitazioni testé apportate e in considerazione dell'interpretazione restrittiva del concetto di convenzione matrimoniale sopra indicata, è oggi certa la risposta negativa al quesito circa la riconducibilità a tale categoria delle donazioni obnuziali, così come di tutti quegli atti che, sebbene obnuziali, cioè compiuti in contemplazione causale di un determinato matrimonio (come potrebbero essere mandati o contratti sociali), non abbiano per oggetto la scelta di un regime patrimoniale della famiglia, limitandosi ad operare trasferimenti di diritti su uno o più beni [15]. Lo stesso deve valere per quegli atti con cui i coniugi decidono di immettere nella - o di estromettere dalla - comunione legale singoli beni determinati [16], cui va pertanto negata la natura di convenzione matrimoniale.

Il problema diviene dunque quello di sapere se e in che misura un *trust* possa venire a costituire un vero e proprio regime patrimoniale della famiglia. Sotto il profilo dell'an la risposta positiva sembra doversi dare laddove si ponga mente al fatto che, per dottrina prevalente, la libertà negoziale dei coniugi può spingersi a creare regimi patrimoniali atipici. E' invero evidente che l'art. 159 c.c., ponendo - come già più volte ricordato - uno stretto rapporto tra convenzioni matrimoniali e regimi patrimoniali della famiglia, non stabilisce in

alcun modo che le convenzioni debbano essere solo quelle regolate dalla legge. La possibilità di liberamente conformare il contenuto di queste ultime discende inoltre dal fondamentale principio scolpito nell'art. 1322 c.c., applicabile anche alla materia in esame per effetto del già illustrato carattere contrattuale delle convenzioni e, più in generale, dell'appartenenza della materia in esame al campo del diritto privato [17], in cui il principio della autonomia negoziale rappresenta la regola e non già l'eccezione. Ed anzi, proprio il fatto che il legislatore sia intervenuto, nel campo delle convenzioni, dichiarando di volta in volta nullo questo o quel patto (si pensi per esempio al divieto ex art. 166 *bis* c.c.) consente di desumere *a contrariis* la regola della generale libertà, quanto al contenuto, delle medesime [18]. Le conclusioni di cui sopra sembrano ricevere del resto conferma anche sul piano di un'indagine estesa ai principi costituzionali, laddove il richiamo all'art. 1322 c.c. trova il proprio riconoscimento nel fondamentale principio di cui all'art. 29 Cost. [19] e sono sicuramente confortate dall'indagine storica [20], così come da quella comparatistica [21].

Ora, se è vero che per regime patrimoniale deve intendersi non solo l'insieme delle regole che precostituiscono la sorte di una serie *indeterminata* d'acquisti (determinabili unicamente *ex post*), compiuti dai coniugi, bensì anche l'insieme di quelle regole che precostituiscono (e qui il fondo patrimoniale docet) l'eventuale separazione patrimoniale di una certa massa *determinata* di beni apportati *ad onera matrimonii ferenda*, oltre che le regole per la loro amministrazione ed alienazione, si può agevolmente comprendere come anche il *trust*, ancorché avente ad oggetto una massa determinata di beni, possa ricadere in tale categoria. In conclusione sul punto dovrà dunque dirsi che, nell'ipotesi appena delineata (di "segregazione", cioè, di beni di uno o dell'altro dei coniugi, destinati a sostenere gli oneri del matrimonio e ad essere amministrati dal *trustee* e secondo regole predeterminate dal *settlor* nell'interesse della famiglia), l'atto costitutivo del *trust* andrà considerato alla stregua di una convenzione matrimoniale, con tutto ciò che ne consegue in tema di forma, pubblicità, simulazione, capacità e quant'altro disposto dagli artt. da 162 a 166 c.c. (il tutto, ovviamente, sul presupposto che si ritengano ammissibili *trusts* "interni", poiché altrimenti il quesito non avrebbe neppure ragione di porsi, se non nel caso di presenza di un obiettivo elemento di estraneità; inoltre, la conclusione di cui sopra è da rapportarsi sempre al disposto dell'art. 30, L. n. 218/1995, per cui deve essere riferita a coniugi entrambi cittadini italiani, o comunque al caso in cui la legge individuata dalle norme di conflitto sia quella italiana).

Se, invece, scopo del *trust* fosse solo quello di procurare all'altro coniuge la semplice "intestazione" in proprietà di un determinato bene, "rimarremmo fuori dell'ambito di afferenza delle convenzioni matrimoniali per approdare a quello delle attribuzioni liberali tra coniugi" [22].

## **8. Trust e limiti all'autonomia negoziale dei coniugi in regime di comunione legale o convenzionale**

Venendo ora a trattare brevemente della possibile incidenza di un eventuale *trust* "interno" (e comunque nel caso di un *trust* costituito in presenza di un obiettivo elemento di estraneità) delle disposizioni inderogabili in tema di regime patrimoniale legale (e sempre, ovviamente, allorché si tratti di coniugi entrambi cittadini italiani, o comunque quando la legge individuata dalle norme di conflitto sia quella italiana), andrà subito ricordato che l'atto costitutivo di *trust* va annoverato tra quelli di straordinaria amministrazione, con conseguente necessità del consenso di entrambi i coniugi, ex art. 180 c.c. Ne consegue che, qualora la "segregazione" patrimoniale attuata da uno solo dei coniugi - nella veste di *settlor* - senza il

consenso dell'altro dovesse venire a colpire uno o più dei beni di cui all'art. 177, lett. a) e b), nonché cpv., c.c., ovvero anche la sola quota del coniuge disponente [23], il coniuge pretermesso avrebbe a sua disposizione i rimedi di cui all'art. 184 c.c. [24].

Più complesso è invece il tema dell'ammissibilità di un'operazione diretta a "segregare" beni della comunione legale per effetto di un atto posto in essere da entrambi i coniugi, nella veste di costituenti. Dubbi potrebbero prospettarsi al riguardo, in considerazione della tesi che contesta la possibilità di estromettere singoli beni dalla comunione, durante la vigenza di quest'ultima. L'argomento appare, come noto, strettamente connesso alla *vexata quaestio* dell'ammissibilità di un rifiuto preventivo del coacquisto ex lege previsto dall'art. 177 lett. a), d) e cpv., controversia rinfocolata da una recente decisione di legittimità che, andando di contrario avviso rispetto ad un precedente del 1989, si è spinta ad affermare che, *manente comunione*, "il coniuge non può rinunciare alla comproprietà di singoli beni acquistati durante il matrimonio (e non appartenenti alle categorie elencate nell'art. 179, comma 1, c.c.) salvo che sia previamente o contestualmente mutato, nelle debite forme di legge e nel suo complesso, il regime patrimoniale della famiglia" [25]. Rinviando ad altra sede la critica di tale opinabilissima conclusione [26], basterà dire che, qualora essa dovesse venire trasposta alla materia qui in esame, dovrebbe ritenersi inibito - sempre, ovviamente, nell'ottica, da chi scrive non condivisa, della Cassazione - ai coniugi in comunione (eventualmente anche in presenza di un obiettivo elemento di estraneità) di costituire entrambi un *trust* su beni comuni ex art. 177, lett. a) e d), nonché cpv., c.c., nominando *trustee* uno solo di essi, posto che, in tal modo, questi beni verrebbero di fatto estromessi dalla comunione.

