

Cultura giuridica e diritto vivente

Rivista on line del Dipartimento di Giurisprudenza

Università di Urbino Carlo Bo

Note e Commenti

TRUST E AFFIDAMENTI FIDUCIARI NEL CONFRONTO TRA “MODELLO” SAMMARINESE E ITALIANO

Laura di Bona

Abstract

[Trust and entrustments in the comparison between the “model” of San Marino and Italian] The essay shows that the San Marino system is endowed with a completeness and a capacity for adaptation to the becoming of a reality far greater than that of the neighboring Italian legal system, and this is also demonstrated in the discipline of trust and fiduciary assignments. In fact, in the Italian legal system, the principles of patrimonial responsibility, indivisibility of the patrimony, typical of the real rights, in addition to the prohibition of the commission pact and the successor pacts, have made the insertion of such institutions more difficult. On the other hand, in the Sammarinese system the architecture of the sources and the extraordinary role played by the common law facilitate a harmonious and natural regulation of the new operations emerging from the social and economic reality.

Key Words:

Trust, responsabilità patrimoniale, diritto comune

Vol. 5 (2018)





Trust e affidamenti fiduciari nel confronto tra «modello» sammarinese e italiano

Laura di Bona*

1. Il «volto» dell'ordinamento sammarinese

Nell'intraprendere una riflessione sul sistema giuridico sammarinese può risultare efficace il ricorso al Mito, come per individuare una rappresentazione icastica di questo ordinamento, e riconoscerne il «volto» proprio, così distinto e peculiare rispetto all'ordinamento italiano. La relativa identificazione non è, a ben vedere, immediata. Che sembianze ha l'ordinamento giuridico sammarinese? Quelle della greca Eunomia, tipica rappresentazione della giustizia intesa come ordine, pura legalità? O piuttosto il volto più umano di Dike¹, personificazione della giustizia in senso sostanziale, fondata sulla continuità fra ordine naturale delle cose e ordine giuridico?

Rifuggendo risposte aprioristiche, occorre guardare al *concreto* dispiegarsi del sistema giuridico sammarinese, nelle peculiarità che lo caratterizzano; tanto più quando - come nella riflessione che ci si propone - obiettivo finale sia indagarne i profili di compatibilità e di sviluppo in relazione a un istituto quale il *Trust*, certamente annoverabile fra quelli che di un ordinamento saggiano duramente la coerenza fra regole e principi.

* Laura di Bona è Professore associato di Diritto privato presso l'Università degli studi di Urbino.
Indirizzo mail: laura.dibona@uniurb.it

¹ Dike (la giustizia), insieme ad Eunomia (l'ordine legale) ed Eirene (la pace) è indicata come una delle tre sorelle Ore, figlie dell'autorità e della regola poiché nate da Zeus, signore dell'Olimpo, e Themis, primigenia dea della giustizia, custode dell'ordine cosmico. Dike rappresenta la dea che per ultima abbandonò la terra e gli uomini quando dall'età dell'oro, a quella dell'argento e a quella del bronzo, seguì infine quella del ferro, in cui la malvagità umana non conobbe più freni. V. A. JELLAMO, *Il cammino di Dike da Omero a Eschilo*, Roma, 2005.

E poiché - come chiosa Severino Caprioli - «il diritto comune dei sammarinesi non si comprende, senza riferimento al suo contrario, al codice civile»², può essere utile trarre qualche iniziale spunto dalla disciplina della responsabilità patrimoniale nei due ordinamenti. Ciò, anzi tutto, poiché il principio è annoverabile tra le «forche caudine» attraverso le quali qualunque riflessione intorno al *trust* è destinata a passare; in secondo luogo, perché rappresenta un significativo punto di emersione della piena vigenza del diritto comune nell'ordinamento sammarinese, anche in concorso con previsioni di *ius proprium*: il che delinea forse il tratto più marcato di questo sistema.

2. Il principio della responsabilità patrimoniale del debitore fra ordinamento italiano e sammarinese

La disciplina delle obbligazioni, nell'ordinamento italiano, è pervasa dal principio cardine della responsabilità patrimoniale, con il quale l'istituto del *Trust* si pone in rapporto di potenziale conflittualità: «il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri» (art. 2740 cod. civ., comma 1). Le limitazioni della responsabilità non sono ammesse se non nei casi stabiliti dalla legge» (comma 2)³.

Nell'ordinamento sammarinese il principio trova fondamento nel diritto comune⁴, e risulta recepito a livello di *ius proprium* nell'art. 1 della legge ipotecaria, che recita «Tutti i beni immobili e mobili si ritengono dalla presente Legge come naturalmente destinati a garantire l'adempimento delle obbligazioni legittimamente contratte dal debitore a favore dei di lui creditori»⁵.

Risulta anzi tutto degno di nota che nell'ordinamento sammarinese la formulazione del principio di responsabilità patrimoniale, per come consegnata nel disposto dell'art. 1 della legge ipotecaria, risulti aderente a quella dei codici ottocenteschi - fra cui anche quello italiano del 1865 - volti a privilegiare la garanzia della sicurezza delle convenzioni attraverso il maggior rilievo attribuito alle cause di prelazione, piuttosto che la garanzia patrimoniale generica del debitore⁶.

² S. CAPRIOLI, *Il diritto comune nelle esperienze di San Marino*, in *Riv. int. dir. com.*, 1994, 5, p. 90 s.: «non raggiungerebbe il suo fine questa prima perlustrazione del territorio San Marino, se da lassù non capovolgessimo il binocolo per puntarlo dalla repubblica romagnola verso l'Italia. L'esperienza del diritto comune, quale risulta dalle immagini che ce ne riflettono le pronunce dei magistrati, si capovolge nelle rappresentazioni che questi ci confidano dell'ordinamento italiano, come sistema di legge codificata». E la chiosa, lapidaria: «Il diritto comune dei sammarinesi non si comprende, senza riferimento al suo contrario, al codice civile».

³ Sul principio di responsabilità patrimoniale del debitore la letteratura è vastissima. *Ex multis*, v. C. MIRAGLIA, voce *Responsabilità patrimoniale*, in *Enc. giur.* Treccani, Roma, 1988, p. 1 ss.; G. SICCHIERO, *La responsabilità patrimoniale*, in *Trattato di diritto civile* diretto da Rodolfo Sacco, *Le obbligazioni*, 2, Torino, 2011; L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale, Disposizioni generali*, sub artt. 2740-2744, in *Il Codice civile, Commentario* diretto da P. Schlensinger, Milano, 1991; N. CIPRIANI, *Della responsabilità patrimoniale*, sub art. 2740 c.c., in G. PERLINGIERI (a cura di), *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, Napoli, 2010, p. 373 ss.; per una recente ricostruzione in chiave funzionale, v. M. PORCELLI, *Profili evolutivi della responsabilità patrimoniale*, Napoli, 2011, ai quali si rinvia per ulteriori riferimenti bibliografici.

⁴ D., 42, 3, 7: «*Si debitoris bona venierint, postulantibus creditoribus permittitur rursus eiusdem debitoris bona distrahi, donec suum consequantur, si tales tamen facultates acquisitae sunt debitori, quibus praetor moveri possit*».

⁵ L. 16 marzo 1854.

⁶ Cfr. D. ROSSANO, *Trust interno e meritevolezza degli interessi*, nota a Trib. Trieste, 19 settembre 2007, decr. - Ufficio del giudice tavolo, in *Not.*, 2008, 3, p. 262.

