Urteilskopf

120 Ib 474

62. Estratto della sentenza 8 novembre 1994 della I Corte di diritto pubblico nella causa FFS c. Fondazione P e Presidente supplente della Commissione federale di stima del 13o Circondario (ricorso di diritto amministrativo)
Regeste (de):
Art. 103 EntG; Art. 7 SchlTZGB, Art. 52, 80 ff. ZGB. Rückforderung von enteigneten Grundstücken, rückforderungsberechtigte Personen. Enteignung von Grundstücken, die einer auf die Zeit der Landvogteien zurückgehenden gemischten Stiftung gehören; nachträgliche Aufhebung der enteigneten Stiftung unter gleichzeitiger Errichtung einer neuen Stiftung mit gemeinnützigem Zweck; Berechtigung der neuen Stiftung zur Rückforderung.

Entstehungsgeschichte und Entwicklung einer Stiftung unter den verschiedenen Rechtssystemen seit der Zeit der Tessiner Landvogteien (E. 3).

Unterscheidung zwischen Fideikommiss und juristischer Person. Anerkennung der juristischen Persönlichkeit eines Mitgift-Legates unter dem früheren kantonalrechtlichen Regime (E. 5).

Tragweite von Art. 7 Abs. 2 SchlTZGB (in Verbindung mit Art. 52 Abs. 1 und 2 und Art. 81 Abs. 2 ZGB). Gültigkeit der Stiftung nach neuem Recht, obschon im Zeitpunkt ihrer Errichtung die Ansprüche aus der Stiftungsurkunde verjährt waren (E. 6).

Voraussetzungen zur Zweckänderung und zur Auflösung einer Stiftung. Trotz einiger Mängel zeitigt das im vorliegenden Fall durchgeführte Verfahren - Aufhebung der enteigneten gemischten Stiftung unter gleichzeitiger Errichtung einer gewöhnlichen Stiftung mit unterschiedlichem Zweck - keine mit der Natur der Stiftung unvereinbare Folgen (E. 9a - e).

Aus dem Umstand, dass das Rückforderungsrecht in den früheren Akten nicht erwähnt wird, kann nicht auf einen Verzicht auf dieses geschlossen werden (E. 10c).

Regeste (fr):
Art. 103 LEx; art. 7 tit.fin. CC; art. 52, 80 ss CC. Rétrocession de biens-fonds, ayants droit. Expropriation d'immeubles appartenant à une fondation mixte datant de l'époque des bailliages; suppression ultérieure de la fondation expropriée, avec constitution simultanée d'une nouvelle fondation à but d'intérêt public. Qualité pour exiger la rétrocession reconnue à cette nouvelle fondation.

Histoire des origines et évolution d'une fondation sous les différents régimes juridiques de l'époque des bailliages tessinois (consid. 3).

Distinction entre fidéicommis et personne morale. Reconnaissance de la personnalité morale d'un "legato per doti" (fonds à but dotal), sous le régime de l'ancien droit cantonal tessinois (consid. 5).

Portée de l'art. 7 al. 2 tit.fin. CC (en relation avec les art. 52 al. 1 et 2 et 81 al. 2 CC). Validité d'une fondation selon le nouveau droit, quand bien même les prétentions dérivant de l'acte de fondation étaient prescrites à la date de sa constitution (consid. 6).

Conditions auxquelles sont soumises la modification du but et la dissolution d'une fondation. En dépit de certaines irrégularités, la procédure suivie - suppression de la fondation mixte expropriée et constitution simultanée d'une nouvelle fondation ordinaire dont le but est différent - n'a pas eu d'effets inconciliables avec la fondation en tant qu'institution (consid. 9a - e).

On ne saurait déduire de l'absence de mention du droit à la rétrocession dans les actes antérieurs une quelconque renonciation à l'exercice d'un tel droit (consid. 10c).

Regesto (it):
Art. 103 LEspr; art. 7 Tit.fin. CC; art. 52, 80 segg. CC. Retrocessione di fondi, aventi diritto. Espropriazione di fondi appartenenti ad una fondazione mista risalente all'epoca dei baliaggi; successiva soppressione della fondazione espropriata con contemporanea costituzione di una nuova fondazione avente interesse pubblico. Ammissione di quest'ultima ad esperire l'azione di retrocessione.

Storia delle origini ed evoluzione di una fondazione sotto i vari regimi giuridici dall'epoca dei baliaggi ticinesi (consid. 3).

Distinzione fra fedecommesso e persona giuridica. Riconoscimento sotto il regime del cessato diritto cantonale della personalità giuridica ad un legato per doti (consid. 5).

Portata dell'art. 7 cpv. 2 Tit.fin. CC (combinato con gli art. 52 cpv. 1 e 2 e 81 cpv. 2 CC). Validità di una fondazione secondo il nuovo diritto nonostante che al momento della sua costituzione fossero prescritti i diritti derivanti dall'atto di fondazione (consid. 6).

Condizioni alle quali soggiacciono la modificazione dello scopo e lo scioglimento di una fondazione. Nonostante alcune viziature, la procedura messa in atto - soppressione della fondazione mista espropriata con la contemporanea costituzione di una nuova fondazione ordinaria di scopo diverso - non ha sortito effetti inconciliabili con l'istituto della fondazione (consid. 9a - e).

Dalla mancata menzione nei precedenti atti del diritto alla retrocessione non può essere desunta una qualsiasi rinunzia all'esercizio di tale diritto (consid. 10c).

Sachverhalt ab Seite 476

BGE 120 Ib 474 S. 476

Il 10 gennaio 1967 il Presidente della Commissione federale di stima (CFS) del Circondario 7 dichiarò aperta ad istanza delle Ferrovie federali svizzere (FFS o espropriantì), Direzione del II Circondario, una procedura espropriativa nella forma abbreviata (art. 33 seg. LEspr, RS 711) nei confronti della "Fondazione Bartolomeo P", con sede in Gravesano, per l'acquisto delle particelle n. 827p, 30p e 829p di complessivi m2 2'2455 in territorio del Comune di Manno. L'espropriata fece opposizione all'espropriazione (art. 35 lett. a LEspr), in via subordinata ne chiese l'ampliamento a tutti i beni immobili di sua proprietà (art. 36 lett. b LEspr) e notificò pretese di fr. 3'400'000.- (per il caso in cui fosse ammesso il richiesto ampliamento), risp. di fr. 3'000'000.- per il caso in cui esso fosse negato. All'udienza di conciliazione del 29 novembre 1967, l'espropriata ribadì la sua opposizione; dal canto loro, le espropriantì sottolinearono che ricorrevano i presupposti per una procedura "anticipata" d'espropriazione e si dichiararono disposte ad acquistare in via transattiva il tutto per un milione e mezzo di franchi, mentre per la superficie richiesta offrirono fr. 60.- il m2. La CFS si pronunciò con decisione del 20 settembre 1968. Rilevato che la fondazione espropriata era receduta dall'opposizione di principio e non aveva formulato pretese di svalutazione per il resto dell'azienda, essa stabilì l'indennità dovuta in fr. 55.- il m2, per un totale di fr. 1'235'025.-, sotto riserva dell'adeguamento a dipendenza della misurazione definitiva. Essendo in seguito risultato che la superficie del mappale n. 827p di Manno era di m2 673 superiore a quanto

consegnato nelle tabelle di espropriazione, le FFS e la Fondazione BP stipularono una convenzione aggiuntiva il 4 novembre/12 dicembre 1974, in virtù della quale veniva versata all'espropriata un'indennità suppletiva per tale superficie di