Diversa, ancorché legata alla precedente, appare la questione dei rapporti con l'art. 210 c.c. In proposito non vi è dubbio che - ferma restando, ad avviso dello scrivente, la possibilità di estromettere in tutto o in parte beni della comunione, una volta che questi siano stati acquisiti - l'atto costitutivo di *trust* su beni da acquistarsi [27] e che, una volta acquistati da uno dei coniugi, formerebbero comunque oggetto della comunione legale, non potrebbe determinare una violazione della regola della parità delle quote e dei principi in tema di amministrazione. Ne consegue che sarebbe nullo un atto costitutivo di *trust* su beni destinati a cadere in comunione legale in cui i coniugi, nella veste di *settlers*, istituissero *trustee* (o beneficiario) uno solo di essi, ovvero essi stessi, ma in quote diverse da quelle paritarie. Lo stesso è a dirsi per ciò che attiene al conferimento di poteri di amministrazione ad uno solo dei coniugi.

Per quanto riguarda invece i beni della comunione convenzionale non interessati dal limite posto dall'art. 210 c.c. (si pensi a quelli, per esempio, di cui all'art. 179, lett. a), c.c.) si è paventata la possibilità di una violazione dell'art. 166- *bis* c.c. per la convenzione che, "ampliando l'oggetto della comunione convenzionale, attribuisca, in relazione a beni diversi da quelli che avrebbero formato oggetto di comunione legale, il potere di amministrazione al coniuge che non sia il proprietario del bene conferito nella comunione convenzionale" [28]. In proposito sarà però il caso di rilevare che, qualora si supponga che la convenzione sia del tipo "ampliativo", ciò significa che il coniuge (eventualmente) unico amministratore è contitolare della proprietà sui beni che amministra. L'ipotesi è dunque diversa da quella "paradigmatica" della dote che, come si è visto [29], è caratterizzata da un completo "scollamento" tra titolarità del diritto reale e potere di amministrazione sui relativi beni. Ne consegue che, ad avviso dello scrivente, per coloro che ammettono la possibilità di costituire *trusts* "interni" e comunque per i *trusts* creati in situazioni caratterizzate dalla obiettiva presenza di un elemento di estraneità, i coniugi in regime di comunione convenzionale potranno senz'altro "segregare" beni che non avrebbero fatto parte della comunione legale, prevedendo quale *trustee* e/o beneficiario uno

solo di essi (oltre che, ovviamente, terzi familiari e/o estranei), senza curarsi in modo alcuno né delle regole circa la parità delle quote, né di quelle in tema di amministrazione della comunione legale.

## 9. *Trust* e fondo patrimoniale

Nell'ambito delle questioni legate ai rapporti tra *trust* e famiglia, è proprio il tema del fondo patrimoniale ad aver richiamato la maggior attenzione da parte degli studiosi del settore [30]: un bel risultato per un "ramo secco" del nostro ordinamento [31], che, nelle sue applicazioni pratiche, ha dimostrato di saper produrre sino ad ora solo frutti "perversi" [32], al punto da indurre taluno ad affermare che tale istituto sarebbe ormai destinato ad essere del tutto soppiantato dal *trust* [33]. La principale ragione per cui siffatto accostamento del *trust* al fondo patrimoniale forma argomento di ampia trattazione in dottrina è costituita, a parte talune analogie tra i due fenomeni [34], dal dato di fondo che accomuna questi ultimi sotto il profilo della separazione patrimoniale dei beni che ad entrambi necessariamente, anche se in forme e con "gradazioni" diverse, consegue [35], al punto da spingere parte della dottrina a ravvisare nell'istituto del fondo patrimoniale un vero e proprio *trust* "amorfo" (del genere cioè di quelli riconducibili all'ampia previsione di cui all'art. 2 della Convenzione de L'Aja) previsto dal nostro ordinamento [36].

Peraltro la dottrina ha anche posto in luce i fondamentali punti di distinzione, evidenziando la maggiore duttilità, oltre che la più vasta sfera di operatività, del *trust* [37]. Effettivamente, dal punto di vista oggettivo, va sottolineato che quest'ultimo non conosce limitazione quanto ai beni oggetto dei diritti su cui la "segregazione" patrimoniale è destinata ad incidere, laddove l'art. 167 c.c. circoscrive ai beni immobili, mobili registrati e ai titoli di credito i possibili oggetti del fondo patrimoniale. D'altro canto, dal punto di vista soggettivo, la "famiglia" in relazione alla quale il fondo può costituirsi è solo quella legittima, così escludendosi non solo la famiglia di fatto [38], bensì anche altre situazioni *lato sensu* analoghe, in cui sarebbe utile che esistesse la possibilità di destinare beni *ad onera* (verrebbe da dire: *vitae...*) *ferenda*. Così si è portato il caso [39] della persona vedova o nubile, del figlio naturale (e, eventualmente, della relativa madre) di un soggetto coniugato, di un fratello, ecc. Nell'ambito della stessa famiglia legittima, poi, il *trust* può essere "mirato" in relazione alle esigenze di uno o più dei suoi componenti (si pensi a soggetti posti in particolare situazione di debolezza, quali, ad es. figli incapaci [40]), laddove gli artt. 167, 168 e 170 c.c., con il loro generico riferimento ai "bisogni della famiglia", non consentono di discriminare tra i membri di quest'ultima.

A differenza del *trust*, poi, il fondo patrimoniale non prevede beneficiari in senso tecnico; e pertanto i soggetti in favore dei quali è stato istituito il fondo, ad esempio i figli, non hanno poteri di controllo sulla gestione dei beni, né sono legittimati ad agire nei confronti dei genitori che destinino i frutti a finalità non coincidenti con i bisogni della famiglia. Infine, nel fondo patrimoniale, non è previsto che al momento della sua cessazione i beni debbano essere devoluti ad alcuno dei componenti la famiglia, in particolare ai figli, per cui la tutela della famiglia non appare così perseguita col massimo risultato. Un rimprovero analogo, centrato cioè sul minor grado di protezione della famiglia rispetto al *trust*, va pure mosso al fondo patrimoniale per l'inesistenza di norme che prevedano un obbligo di reimpiego e per la mancanza di un meccanismo surrogatorio, oltre che per la più limitata (rispetto al *trust*) esecutività dei beni e dei frutti.

Per ciò che riguarda il profilo dell'amministrazione si presentano come punti di debolezza del fondo patrimoniale rispetto al *trust* la discrezionalità consentita ai coniugi nelle decisioni

riguardanti l'amministrazione e la disposizione dei beni del fondo [41], laddove l'esistenza di un *trust* non consentirebbe la facile alienazione dei beni che lo compongono, producendo altresì l'effetto di disincentivare la costituzione di fondi patrimoniali simulati o abusivi. Di contro, non va però dimenticato che, secondo l'opinione prevalente, l'art. 168 c.c., con il rinvio alle norme in tema di comunione legale, viene a porre come inderogabile - per gli atti di cui all'art. 180 cpv. c.c. - il principio di amministrazione congiuntiva [42], laddove il *trust* ben potrebbe essere congegnato in modo da affidare ad un solo coniuge l'amministrazione dei beni. Non sembra poi rispondere a verità - per ciò che attiene alla conformazione del negozio costitutivo - l'affermazione secondo cui solo nel caso del *trust* potrebbero inserirsi condizioni sospensive o risolutive [43], dal momento che siffatta conclusione deve ammettersi anche in relazione ad ogni convenzione matrimoniale [44]. Parimenti non rispondente al vero risulta l'affermazione secondo cui solo la costituzione del fondo patrimoniale richiederebbe il rispetto delle formalità rigorose previste dall'art. 162 c.c. [45], dal momento che, come si è già avuto modo di vedere [46], la norma in oggetto, nella sua qualità di principio inderogabile relativo ai rapporti patrimoniali tra coniugi, deve trovare necessariamente applicazione tra coniugi italiani e comunque allorquando la legge italiana sia designata dalle norme italiane di conflitto. E' invece certamente vero che il fondo patrimoniale presenta aspetti negativi, rispetto al *trust*, in considerazione dell'eventualità che la coppia venga a trovarsi in una situazione di crisi. In proposito andrà notato che, sebbene la costituzione di un fondo patrimoniale in sede di separazione personale dei coniugi appaia senz'altro ammissibile [47], ragioni di opportunità potrebbero sconsigliarla, atteso che l'amministrazione spetterebbe comunque ad entrambi e ciò mal si concilia con la situazione di conflitto coniugale. Per il resto, atteso che, ai sensi dell'art. 171 c.c. "la destinazione del fondo termina a seguito di annullamento scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio", vi è il rischio che in tali situazioni si vengano a disattendere le legittime aspettative dei beneficiari, ad esempio la prole, a maggior ragione se trattasi di minori.