La successiva elevazione del principio al rango di ordine pubblico è avvenuta nell'ordinamento italiano⁷, diversamente che in quello sammarinese, solo con la

⁷ Relazione al re, n. 1065. Sulla definizione del principio di responsabilità patrimoniale quale principio di ordine pubblico non vi è accordo in dottrina, specie a seguito dei numerosi interventi legislativi che ne hanno via via introdotto ulteriori limitazioni, ampliando per converso il novero dei negozi di destinazione: *ex multis*, cfr. G. TUCCI, *Trust, concorso dei creditori e azione revocatoria*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2003, 1, p. 25, che ne disconosce la natura di principio di ordine pubblico; in giurisprudenza, già Cass., 17 novembre 1979, n. 5977, in *Foro it.*, 1980, I, c. 1303; *contra*, R. QUADRI, *La destinazione patrimoniale*, Napoli, 2004, p. 333, che per contro ne afferma la rilevanza costituzionale; G. OPPO, *Le grandi opzioni della riforma e le società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 474, che lapidariamente osserva: «Il principio degli artt. 2740 e 2741 c.c. [...] va in pezzi»; A. MORACE PINELLI, il quale sottolinea la rigida alternativa per cui o la progressiva emergenza di nuovi fenomeni di separazione patrimoniale, nel determinare il superamento del principio di indivisibilità patrimoniale, segna l'inarrestabile declino anche del principio di responsabilità patrimoniale, oppure è la conferma che quest'ultimo spiega ancora piena forza precettiva, tanto che qualunque nuova fattispecie di separazione patrimoniale presuppone una precisa puntuale previsione legislativa, concludendo infine che non si può mancare di «rilevare come le motivazioni che avevano giustificato nel 1942 l'introduzione del secondo comma dell'art. 2740 oggi siano venute meno e sia, quindi, divenuta impellente l'esigenza di ripensare il sistema della responsabilità patrimoniale». In tema di negozi di destinazione le opinioni dottrinali sono molteplici e diversificate: parte della dottrina tende a ricostruire un meccanismo unico mediante il quale opererebbero le fattispecie di destinazione, dividendosi tuttavia fra coloro che individuano una causa di destinazione che, alla stessa stregua delle cause traslative tipiche, giustificerebbe le attribuzioni patrimoniali (U. LA PORTA, *La destinazione di beni allo scopo e causa negoziale*, in *Quaderni della Rassegna di diritto civile* diretta da P. Perlingieri, Napoli, 1994, p. 35 ss.) e coloro che invece inquadrano il fenomeno sul piano degli effetti negoziali (D. DI SABATO, *L'atto di dotazione di beni in favore dell'associazione*, in *Quaderni della Rassegna di diritto civile* diretta da P. Perlingieri, Napoli, 1994, p. 111 ss.). In quest'ultimo senso si esprime anche parte della giurisprudenza di merito: Trib. Trieste, 19 settembre 2007, cit. la quale, conformandosi a un proprio precedente (Trib. Trieste, 7 aprile 2006, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, 5, p. 526 ss., con nota di M. CINQUE, *L'interprete e le sabbie mobili dell'art. 2645 ter cod. civ.: qualche riflessione a margine di una (non) applicazione giurisprudenziale*; in *Foro it.*, 2006, 5; c. 1935 ss., con nota di F. DI CIOMMO, *Trust nell'ordinamento giuridico italiano*), ha affermato che la norma ha introdotto solo «un particolare tipo di effetto negoziale». Trova conferma in tale orientamento l'opinione secondo la quale la destinazione rappresenta una particolare estrinsecazione del potere di disposizione, ponendosi in alternativa rispetto al potere di attribuzione. Sottolinea in tal senso P. SPADA, *Articolazione del patrimonio da destinazione iscritta*, in *Negozi di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, Fondazione italiana per il Notariato, p. 123, che la destinazione «tende, da un lato, ad imprimere vincoli funzionali nella percezione delle utilità d'uso e di scambio dei beni destinati e, dall'altro, alla separazione dei beni destinati dal patrimonio residuo del destinante e del funzionario (se quest'ultimo è altro rispetto al primo)»; parte della dottrina reputa invece che la destinazione operi sia sul piano degli effetti sia sul piano della causa, aderendo alla tesi che individua la causa nella «sintesi degli effetti giuridici essenziali» del negozio (come noto riconducibile a S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico*, in *Nuova riv. dir. comm.*, 1947, I, p. 13 ss.). Questa stessa dottrina sostiene l'impossibilità di ricondurre tutte le ipotesi di destinazione patrimoniale ad una categoria unitaria, sottolineando la notevole eterogeneità degli interessi sottesi a ciascuna fattispecie (R. QUADRI, *op. cit.*, p. 282 ss.). Altra tesi reputa improprio disquisire della destinazione quale effetto del negozio, dovendosi piuttosto inquadrare come effetto dell'opponibilità (M. BIANCA, *Il nuovo art. 2645 ter c.c. Notazioni a margine di un provvedimento del giudice tavolare di Trieste*, in *Giust. civ.* 2006, 3, p. 189. È la stessa dottrina a rilevare che se il fenomeno esalta il profilo funzionale della fattispecie, quello proprio della separazione evidenzia il profilo della limitazione della responsabilità, il quale può tuttavia operare solo nei casi previsti dalla legge (di nuovo M. BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, *Biblioteca Giuridica* raccolta da G. Alpa e P. Zatti, Padova, 1996, p. 207 ss.). Infine, G. PALERMO, *Contributo allo studio del trust e dei negozi di destinazione disciplinati dal diritto italiano*, in *Riv. dir. comm. E dir. gen. obbl.*, 2001, p. 391 ss., sostiene, come già prima della novella di cui all'art. 2645 ter, che nell'ordinamento italiano siano sempre configurabili negozi di destinazione con effetto reale, con l'unico limite del giudizio di meritevolezza degli interessi *ex art.* 1322 c.c., reputando perciò astrattamente ammissibile ed opponibile ai terzi qualunque negozio atipico che imprima su determinati beni

codificazione del 1942. Essa ci consegna un disposto dell'art. 2740, comma 1, cod. civ. *diverso* da quello di cui all'art. 1948 del previgente codice del 1865⁸ e dal suo omologo sammarinese e che, soprattutto, al comma 2, confina entro caratteri di rigorosa tipicità ed eccezionalità ogni eventuale deroga-limitazione al principio medesimo: previsione, quest'ultima, che nell'art. 1 della legge ipotecaria non compare.

Vero è che nell'ordinamento italiano, nonostante la formale sopravvivenza del suddetto rapporto regola-eccezione, a seguito della progressiva emersione di nuove fattispecie di separazione patrimoniale, si coglie ormai «una spiccata tendenza dell'ordinamento verso il superamento della primazia della logica dell'universalità della responsabilità patrimoniale per affiancarle quella della specialità»⁹. Ciò «in tutti i casi nei quali la valutazione del profilo funzionale della fattispecie, e quindi della natura, qualità e meritevolezza degli interessi coinvolti, giustifica la individuazione, tra i beni del debitore, di un patrimonio autonomo»¹⁰.

Ma è parimenti evidente, in un'ottica comparativa, che l'ordinamento sammarinese, in difetto di tale espressa cristallizzazione del suddetto ordine regola-eccezione, si caratterizza in via di principio - e dunque già al netto dell'espresso riconoscimento del *Trust* - per un minor grado di resistenza e di chiusura rispetto a fenomeni di destinazione-separazione patrimoniale, fondati o meno sulla fiducia¹¹.

Peraltro, le particolarità che caratterizzano il principio di responsabilità patrimoniale disvelano ulteriori tratti fisionomici dell'ordinamento sammarinese, che anche a livello morfologico e strutturale lo distinguono dal vicino ordinamento codificato. Infatti, pur rappresentando lo *ius proprium* (sovraordinato) in tema di obbligazioni e cause legittime di prelazione, la legge ipotecaria non esaurisce affatto la relativa disciplina, per completare la quale resta comunque necessario il ricorso integrativo al diritto comune. Perveniamo così ad evidenziare il *core* del modello sammarinese.

un vincolo di destinazione. Lo stesso A., rispetto alla compatibilità del *trust* interno con i principi dell'ordinamento italiano, bolla la questione come «pseudoproblema», sostenendo che gli obiettivi sottesi all'art. 2 della Convenzione dell'Aja sarebbero comunque altrimenti perseguibili con gli strumenti già altrimenti vigenti (G. PALERMO, *Sulla riconducibilità del "Trust interno" alle categorie civilistiche*, in *Riv. dir. comm. e dir. gen. obbl.*, 2000, p. 159).

⁸ Il disposto dell'art. 1948 del codice civile italiano del 1865 ricalca quello dell'art. 1 l. ipotecaria sammarinese, prevedendo che il debitore «è tenuto ad adempiere le obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri». Tale formulazione sottende una concezione del patrimonio del debitore quale mezzo per l'adempimento e pone in risalto il profilo della spontanea osservanza degli obblighi di comportamento, con conseguente inquadramento della responsabilità patrimoniale entro la struttura dell'obbligo, fra elementi costitutivi dello stesso.