BGE 120 Ib 474 S. 477

fr. 37'015.- (pari a fr. 55.- il m2), oltre interesse dal 18 settembre 1969. La "Fondazione P", con sede in Gravesano, subentrata alla Fondazione Bartolomeo P al termine di una procedura su cui si tornerà, ha introdotto il 23 febbraio 1989 presso la CFS un'azione di retrocessione dei fondi espropriati e/o di risarcimento dei danni, fondata sugli art. 102 segg. LEspr. In pendenza di procedura, le parti hanno convenuto di limitare la causa al risarcimento del danno in denaro e si sono accordate per la continuazione della causa circa la questione pregiudiziale del diritto della fondazione alla retrocessione e quella del danno. Con istanza del 22 giugno 1989 E ha chiesto di esser ammesso ad intervenire in lite a sostegno della Fondazione P, eventualmente a far valere in nome proprio il diritto alla retrocessione. Le FFS hanno chiesto di dichiarare irricevibile l'istanza. Il Presidente supplente della CFS si è pronunciato con decisione del 24 giugno 1991. Egli ha riconosciuto la legittimazione attiva della "Fondazione P" nella causa di retrocessione promossa il 28 febbraio 1989, l'ha invece negata ad E. Con ricorso di diritto amministrativo le FFS chiedono al Tribunale federale di respingere l'azione di retrocessione della "Fondazione P", difettando la legittimazione attiva dell'attrice.

Erwägungen

Dai considerandi:

3. Le vicende storiche e giuridiche che formano lo sfondo di questa vertenza, e sostanzialmente sono incontestate, si possono riassumere così: a) Lugano con la Capriasca e la Pieve d'Agno costituiva dal 1512 uno dei quattro baliaggi comuni dei dodici cantoni svizzeri (Zurigo, Uri, Zugo, Friborgo, Berna, Svitto, Glarona, Soletta, Unterwalden, Basilea e Sciaffusa - escluso Appenzello), che lo governavano per turni biennali nell'ordine testé riferito. I Signori svizzeri avevano lasciato sussistere gli statuti locali, ispirati per il Sottoceneri a quelli del comasco e del milanese. Per il resto era applicabile il diritto comune, ch'era quello che s'era sviluppato in Lombardia. Un collegio di sindicatori sorvegliava l'attività del vogto (cfr. DTF 104 Ia 383 in fine; EUGEN HUBER, System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechtes, vol. I, pag. 31, 54, 64; ANDREAS HEUSLER, Rechtsquellen des Kantons Tessin, ZSR 1892, 177 segg.; O. WEISS, Die Tessinischen Landvogteien der XII Orte im 18. Jahrhundert, Schweiz.

BGE 120 Ib 474 S. 478

Studien zur Geschichtswissenschaft 1914, pag. 21 segg., 108 segg.; G. ROSSI/E. POMETTA, Storia del Cantone Ticino, pag. 141 segg.; CARLO POMETTA, La successione legittima secondo gli statuti e i codici ticinesi, Diss. Berna 1921, pag. 14 segg.; PETER LIVER, Das Sottocenere im Mittelalter, in "Abhandlungen zur schweizerischen und bündnerischen Rechtsgeschichte", pag. 115 segg.; F. PARAVICINI, Beitrag zur Rechtsgeschichte des Luganese ..., Diss. Zurigo 1934, pag. 89 segg.; LOUIS AUREGLIA, Evolution du droit public du Canton du Tessin, Parigi 1916, pag. 80; ELSA POZZI/MOLO, L'amministrazione della giustizia nei Baliaggi appartenenti

ai Cantoni primitivi, 1953, pag. 38 segg.; G. LEPORI, Diritto costituzionale Ticinese, pag. 27, 29; GEORGES ANDRES E ALTRI: Nouvelle histoire de la Suisse et des Suisses, 2ème édition, Payot Lausanne, pagg. 236 segg., 362 seg.). b) Corre l'anno 1761. Bartolomeo P fu Antonio di Mugena consegna il proprio testamento al notaio Bartolomeo Insermini da Mugena in Lugano. c) L'8 maggio 1764, Bartolomeo P fu Antonio fa rogare dal notaio Giuseppe Cipriano Tarilli in Lugano un codicillo a detto testamento: spiega d'aver omesso di costituire, secondo l'incarico ricevuto dal defunto suo zio Pio Martino P un "certo legato perpetuo di fidecommesso della somma di lire dieci mille, moneta di Milano, da ricavarsi dai Luoghi di Monte (porzione in cui era diviso il capitale di un monte o di un banco, v. PERTILE, Storia del diritto italiano, vol. II, parte I, pag. 510), che tiene nella città di Firenze", da impiegarsi "sopra un fondo stabile qui esistente secondo la pia mente" del predetto zio, legato perpetuo per il quale ha "di già ottenuto il permesso, licenza e facoltà dal Lodevole Sindacato dell'anno 1761, come chiaramente n'appare dalli Atti della Cancelleria suprema". Per il caso che non potesse acquistare egli stesso qualche fondo stabile nella giurisdizione esistente per la menzionata somma, "sopra del quale imporre e fondare detto legato perpetuo ... a tenore della facoltà e permesso come sopra ottenuto", ha "in ogni miglior modo agravato ed agrava i di Lui SSri eredi nel citato suo Testamento chiamati ed istituiti" ad "acquistare tanti fondi, effetti stabili qui esistenti, col denaro proveniente come sopra, affine sopra di quelli venga fondato ed imposto il suddetto legato perpetuo di fidecommesso, senza poter mai né alienare i medesimi né parti di quelli". Premesso che le sue figlie, signorine Maria Agata e Maria Prudenza P, potranno goderne l'"annuo fitto, frutto e redito", finché entrambe, o una di esse, staranno nubili, ordina che detto annuo frutto dovrà ipso

facto cessare in caso di "collocamento temporale o spirituale" (= in caso si sposassero o prendessero il velo). Ciò verificandosi, tale annuo frutto dovrà "collare" nelle figlie legittime provenienti da linea mascolina delle tre famiglie P, cioè quelle di Bartolomeo e di Giuseppe P, furono Carlo, entrambi al momento in Mugena e quella di Francesco P, figlio di un altro defunto Carlo, che si trova in Gravesano. Ad esecutori di detta Pia mente nomina i reverendi curati "pro tempore" di Gravesano e Mugena e due deputati, da designare uno per comune dai detti comuni. A detti esecutori "dovrà restare perpetuamente... il maneggio e regolamento di detto legato ... indipendenti dalli chiamati e da qualunque altra persona": essi distribuiranno il frutto annuo proveniente dal fidecommisso "a titolo di un sussidio di dote" alle suddette figlie P in occasione del loro "maritaggio spirituale o temporale": fossero le predette figlie P maritate e non ve ne siano altre nubili, allora il frutto annuo del legato si dovrà dispensare in dote temporale o spirituale alle fanciulle di Gravesano e di Mugena "le quali frequentano la Dottrina Cristiana ed abbiano il Santo Timor di Dio", che avranno "maggior voto". Per la loro vigilanza, per l'esazione dell'annuo frutto e per altri loro "incomodi", i quattro esecutori possono anteparte prelevare dal frutto annuo lire venti di Milano da ripartire fra di loro. d) (29 ottobre 1766: Bartolomeo P fu Antonio, fa redigere dallo stesso notaio la dichiarazione secondo cui ha acquistato alcuni fondi e beni stabili in Manno; su tali beni immobili dovrà essere costituito il citato legato). e) (La data della morte di Bartolomeo P non consta. Consta però, da risoluzione 26 ottobre 1849 n. 64'729 del Consiglio di Stato, che gli amministratori del fidecommesso P erano in funzione sin dal 1815). f) Tra gli anni 1761-1766, in cui Bartolomeo P aveva fatto rogare le cennate disposizioni, e il 1815, epoca dov'è attestata l'entrata in funzione dei menzionati amministratori, eventi capitali si erano verificati. aa) La Repubblica elvetica una ed indivisibile (1798-1803) aveva messo fine ai baliaggi e creato i due Cantoni di Lugano e Bellinzona - organizzati come prefetture. La sua costituzione (art. 13) proclamava "che nessun immobile può esser dichiarato inalienabile ... che il diritto esclusivo di proprietà conduce alla schiavitù"; bb) L'Atto di mediazione di Napoleone (14 febbraio 1803) aveva a sua volta posto fine all'Elvetica e creato la Confederazione dei 19 Cantoni, tra i nuovi il Ticino. Una delle prime leggi adottate dal Gran Consiglio ticinese