### **10. Trust e crisi coniugale**

Le considerazioni di chiusura del paragrafo precedente introducono l'argomento dei rapporti tra *trust* e crisi coniugale. In proposito è lo stesso *rapport explicatif* della Convenzione de L'Aja a chiarire che "...il semble qu'un *trust* volontairement constitué par un époux divorcé afin de réaliser l'obligation qui lui est imposée de transférer certains biens à son épouse et à ses enfants tomberait sous le coup de la Convention. On peut également considérer comme volontaire un *trust* constitué par exemple en vue de remplir une obligation alimentaire qui est ensuite homologuée par un tribunal" [48].

Nella dottrina e nella pratica italiane non sono mancate indicazioni in questo senso. Così, per esempio, si è affermato che il *trust* potrebbe costituire uno strumento di estrema importanza allo scopo di intervenire efficacemente nella genesi della crisi della coppia, e quindi, nel momento antecedente l'inizio del procedimento di separazione o divorzio o in un secondo momento, successivo alla conclusione di questi procedimenti, una volta che la volontà delle parti (in sede consensuale) o la determinazione del giudice (in sede contenziosa) abbiano imposto un contributo di mantenimento o un assegno a carico di un coniuge [49]. Al riguardo, l'effetto "segregativo" proprio del *trust* consentirebbe di opporre il vincolo ai creditori del disponente, così garantendo il pagamento delle prestazioni periodiche in favore del coniuge e/o alla prole anche di contro a possibili azioni esecutive di terzi (fatte salve, ovviamente, possibili domande revocatorie). A ciò s'aggiunga che il trasferimento del bene al *trustee*, quando si tratti di immobile, titoli azionari o altri beni soggetti forme di pubblicità, comporta formalità che da sole impediscono atti di disposizione illegittimi: chiunque sia il *trustee* (il coniuge

obbligato o un terzo) saranno così prevenuti atti di disposizione in danno degli interessi che il *trust* protegge [50].

Ove si dovesse ammettere il *trust* "interno" e, in ogni caso, per il *trust* creato in situazioni caratterizzate dalla obiettiva presenza di un elemento di estraneità, questo potrebbe essere costituito nello stesso negozio di separazione consensuale, di separazione di fatto, o di divorzio su domanda congiunta: le parti verrebbero così a porre in essere lo strumento attraverso il quale determinare le modalità di adempimento degli obblighi ex artt. 155, 156 e 5 l.div. D'altro canto e sempre, ovviamente, sulla base di un accordo *inter partes*, un *trust* potrebbe rappresentare il mezzo per garantire l'esecuzione di obblighi di mantenimento e di assegni già determinati, precedentemente, dalle parti stesse (in sede, per l'appunto, di separazione consensuale omologata, di separazione di fatto, ovvero di divorzio su domanda congiunta, ovvero ancora in sede di crisi coniugale contenziosa). Per questa specifica ipotesi andrà tenuto presente che, secondo l'opinione ormai prevalente in dottrina e giurisprudenza [51], le condizioni della separazione e del divorzio ben possono essere mutate dai coniugi senza dover ricorrere ad alcun tipo particolare di procedura giudiziale.

Si è poi anche rimarcato che "l'istituzione di un *trust* avrebbe una valenza estremamente garantista relativamente ai diritti alimentari o di mantenimento vantati da coniuge e prole, in quanto consentirebbe di isolare le risorse del coniuge obbligato al mantenimento, o agli alimenti, affinché non possano essere distolte dall'adempimento di queste obbligazioni". Il primo positivo effetto sarebbe infatti quello di evitare qualsiasi conflitto fra i creditori del coniuge obbligato e i creditori della prestazione alimentare, posto che questi ultimi sarebbero pienamente garantiti [52].

Ora, se non vi è dubbio che - come si del resto già visto poco sopra - ciò risponde a verità, va immediatamente aggiunto che altrettanto condivisibile non appare l'affermazione secondo la quale l'ordinamento civilistico italiano non offrirebbe alternative al *trust* per il raggiungimento di siffatta finalità di garanzia del coniuge separato. A parte, invero, il complesso sistema di garanzie apprestato dall'ordinamento per l'adempimento degli obblighi derivanti dalla separazione o dal divorzio [53], nulla esclude che, in considerazione del carattere negoziale (e, per ciò che attiene agli accordi di carattere patrimoniale, contrattuale), delle intese in discorso, possano trovare applicazione le garanzie e gli strumenti di induzione all'adempimento previsti in generale dal codice: dalla fideiussione, all'ipoteca volontaria (si pensi alle intese concluse nell'ambito di una separazione di fatto, ove l'art. 2818 c.c. non può, evidentemente, trovare applicazione), alla clausola penale, alla caparra confirmatoria [54].

Così pure, se è vero che i *trusts* sono dotati di una maggiore "flessibilità" rispetto alle strutture civilistiche, non è vero che lo strumento contrattuale della tradizione romanistica, applicato ai contratti della crisi coniugale, non consenta disposizioni a termine, o sotto condizione, ovvero non permetta (per lo meno *inter vivos*) la successiva indicazione di più beneficiari [55]. In definitiva, l'unico vero vantaggio offerto dal *trust* sembra essere quello di evitare "l'interferenza indebita degli interessati e le spiacevoli situazioni, anche psicologiche e morali, che spesso vengono a crearsi" [56]: un vantaggio che, peraltro, le parti pagherebbero assai caro, posto che appare assai difficile reperire un trustee disposto a prestare *gratis et amore dei* la propria attività, specie in siffatte situazioni, normalmente, dal punto di vista dei rapporti umani, assai poco gradevoli.

Sempre in relazione alla crisi coniugale si è poi ipotizzato [57] un caso pratico relativo ad una disposizione volta a consentire ad un figlio, maggiorenne ma non autosufficiente e convivente con la madre, di proseguire gli studi dopo il conseguimento del diploma di maturità, in una situazione in cui, avvenuta l'adozione dei provvedimenti provvisori da parte del presidente del



tribunale investito del giudizio di separazione o divorzio e disposta la prosecuzione della causa avanti il giudice istruttore, la moglie pretenda di veder riconosciuto per sé e per il figlio un assegno di mantenimento più consistente. Qui il marito potrebbe essere disposto ad accedere alle richieste relative al figlio, pur non essendo incline a concedere per questo alla moglie un assegno più sostanzioso.