⁹ N. CIPRIANI, *op. cit.*, p. 381.

¹⁰ N. CIPRIANI, *ibidem*, ove in altri termini sottolinea come, a seguito della progressiva evoluzione normativa e della relativa elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, anche nel sistema italiano sia ormai dato riscontrare «il superamento dell'idea dell'esistenza di un rapporto regola-eccezione tra il primo e il secondo comma della norma in commento, laddove i due criteri, della universalità e della specialità della responsabilità, finiscono con il coesistere in un rapporto non più gerarchico, bensì paritario».

¹¹ Sottolinea l'estraneità dell'atto di destinazione all'area della fiducia, M. LUPOI, *Gli atti di destinazione nel nuovo art. 2645 ter quale frammento di trust*, in *Riv. not.*, 2006, p. 472.

3. Il sistema delle fonti nell'ordinamento sammarinese

Il sistema sammarinese delle fonti è ordinato in base ad un criterio gerarchico che pone all'apice lo *ius proprium* - Statuto e *reformationes* - e all'ultimo grado, passando per le lodevoli consuetudini locali, il diritto comune¹².

Rispetto al suddetto ordine di graduazione, tuttavia, il criterio regola-eccezione e la concreta operatività delle diverse fonti si pongono in rapporto rovesciato, si ché è lo *ius proprium* ad intervenire in termini e quantità residuali rispetto allo *ius commune*, al quale risulta nella sostanza demandata la regolamentazione – essenzialmente per principi – della più significativa parte dei rapporti interpretati¹³.

¹² Recitano le Rub. XIII e XXXI, Lib. I, *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini* (il cui testo vigente risale al 1600): «abbiano poi i predetti Capitani giurisdizione, ed autorità, e facoltà di conoscere, definire e terminare tutte e singole cause civili, criminali, pure e miste e le cause vertenti fra gli uomini, e le persone della predetta Terra e suo contado, giurisdizione e distretto, e qualunque altra persona secondo la forma degli Statuti e delle riformazioni del Comune della predetta Terra, le quali ora sono, od accadrà di fare in avvenire. E se gli Statuti o le riformazioni non decidessero i casi contingenti, si debba procedere, definire e terminare secondo la forma del diritto comune e le lodevoli consuetudini della anzidetta Terra». Tale sistema delle fonti è poi stato recepito dall'art. 3 *bis* della legge 8 luglio 1974, n. 59, nel testo aggiunto dall'art. 4 della legge costituzionale 26 febbraio 2002, n. 36, comma 6, che statuisce: «la consuetudine e il diritto comune costituiscono fonte integrativa in assenza di disposizioni legislative». Sulla portata di tale recezione a livello «costituzionale» si veda S. CAPRIOLI, *Per una lettura della Costituzione sammarinese riformata*, in *Giur. it.*, 2004, p. 914 ss.; ID., *Per la scuola sammarinese di diritto comune vigente*, in *I.G.S. Miscellanea*, 1991, 1, p. 22.

¹³ I formanti di cui si compone lo *ius commune* ed il rapporto intercorrente fra questo e lo *ius proprium* sono così rappresentati dalla giurisprudenza più autorevole: «che cosa deve intendersi per diritto comune, che [...] la fonte principale del diritto privato Sammarinese? Il diritto comune, richiamato dallo statuto, non è il diritto giustiniano ma qual diritto che si venne formando e svolgendo – sulla base del diritto romano, del diritto canonico e della consuetudine – negli stati più civili del continente Europeo e in particolare in Italia» (così Giudice delle Appellazioni, V. Scialoja, 12 agosto 1924, in *Giurisprudenza sammarinese*, 1924, p. 18); «deve ricordarsi che il diritto comune è l'antica *lex omnium generalis*, è l'organico sistema elaborato nel corso dei secoli dalla giurisprudenza sulla base del diritto romano giustiniano, del diritto canonico e della consuetudine, mentre il *ius novum*, rappresentato dal diritto statutario e dalla successiva legislazione locale, non costituisce affatto una compiuta codificazione del diritto privato, civile, commerciale e processuale civile. L'espressione “diritto sussidiario” non deve quindi essere erroneamente intesa, immaginando che al diritto comune possa farsi riferimento solo in via eccezionale, nel caso di lacune degli statuti o leggi locali, quasi che questi fossero una legislazione generale della Repubblica di San Marino. È vero il contrario: perché nella realtà [...] il diritto comune è la regola, e la legislazione locale costituisce l'eccezione; sia sotto il profilo del rapporto quantitativo tra le rispettive norme, sia soprattutto per il carattere speciale integrativo, modificativo, innovativo, della legislazione locale, rispetto alla disciplina generale degli istituti giuridici, offerta dal diritto comune in forme esemplari, sempre presenti al legislatore sammarinese» (Giudice delle Appellazioni, prof. G. Astuti, 30 luglio 1963, in *Giurisprudenza sammarinese*, 1965, 1, p. 46 s. Tale rapporto non ha peraltro subito alcuna modifica neppure dopo l'entrata in vigore dell'art. 3 *bis* della legge costituzionale 26 febbraio 2002, n. 36. Efficacemente si è rilevato in proposito che «chiamando (insieme) la consuetudine e il diritto comune ad *integrare l'assenza* di disposizioni legislative, il comma 6, pur descrivendo con altre parole la stessa vicenda, pare ora piuttosto osservarla dal lato della nuova produzione legislativa, quasi a prefigurare, in prospettiva, una residualità sempre maggiore del diritto comune a fronte di un preconcipabile progressivo aumento della produzione statutale delle norme. Qualunque sia stato il ‘retropensiero’ del redattore della norma sulle fonti, il rapporto tra diritto statutale sammarinese e diritto comune rimane quello di sempre. La *presenza* di nuove disposizioni legislative emanate per regolare, più o meno esaustivamente, un determinato ambito di rapporti giuridici privati neanche oggi basta di per sé a circoscriverne la disciplina a quelle sole nuove norme, potendosi sempre rendere necessario il ricorso al diritto comune per integrare le lacune, inerenti ora all'applicazione di principi generali ora anche ad aspetti specifici della materia da regolare. Di più: il vigore di una legge speciale non solo non esclude l'integrazione-supplementa a cui sono chiamate le norme del diritto comune, ma non ne esclude nemmeno, in via d'ipotesi,

Oltre che dalla legge ipotecaria, in cui è espresso il principio di responsabilità patrimoniale del debitore, conferma di quanto detto si rinviene nella disciplina delle procedure concorsuali¹⁴ la quale, lungi dal risultare esaustiva, per molti profili egualmente postula il ricorso suppletivo al diritto comune¹⁵.

4. La naturale elasticità del sistema sammarinese. La logica del «caso omoesso» in rapporto a quella del «caso escluso»

Questo peculiare assetto delle fonti, ed il conseguente percorso ermeneutico che - come attraverso un imbuto rovesciato - muove l'interprete da ambiti normativi più ristretti, gerarchicamente sovraordinati (regole), a fonti normative sussidiarie ma a vocazione generale (principi di diritto comune), garantisce all'ordinamento sammarinese una naturale completezza e una capacità di adeguamento al rutilante divenire del reale. Una duttilità ben maggiore di quella vantata dal vicino ordinamento italiano, la quale si manifesta anche rispetto all'accoglimento di istituti quali il *Trust* e gli affidamenti fiduciari.

Nell'ordinamento italiano, in difetto di un espresso riconoscimento legislativo del *Trust* interno, il richiamo ai principi di responsabilità patrimoniale, unicità e indivisibilità del patrimonio, inscindibilità del dominio, tipicità e/o numero chiuso dei diritti reali, oltre che al divieto del patto commissorio e dei patti successori, ha alimentato il fiorire di alcune opinioni dottrinali in senso schiettamente oppositivo¹⁶, per quanto progressivamente superate dalla giurisprudenza ormai maggioritaria¹⁷.

la *concorrenza*, che può ben verificarsi in relazione a quegli ambiti negoziali suscettibili di essere regolati da istituti fra loro *alternativi*: così A. TREGGIARI, *Trust e diritto comune a San Marino*, in *Il trust nella nuova legislazione di San Marino*, Rimini, p. 43 s.