fu quella del 16 giugno 1803 che ristabiliva "tutte le leggi civili, statuti, usi e consuetudini vigenti avanti la rivoluzione" (art. 1). g) Il primo codice civile ticinese del 13 giugno 1837 entra in vigore il primo gennaio 1838 (cfr. in proposito: GABRIELLO PATOCCHI, Gli influssi delle legislazioni straniere e degli statuti locali sul codice civile ticinese del 1837, Diss. Berna, Bellinzona 1961). Esso si appoggia al Code civil francese, ma nella sistematica ed in taluni particolari si ispira a quello austriaco, diffuso nella versione italiana nei possedimenti dell'Austria nell'Italia del Nord (E. HUBER, op.cit. vol. IV, pag. 189 con rinvii). All'art. 3 prevede che "la legge dispone solo per l'avvenire. Essa non ha effetto retroattivo". Sono abrogati "gli statuti e le consuetudini distrettuali" (art. 1318). Nel campo ereditario, ammette la sostituzione volgare illimitatamente (art. 352), limita ad una sola quella fede commissaria (art. 354) e proibisce le ulteriori sostituzioni ed ogni fedecommesso (art. 355). Con legge del 1o dicembre 1851, il Gran Consiglio - considerando "che dal codice civile sono state abolite le istituzioni fidecommissarie, ma rimane dubbio se quelle avvenute innanzi la attivazione del codice civile possono tuttavia legittimamente sussistere, e che l'interesse generale esige che i beni stabili siano svincolati da ogni perenne e obbligata trasmissione" - dichiara "cessati e risolti nell'attuale possessore i fidecommessi temporali o perpetui istituiti innanzi la attivazione del Codice Civile" (art. 1) e "proprietari assoluti e con piena e libera disposizione d'essi gli attuali utenti o possessori dei fide-commessi" (art. 2). Sono però "esclusi dalle suddette disposizioni i fide-commessi o legati perpetui o temporanei per gli studi, per le doti e per ogni altra destinazione di pubblica beneficenza" (art. 3). h) Nel 1850 gli amministratori del legato P ravvisarono l'opportunità di allestire un regolamento che determinasse il modo di procedere per l'assegnazione delle doti nei casi che non erano espressamente regolati nelle disposizioni codicillari. Si rivolsero per ciò all'avv. Camillo Bernasconi di Riva San Vitale, il quale fornì il suo parere (integralmente pubblicato in Rep. 1869, pag. 579 seg.) ed allestì un progetto di regolamento di 20 articoli, da sottoporre per sanzione all'autorità governativa e che "senza l'assenso della medesima (non avrebbe potuto) in avvenire esser variato o alterato" (loc.cit. pag. 587). Il Consiglio di Stato approvò, ma su causa dipendente da grida pubblicata nell'aprile del 1855 (v. Foglio officiale 1855, pag. 318 seg.), il Tribunale distrettuale

civile di Lugano, in prima, e la Camera civile d'appello, in seconda e ultima istanza, annullarono il regolamento, in sostanza perché "la volontà del testatore non racchiudendo cosa contraria alle leggi e all'ordine pubblico è legge essa medesima e vuol esser mantenuta", e perché "né gli amministratori presenti di detto legato, né le persone chiamate a fruirne possono contrarre convenzioni che obblighino gli amministratori ed i chiamati in futuro, perché i rispettivi diritti di questi in caso di controversia dovranno discutersi tra di loro e definirsi dal giudice ogni volta con separato giudizio" (loc.cit. pag. 559). Il Governo, con risoluzione 24 aprile 1856 n. 7961 dichiarò di non potersi ulteriormente ingerire su quest'oggetto (loc.cit., pag. 589, nota 1). i) Il secondo Codice civile ticinese del 15 novembre 1882 entra in vigore il primo gennaio 1883. Esso abroga il precedente del 1837; dispone che, quando la legge non contiene disposizioni, si avrà ricorso a quanto è prescritto in casi analoghi e, il difetto di analogia, alle disposizioni del diritto comune (art. 3). Regola come il suo predecessore, la sostituzione volgare (art. 505), quella fedecommissaria e il divieto dei fedecommessi (art. 507-508). Nella sezione relativa alla capacità di disporre e ricevere per testamento, detta che alle mani morte non si può lasciare più di una certa quota dell'asse, ma dispone che "a favore dello Stato, del comune, degli spedali o d'altri istituti o fondazioni di beneficenza od istruzione potrà disporsi dell'intero patrimonio, salva la porzione legittima agli eredi necessari". l) Il Codice civile svizzero, entrato in vigore il 1o gennaio 1912, dispone nell'art. 7 del suo titolo finale che le organizzazioni corporative, gli istituti e le fondazioni che hanno acquisito la personalità giuridica sotto la legge precedente, la conservano sotto questo codice, anche se non potessero acquistarla secondo le sue disposizioni (cpv. 1). Le persone giuridiche già esistenti, per la cui costituzione, secondo le prescrizioni della nuova legge

sarebbe necessaria l'iscrizione in un registro pubblico, devono, entro il termine di cinque anni dall'entrata in vigore della medesima, ottenere questa iscrizione, anche se non era prescritta dal diritto anteriore; decorso questo termine senza esser iscritte, la loro personalità non è più riconosciuta. m) (I beni stabili in Manno furono iscritti sin dall'inizio nei catastrini di Manno sotto la denominazione "legato Bartolomeo P". Non risulta invece che gli amministratori dell'epoca, entro il termine fissato dall'art. 7 Tit.fin. CC, scadente il 1o gennaio 1917, abbiano chiesto alcuna iscrizione in pubblici registri [RC]). n) (1962: costituzione della Fondazione P Bartolomeo. La Fondazione ha esattamente gli scopi che sono descritti nel codicillo del 1764, ed i suoi