In siffatta situazione si è prospettata l'istituzione di un *trust* autodichiarato [58] da parte del marito, con previsione, in caso di sopravvenuta impossibilità in capo al *trustee* (cioè il marito stesso) di una sostituzione di quest'ultimo, magari individuandosi l'eventuale sostituto nella persona di un professionista, ovvero del legale fiduciario che lo assiste nella causa di separazione o divorzio. Il beneficiario, in questo caso identificato fin dal momento dell'istituzione del *trust* nella persona del figlio, sarebbe il destinatario immediato delle utilità e dei valori prodotti dalle somme "segregate" in *trust*, e sarebbe beneficiario nei limiti prefissati nell'atto istitutivo. Egli diverrebbe così titolare di un diritto di natura personale e che gli consentirebbe di agire nel caso in cui il *trustee* non ottemperasse alle prescrizioni contenute nell'atto istitutivo; egli potrebbe anche richiedere all'autorità giudiziaria la revoca del *trustee* inadempiente.

Il termine di durata proposto, sempre nella ipotesi pratica prospettata [59], coinciderebbe nella specie con quello consono alla durata del corso di studi universitari già prescelto dal figlio, con la possibile estensione ad uno o due anni in più, per andare incontro alle eventuali difficoltà o ritardi che il ragazzo dovesse accusare. Allo spirare del termine o al raggiungimento dello scopo (conseguimento della laurea) il *trust* dovrebbe trovare la sua fine fisiologica, fatta salva la possibilità di inserire nell'atto istitutivo una clausola di ultrattività del *trust*, nel limite del patrimonio conferito, per soddisfare le esigenze di frequentazione di scuole di specializzazione, di corsi avanzati, *master* o quant'altro. Nel caso il *trust* dovesse essere istituito nelle more fra il conseguimento del diploma di scuola superiore e l'iscrizione ad un corso universitario, si è altresì proposto di sottoporre il *trust* a condizione sospensiva, tale per cui, qualora il figlio dovesse mutare orientamento e non iscriversi all'università, il *trust* non esplicherebbe alcuna efficacia.

Parimenti, si è proposto [60] l'inserimento di una clausola risolutiva per le seguenti evenienze:

- il figlio interrompe il ciclo di studi;
- il figlio consegue anzitempo al completamento degli studi l'indipendenza economica (ad esempio trova un lavoro);
- il figlio o la ex moglie, convengono il marito in giudizio per ottenere la modifica delle condizioni della separazione o del divorzio ovvero, maturato il termine per la proposizione della domanda di divorzio, avanzano nuove pretese che costringono all'apertura di un nuovo contenzioso.

Con riferimento a tale ultima specifica previsione andrà però subito detto che questa potrebbe essere ritenuta inconciliabile con la consolidata giurisprudenza di legittimità che, come noto, non consente la conclusione di intese preventive in vista del divorzio, in considerazione di un supposto "commercio dello *status* di coniuge" [61].

Sempre secondo la proposta citata [62], accanto al beneficiario diretto delle somme "segregate" in *trust* (il figlio), potrebbe esservi la figura di un beneficiario finale che, nel nostro caso, potrebbe essere ancora il figlio, nel caso in cui il padre desiderasse premiarlo e lasciargli definitivamente l'eventuale patrimonio residuo al conseguimento dello scopo del *trust*; oppure, potrebbe essere il disponente stesso, che in tal modo rientrerebbe nella piena disponibilità del proprio patrimonio.

Per concludere sul punto andrà ancora aggiunto che, sotto il profilo fiscale, non vi è dubbio che le attribuzioni patrimoniali del genere di quelle illustrate nell'ambito del presente paragrafo - a prescindere dalle questioni circa l'applicabilità o meno degli atti istitutivi di *trusts* dell'imposta di registro a tassa fissa [63] - ricadrebbero comunque, ove "relative" ad un procedimento di separazione o divorzio [64], sotto il disposto dell'art. 19 l. div., esteso, come noto dalla Corte costituzionale alla separazione legale [65].

## 11. *Trust* e famiglia di fatto

Non è raro rinvenire nella letteratura favorevole alla ammissibilità di *trusts* "interni" specifiche applicazioni di tali fenomeni alla convivenza *more uxorio*. Così si è ipotizzato il caso dell'uomo che intenda provvedere alla propria compagna non abbiente, senza tuttavia fare danno alla propria famiglia legittima e, al tempo stesso, commisurando le elargizioni alle effettive necessità della convivente: il ricorso al *trust* sarebbe qui consigliato di fronte alla constatazione secondo cui nessun negozio conosciuto nel nostro ordinamento sarebbe in grado di assicurare tali finalità [66]. La conclusione non sembra però pienamente condivisibile: invero, ogni attribuzione effettuata (direttamente come indirettamente) alla convivente andrà a diminuire il patrimonio del disponente, così riducendo le "aspettative" (di fatto) dei futuri eredi legittimi e dunque "facendo danno alla famiglia legittima"; d'altro canto, anche la finalità di "commisurare le elargizioni alle effettive necessità della compagna", ben può essere soddisfatta mercé la stipula di un contratto di mantenimento, in cui si abbia l'accortezza di predeterminare il *quantum* delle prestazioni in relazione ai redditi e ai patrimoni delle parti [67].

Taluno ha poi anche prospettato un complesso caso pratico di *trust* finalizzato ad eseguire l'obbligazione naturale gravante su un convivente dotato di un patrimonio assai più consistente di quello della propria compagna [68]. Nella specie il ricorso al *trust* è però stato erroneamente presentato come l'unico rimedio in grado di superare l'ostacolo posto dall'incoercibilità delle obbligazioni naturali, laddove è chiaro che, da un lato, la creazione di un *trust* non è certo coercibile, se il soggetto che dovrebbe assumere la veste di settlor non intende dar luogo a tale attribuzione, e, dall'altro, una volta che il convivente "forte" intende adempiere, questi ben può obbligarsi mercé la stipula di un contratto di convivenza nei modi e nelle forme in altra sede descritti [69].

Ancora, si è proposto di "abbinare" la creazione di un *trust* a contratti quali l'assicurazione sulla vita o il deposito bancario: la designazione di un fiduciario quale beneficiario della polizza sulla vita, infatti, garantirebbe il settlor che l'arricchimento del beneficiario avvenga attraverso la corresponsione di utili prodotti in forza di un'oculata amministrazione delle somme dovute dall'assicuratore [70]. Peraltro, ad avviso di chi scrive, sembra difficile comprendere per quale ragione, supponendo che il beneficiario sia persona maggiorenne e capace di amministrarsi, non sia più idoneo, per il conseguimento degli scopi perseguiti dal disponente, oltre che meno oneroso, prevedere l'attribuzione della prestazione direttamente in capo al convivente superstite.

D'altro canto, sempre secondo lo studio appena citato, l'intestazione di un deposito bancario ad un *bare trustee*, a beneficio prima del disponente e poi del *partner* superstite di questi, risolverebbe i problemi relativi al residuo non prelevato in vita, di cui il titolare dovrebbe disporre per testamento (nel caso di cointestazione di conto bancario congiunto semplice con il *partner*, nel quale gli intestatari possono ritirare l'intera somma congiuntamente e, disgiuntamente, solo una porzione pari alla propria quota), eliminando altresì i rischi di un

prelevamento totale da parte del *partner* (nel caso di conto congiunto solidale) [71]. A ben vedere, però, sembra quanto mai inopportuno affidare ad un soggetto estraneo l'amministrazione di un conto corrente che, verosimilmente, dovrebbe servire a fornire la necessaria base economica e finanziaria del *ménage* e, con tutto quello che siffatta soluzione comporta, anche dal punto di vista di una gestione quotidiana che appare assai difficile predeterminare nell'atto istitutivo del *trust* in tutti i suoi molteplici (e sovente inaspettati) risvolti.