¹⁴ L. 15 novembre 1917, n. 17.

¹⁵ Cfr. sentenza Giudice delle Appellazioni, G. Astuti, 30 luglio 1963, in *Giur. samm.*, 1965, I, p. 47 s.: «non può certo ammettersi che la legge 15 novembre 1917 n. 17 sulla cessione dei beni ai creditori, sul concordato e sul concorso dei creditori, con le disposizioni dei suoi 21 articoli, abbia regolato, o inteso regolare in modo completo ed esclusivo l'intera materia del procedimento concorsuale. Al contrario questa legge deve essere necessariamente interpretata e integrata con riferimento alla elaborazione del *iudicium concursus* offerta, in modo ben altrimenti compiuto, dal diritto comune, sulla base degli istituti romani della *cessio bonorum*, della *missio in bona*, della *bonorum distractio*, e della connessa individuazione e graduazione dei creditori del debitore insolvente»; cfr. *Relazione* del prof. Bolaffio alla legge del 1917, in *Giurisprudenza sammarinese*, 1964, 2, p. 250 ss.; V. PIERFELICI, *op. cit.*, p. 10 s.

¹⁶ Il tema dell'ammissibilità del *trust* interno ha suscitato un acceso dibattito dottrinale: per la tesi affermativa, v. M. LUPOI, *I trust nel diritto civile*, Trattato di diritto civile diretto da R. Sacco, Torino, 2004; ID., *Lettera ad un notaio curioso di trust*, in *Riv. not.*, 1998, p. 343 ss.; ID., *Lettera ad un notaio conoscitore dei trust*, in *Riv. not.*, 2001, 5, p. 1159 ss.; A. GAMBARO, *Notarella in tema di trascrizione degli acquisti immobiliari del trustee, ai sensi della XV Convenzione de L'Aja*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 2, p. 257 ss.; ID., *Un argomento a due gobbe in tema di trascrizione del trustee in base alla XV Convenzione de L'Aja*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 6, p. 919 ss.; *contra*, v. P. SCHLESINGER, *Una "novella" per il trust*, in *Notariato*, 2001, 4, p. 337; C. CASTRONOVO, *Il trust e "sostiene Lupoi"*, in *Europa e dir. priv.*, 1998, I, p. 441 ss.; G. BROGGINI, *Trust e fiducia nel diritto internazionale privato*, *ivi*, 1999, I, p. 399 ss.; F. GAZZONI, *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista non vivente su trust e trascrizione)*, in *Riv. not.*, 2001, 1, p. 11 ss.; ID., *In Italia tutto è permesso anche quello che è vietato, (lettera aperta a Maurizio Lupoi sul trust e altre bagatelle)*, in *Riv. not.*, 2001, 5, p. 1247 ss.; ID., *Il cammello, il leone, il fanciullo e la trascrizione del trust*, *ivi*, 2002, 5, p. 1107 ss.; ID., *Il cammello, la cruna dell'ago e la trascrizione del trust*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, 4, p. 953 ss.

¹⁷ Cfr. Cass., 9 maggio 2014, in *il Caso.it*; Cass., 18 dicembre 2004, n. 48708, in *www.il-trust-in-Italia.it*; Cass., 13 giugno 2008, in *Trust e affid. fid.*, 2008, p. 522; Cass., 30 marzo 2011, n. 13276, *ivi*, 2011, p. 408; Trib. Lucca, 23 settembre 1997, in *Foro it.*, 1998, I, c. 2007ss., con nota di M. LUPOI, *Aspetti gestori e domenicali, segregazione: "trust" e istituti civilistici*, c. 3391 ss.; conf. da App. Firenze, 9 agosto 2001, in *Trust e affid. fid.*,

Per contro deve rilevarsi come l'ordinamento sammarinese, anche prescindendo dalla espressa introduzione del *Trust*¹⁸ e dell'affidamento fiduciario¹⁹, già in virtù della propria architettura delle fonti e dello straordinario ruolo ivi giocato dal diritto comune, presenti apertura ed elasticità tali da accogliere in modo non traumatico le nuove operazioni emergenti dall'evoluzione sociale ed economica.

Privo di una vera Carta costituzionale (nel senso in cui essa si configura nell'ordinamento italiano) e di una codificazione, l'ordinamento sammarinese è infatti pervaso da un principio di continuità affatto sconosciuto agli ordinamenti codificati.

D'altra parte la codificazione, per essere tale e non ridursi a mera operazione di consolidazione²⁰, postula innovazione, in senso squisitamente rivoluzionario: rappresenta un elemento di discontinuità, di rottura in senso proprio²¹. Questo, come evidenziato in dottrina, necessariamente connota «un processo codificativo compiuto, cioè completo in ogni sua parte e non integrabile nelle sue lacune con il ricorso ad altri sistemi, anzi teoricamente neppure con il ricorso all'elaborazione dottrinarie. Ben diversa è la completezza tipica realizzata dall'ordinamento sammarinese»²², perseguita in via del tutto originale mediante ricorso alla tradizione, in luogo della novità²³.

2002, p. 244 ss.; Trib. Chieti, 10 marzo 2000, *ivi*, 2000, p. 372 ss.; Trib. Bologna, 28 aprile 2000, *ivi*, 2000, p. 372 ss.; Trib. Pisa, 22 dicembre 2001, in *Notariato*, 2002, 4, p. 385 ss., con nota di M. LUPOI, *I trust interni al vaglio giurisdizionale in occasione della trascrizione di un trust autodichiarato*; Trib. Milano, 29 ottobre 2002, in *Trust e affid. fid.*, 2003, p. 270 ss.; Trib. Verona, 8 gennaio 2003, *ivi*, 2003, p. 409; Trib. Bologna, 1 ottobre 2003, e Trib. Parma, 21 ottobre 2003, in *Riv. not.*, 2004, p. 568 ss., con nota di M. LUPOI, *Osservazioni su due recenti pronunce in tema di trust*; in *Corr. giur.* 2004, p. 66 ss., con nota di V. MARICONDA, *Contrastanti decisioni sul trust interno: nuovi interventi a favore ma sono nettamente prevalenti gli argomenti contro l'ammissibilità*; Trib. Trento, 20 luglio 2004, in *Trust e affid. fid.*, 2004, p. 573 ss., con nota di L. PELLEGRINI, *Trust interno e pubblicità tavolare*; Trib. Milano, 23 febbraio 2005 e Trib. Parma, 3 marzo 2005, in *Riv. not.*, 2005, p. 858 ss., con nota di E. BARLA DE GUGLIELMI, *Brevi considerazioni a margine di due provvedimenti giurisdizionali in materia di trust*, e con nota di M. MONEGAT, *Nota sulla trascrivibilità di atto istitutivo di trust contenuto in accordo di separazione consensuale*; Trib. Genova, 14 marzo 2006, in *La nuova giur. civ. comm.*, 2006, p. 1211 ss., con nota di A. VENCHIARUTTI, *Amministrazione di sostegno e trust per una protezione articolata del disabile*; Trib. Reggio Emilia, 14 maggio 2007, in *Guida al diritto*, 2007, 26, p. 59 ss., con nota di G. FINOCCHIARO, *Con l'affermarsi di nuovi istituti vacilla il principio di responsabilità*. In senso favorevole al *trust* interno, nella giurisprudenza tavolare, v. Trib. Trento, decreto del giudice tavolare, 20 luglio 2004, in *Trust e affid. fid.*, 2004, p. 573, con nota di L. PELLEGRINI, *Trust interno e pubblicità tavolare*; Trib. Trento, decreto del giudice tavolare, 7 aprile 2005, *ivi*, 2005, p. 406; Trib. Trento, decreto del giudice tavolare, 23 settembre 2005, in *Riv. not.*, 2006, 3, p. 794 ss., con nota di L. PELLEGRINI, *L'iscrizione tavolare del diritto in favore del trustee*.

¹⁸ L'introduzione dell'istituto del *trust* è avvenuta con l. 17 marzo 2005, n. 37, modificata con l. 1 marzo 2010, n. 42, emanate a seguito della ratifica, con decreto consiliare del 20 settembre 2004, n. 119, della Convenzione dell'Aja dell'1 luglio 1985 sulla legge applicabile ai trust e sul loro riconoscimento.