organi corrispondono a quelli ivi previsti; ad essa sono attribuiti tutti i beni immobili in territorio di Manno sin qui intavolati nei catastrini comunali al "legato Bartolomeo P". Con risoluzione 20 dicembre 1962 il Dipartimento dell'interno prende atto della fondazione e ne assume la vigilanza. Il 27 dicembre 1962 la fondazione è iscritta a RC). o) 1966/69 e 1974 - Parte dei fondi intestati alla "Fondazione Bartolomeo P" sono espropriati dalle FFS. p) (1979. Sorgono difficoltà con l'autorità di vigilanza. L'amministrazione della fondazione chiede ad un giurista un parere circa il "fedecommesso" istituito col codicillo testamentario del 1764 e la fondazione costituita nel 1962. Il parere, datato 1o febbraio 1979, giunge alla conclusione che il cosiddetto "legato Bartolomeo P" non ha mai costituito una fondazione o altro ente con personalità giuridica propria, ma un fedecommesso; i beni che lo compongono, gravati dei noti oneri per la costituzione di doti, si sono quindi trasmessi, di generazione in generazione, agli Eredi di Bartolomeo P fu Antonio, anche se solo nudi-proprietari; detto fedecommesso è sopravvissuto a tutti i mutamenti legislativi che si son descritti sopra; la trasformazione del 1962 del "legato Bartolomeo P" in fondazione è radicalmente nulla, perché effettuata da amministratori che non ne avevano la facoltà senza il consenso dei nudi-proprietari. Tale nullità non è stata sanata né dalla circostanza che - materialmente - la fondazione ha scopi identici a quelli espressi dal testatore nel codicillo, né dall'iscrizione a RC). q) (Trattative al fine di trovare una via per uscire dall'imbrogliata situazione con la partecipazione della Fondazione Bartolomeo P stessa, rappresentata dall'autore del cennato parere, di E discendente di uno dei capistipite delle tre famiglie le cui fanciulle possono pretendere di esser dotate giusta il noto codicillo, pure assistito da avvocato, dell'autorità fiscale ticinese e dell'autorità di vigilanza stessa. Il risultato di queste trattative può esser così riassunto: E, tramite procedura giudiziaria, farà intestare a sé stesso i beni immobili (e mobili) iscritti alla "Fondazione Bartolomeo P", per immediatamente ritrasferirli - dedotta una tacitazione di fr. 400'000.- a suo favore - ad una nuova "Fondazione P", da lui costituenda, la quale non avrà più lo scopo di dotare le fanciulle P, risp. quelle di Gravesano e Mugena, ma genericamente "l'intervento a favore della gioventù dei Comuni di Gravesano e Mugena"; l'amministrazione della nuova Fondazione sarà identica a quella di prima: 4 persone, cioè i parroci protempore, o in loro mancanza gli economi

spirituali dei due Comuni, nonché un delegato di ogni Comune). r) L'accordo viene attuato con gli atti seguenti:
1o Su istanza di E, il Pretore di Lugano-Distretto accerta con decisione 22 dicembre 1982 la proprietà dell'istante sui fondi in Manno rimasti dopo l'espropriazione ed ordina all'Ufficiale dei Registri di rettificarne l'intestazione. La procedura è quella non contenziosa di camera di consiglio prevista dalla legge ticinese di attuazione del CC (LAC, art. 2 n. 14) per l'applicazione dell'art. 662 CC (prescrizione acquisitiva straordinaria). La decisione è stata preceduta dalla pubblicazione di una grida nel FU diffidante altri eventuali interessati ad annunciarsi entro termine perentorio; nei considerandi il Pretore rileva che la procedura "si è resa necessaria al fine di consen-

tire la ratifica della costituzione della Fondazione da parte del discendente maschio superstite dei P". 2o Con istromento del 16 dicembre 1983, rogato dal notaio autore del parere di cui si è detto, E costituisce la nuova "Fondazione P", le conferisce tutti i beni immobili di Manno che non formarono oggetto dell'espropriazione, oltre capitali per ca fr. 690'000.-. La nuova fondazione è iscritta a RC il 31 gennaio 1984; l'autorità di vigilanza ne aveva assunto la sorveglianza il precedente 17 gennaio. 3o (Lo stesso 17 gennaio 1984 l'autorità di vigilanza dichiara soppressa la "Fondazione P Bartolomeo").

4. (Necessità di approfondire, ai fini dell'applicazione dell'art. 103 LEspr, il quesito della validità o meno della Fondazione Bartolomeo P. Nella misura in cui per tale esame è applicabile il diritto cantonale previgente al CC, l'esame del Tribunale federale, adito con un ricorso di diritto amministrativo, è ristretto all'arbitrio e alla disparità di trattamento come se si trattasse di un ricorso di diritto pubblico [DTF 120 Ib 220 consid. 4b, DTF 118 Ib 237 consid. 1b, DTF 118 Ia 10 consid. 1b con rinvii]).

5. a) Il parere omette anzitutto di considerare un fatto rilevante e incontroverso. Se è vero che nel codicillo dell'8 maggio 1764 Bartolomeo P fu Antonio incarica gli eredi da lui istituiti nel testamento - non rintracciato - del 1761 di acquistare i fondi su cui costituire il legato, è altrettanto certo però che tale incarico testamentario è divenuto senza oggetto: Bartolomeo P stesso ha reperito ed acquistato i fondi adatti nel 1765 e precisa che su di essi si ha da costituire il legato. Alla di lui morte, l'azienda di Bosciorina fa quindi parte della successione.

b) Risulta d'altra parte dagli atti - e non è rilevato nel parere - che i quattro amministratori sono in funzione già nel 1815. Ciò significa non solo che Bartolomeo P è deceduto prima di quell'anno poco importa se sotto i Baliaggi, o l'Elvetica, o dopo l'Atto di mediazione -, ma anche che al più tardi in quell'anno era cessato l'usufrutto riservato dal codicillo alle due figlie Maria Agata e Maria Prudenza P. c) Abbracciata la tesi del fedecommesso, il parere non ha approfondito se nel diritto cantonale previgente si riscontrassero istituti assimilabili alle fondazioni che il nuovo diritto doveva poi prevedere e regolare negli art. 52 cpv. 1 e 2 e 80 - 89 CC. Certo, solo poche legislazioni cantonali anteriori all'introduzione del CC menzionavano espressamente e regolavano la fondazione: i Grigioni, Zurigo e i Cantoni che lo imitavano e Glarona (E. HUBER, op.cit., vol. I, 172/176). Ma ciò non significa affatto che, negli altri Cantoni, l'istituto non esistesse. Per limitarsi alla giurisprudenza del Tribunale federale, vedansi, per il Canton Friborgo, DTF 46 II 322 segg. e, per il Ticino, la sentenza 19 maggio 1920 in re Legato Eini-Giudici c. Attilio Giudici, citata nella predetta DTF 46 II 327, ed integralmente apparsa in Rep. 1921, pagg. 49 segg., alla quale per brevità si rinvia. Se il diritto ticinese anteriore al CC non regolava le fondazioni, esso però le menzionava, riconoscendone l'esistenza. Così, la legge organica comunale del 13 giugno 1854 (Raccolta generale delle leggi, dei decreti e delle convenzioni dal 1803 a tutto il 1864 in vigore nel Cantone Ticino - Lugano, tipografia e litografia cantonale, 1865, pagg. 252, 260/61) all'art. 80 lett. l attribuiva alle municipalità di "amministrare gli ospitali ed altri luoghi pii, legati, fondi o capitali per i poveri; oppure di esigere ogni anno un regolare conto-reso, quando l'amministrazione ne sia devoluta ad altri in forza delle rispettive fondiarie". Su codesta disposizione, oltre che sull'art. 3 CC cantonale del 1882 (rinvio al diritto comune, supra, consid. 3 l), si erano fondate le autorità giudiziarie ticinesi per riconoscere al "legato Eini" - eretto con testamento del 1880 e destinato a sussidi per gli studi "per un giovanetto del Comune di Giornico ... (con) preferenza al più povero e più intelligente" - il carattere di una fondazione, che aveva acquisito fin dall'inizio, come ente morale, la personalità giuridica (sentenza TF citata, Rep. 1921, pag. 53). Il che aveva indotto il Tribunale federale - sia pur per ragioni di procedura - a ritenere che il legato era una fondazione e come tale godeva della personalità giuridica anche secondo i disposti del CC (ibidem, pag. 54, consid. 2 in fine).