A parte le specifiche perplessità sulla reale necessità, utilità e convenienza economica di un *trust* nelle situazioni testé delineate (e fatte salve le riserve d'ordine generale sull'ammissibilità di un *trust* "interno", riserve che dovrebbero però venir meno nel caso di *trust* costituito in presenza di un effettivo elemento di estraneità), potranno dunque ipotizzarsi *trusts* anche nella famiglia di fatto. Il costituente (uno dei conviventi, o entrambi, ovvero anche un terzo) potrà pertanto "segregare" parte del proprio patrimonio, dettando al *trustee* norme a beneficio dell'unione di fatto e magari provvedere anche in ordine all'eventuale scioglimento di quest'ultima. E proprio *in contemplation* di una possibile rottura si dovrebbero inserire apposite previsioni volte a disciplinare la sorte dei cespiti patrimoniali, magari prevedendo una qualche forma di "ultrattività" del *trust* a tutela della parte debole e/o della prole. In ogni caso - a scanso di pericolosi equivoci - sarebbe opportuno individuare in maniera esplicita e certa le situazioni nelle quali la convivenza si dovrebbe considerare come venuta meno (invio di una lettera, fissazione di residenze anagrafiche distinte, ecc.).

Con specifico riguardo al profilo della cessazione della convivenza, va aggiunto che una delle ragioni per le quali parte della dottrina raccomanda la creazione di *trusts* tra conviventi è rappresentata dalla possibilità di far assumere ad essi una valenza *post mortem*, il che peraltro - a parte la questione del possibile contrasto con il divieto dei patti successori, quanto meno sotto il profilo della frode alla legge - può porre problemi in relazione al tema della tutela dei legittimari. Al riguardo si precisa in dottrina che, mentre nel negozio di trasferimento dei beni dal settlor al *trustee* non è rintracciabile alcuna liberalità, per mancanza dell'*animus donandi* in capo al primo e dell'elemento oggettivo dell'arricchimento in capo al secondo, costituirebbe, invece, donazione indiretta l'attribuzione che il *settlor* attua a favore del beneficiario [72]. Tuttavia, la stessa dottrina ammette che assai problematica appare la tutela dei legittimari nelle diverse fattispecie che la pratica propone [73]. Sono, invece, sicuramente soggetti a riduzione da parte dei legittimari quei *trusts* che siano stati costituiti per testamento: d'altro canto, le norme nazionali sulle successioni sono fatte esplicitamente salve dall'art. 15 della Convenzione de L'Aja. Comunque, si consiglia l'inserimento, nell'atto istitutivo, di una clausola di salvaguardia che faccia obbligo, al fiduciario o al beneficiario finale del patrimonio, di garantire i diritti dei legittimari del disponente, ove lesi al momento della sua morte, integrando automaticamente, con beni o denaro, pur nei limiti del valore del *trust*, la quota loro riservata dalla legge. Come si è avuto peraltro modo di vedere in altra sede [74], la tutela del convivente superstite sembra attuabile anche mercé negozi o istituti maggiormente "collaudati" nel nostro ordinamento.

Una questione cui può accennarsi in conclusione del presente studio concerne l'eventuale estensibilità al *trust* creato nell'ambito della famiglia di fatto delle considerazioni sopra svolte con riguardo al divieto di costituzione di beni in dote, ricordandosi in proposito la risposta affermativa data al quesito circa l'applicabilità (nei limiti a suo tempo precisati) dell'art. 166 bis c.c. ai *trusts* costituiti nell'ambito di una famiglia legittima [75]. Ora, è evidente che quelle argomentazioni non possono valere per la famiglia di fatto, in relazione alla quale non possono trovare applicazione né l'art. 166-bis c.c., né, direttamente, l'art. 15, lett. b), della

Convenzione de L'Aja (che contiene però un'elencazione generalmente considerata non tassativa). Peraltro sarebbe legittimo porsi l'interrogativo sulla possibilità di estrapolare dal divieto codicistico di costituzione di dote un principio d'ordine pubblico [76] più ampio, che legando la norma ordinaria al canone costituzionale di pari dignità tra uomo e donna anche al di fuori dell'unione coniugale, vieti comunque la stipula di negozi fondati sull'idea (*rectius* : sul pregiudizio) secondo cui la donna (o, per essa, la sua famiglia), dovrebbe in qualche modo "compensare" con un apporto patrimoniale il "peso" che essa viene a costituire per l'uomo con la creazione di una nuova famiglia (legittima o di fatto), apportando beni destinati ad essere da quest'ultimo esclusivamente amministrati [77].

**Note:**

1 Testo della relazione presentata al convegno dal titolo "Autonomia patrimoniale e segregazione patrimoniale nel trust", organizzato dall'Associazione Avvocati del Distretto di Torino e dall'Associazione "Il trust in Italia", svoltosi a Torino il 24 gennaio 2004. La prima parte del presente studio è stata pubblicata in *Famiglia e diritto*, n. 2, 2004, 201 ss.

2 Cfr. supra, # 4.

3 Cattaneo, *Corso di diritto civile. Effetti del matrimonio, regime patrimoniale, separazione e divorzio*, Milano, 1988, 58; De Paola, op. cit., 51; Oberto, *Le convenzioni matrimoniali: lineamenti della parte generale*, in questa Rivista, 1995, 600 s.; Bargelli e Busnelli, voce *Convenzione matrimoniale*, in *Enc. dir., Aggiornamento, IV*, Milano, 2000, 457; Zaccaria, *Possono i coniugi optare per un regime patrimoniale "atipico"?*, in *Studium iuris*, 2000, 947 s.; Valignani, *I limiti dell'autonomia dei coniugi nell'assetto dei loro rapporti patrimoniali*, in *Famiglia*, 2001, 382; Ieva, *Le convenzioni matrimoniali*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, III, Milano, 2002, 33; Patti, *Regime patrimoniale della famiglia e autonomia privata*, in *Famiglia*, 2002, 285 ss.

4 Sacco, *Del regime patrimoniale della famiglia*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia a cura di Cian, Oppo e Trabucchi*, cit., 16 ss.; Maiorca, voce *Regime patrimoniale della famiglia (disposizioni generali)*, in *Noviss. Dig. it., Appendice, VI*, Torino, 1986, 463; De Paola, op. cit., 52; Oberto, *Le convenzioni matrimoniali: lineamenti della parte generale*, cit., 600 s.; Zaccaria, *Possono i coniugi optare per un regime patrimoniale "atipico"?*, cit., 947 s.; Valignani, op. cit., 382; Patti, *Regime patrimoniale della famiglia e autonomia privata*, cit., 285 ss.

5 Cfr. supra, # 4 in fine.

6 Cfr., anche per i rinvii, Oberto, *L'autonomia negoziale nei rapporti patrimoniali tra coniugi (non in crisi)*, cit., 651 s.

7 Cfr. ex multis Oberto, *Le convenzioni matrimoniali: lineamenti della parte generale*, cit., 603; conforme Bocchini, *Autonomia negoziale e regimi patrimoniali familiari*, cit., 443; cfr. anche Palazzo, *Le convenzioni matrimoniali e l'ulteriore destinazione dei beni per mezzo di trust*, in

Dogliotti e Braun (a cura di), *Il trust nel diritto delle persone e della famiglia*. Atti del convegno. Genova, 15 febbraio 2003, cit., 95.