¹⁹ L. 1 marzo 2010, n. 43.

²⁰ Per uno studio storico in tema di consolidazione, v. M. E. VIORA, *Le costituzioni piemontesi (leggi e costituzioni di S.M. il Re di Sardegna. 1723-1729-1770. I. Storia esterna della compilazione*, Milano-Torino-Roma, 1929.

²¹ Cfr. T. ASCARELLI, *L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione*, in *Saggi giuridici*, Milano, 1949.

²² P. PERUZZI, *Appunti per le lezioni del corso di diritto sammarinese*, Urbino, 1998, p. 96, che efficacemente evidenzia l'operatività del principio di continuità nell'ordinamento sammarinese.

²³ Anche in giurisprudenza si sottolinea che «il modello sammarinese è un ordinamento che ha preferito non adottare la codificazione, il sistema delle fonti di diritto della Repubblica di San Marino procede dalla norma di ambito più ristretto per arrivare a quell'universale sistema normativo che, per prescrizione statutaria cogente, deve ricercarsi nel diritto comune. In generale per individuare le norme che regolano il caso portato alla conoscenza del Magistrato sammarinese, deve essere applicato il principio, che richiede l'esame di tutte le fonti, in una successione che è collocata anche in ordine gerarchico»: Sentenza del Giudice

Il fecondo ricorso alla tradizione si palesa nella logica - ispiratrice di questo sistema - del «caso omissivo»²⁴, direttamente attinta dall'impianto romanistico il quale, cogliendo l'infinita e irripetibile varietà dei casi concreti che si presentano nella realtà, percepisce come naturale e fisiologico il fatto che alcuni non risultino contemplati da norma alcuna. Tale logica risulta, al contempo, pienamente coerente con il principio di continuità e completezza del sistema sammarinese ed in opposizione al modello italiano.

Quest'ultimo risulta infatti ispirato al diverso principio del «caso escluso»: nelle ipotesi non previste dalla legge esso individua una «lacuna», per il cui superamento appresta lo strumento dell'analogia che, secondo il vietato schema dell'art. 12 delle *Disposizioni preliminari al codice civile*, risulta distinta in *legis* e *iuris* ed inserita all'interno di un procedimento ermeneutico rigidamente graduato fra interpretazione letterale, logico-sistemica ed analogica.

Stando alla lettera dell'art. 12 disp. prel., il ricorso all'analogia *iuris* (*id est* l'applicazione dei principi) assumerebbe carattere eventuale e residuale, possibile solo qualora l'analogia *legis* (applicazione di norme che prevedono casi simili o materie analoghe) non sia applicabile. Ciò ha richiesto un notevole sforzo di ricostruzione critica da parte della dottrina più sensibile che, sottolineando l'essenzialità dell'interpretazione assiologica, ha recuperato - di là dalla lettera dell'art. 12 disp. prel. - un ruolo primario e centrale all'applicazione dei principi²⁵.

Il sistema sammarinese è invece già ordinato in modo che, per i casi non previsti dallo statuto e dalle *reformationes* (lo *ius proprium*), «vi era per provvedere ad ogni caso l'inesausta fonte del diritto romano consuetudinario, il *ius commune*»²⁶.

Questo implica, anzi tutto, che nella delicata operazione di individuazione della normativa da applicare al caso concreto - ciò in cui si sostanzia il compito del giudice - il ricorso ai principi, lungi dall'essere residuale, sia concepito come immediato e diretto.

Si ammette inoltre, per la via del diritto romano consuetudinario, il ricorso (anche) a fonti *extra ordinem*²⁷, sì che ulteriormente arricchita risulta l'elasticità del sistema normativo e più feconda l'attività ermeneutica. Qui, forse più che altrove, il diritto non si esaurisce nella legge, nella sola fonte di matrice legislativa.

delle Appellazioni civili del 30 luglio 1963, nella causa n. 163 dell'anno 1961, in *Giurisprudenza sammarinese*, 1965, p. 46. Anche storiche pronunce della Suprema corte italiana ben colgono la peculiarità del sistema sammarinese delle fonti, nonché la completezza interna del relativo ordinamento: Cass., 3 marzo 1906, in *Giur.it.*, 1096, I, 1, p. 430, pubblicata anche in *Giurisprudenza sammarinese*, 1965, p. 103; Cass., 3 febbraio 1904, in *Corte Suprema*, II, p. 155, pubblicata anche in *Giurisprudenza sammarinese*, 1964, p. 385.

²⁴ Sulla distinzione fra la logica romanistica del «caso omissivo» e la logica del «caso escluso» v. P. PERUZZI, *o.c.*, pp. 61 ss.; 95 ss.

²⁵ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, II, Napoli, 2006, p. 573 ss.; P. FEMIA, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, Napoli, 2004, p. 28 ss.; A. SCIUMÈ, *I principi generali del diritto nell'ordine giuridico contemporaneo (1837-1942)*, Torino, 2002; nella dottrina straniera, per l'affermazione del ruolo apicale dei principi si v. il celebre contributo di R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio* (1977), a cura di N. Muffatto, Bologna, 2010, spec. p. 90 ss.; in prospettiva opposta L. ALEXANDER e K. KRESS, *Contro i principi del diritto*, in *Una critica ai principi del diritto*, Napoli, 2014, p. 19 ss.

²⁶ Cass., 3 marzo 1906, cit.

²⁷ Cfr. P. PERUZZI, *op. cit.*, p. 64: «La logica dei casi omissivi [...], rifacendosi al dettato romano, che non tutte le fattispecie possono essere legislativamente previste, ammette sempre il ricorso anche a quelle fonti che sono state elaborate al di fuori dell'ordinamento statale».

5. La mancanza di codificazione e l'attuale vigenza del diritto comune

La naturale elasticità che contraddistingue il sistema giuridico sammarinese risulta rafforzata da ulteriori tratti caratterizzanti i quali, peraltro, costituiscono anche potenziali fattori di crisi del modello medesimo.

Il riferimento è, anzi tutto, alla mancanza di codificazione. In astratto, essa può rendere più complessa l'individuazione della normativa da applicare al caso concreto; incrementa il rischio di difformità nei giudizi; rende potenzialmente più labile il confine tra discrezionalità ed arbitrio giudiziari; enfatizza il coefficiente di incertezza nell'applicazione del diritto.

A ben vedere, però, questi fattori di rischio presentano, come Giano bifronte, un opposto risvolto, risolvendosi in una opportunità, sia rispetto al formante legislativo che giurisprudenziale.

Dal primo punto di vista, essa si è rivelata efficace antidoto rispetto ai più gravi vizi del vicino ordinamento codificato. Avendo rinunciato alla codificazione - *rectius*, scelto di non ricorrervi - e continuando dunque ad attingere a piene mani all'inesauribile bacino del diritto comune, l'ordinamento sammarinese ha potuto resistere alla chimera dell'imitazione del modello italiano e scongiurare altresì il pericolo della superfetazione delle regole che affligge quest'ultimo persino nei settori che richiederebbero una *soft regulation*.

In Italia - rileva lucidamente la più fine dottrina - «il giurista si trova dinnanzi [...] ad un fluire ossessivo di norme, le quali non mostrano, nel loro nascere e perire, alcuna forza di durata. [...] Il giurista avverte la *temporalità* della propria materia, la contingente precarietà di un oggetto, che poteva o potrà essere *altro*. L'ombra del nulla accompagna tutte le norme»²⁸.

Se a questo *horror vacui* contrapponiamo l'apparente ossimoro insito nella feconda «variabilità della costante diritto comune»²⁹, e se raffrontiamo quel senso di precarietà con la rassicurante continuità, vigenza e reviviscenza nel tempo che caratterizza i principi di diritto comune, comprendiamo quanto potente ed efficace scelta di non azione sia stata (qui) quella di non codificare.

Rispetto al formante giurisprudenziale, poi, la mancanza di codificazione offre al giudice diverse opportunità: quella di una più libera e creativa individuazione della normativa da applicare al caso concreto; di attribuire maggiore risalto alle peculiarità che lo caratterizzano; di tenere in maggior conto gli interessi sostanziali delle parti e di garantire così piena attuazione a quello (più) meritevole: in sostanza, di perseguire la giustizia del caso concreto; che poi è il volto di Dike evocato in precedenza.