d) Oltre aver omesso tale ricerca, il parere si è appoggiato unicamente sul termine di "fedecommesso" usato nel codicillo del 1764, trascurando di avvertire che - accanto a questo - ricorrevano anche le espressioni "legato perpetuo", "Pia mente" che stanno a designare un lascito, un"'opera pia", un "beneficio". Ma, soprattutto, il parere ha omesso di approfondire quale fosse l'effettiva volontà del testatore, determinante per l'interpretazione delle disposizioni a causa di morte (cfr. DTF 93 II 444 con rif.). Ora, a prescindere dalla menzione degli "eredi istituiti" nel non rintracciato testamento del 1761, incaricati di acquistare i fondi ove il testatore stesso non fosse riuscito a comprarli - come poi accadde -, nulla assolutamente fa ritenere che il testatore Bartolomeo P fu Antonio intendesse che la proprietà dei fondi passasse ai capistipite maschili delle citate tre famiglie (cioè a Giuseppe e Bartolomeo P furono Carlo, ed a Francesco P "figlio di un altro defunto Carlo"). D'altronde, anche se non è stata affrontata l'opera ardua ma non impossibile di ricostruire queste genealogie, due fatti sono da ritener per certi in base agli atti esistenti: a) che le tre predette persone sicuramente non erano discendenti del testatore, ma tutt'al più suoi parenti in linea laterale e b) che la funzione che il testatore loro attribuiva non era quella di raccogliere l'eredità o il lascito per trasmetterlo intatto ai loro discendenti maschi (o al più anziano, come nel maggiorasco), ma quella di metter al mondo - in nozze legittime - fanciulle che, sposandosi o prendendo il velo, avrebbero poi avuto diritto alle doti costituite coi redditi dell'Azienda Bosciorina. Mancando nella discendenza maschile dei prefati tali fanciulle, l'annuo reddito - come s'è visto - doveva profittare ad altre ragazze di Gravesano e Mugena che andassero a nozze: il che faceva del lascito un lascito misto, non esclusivamente di famiglia. Faceva inoltre difetto una caratteristica essenziale del fedecommesso: quella per cui l'erede fedecommissario - rispettati eventuali oneri ricorrenti di cui il fedecommesso fosse gravato (quali ad es. quello di far celebrare messe per l'anima del defunto testatore) - ha vita sua natural durante l'uso e il godimento dei beni che lo costituiscono (RIEMER, in Berner Kommentar, 3a edizione, Personenrecht, 3. Abteilung, Die juristischen Personen, Dritter Teilband, Die Stiftungen, Systematischer Teil, n. 133 segg.): è infatti palese che nessuno dei membri delle citate tre famiglie P ha mai avuto il possesso dell'azienda agricola di Bosciorina. Che così siano state le cose, è confermato da una circostanza che risulta dagli atti. Achille P fu Francesco da Breno, la cui sorella consanguinea

Carmen riceverà poi nel 1950 un sussidio dotale, notifica con lettera dell'8 gennaio 1940 agli amministratori del legato la nascita del figlio E, avvenuta il 10 luglio 1936, specificando agli amministratori che "le figlie che potrebbero arrivare al mio figlio sopracitato quando venisse a sposarsi avranno diritto al sussidio". Gli amministratori del legato gli danno riscontro il 10 gennaio 1941, assicurando che "tutto sarà fatto per l'iscrizione nei registri del Pio legato P; e che in conformità della fondiaria, le figlie che ne potrebbero derivare avranno diritto al sussidio". e) Adottata a torto la tesi del fedecommesso, l'autore del parere rileva però con ragione che l'istituzione fedecommissaria, pur se é definita perpetua, "può estinguersi se non ci sono più eredi cui trasmettere il bene vincolato al fedecommesso. In questo caso, l'ultimo proprietario potrebbe devolverlo ai suoi eredi legittimi o testamentari; egli potrebbe certamente anche disporre che il bene vincolato al fedecommesso venga convertito in una fondazione". Alla nota 55 (pag. 33) l'autore del parere aggiunge: "certamente anche il testatore avrebbe potuto disporre che nel caso di estinzione del fedecommesso si sarebbe dovuto costituire una fondazione" (sottintendendo: ma non l'ha fatto). Ora, proprio queste corrette esposizioni circa l'istituto del fedecommesso avrebbero dovuto condurre l'autore della perizia a scartare tale ipotesi, siccome chiaramente contraria alla volontà effettiva di Bartolomeo P fu Antonio. Il testatore, infatti, ha manifestamente voluto escludere tale possibilità, perché ha disposto che i redditi della Bosciorina, in mancanza di fanciulle P da maritare, fossero devoluti a dotare altre ragazze meritevoli di Gravesano e Mugena (v. in proposito Rep. 1869 pagg. 579 segg., nota 1, pag. 580).
f) Né argomenti a favore di un fidecommesso piuttosto che di una fondazione possono trarsi dalla già citata

sentenza del Tribunale di appello, contrariamente a quanto sembra fare l'autore del parere: il tema non formava oggetto del litigio; la sentenza impiega indifferentemente i termini di "fedecommesso", "Pia mente", "legato fedecommissario"; infine, essa non si riferisce ad eredi, ma parla degli amministratori e dei fruitori attuali del legato in relazione con gli amministratori e fruitori futuri. g) Infine, il parere non ha tenuto conto della giurisprudenza cantonale del secolo scorso inerente alla differenza fra il fedecommesso, da un lato, e la creazione di un ente provvisto di personalità morale (beneficio laicale e simili) analogo se non identico alla fondazione del CC dall'altro. Accanto alla già ricordata sentenza relativa al "legato Eini",

particolarmente significativo è il giudizio 7 dicembre 1870 del Tribunale civile di Lugano concernente l'istituzione Bollina, confermato il 3 aprile 1871 dalla Camera civile di appello e integralmente pubblicato in Rep. 1871, pagg. 241 segg., perchè relativo ad una fattispecie quasi identica a quella di cui qui si tratta. In questa sentenza le autorità cantonali hanno infatti ritenuto che un'istituzione di messe perpetue fatta con speciale dotazione e col conferimento del diritto di amministrare la dote medesima e di nominare il cappellano celebrante doveva essere considerata un beneficio laicale di ius patronato, cioè un'opera pia, "persona morale proprietaria dei beni", e che il fatto di aver assicurato la continuità dell'amministrazione in una determinata linea, non faceva dell'istituzione Bollina - fosse poi essa da considerarsi Beneficio o legato perpetuo o causa Pia - un fedecommesso, per cui a detta istituzione era inapplicabile la legge di soppressione del 1851. La decisione richiama analoga sentenza del Tribunale di appello dell'11 marzo 1853 in re Morosini c. Morosini relativa all'istituzione Trogher, che non era stata considerata un fidecommesso ma una causa Pia, perché agli amministratori non era stata lasciata la proprietà della cosa, ma unicamente la parte dei redditi eccedenti la quantità ordinata a favore della causa Pia. Infine nel novero dei "legati" del secolo scorso che vennero considerati come fondazioni aventi personalità giuridica propria, anche se amministrati da un Comune (Città di Lugano) e furono conservati come tali nel nuovo diritto - previa l'iscrizione a RC entro fine 1916 prevista dall'art. 7 cpv. 2 Tit.fin. CC - va menzionato il celebre caso della "Villa Malpensata", legata dal munifico Antonio Caccia alla Città di Lugano con testamento del 15 ottobre 1891 (Rep. 1917, pag. 41/61, decisione della Commissione dell'amministrativo del Gran Consiglio in re Lampugnani c. Comune di Lugano). La decisione è interessante anche perchè ricorda il numero elevato di fondazioni di questo tipo esistenti in Ticino risultante da una statistica allestita dal Dipartimento Interni (pag. 53/54). h) Da quanto sopra esposto, si deve concludere che, contrariamente all'opinione insostenibile espressa nel citato parere, il "legato Bartolomeo P", sotto il regime del cessato diritto cantonale, aveva personalità giuridica.