8 Sostanzialmente nel medesimo senso v. Conetti, *Commento all'art. 30*, in *Aa. Vv.*, *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato* (l. 31 maggio 1995, n. 218), in *Nuove leggi civ. comm.*, 1996, 1177 s.; Salerno Cardillo, *Rapporti patrimoniali tra coniugi nel nuovo diritto internazionale privato e riflessi sull'attività notarile*, in *Riv. notar.*, 1996, I, 195; Villani, *I rapporti patrimoniali tra i coniugi nel nuovo diritto internazionale privato*, in *Giust. civ.*, 1996, II, 456.

9 Su cui v. per tutti Oberto, *Le convenzioni matrimoniali: lineamenti della parte generale*, cit., 596 ss.; Bargelli e Busnelli, voce *Convenzione matrimoniale*, cit., 436 ss., 442 ss.; Ieva, *Le convenzioni matrimoniali*, cit., 27 ss.; Oberto, *L'autonomia negoziale nei rapporti patrimoniali tra coniugi (non in crisi)*, cit., 617 ss.

10 Sul punto cfr., anche per i rinvii, Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., 683 ss.

11 Sul tema, che non è possibile affrontare in questa sede, della natura di convenzione matrimoniale del fondo patrimoniale, eventualmente anche quando sia costituito (ovviamente, *inter vivos*) da un terzo, si fa rinvio, anche per una rassegna di tutte le opinioni espresse sul punto, a Di Sapio, *Fondo patrimoniale: l'alienazione dell'unico bene costituito, l'estinzione per esaurimento, lo scioglimento (volontario), il Lar familiaris e il mito di Calipso*, in *Dir. fam. pers.*, 1999, 394 ss.

12 Cfr. Busnelli, voce *Convenzione matrimoniale*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 514; v. inoltre Tedeschi, *Il regime patrimoniale della famiglia*, cit., 469 ss.

13 Grasso, *Il regime patrimoniale della famiglia in generale*, cit., 378; Santosuosso, *Il regime patrimoniale della famiglia*, cit., 55 ss.; Spinelli e Parente, *Le convenzioni matrimoniali*, in *I rapporti patrimoniali della famiglia - Saggi dai corsi di lezioni di diritto civile tenute dai proff. Spinelli e Panza*, Bari, 1987, 43 ss.; Bocchini, *Rapporto coniugale e circolazione dei beni*, cit., 185; Galletta, *I regolamenti patrimoniali tra coniugi*, Napoli, 1990, 7; De Paola, op. cit., 29 ss.; Oberto, *Le convenzioni matrimoniali: lineamenti della parte generale*, cit., 597 s.; Bocchini, *Autonomia negoziale e regimi patrimoniali familiari*, cit., 447 s.

14 Sul tema v. per tutti Oberto, *L'autonomia negoziale nei rapporti patrimoniali tra coniugi (non in crisi)*, cit., 667 ss.

15 Sul punto si rinvia ancora, a Oberto, *Le convenzioni matrimoniali: lineamenti della parte generale*, cit., 598 s. In senso contrario Bocchini, *Autonomia negoziale e regimi patrimoniali familiari*, cit., 448, secondo cui sarebbero ascrivibili al novero delle convenzioni matrimoniali anche quegli accordi "che orientano le appartenenze e le destinazioni di singoli beni da acquisire o (che) incidono sullo statuto (titolarità e/o destinazione) di singoli beni attuali"; nello stesso ordine di idee v. Parente, *Il preteso rifiuto del coacquisto ex lege da parte di coniuge in comunione legale*, Nota a Cass., 2 giugno 1989, n. 2688, in *Foro it.*, 1990, I, c. 608 ss.

16 Cfr. A. e M. Finocchiaro, *op. cit.*, 1153; Gabrielli, Scioglimento parziale della comunione legale fra coniugi. Esclusione dalla comunione di singoli beni e rifiuto preventivo del coacquisto, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, 347; Roppo, voce Coniugi I) Rapporti personali e patrimoniali tra coniugi, in *Enc. giur. Treccani*, VIII, Roma, 1988, 2.

17 Sulla questione cfr. Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, I, *cit.*, 103 ss.

18 Rescigno, *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 1975, 274.

19 Sul punto v. Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, I, *cit.*, 121 ss. e da ultimo anche Bocchini, *Autonomia negoziale e regimi patrimoniali familiari*, *cit.*, 432, 440; Patti, *Regime patrimoniale della famiglia e autonomia privata*, *cit.*, 292, nota 18.

20 Cfr. Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, I, *cit.*, 66 ss.; *Id.*, *Gli accordi sulle conseguenze patrimoniali della crisi coniugale e dello scioglimento del matrimonio nella prospettiva storica*, nota a *Cass.*, 20 marzo 1998, n. 2955, in *Foro it.*, 1999, I, c. 1306 ss.; *Id.*, *I precedenti storici del principio di libertà contrattuale nelle convenzioni matrimoniali*, in *Dir. fam. pers.*, 2003 535 ss.

21 Per la comparazione con il sistema tedesco e con quello francese contemporanei, nei quali vige il principio della libertà contrattuale ed è ritenuta come preferibile la regola della atipicità dei regimi patrimoniali cfr. Patti, *Regime patrimoniale della famiglia e autonomia privata*, *cit.*, 297 s.

22 In quest'ultimo senso cfr. Palazzo, *Le convenzioni matrimoniali e l'ulteriore destinazione dei beni per mezzo di trust*, *cit.*, 100.

23 Sul punto v. Trib. Bologna, 1 ottobre 2003, *cit.*, che afferma correttamente l'applicabilità dell' art. 184 c.c. non solo nel caso in cui un coniuge alieni diritti su beni della comunione, bensì anche qualora si limiti ad alienare la propria quota in comunione legale su beni di quest'ultima, rilevando in proposito che "sarebbe illogico ritenere che - mentre l'alienazione di un intero bene, da parte di uno solo dei coniugi, è valida ed efficace (salve, in ipotesi, le conseguenze dell'art. 184 c.c.) - l'alienazione di una quota di quello stesso bene sia, al contrario, assolutamente inefficace; peraltro, nulla impedisce ai coniugi di essere comproprietari di beni insieme a terzi, salva l'applicazione del regime di comunione legale relativamente alla quota posseduta".

24 Si noti che, per quanto attiene alla annullabilità comminata in relazione agli atti relativi ai beni immobili o mobili registrati dall'art. 184, commi 1 e 2, c.c., l'atto su beni della comunione posto in essere da uno solo dei coniugi in veste di costituente e dall'altro in veste di trustee dovrebbe comunque ritenersi convalidato dall'accettazione espressa o tacita di quest'ultimo.

25 *Cass.*, 27 febbraio 2003 n. 2954, in *Foro it.*, 2003, I, c. 1039, con nota di De Marzo; in *Riv. notar.*, 2003, II, 412, con nota di Lupetti; in *Famiglia e diritto*, 2003, 559, con nota di F. Patti.

26 Cfr. Oberto, L'autonomia negoziale nei rapporti patrimoniali tra coniugi (non in crisi), cit., 656 ss., 659 ss.

27 Sulla possibilità di costituire, ora per allora, trusts su beni di futura acquisizione v., in senso discordante, Tucci, Trusts, concorso dei creditori e azione revocatoria, 7 (lo scritto è disponibile all'indirizzo web seguente: <http://www.il-trust-in-italia.it/Attivit%C3%A0%20formative/Congresso%202002/Tucci.pdf>), che sembra ammettere tale possibilità, e Calò, Dal probate al family trust, Problemi di diritto comparato, Milano, 1996, 39 ss., secondo cui il trust, "proprio per gli effetti immediati che (...) produce, non può esistere senza proprietà e i beni futuri non possono esserne oggetto".