Svincolato dai legacci della regola codificata, affrancato dalle strettoie del passaggio obbligato dall'*analogia legis*, e per converso graziato dalla possibilità di abbeverarsi in via diretta ed immediata ai principi di diritto comune, il giudice scopre, dietro il rischio, l'opportunità di informare *davvero* il proprio giudizio a criteri di adeguatezza, proporzionalità³⁰ e ragionevolezza³¹.

²⁸ N. IRTI, *Il salvagente della forma*, Roma-Bari, 2007, p. 75.

²⁹ La felice espressione è di S. CAPRIOLI, *Varianti e costanti del diritto comune*, rist. in *Le fonti di diritto privato sammarinese*, Repubblica di San Marino, 2000, p. 110.

³⁰ La prima enucleazione del principio di proporzionalità si deve a P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 334 ss.

³¹ S. TROIANO, *La «ragionevolezza» nel diritto dei contratti*, Padova, 2005; A. RICCI, *Il criterio della ragionevolezza nel*

È sufficiente evocare il criterio di meritevolezza di cui all'art. 1322 del codice civile³², come richiamato dal legislatore italiano all'art. 2645 *ter*³³ quale *conditio sine qua non* ai fini della trascrivibilità degli atti di destinazione³⁴, per comprendere quali più ampie e

diritto privato, Padova, 2007; E. GIORGINI, *Ragionevolezza e autonomia negoziale*, Napoli, 2010; S. PATTI, *La ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2012; G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza*, Napoli, 2015; P. PERLINGIERI, *Ratio iuris e ragionevolezza nell'ermenutica giuridica di Emilio Betti*, in *Corti marchigiane*, 2005, p. 3 ss., ora in ID. (a cura di), *Interpretazione e legalità costituzionale. Antologia per una didattica progredita*, Napoli, 2012, p. 467 ss.; per uno studio sull'incidenza dei concetti di ragionevolezza e di proporzionalità nei diversi settori del diritto, v. G. PERLINGIERI e A. FACHECHI (a cura di), *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, Napoli, 2017, p. 907 ss.; G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, p. 132 ss.; E. DEL PRATO, *Ragionevolezza e bilanciamento*, in AA.VV., *Diritto comunitario e sistemi nazionali: pluralità delle fonti e unitarietà degli ordinamenti*, Atti del 4° Convegno nazionale della Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile, Grand Hotel Quisisana, Capri 16-18 aprile 2009, Napoli, 2010, p. 187 ss.; G. ALPA, *Ragionevolezza e integrazione europea*, in *Riv. dir. comm.*, 2011, II, p. 113 ss.; F. PIRAINO, *Per una teoria della ragionevolezza in diritto civile*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, p. 1287 ss. In senso critico rispetto alla concezione di ragionevolezza e proporzionalità quali limiti interni all'atto di autonomia privata, A. CATAUDELLA, *L'uso abusivo dei princípi*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, pp. 753 ss. (proporzionalità), e 757 ss. (ragionevolezza).

³² In chiave storica, sul vaglio di meritevolezza in rapporto a quello di liceità, v. A. GUARNERI, *Voce Meritevolezza dell'interesse*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XI, Torino, 1994, p. 324 ss.; ID., *Meritevolezza dell'interesse ed utilità sociale*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, p. 799 ss.; M. PENNASILICO, *Sub art. 1322*, in *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza* a cura di G. Perlingieri, IV, Napoli, 2010, p. 377 ss.; S. POLIDORI, *Il controllo di meritevolezza sugli atti di autonomia negoziale*, in G. PERLINGIERI e M. D'AMBROSIO (a cura di), *Fonti, metodo e interpretazione, Primo incontro di studi dell'associazione dei dottorati di diritto privato 10-11 novembre 2016*, Sala degli Affreschi Complesso di S. Andrea delle Dame – Napoli, 2017, che evidenzia la distinzione qualitativa e funzionale della meritevolezza rispetto alla liceità.

³³ Sul criterio della meritevolezza degli interessi richiamato nell'art. 2645 *ter* si contrappongono, in dottrina, due diverse interpretazioni, peraltro diretta emanazione delle diverse tesi sostenute, al riguardo, sul medesimo criterio previsto nell'art. 1322 c.c.: l'una fa coincidere ed esaurisce il vaglio sulla meritevolezza degli interessi con un giudizio di mera liceità, traendone la conseguenza che l'atto istitutivo «potrà essere impugnato (sotto questo profilo) solo per contrarietà a norma imperativa, o illiceità della causa, dell'oggetto, o del motivo»: così A. GENTILI, *Le destinazioni patrimoniali atipiche. Esegesi dell'art. 2645 ter c.c.*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, p. 1 ss., spec. 12 ss.; nello stesso senso, G. FANTICINI, *L'art. 2645 ter del codice civile: «Trascrizione degli atti di destinazione per la realizzazione degli interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti e persone fisiche»*, in M. MONTEFAMEGLIO (a cura di), *La protezione dei patrimoni. Dagli strumenti tradizionali ai nuovi modelli di segregazione patrimoniale*, Rimini, 2006, p. 335 ss. Condivisibilmente ravvisano nel canone della meritevolezza un *quid pluris* rispetto a quello di liceità, recuperando una visione sociale della stessa e, a monte, dell'autonomia privata, con conseguente interpretazione restrittiva del suddetto criterio ai fini della trascrivibilità degli atti di destinazione, G. PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, p. 178 ss.; F. GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645 ter*, in www.judicium.it, cui si riferiscono le citazioni (ma anche in *Giust. civ.*, 2006, II, p. 170 ss.); M. NUZZO, *Atto di destinazione e interessi meritevoli di tutela*, in M. BIANCA (a cura di) *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645 ter del codice civile*, Milano, 2007, p. 65 ss.; G. PERLINGIERI, *Il controllo di «meritevolezza» degli atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, in *Foro nap.*, 2014, p. 54 ss.; A. FLAMINI, *Il nuovo art. 2645 ter cod. civ.: prime applicazioni giurisprudenziali e orientamenti dottrinali*, in *corti marchigiane*, 2007, p. 323 ss.; nonché, con specifico riguardo alle destinazioni in ambito familiare, M. FRANCESCA, *Le destinazioni all'interesse familiare: autonomia privata e fondamento solidaristico*, in *Riv. not.*, 2012, pp. 1035 ss., e A. FEDERICO, *Atti di destinazione del patrimonio e rapporti familiari*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, p. 614 ss.; A. DE DONATO, *Elementi dell'atto di destinazione*, Relazione scritta presentata al Convegno di Firenze, 5 maggio 2006; G. DORIA, *Le nuove forme di organizzazione del patrimonio. Dal trust agli atti di destinazione*, Relazione scritta presentata al Convegno di Roma, 28 e 29 settembre 2006, sub § 3; F. ROSELLI, *Atti di destinazione del patrimonio e tutela del creditore*, Relazione scritta presentata al Convegno di Roma, 28 e 29 settembre 2006, sub § 3.1.; G. ROJAS ELGUETA, *Il rapporto tra l'art. 2645 ter c.c. e l'art. 2740 c.c.: un'analisi economica della nuova disciplina*, in *Quaderni della fondazione italiana per il notariato*.