6. Trattandosi tuttavia di una fondazione mista - e non di una pura fondazione di famiglia - il legato Bartolomeo P avrebbe però dovuto ottenere entro cinque anni dall'entrata in vigore del CC l'iscrizione a RC (art. 7 cpv. 2 Tit.fin. in relazione con gli art. 52 cpv. 1 e 2, 81 cpv. 2

CC, MUTZNER, in Berner Kommentar, 2a edizione, n. 9 ad art. 7 Tit.fin., RIEMER, op.cit., Systematischer Teil, n. 526 segg.). Non avendo conseguito tale iscrizione, esso ha perso la personalità giuridica in virtù della legge il 1o gennaio 1917 (cfr. DTF 46 II 326). Non consta tuttavia che il suo patrimonio sia stato raccolto dagli enti pubblici (i Comuni di Gravesano e Mugena, cui apparteneva secondo la sua destinazione - cfr. art. 57 cpv. 1 CC e DTF 47 II 328 in alto -): consta invece che il legato P - ormai persona di solo apparenza - ha continuato a funzionare e, segnatamente, a distribuire doti. La perdita della personalità giuridica in virtù dei citati disposti

non è peraltro irrimediabile: il vincolo del patrimonio allo scopo contenuto nell'atto di fondazione permane, e la situazione giuridica è analoga a quella che - vigente il nuovo diritto - sussiste tra il momento in cui la fondazione è validamente istituita ed il momento in cui è iscritta a RC: unica condizione per il riacquisto della personalità è che siano rispettate le condizioni materiali e formali poste dal nuovo diritto, se necessario con l'intervento dell'autorità di vigilanza (cfr. art. 83 cpv. 2 CC, MUTZNER, loc.cit. n. 10). A queste esigenze ha risposto l'istromento 5 gennaio 1962 nei rogiti del notaio B, approvato dall'autorità di vigilanza. In particolare, detto atto di fondazione ha ripreso senza alcuna variazione gli scopi perseguiti dal fondatore nel codicillo del 1764; la nuova "Fondazione P Bartolomeo" ha assunto tutti i beni patrimoniali esistenti ed ha conseguito con l'iscrizione a RC la personalità giuridica il 27 dicembre 1962. È vero che, al momento in cui quest'atto pubblico fu rogato, i diritti derivanti dall'atto di fondazione erano prescritti, il termine decennale iniziato il 1o gennaio 1917 essendo spirato il 1o gennaio 1927 (MUTZNER, loc.cit., n. 10; RIEMER, op.cit., Syst. Teil, n. 526 e n. 5 ad art. 88/89). Ma ciò non nuoce: non consta infatti che i Comuni di Gravesano e di Mugena, che avevano i propri rappresentanti nell'amministrazione del legato, si siano opposti a tale sistemazione, né che abbiano comunque rivendicato il patrimonio decaduto a loro favore. Essi hanno quindi tacitamente approvato la creazione della fondazione, cui d'altronde avrebbero potuto essi stessi provvedere (MUTZNER, ibidem, con riferimento a ZBJV 54, 239 segg.). Comunque sia, è da ritenere che l'approvazione dell'autorità di vigilanza e l'iscrizione a RC abbiano sanato ogni eventuale manchevolezza. Si deve cosí concludere che la procedura espropriativa aperta il 7 gennaio 1967 dal Presidente della CFS su istanza 7 novembre 1966 delle FFS fu diretta contro la legittima proprietaria dei fondi e non, contrariamente a

quanto asserito nel citato parere, contro una persona giuridica inesistente, di mera apparenza.

7. (Esame delle procedure giudiziaria e amministrativa che hanno condotto alla soppressione della vecchia fondazione con contemporanea creazione della nuova di altro scopo).

8. (Lasciata aperta la questione di sapere se la sentenza 22 dicembre 1982 del Pretore, resa in applicazione dell'art. 662 cpv. 2 CC, ed affetta da gravi vizi, non sia radicalmente nulla, atteso che il dispositivo della sentenza, al quale soltanto spetterebbe la forza di cosa giudicata (DTF 78 I 104, DTF 99 II 172, DTF 101 II 375, DTF 109 II 436 consid. 1), si limita ad ordinare l'iscrizione al nome di E di fondi non toccati dall'espropriazione, il cui destino è indifferente per giudicare sull'esistenza di un diritto di retrocessione ai sensi dell'art. 103 LEspr. Ciò sarebbe il caso perfino ove si volesse ritenere che detti fondi formassero un'unità aziendale con quelli espropriati [cfr. fatti e HESS/WEIBEL, Das Enteignungsrecht des Bundes, 1986, n. 3 ad art. 103 LEspr]).

9. Anche la procedura seguita dall'autorità di vigilanza nel quadro dell'accordo preventivo, di cui si è detto, non è esente da pecche. a) Emerge dagli atti che gli amministratori della fondazione erano da tempo animati dal comprensibile desiderio di mutare lo scopo della fondazione - la costituzione di doti - adeguandolo alle profonde modificazioni sociali intervenute, senza peraltro tradire lo spirito che aveva animato il suo remoto istitutore. V'era da tener conto cioè della scomparsa di quella società rurale, che esisteva nel Settecento, era perdurata nell'Ottocento, ma aveva cominciato a irresistibilmente declinare verso l'inizio di questo secolo. Lo scopo del legato, poi fondazione - cioè la costituzione di doti, fossero esse per le ragazze P o per quelle dei due Comuni - aveva perso l'importanza che rivestiva sotto il regime dei Baliaggi ed ancora nell'Ottocento (cfr. circa la preterizione delle figlie ed il genere delle donne nell'ambito successorio: CARLO POMETTA, op.cit., pag. 42 segg., 76 segg.; PATOCCHI, op.cit. pag. 135 segg. e nota 8; vedi anche, nell'edizione del 1874 del CC 1837, le successive regressive mutazioni fatte subire all'originale art. 451 CC 1837, che - audacemente per l'epoca - aveva istituito l'uguaglianza fra femmine e maschi nella successione). D'altra parte, anche la modificazione della struttura e della consistenza del patrimonio della fondazione poteva - accanto al cennato mutamento delle