28 Verde, Le convenzioni matrimoniali, Torino, 2003, 162.

29 Cfr. supra, # 4.

30 Palazzo, Le convenzioni matrimoniali e l'ulteriore destinazione dei beni per mezzo del trust, cit., 97 ss.; Lupoi, Trusts, cit., 624 ss.; Bartoli, La "conversione" del fondo patrimoniale in trust, in Dogliotti e Braun (a cura di), Il trust nel diritto delle persone e della famiglia. Atti del convegno. Genova, 15 febbraio 2003, cit., 207 ss.; Cenni, Trust e fondo patrimoniale, ivi, 111 ss.; Rovelli, Limiti del fondo patrimoniale, ibidem, 103 ss.; Nasseti, Il trust: applicazioni pratiche (Aggiornamento in pillole per il consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Bologna - Relazione tenuta a Bologna il 16 febbraio 2001), disponibile all'indirizzo web seguente: <http://www.filodiritto.com/diritto/privato/civile/IITrustApplicazionipratice.htm>; Luongo, Fondo patrimoniale e trust, disponibile all'indirizzo web seguente: <http://www.associazioneavvocati.it/bacheca/trust/luongo.html>.

31 L'espressione di E. Russo, Il fondo patrimoniale, in Studi sulla riforma del diritto di famiglia, Milano, 1973, 568, riferita al patrimonio familiare, è stata ripresa e sottoscritta per il fondo patrimoniale da Corsi, Il regime patrimoniale della famiglia, II, Le convenzioni matrimoniali. Famiglia e impresa, in Trattato di diritto civile e commerciale, già diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, Milano, 1984, 83.

32 Oberto, Famiglia e rapporti patrimoniali. Questioni d'attualità, Milano, 2002, 271 ss.

33 Nasseti, op. loc. ultt. citt.

34 Su cui v. Nasseti, op. loc. ultt. citt.

35 Lupoi, Trusts, cit., 624 ss.; Bartoli, Il trust, cit., 314 ss.; Palazzo, Le convenzioni matrimoniali e l'ulteriore destinazione dei beni per mezzo di trust, cit., 98.

36 Così Lupoi, Trust Laws of the World, Roma, 1999, citato da Bartoli, La "conversione" del fondo patrimoniale in trust, cit., 210 s., nota 5.

37 In particolare cfr. Lupoi, Trusts, cit., 626 ss., 629 ss.

38 Sul tema specifico v. infra, # 11.

39 Cenni, Trust e fondo patrimoniale, cit., 117 s.

40 Sul punto v. per tutti da ultimo Di Landro, Trusts per disabili. Prospettive applicative, in Dir. fam. pers., 2003, 123 ss

41 Il riconoscimento dell'autonomia negoziale dei coniugi (su cui cfr. Auletta, Il fondo patrimoniale, in Aa. Vv., Il diritto di famiglia, Trattato diretto da G. Bonilini e G. Cattaneo, II, Il regime patrimoniale della famiglia, Torino, 1997, 359; Oberto, L'autonomia negoziale nei rapporti patrimoniali tra coniugi (non in crisi), cit., 685 ss.) si spinge a consentire al costituente di derogare addirittura a talune disposizioni poste a tutela dell'interesse familiare. Ci si intende qui riferire alla norma contenuta nell' art. 169 c.c. , singolare esempio di cattiva tecnica legislativa, caratterizzata da una bizzarra forma di contorsionismo verbale in cui, come è stato esattamente notato (Corsi, op. cit., I, cit., 98), tre "se" e tre "non" si accoppiano e si susseguono, ma da cui appare comunque chiaro che al costituente è consentito di prevedere che i coniugi dispongano liberamente dei beni del fondo, pur in presenza di figli minori. Conclusione, questa, cui pervengono la dottrina maggioritaria e la giurisprudenza (per i rinvii cfr. Oberto, op. loc. ultt. citt.).

42 In questo senso v. Carresi, Del fondo patrimoniale, in Commentario al diritto italiano della famiglia, a cura di Cian, Oppo e Trabucchi, III, Padova 1992, 56, in considerazione del fatto che il rinvio alle norme in tema di amministrazione della comunione legale è fatto incondizionatamente e senza alcuna limitazione o cautela come potrebbe essere quella risultante dall'inciso "in quanto applicabili"; un argomento a conforto di questa tesi può essere rinvenuto d'altro canto anche nell' art. 210, 3° co., c.c.

43 Nasseti, op. loc. ultt. citt.

44 Sull'apponibilità di termini e/o condizioni alle convenzioni matrimoniali in generale cfr. Oberto, L'autonomia negoziale nei rapporti patrimoniali tra coniugi (non in crisi), cit., 622, 635, 671 s.

45 Nasseti, op. loc. ultt. citt.

46 Cfr. supra, # 7.

47 Sul punto cfr. Oberto, I contratti della crisi coniugale, II, cit., 687 ss., ove si ipotizza la costituzione di un fondo patrimoniale tra separati nell'interesse di figli economicamente non autosufficienti (la conclusione sembra potersi argomentare a contrariis dal primo comma dell' art 171 c.c. e a fortiori dal capoverso del medesimo articolo; nel senso che l'utilità del fondo permane anche in presenza di una crisi coniugale v. anche Auletta, Il fondo patrimoniale, Milano, 1990, 337 s.; contra Oppo, Tizio e Mevia, che hanno costituito, all'atto del loro matrimonio, un fondo patrimoniale in "comproprietà", attendono un figlio quando Tizio fallisce nell'esercizio di impresa commerciale iniziata dopo il matrimonio. Quale la sorte del fondo?, in



Questioni di diritto patrimoniale della famiglia discusse da vari giuristi e dedicate ad Alberto Trabucchi, Padova, 126).

48 Cfr. von Overbeck, Rapport explicatif sur la Convention de La Haye du premier juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, cit., n. 49.

49 Cfr. Nasseti, op. loc. ultt. citt.

50 Così Lupoi, Trusts, cit., 643.

51 Cfr., anche per i rinvii, Oberto, I contratti della crisi coniugale, I, cit., 328 ss.

52 Nasseti, op. loc. ultt. citt.; nello stesso senso cfr. anche Lupoi, Trusts, cit., 641 ss.; F. Patti, I trusts: problematiche connesse all'attività notarile, in Vita not., 2001, 548.

53 Basti citare i seguenti: obbligo di prestare idonea garanzia reale o personale, iscrizione dell'ipoteca giudiziale ai sensi dell'articolo 2818 c.c. , sequestro di parte dei beni del coniuge obbligato, ordine ai terzi, tenuti a corrispondere anche periodicamente somme di danaro all'obbligato, che una parte di esse venga versata direttamente agli aventi diritto, ex artt. 156, commi 4, 5 e 6. , c.c., 8 commi 1, 2 , e 7, l.div. distrazione dei redditi ed azione diretta esecutiva ex art. 8, commi 3, 4, 5, 6., l. div.

54 Per una proposta diretta ad applicare tale istituto non solo alle intese di carattere patrimoniale, ma anche a quelle di tipo personale relative all'affidamento della prole e ai diritti di visita cfr. Oberto, I contratti della crisi coniugale, II, cit., 1112 ss.