³⁴ In tema di negozi di destinazione il dibattito dottrinale è nutrito: parte della dottrina tende a ricostruire

un meccanismo unico mediante il quale opererebbero le fattispecie di destinazione, dividendosi tuttavia fra coloro che individuano una causa di destinazione che, alla stessa stregua delle cause traslative tipiche, giustificerebbe le attribuzioni patrimoniali (U. LA PORTA, *La destinazione di beni allo scopo e causa negoziale*, in *Quaderni della Rassegna di diritto civile* diretta da P. Perlingieri, Napoli, 1994, p. 35 ss.) (individuano una nuova categoria degli atti di destinazione A. FALZEA, *Riflessioni preliminari*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, cit., p. 5 s.; M. BIANCA, *Novità e continuità dell'atto negoziale di destinazione*, *ivi*, p. 35 ss.; F. PATTI, *Gli atti di destinazione e trust nel nuovo art. 2645 ter c.c.*, in *vita not.*, 2006, p. 980); coloro che sottolineano come la norma abbia introdotto una nuova fattispecie giuridica (in tal senso, per tutti, v. F. GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645 ter c.c.*, in *Giust. civ.*, 2006, I, p. 166, M. NUZZO, *Atto di destinazione e interessi meritevoli di tutela*, in M. BIANCA (a cura di), *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645 ter del codice civile*, Milano, 2007, p. 65 ss.); e coloro che invece inquadrano il fenomeno sul piano degli effetti negoziali (D. DI SABATO, *L'atto di dotazione di beni in favore dell'associazione*, in *Quaderni della Rassegna di diritto civile* diretta da P. Perlingieri, Napoli, 1994, p. 111 ss.; P. MANES, *La norma sulla trascrizione di atti di destinazione è, dunque, norma sugli effetti*, in *Contr. impr.*, 2006, p. 632 s.; U. LA PORTA, *L'atto di destinazione di beni allo scopo trascrivibile ai sensi dell'art. 2645 ter c.c.*, in *Riv. not.*, 2007, 5, p. 1070). In quest'ultimo senso si esprime anche parte della giurisprudenza di merito: Trib. Trieste, 19 settembre 2007, cit., la quale, conformandosi a un proprio precedente (Trib. Trieste, 7 aprile 2006, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, 5, p. 526 ss., con nota di M. CINQUE, *L'interprete e le sabbie mobili dell'art. 2645 ter cod. civ.: qualche riflessione a margine di una (non) applicazione giurisprudenziale*, in *Foro it.*, 2006, 5; c. 1935 ss., con nota di F. DI CIOMMO, *Trust nell'ordinamento giuridico italiano*), ha affermato che la norma ha introdotto solo «un particolare tipo di effetto negoziale». Trova conferma in tale orientamento l'opinione secondo la quale la destinazione rappresenta una particolare estrinsecazione del potere di disposizione, ponendosi in alternativa rispetto al potere di attribuzione. Sottolinea in tal senso P. SPADA, *Articolazione del patrimonio da destinazione iscritta*, in *Negozi di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, Fondazione italiana per il Notariato, p. 123, che la destinazione «tende, da un lato, ad imprimere vincoli funzionali nella percezione delle utilità d'uso e di scambio dei beni destinati e, dall'altro, alla separazione dei beni destinati dal patrimonio residuo del destinante e del funzionario (se quest'ultimo è altro rispetto al primo)»; parte della dottrina reputa invece che la destinazione operi sia sul piano degli effetti sia sul piano della causa, aderendo alla tesi che individua la causa nella «sintesi degli effetti giuridici essenziali» del negozio (come noto riconducibile a S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico*, in *Nuova riv. dir. comm.*, 1947, I, p. 13 ss.). Questa stessa dottrina sostiene l'impossibilità di ricondurre tutte le ipotesi di destinazione patrimoniale ad una categoria unitaria, sottolineando la notevole eterogeneità degli interessi sottesi a ciascuna fattispecie (R. QUADRI, *op. cit.*, p. 282 ss.). Altra tesi reputa improprio disquisire della destinazione quale effetto del negozio, dovendosi piuttosto inquadrare come effetto dell'opponibilità (M. BIANCA, *Il nuovo art. 2645 ter c.c. Notazioni a margine di un provvedimento del giudice tavolare di Trieste*, in *Giust. civ.* 2006, 3, p. 189. È la stessa dottrina a rilevare che se il fenomeno esalta il profilo funzionale della fattispecie, quello proprio della separazione evidenzia il profilo della limitazione della responsabilità, il quale può tuttavia operare solo nei casi previsti dalla legge (di nuovo M. BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, *Biblioteca Giuridica* raccolta da G. Alpa e P. Zatti, Padova, 1996, p. 207 ss.). Infine, G. PALERMO, *Contributo allo studio del trust e dei negozi di destinazione disciplinati dal diritto italiano*, in *Riv. dir. comm. E dir. gen. obbl.*, 2001, p. 391 ss., sostiene, come già prima della novella di cui all'art. 2645 ter, che nell'ordinamento italiano siano sempre configurabili negozi di destinazione con effetto reale, con l'unico limite del giudizio di meritevolezza degli interessi ex art. 1322 c.c., reputando perciò astrattamente ammissibile ed opponibile ai terzi qualunque negozio atipico che imprima su determinati beni un vincolo di destinazione. Lo stesso A., rispetto alla compatibilità del trust interno con i principi dell'ordinamento italiano, bolla la questione come «pseudoproblema», sostenendo che gli obiettivi sottesi all'art. 2 della Convenzione dell'Aja sarebbero comunque altrimenti perseguibili con gli strumenti già altrimenti vigenti (G. PALERMO, *Sulla riconducibilità del "Trust interno" alle categorie civilistiche*, in *Riv. dir. comm. e dir. gen. obbl.*, 2000, p. 159). Ravvisa nell'atto di destinazione «un frammento di trusts», sottolineando come «tutto ciò che è nell'«atto di destinazione» è anche nei trusts, ma i trusts si presentano con una completezza di regolamentazione e una collocazione nell'area della fiducia che l'«atto di destinazione» non presenta», M. LUPOI, *o.l.u.c.* Rileva come i fenomeni di segregazione e separazione patrimoniale rispondano all'esigenza dell'impresa, ma anche e soprattutto dei suoi creditori, di tenere sotto controllo la universalità della responsabilità patrimoniale, R. DI RAIMO, *Forme di controllo e profilo funzionale dei poteri dispositivo sul patrimonio*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, p. 332 s. Rinviene nell'atipicità «il connotato primario della nuova figura», A. GENTILI, *op. cit.*, p. 1, n. 1.

feconde possibilità applicative siano ad esso riservate in un ordinamento che, per le ragioni sopra dette, riconosce all'ermeneutica giurisprudenziale un naturale e fisiologico coefficiente di «creatività».

Di più. Il ruolo maggiormente «creativo» qui riconosciuto al giudice ulteriormente si rivela alla luce della distinzione ontologica (già richiamata nell'intervento che mi ha preceduto) - *costitutiva* di questo sistema - fra l'interpretazione, quale procedimento ermeneutico, e l'*interpretatio* richiamata nelle fonti romane e medievali, parti integranti del diritto comune sammarinese: percorso cognitivo, sebbene a fini applicativi, la prima, fatto normativo *stricto sensu* il secondo, eppur di matrice giurisprudenziale³⁵.

La maggiore discrezionalità così connaturata all'esercizio della funzione giurisdizionale – e, con essa, i rischi che potenzialmente ne derivano - risultano oltremodo enfaticamente dalla scelta, parimenti originale e connotante questo ordinamento, per la monocraticità del giudice.

È interessante notare come, anche rispetto a questo carattere, nella regolamentazione di un *nuovo* istituto il legislatore sammarinese abbia scelto di non abdicare al patrimonio insito nella propria tradizione, temperandone tuttavia le potenziali criticità.

Ispirata a tale *ratio* appare infatti la previsione di una conformazione (composizione) variabile della Corte per i *Trust*. Essa risulta infatti, di volta in volta, ora monocratica ora collegiale, a seconda della singola controversia, poiché ritagliata sulle peculiarità della vicenda negoziale oggetto del giudizio, e delle specifiche complessità tecniche interessate. La stessa procedura convoglia un significativo gradiente di competenza e professionalità, con l'eventuale concorso di più «consulenti».

Evidente in ciò la conservazione e il recupero del modello professionale tipico della magistratura sammarinese, arricchito però dei profili evolutivi più aderenti alle specificità dei *nuovi* istituti: un ulteriore fecondo innesto della novità nella tradizione, e in filigrana, nella delineazione della struttura del nuovo organo giudicante, il volto di Dike.

6. Il peculiare atteggiarsi, nell'ordinamento sammarinese, del principio di legalità e del principio di separazione tra funzione legislativa e giudiziaria

A fugare equivoci va tuttavia detto che il pregnante ruolo assegnato al magistrato sammarinese non ne tratteggia la figura di un giudicante *legibus solutus*, che brandisce la spada (tanto per richiamarci all'immagine icastica della dea *Iustitia*, bendata, armata di spada e di bilancia) dell'arbitrio; né evoca, per altro verso, l'ossimoro di un arbitro *creatore* di regole. A presidio della certezza del diritto si erigono nell'ordinamento sammarinese sia il principio di legalità, sia - per quanto diversamente concepito rispetto alla partizione elaborata da Montesquieu - il principio di separazione tra funzione legislativa e funzione giudiziaria.