condizioni sociali - costituire motivo per un aggiornamento dello scopo (cfr. RIEMER, op.cit., ad art. 85/86, n. 10, pag. 615 in basso). b) La trasformazione della fondazione mista per doti in altra di più largo respiro (a favore della gioventù dei due Comuni), comportava anzitutto l'abbandono del legame con le figlie della discendenza mascolina dei P, cioè l'eliminazione della componente fondazione di famiglia. Per questo, era necessaria o quantomeno opportuna l'adesione di E, incontestatamente unico rappresentante della schiatta, a quell'epoca, secondo gli atti, celibe, ma pur sempre in grado di dar vita a future e prioritarie beneficiarie di doti. Sotto questo profilo la partecipazione di E alla procedura non presta quindi, come tale, il fianco a critica. c) La modificazione del fine della fondazione avrebbe però richiesto l'intervento dell'autorità cantonale competente prevista dall'art. 86 CC, agente dietro proposta dell'autorità di vigilanza e sentito l'organo superiore della fondazione. Nel Cantone Ticino, tale autorità è il Consiglio di Stato (art. 16 cpv. 3 n. 5 LAC). Se tale via fosse stata osservata, non vi sarebbe stata alcuna necessità di ricorrere alla procedura di Camera di Consiglio davanti al Pretore, né, rispettivamente, alla parallela costituzione della seconda fondazione. Raccolta l'adesione di E all'eliminazione (dietro ragionevole compenso se del caso) della componente fondazione di famiglia, il Consiglio di Stato avrebbe potuto procedere alla modificazione dello scopo lasciando sussistere la "Fondazione Bartolomeo P" originaria. d) La ragione per la quale tale via non è stata seguita va indubbiamente scorta nella facilità con la quale l'autorità di vigilanza - senza procedere ad un sufficiente controllo - si è adagiata alle erronee conclusioni cui era pervenuto il noto parere (nullità della fondazione), non solo, ma ad ammettere addirittura - ciò che il parere non asseriva - che E fosse il (nudo) proprietario del patrimonio. Infatti - anche a voler supporre, con il parere, che all'ente creato con il noto codicillo avesse fatto difetto sotto il cessato diritto cantonale la personalità giuridica, trattandosi di un fedecommesso - non sussisteva la minima prova che detta persona fosse l'unico discendente e quindi l'erede di Bartolomeo P fu Antonio: anzi era provato il contrario. D'altronde nella decisione di soppressione della fondazione del 17 gennaio 1984, l'autorità di vigilanza, manifestamente consapevole della discutibilità della nullità radicale della fondazione, adduce a suffragio della decretata soppressione la scomparsa del patrimonio, omettendo però di considerare che - almeno per quanto

riguarda l'ingente patrimonio mobiliare al quale manifestamente la sentenza del Pretore, fondata sull'art. 662 CC, non poteva applicarsi - tale scomparsa era da attribuire esclusivamente alla adesione della stessa autorità di vigilanza al noto parere ed alla procedura suggerita per uscire da una situazione ritenuta (a torto) inestricabile. e) A differenza delle persone giuridiche organizzate corporativamente, la fondazione non possiede il diritto di decidere il proprio scioglimento: né gli organi della fondazione, né il fondatore, né i beneficiari o altri interessati possono validamente decidere tale scioglimento (per tutti: RIEMER, op.cit., Systematischer Teil, n. 24; ad art. 88/89 n. 4). Tale divieto, che è implicito nella nozione stessa di fondazione, si estende di massima anche all'alienazione del patrimonio della fondazione. Atti che contravvengono a tale divieto sono per principio inficiati di nullità assoluta; cadono sotto il divieto pure i negozi giuridici stipulati con terzi e gli atti processuali (transazione, recesso, adesione alla domanda) che conducono alla liquidazione della causa senza esame del merito, e che hanno per scopo o come conseguenza la dissoluzione della fondazione o l'alienazione del suo patrimonio (RIEMER, ad art. 88/89 n. 4 e la dottrina e giurisprudenza ivi citata, segnatamente DTF 71 I 454 segg. particolarmente 455/456 e 459 segg.). Nel caso in esame, non si giustifica tuttavia di applicare tali rigorosi principi relativi alla nullità assoluta degli atti volti all'alienazione del patrimonio della fondazione. Formalmente, anche se irregolare, la macchinosa procedura messa in atto ha anzitutto raccolto il preventivo consenso dell'autorità di vigilanza. Materialmente, essa non perseguiva il fine di alienare definitivamente il pa-

trimonio della fondazione, rendendola priva del suo sostrato economico, ma quello di trasferire i beni - previa liquidazione del compenso concordato con E per la sua adesione alla soppressione della componente fondazione di famiglia - ad una fondazione non più mista ma ordinaria. Tenendo conto dei profondi rivolgimenti sociali ed economici intervenuti nei due secoli trascorsi e della modificata struttura e consistenza del patrimonio, il fine della nuova fondazione poteva considerarsi consono alla volontà dell'originario istitutore. Anche gli amministratori della nuova fondazione coincidevano con quella della precedente, e il modo della loro designazione riprendeva quello voluto dall'istitutore originario. L'alienazione delle proprietà della fondazione ad E era condizionata alla fondazione da parte di costui della nuova persona giuridica, alla quale

l'integralità del patrimonio - eccezion fatta per il compenso di cui s'è detto - doveva immediatamente esser ritrasferita. E non ha conferito alla nuova fondazione nulla di suo, ma ha funzionato da tramite per riportare in essa quanto apparteneva alla vecchia. Considerata nel suo complesso, la procedura messa in atto, seppur singolare, non ha quindi avuto un effetto assolutamente inconciliabile con la natura stessa della fondazione consacrata nel CC. Segnatamente, trasferimenti patrimoniali che appaiono giustificati da validi motivi da una fondazione ad altro ente, che offra garanzia per la loro utilizzazione nel quadro dello scopo della fondazione primitiva, non sono illeciti e non può esser denegata loro l'approvazione da parte dell'autorità di vigilanza (RIEMER, op.cit., Systematischer Teil, n. 30, pagg. 41/42, n. 67 segg. (68) ad art. 88/89, n. 87 ad art. 84, n. 106 ad art. 85/86). Certo, con gli accorgimenti procedurali che furono concordati, contemporanea soppressione della fondazione mista esistente e costituzione della nuova fondazione ordinaria con mutamento dello scopo, sono stati sottratti al Consiglio di Stato l'esame e l'approvazione della modifica dello scopo della fondazione originaria, come pure l'esame dell'adeguatezza del compenso finanziario accordato a E in contropartita della sua adesione all'eliminazione della componente fondazione di famiglia, connesso con il mutamento del fine. Ma tale vizio - che comunque non ha avuto come res inter alios acta ripercussioni per le FFS - può comunque ritenersi superato e sanato dalla radiazione e rispettivamente dall'iscrizione a RC e a RF, che risalgono al 1985 e che nessuno ha impugnato.

10. a) (Interpretata secondo il principio dell'affidamento la Convenzione aggiuntiva 4 novembre/12 dicembre 1974 non ha comportato una rinuncia della Fondazione Bartolomeo P ad ogni diritto di retrocessione). b) (L'espropriazione aperta col decreto 10 gennaio 1967 del Presidente della CFS ricade nel novero delle espropriazioni preventive per il futuro ampliamento di un'opera (art. 4, lett. a, ultima parte della frase, art. 27 cpv. 3 LEspr.), per la cui attuazione l'espropriante dispone di un termine di venticinque anni [art. 102 cpv. 1 lett. b]). c) Del patrimonio della radiata "Fondazione Bartolomeo P", prima che fosse transitoriamente trasferito sotto le condizioni e con le finalità che si sono illustrate ad E, faceva quindi indubbiamente parte anche il virtuale diritto alla retrocessione del fondo espropriato in via preventiva

(art. 103 LEspr). Tale diritto sarebbe diventato attuale, ove si fossero realizzate le condizioni per il suo esercizio. Contrariamente all'opinione delle ricorrenti, il fatto che, negli atti che si sono sin qui esaminati (verbali e carteggio degli organi della fondazione, dell'autorità di vigilanza, atto di fondazione dettato da E, decisioni prese dall'autorità di vigilanza) non ne venga fatta menzione non è rilevante ai fini del giudizio: le parti, rispettivamente le autorità che erano implicate in quelle trattative non avevano motivo di ritenere, a quell'epoca, che detto diritto sarebbe diventato attuale a seguito di disposizioni che l'ente espropriante avrebbe in seguito

prese, rispettivamente di omissioni in cui egli sarebbe incorso in futuro. Dal fatto che quegli atti non facciano menzione della retrocessione non può quindi esser dedotta una qualsiasi rinunzia all'esercizio di tale diritto, ove esso fosse divenuto attuale. Sotto questo profilo la censura delle FFS è priva di consistenza.