55 In questo senso sembra invece orientata Nasseti, op. loc. ultt. citt.

56 Pure questo profilo è messo in luce da Nasseti, op. loc. ultt. citt.

57 Cfr. Carrera, Disposizioni di trust in sede di separazione o divorzio per mantenere un figlio agli studi, relazione presentata al "Laboratorio di trust" organizzato dal "Gruppo torinese del trust", tenutosi a Torino il 21 novembre 2003 (testo cortesemente messo a disposizione dello scrivente in forma elettronica dall'Autrice).

58 Che prevede, cioè, l'identità soggettiva fra disponente e trustee e manca dunque del trasferimento ancorché non dell'effetto "segregativo" che è il collante del trust o, se si vuole, l'effetto naturale di qualsiasi trust e che impedisce la confusione fra beni personali del trustee e beni del trust e della inaggregabilità del trust found sia da parte dei creditori del trustee che da parte dei creditori del beneficiario. Il marito non esce dunque di scena e, nella sua qualità (anche) di trustee si assume l'obbligo di garantire le ragioni del beneficiario adempiendo alle obbligazioni imposte nell'atto istitutivo.

59 Cfr. Carrera, op. loc. ultt. citt.

60 Cfr. Carrera, op. loc. ultt. citt..

61 Per i rinvii alla giurisprudenza di legittimità sul tema e per la relativa critica si fa rinvio a Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., 589 ss.; Id., "Prenuptial Agreements in Contemplation of Divorce" e disponibilità in via preventiva dei diritti connessi alla crisi coniugale, in Riv. dir. civ., 1999, II, 200 ss. Analoghe considerazioni potrebbero svolgersi con riferimento alla proposta (cfr. Palazzo, *Le convenzioni matrimoniali e l'ulteriore destinazione dei beni per mezzo di trust*, cit., 100 s.) di ricorrere ad uno strumento quale l'assicurazione sulla vita o la rendita vitalizia nella forma del contratto a favore di terzo, con clausola di rinuncia al potere di revoca, revoca che potrebbe così essere esercitata dal disponente "tutte le volte che il mantenuto assumesse nei tre anni successivi un comportamento che, a discrezione del mantenevole, fosse disdicevole".

Si noti che, più di recente, nel dibattito sull'ammissibilità di intese preventive di separazione o divorzio, è intervenuta anche Bargelli, *L'autonomia privata nella famiglia legittima, il caso degli accordi in occasione o in vista del divorzio*, in Riv. crit. dir. priv., 2001, 303 ss. Tale Autrice, nella sua parziale lettura dei lavori dello scrivente, accusa quest'ultimo di voler "considerare risolto il problema dei patti sulle conseguenze del divorzio in base alla semplice constatazione del carattere patrimoniale della prestazione", rimproverandolo altresì di non aver svolto un'analisi sufficientemente attenta dei limiti di liceità e degli aspetti più specificamente familiari delle intese in oggetto e lodando invece chi ha individuato quale limite specifico del potere di disposizione degli interessati l'obbligazione alimentare (cfr. Ead., op. cit., 313, nota 37). Così facendo (e a tacer d'altro), la predetta, oltre a dimostrare di non aver letto (il che, ovviamente, non è grave; grave, invece, oltre che scorretto, è distribuire censure, senza aver neppure preso in visione il contributo che si critica) le parti del lavoro dello scrivente nelle quali - a ogni piè sospinto - si richiama la necessità del rispetto, nei contratti della crisi coniugale, delle regole d'ordine pubblico e dei principi inderogabili (cfr., a titolo meramente esemplificativo, Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., 32, 249 ss.; II, cit., 1085 ss.), così come di quelle (inderogabili) proprie del diritto di famiglia e, tra di esse, prima tra tutte, quella relativa all'obbligo alimentare (cfr. Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, II, cit., 798 ss., 844 ss.; in tale contesto, si noti che proprio allo specifico tema degli accordi sull'obbligazione alimentare il sottoscritto dedica un'intera sezione: cfr. Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, II, cit., da 844 a 861), sembra dimenticare (il che è ancora più grave) che, tra divorziati, l'obbligo alimentare non esiste..

62 Cfr. Carrera, op. loc. ultt. citt., la quale propone altresì di fare riferimento alla legge di Jersey.

63 Su cui v. Nasseti, op. loc. ultt. citt.; più in generale sui profili tributari dei trusts cfr. Lupoi, *Trusts*, cit., 753 ss.

64 Sull'interpretazione di tale espressione cfr. Oberto, *Prestazioni "una tantum" e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, cit., 299 ss.

65 Cfr. Corte cost., 10 maggio 1999, n. 154 ; si noti inoltre che, in tempi ancora più recenti, la stessa Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 8, lettera b), della Tariffa, parte prima, allegata al D.P.R. 26 aprile 1986, n. 131 (Approvazione delle disposizioni

concernenti l'imposta di registro), "nella parte in cui non esenta dall'imposta ivi prevista i provvedimenti emessi in applicazione dell' art. 148 c.c. nell'ambito dei rapporti fra genitori e figli" (cfr. Corte cost., 11 giugno 2003, n. 202 ). Dal momento che, però, in motivazione, il tertium comparationis è stato individuato nell'art. 19 l. div., vi è da chiedersi se la pronuncia non sia riferibile anche agli accordi tra i genitori relativi ai procedimenti di affidamento della prole naturale.

66 Cfr. Lupoi, Lettera a un notaio conoscitore dei trust, cit., 1168.

67 Su cui v. per tutti Oberto, I regimi patrimoniali della famiglia di fatto, cit., 242 ss. e ora Id., I contratti di convivenza tra autonomia privata e modelli legislativi, cit., # 7.

68 Cfr. Tarissi de Jacobis, Esecuzione di un'obbligazione morale, al seguente indirizzo web: <http://www.il-trust-in-italia.it/TrustInterni2002/Liberali/Tarissi%20t.htm>. Favorevole alla applicazione del trust alla famiglia di fatto è anche Cenni, op. loc. ultt. citt.; Ead., Il fondo patrimoniale, in Trattato di diritto di famiglia, diretto da Zatti, III, Regime patrimoniale della famiglia, a cura di Franco Anelli e Michele Sesta, Milano, 2002, 648. Per una panoramica delle questioni relative all'impiego del trust nell'ambito delle relazioni giuridiche familiari cfr. F. Patti, I trusts: problematiche connesse all'attività notarile, cit., 547 ss.; Dogliotti e Piccaluga, I trust nella crisi della famiglia, in Famiglia e diritto, 2003, 301 ss.; Dogliotti e Braun (a cura di), Il trust nel diritto delle persone e della famiglia. Atti del convegno. Genova, 15 febbraio 2003, cit.

71 Così, se si è ben compreso, Coppola, op. loc. ultt. citt.

72 Sul punto v., anche per i richiami, Coppola, op. cit., 742 s.

73 Cfr. Moscati, Trust e tutela dei legittimari, in Riv. dir. comm., 2000, I, 13 ss.; Lupoi, Trusts, cit., 667 s.

74 Cfr. Oberto, I regimi patrimoniali della famiglia di fatto, cit., 295 ss. e ora Id., I contratti di convivenza tra autonomia privata e modelli legislativi, cit., # 14.

75 Cfr. supra, # 4.

76 Interno e internazionale, con conseguente applicazione del disposto dell'art. 18 della Convenzione de L'Aja.

77 La conclusione, in armonia con quanto si è affermato con riguardo all'art. 166-bis c.c. (cfr. supra, # 4) dovrebbe però essere considerata "reversibile" e, come tale, riferibile all'ipotesi speculare di apporto da parte del convivente di sesso maschile.