11. Resta pertanto da esaminare se il diritto di richiedere la retrocessione che apparteneva alla Fondazione Bartolomeo P si sia estinto - come pretendono le ricorrenti - con la soppressione della fondazione decretata dall'autorità di vigilanza e la radiazione dal RC, oppure se tale diritto sia da considerare trasferito alla nuova Fondazione P, iscritta a RC lo stesso giorno a domanda dell'autorità di vigilanza. a) L'art. 103 LEspr attribuisce l'esercizio del diritto alla retrocessione al precedente proprietario o ai suoi eredi. Nel caso in cui sia stata espropriata solo una porzione di un fondo oppure una servitù prediale, l'esercizio del diritto è subordinato all'ulteriore condizione che l'espropriato o i suoi eredi siano ancora proprietari della porzione residua del fondo, rispettivamente del fondo dominante. Nella recente sentenza del 22 agosto 1994 in re FFS c. Consorzio del Vedeggio, pubblicata in DTF 120 Ib 215 segg., il Tribunale federale ha illustrato la genesi di questa particolare disposizione, che diverge dal progetto del Consiglio federale, ed è intesa a sottolineare il carattere personale del diritto alla retrocessione, che non è cedibile ad un qualsiasi acquirente del fondo residuo, rispettivamente di quello già dominante. Il legislatore ha voluto riservare il diritto alla retrocessione a chi - come l'originario espropriato ed i suoi eredi - possa accampare, accanto ad interessi puramente politico-economici, anche ragioni di equità, il che appunto non è il caso per un qualsiasi acquirente a titolo particolare (sentenza citata, DTF 120 Ib 218 seg. consid. 3a).

In quella sentenza il Tribunale federale, dopo aver rilevato come questa condizione aggiuntiva stabilita dalla seconda frase dell'art. 103 LEspr si applichi anche quando espropriata è una persona giuridica, si è anzi chiesto, - senza risolvere il problema - se, nel caso della persona giuridica, non debbano esser introdotte, in interpretazione teleologica della legge, limitazioni supplementari per rispetto alle persone fisiche anche per l'espropriazione totale di un fondo, allorquando la persona giuridica originariamente espropriata - pur rimanendo identica dal punto di vista formale - abbia subito radicali mutamenti, segnatamente circa il suo scopo, oppure abbia avuto luogo un'alienazione del mero mantello azionario (DTF 120 Ib 218 seg. consid. 3b). Come si vedrà, anche nel presente caso, non sarà necessario approfondire ulteriormente tale questione: giova tuttavia l'accenno a questa problematica, perchè essa si inserisce nel quadro dell'interpretazione teleologica della norma, di cui si è avvalso il Tribunale federale per risolvere quel caso. b) Come s'è visto, l'art. 103 LEspr è modellato sul caso in cui l'espropriato originale sia una persona fisica, che sola può avere eredi in senso civilistico. La norma è silente per il caso della persona giuridica: dal suo testo si può solamente dedurre che, ove la persona giuridica abbia cessato di esistere in seguito a scioglimento deciso dai suoi membri o azionisti, come avviene per le persone giuridiche organizzate corporativamente, con la sua scomparsa si estingue anche il diritto alla retrocessione di cui all'art. 103 LEspr.
Silente è la legge per il caso in cui la persona giuridica originariamente espropriata abbia sì cessato di esistere, ma ad essa ne sia subentrata un'altra a titolo universale, come nei casi di fusione e dell'assorbimento di una società da parte di un'altra. Secondo la dottrina (HESS/WEIBEL, op.cit., n. 1 ad art. 103 LEspr) al caso della successione ereditaria per le persone fisiche dovrebbero essere equiparate contro la lettera della legge (o colmando la lacuna insita nel testo) altri casi di successione universale: a quest'opinione dottrinale le stesse FFS hanno d'altronde aderito (cfr. sentenza citata, consid. 1c). Il Tribunale federale, nel cennato giudizio, pur evitando di dettare una regola generale per i motivi che si sono ricordati sopra, ha ritenuto giustificato parificare alla situazione riservata dall'art. 103 LEspr agli eredi di una persona fisica quella di un nuovo consorzio di arginatura del diritto pubblico cantonale creato dall'autorità cantonale competente allo scopo di sostituire due precedenti consorzi di analoga funzione, contemporaneamente soppressi, e questo nonostante avessero avuto luogo un ampliamento del comprensorio

complessivo, una redifinizione dello scopo ed un mutamento della cerchia dei membri del Consorzio, limitata a soli enti pubblici con esclusione dei privati (DTF 120 Ib 223 seg. consid. 5). c) Nel caso di specie, si tratta di una fondazione (mista), che per sua natura non possiede la facoltà di decidere il proprio scioglimento, né di modificare il proprio scopo, né in via di massima di alienare il proprio patrimonio (supra, consid. 8e): tali atti esigono l'intervento dell'autorità di vigilanza o di quella di modificazione (Umwandlung) prevista dall'art. 86 CC. La modificazione dello scopo di una fondazione in applicazione dell'art. 86 CC non comporta manifestamente, di per sé, alcuna estinzione di un diritto di retrocessione, che competesse a tale fondazione in virtù dell'art. 103 LEspr; lo stesso deve dirsi della trasformazione di una fondazione mista in una fondazione ordinaria: non si avverte infatti una giustificazione qualsiasi per imporre, in virtù dell'art. 103 LEspr, una simile perdita patrimoniale alla fondazione che persegue un fine riconosciuto di pubblica utilità. Certo, il caso in esame si distingue da quello ora ipotizzato per il fatto che - invece di procedere alla modificazione dell'organizzazione (art. 85 CC) o dello scopo della fondazione (art. 86 CC) - l'autorità cantonale, in seguito ai dubbi che a torto nutriva circa la validità della fondazione, ha instaurato o si è prestata alla macchinosa procedura, che comunque si è conclusa contemporaneamente con la soppressione della prima fondazione e la costituzione della seconda, alla quale l'intero patrimonio residuo della fondazione soppressa è stato trasferito.
Come s'è visto, a parte la pecca procedurale del mancato intervento del Consiglio di Stato, materialmente il risultato finale della procedura è compatibile con le regole fondamentali che il codice civile ha dettato per l'istituto della fondazione. Anche se propriamente non si può asserire che la seconda fondazione sia succeduta a titolo universale alla prima, non sussiste nessuno dei motivi che il legislatore ha ritenuto per ammettere che il diritto alla retrocessione di cui all'art. 103 LEspr si sia estinto: al contrario, come nel caso recentemente giudicato del Consorzio del Vedeggio, si giustifica pienamente di ritenere che il diritto alla retrocessione sia trapassato alla nuova Fondazione P. Ammettere il contrario, significherebbe porre l'espropriante al beneficio di errori procedurali, nei quali è semmai incorsa l'autorità cantonale di vigilanza, e di cui sarebbe contrario ad ogni principio di equità far sopportare le conseguenze alla fondazione, rinnovando una spoliazione patrimoniale

ingiustificata. Ne viene che il ricorso delle FFS, volto a far disconoscere la qualità per esigere la restituzione alla Fondazione P dev'essere respinto.