Entrambi si caratterizzano in modo originale nell'ordinamento sammarinese: come rilevato in dottrina, «nell'ordinamento sammarinese il significato che assume il principio di legalità, si connette certamente alla sostanziale mancanza di discontinuità dell'ordinamento, che ha originariamente proclamato e riconosciuto come vigenti le regole, che appartengono alla tradizione europea continentale e da quella direttamente

³⁵ Preziosa distinzione concettuale in S. CAPRIOLI, *Lineamenti dell'interpretazione*, San Marino, 2008; ID., *Parere in merito alle questioni di legittimità costituzionale*, reso il 29 settembre 1994 al Consiglio Grande e Generale, inedito, p. 17.

derivano, senza alcuna mediazione [...]. Sul tema del principio di legalità incide notevolmente la scelta originaria, realizzata statutariamente, di prescrivere come fonte un sistema, come il diritto comune, ovvero il diritto romano attuale o vigente, nel quale, come aveva affermato Savigny, “si verifica dunque l’essenziale identità del diritto consuetudinario con quello scientifico”, senza distinzione tra le opere pratiche dalle teoriche»³⁶. Ed è la stessa dottrina ad ammonire: «le due funzioni, quella legislativa e quella giudiziaria, sono da ritenere tra loro nettamente distinte e non possono essere in alcun modo confuse, come le distinguono fin dalle origini le leggi sammarinesi. [...] Forse l’ordinamento sammarinese non conosce il principio della divisione dei poteri, ma conosce sicuramente la divisione tra le due funzioni, legislativa e giudiziaria»³⁷.

Lungi dall’integrare un’enclave consegnata all’incertezza del diritto ed all’arbitrio giudiziario, il peculiare atteggiarsi del sistema sammarinese delle fonti - in particolare, la vigenza del diritto comune e la relativa applicazione giurisprudenziale - garantiscono a questo modello ordinamentale sicurezza e affidabilità, perdipiù al netto delle rigidità e delle vischiosità tipiche degli ordinamenti codificati.

Le notevoli opportunità riscontrate implicano evidentemente un pari grado di *responsabilità* nell’operatore del diritto, ciò che nella giurisprudenza ha comportato notevole coerenza interna e significativa uniformità e stabilità dei giudicati. Lo sottolinea autorevolmente l’analisi di Giacomo Ramoino: «potrà forse pensarsi che la giurisprudenza Sammarinese – per le odierne difficoltà di conoscere il diritto comune – sia incerta e contraddittoria. Ma così non è. L’esame fatto sulle sentenze dell’ultimo sessantennio ha dimostrato una notevolissima uniformità di giudicati: di molto superiore a quella che normalmente si verifica negli stati i quali hanno codificato le norme di diritto privato»³⁸. Si rivela così ulteriormente il tratto sicuro ed affidabile che, pur nelle evidenziate peculiarità, caratterizza il volto di questo ordinamento, saldamente ancorato alla tradizione.

7. Il temperamento del principio dispositivo nella procedura riservata alla Corte per i Trust e gli affidamenti fiduciari

La fecondità che esso attinge dall’apparente antinomia fra tradizione e innovazione può ulteriormente evidenziarsi anche sul versante più squisitamente procedurale. L’applicazione nuda e cruda del principio dispositivo, che rappresenta ulteriore tratto caratterizzante questo ordinamento, determina potenziali disfunzioni nel processo civile: vincolando rigorosamente il giudice alle allegazioni delle parti, e limitando al massimo i suoi poteri di ufficio –egli deve infatti decidere *in juxta alligata et probata partium*³⁹ - ingenera

³⁶ P. PERUZZI, *op. cit.*, p. 149; la citazione ivi contenuta è da C.F. VON SAVIGNY, *Sistema*, I, Cap. III, § 20, p. 109.

³⁷ Cfr. P. PERUZZI, *op. cit.*, p. 150 s. Cfr. G. GUIDI, *Il principio di divisione di poteri nell’Ordinamento della Repubblica di San Marino*, in *Dir. pubbl. com. eur.*, 2000, 4. Relativamente al diritto italiano, *ex multis*, v. G. SILVESTRI, *La separazione di poteri*, Milano, 1984; A. CERRI, *Divisione di poteri*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988.

³⁸ G. RAMOINO, *Le fonti del diritto privato sammarinese*, Repubblica di San Marino, 1928, p. 14 s.

³⁹ Cfr. G.B. DE LUCA, *Dottor volgare*, Lib. XV, cap. XXI, n. 30: «i Giudici devono giudicare secondo gli atti, e non possono giudicare secondo la propria coscienza e per le loro notizie estragiudiziali: e però dicono i Pratici, che quello non sia negli atti, si dice non essere nel mondo»; il principio è ampiamente ribadito nella nota Decisione Consiglio dei XXII, consulente prof. S. Caprioli, 13 settembre 2000, delibera n. 2, nella causa civile n. 306 dell’anno 1996, inedita. Ne deriva il principio dell’onere della prova, che incombe

il rischio di paralisi o rallentamenti della procedura, in violazione del principio di speditezza costituzionalmente previsto⁴⁰, e persino il rischio, ancor più grave, di decisioni «ingiuste». Non potendo il giudice decidere se non sulla base di quanto i contraddittori hanno portato sul *theatrum* del processo, la parte che, pur vantando una pretesa fondata, non ne alleggi i fatti costitutivi o non li supporti di adeguato corredo probatorio, risulta destinata a soccombere⁴¹.

Il principio dispositivo, che nel suo fisiologico dispiegarsi postula e al contempo garantisce terzietà del giudice nel gioco delle parti, implica dunque che l'agire dei contraddittori - parti e, soprattutto, loro patrocinatori - si attesti sul massimo grado di competenza, professionalità e responsabilità. Infatti, anche dai rischi connessi all'applicazione in purezza del suddetto principio, il sistema giuridico sammarinese ha saputo trarre una corrispettiva opportunità: quella del temperamento - che non equivale a sconfessione - del medesimo principio, ancora una volta nella procedura riservata alla Corte per i *Trust* e gli affidamenti fiduciari⁴². Qui si stagliano infatti, come contraltare al principio dispositivo, penetranti poteri di intervento, direzione e stimolo della procedura in capo al giudice del *Trust*: anche nella delineazione di funzioni e procedure relative a questo *nuovo* Giudice, il modello sammarinese ha dunque saputo far tesoro del suo *proprium* distintivo.

Cogliendo le derive del principio dispositivo, il legislatore ha cioè calibrato il proprio intervento innovativo in modo da renderne l'applicazione nei procedimenti sul *Trust* compatibile con le più marcate esigenze di speditezza e il più elevato gradiente di complessità tecnica che connotano tali vicende negoziali (ed il conseguente riflesso processuale).

Una volta ancora, senza abdicare alla tradizione, questo sistema si mostra in grado di sperimentarne tuttavia le «magnifiche sorti e progressive»⁴³.

Conclusioni

Alla luce dei caratteri strutturali sopra delineati, possiamo allora forse tentare una risposta al quesito inizialmente posto, e riconoscere nell'ordinamento sammarinese il volto di Dike, che per altro verso vediamo assomigliare al volto dell'*equity*: di un sistema giuridico

sull'attore che afferma il fatto da cui dipende il diritto: D. 22.3.2: «Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat»; D. 22.3.21: «semper necessitas probandi incumbit illi, qui agit». «il sistema delle prove appartiene alla dinamica del diritto; l'attore tende ad immutable a condizione di fatto sussistente, e dee somministrare tutti i fattori d'impulso che si richiede all'uopo, come dee fornirsi la forza da chi vuol vincere l'inerzia della materia; a sua volta il convenuto che contrappone un'eccezione, nel senso materiale o processuale della parola, è nella condizione di chi vuole arrestare, diminuire, ritardare o deviare una forza già in atto; tocca a lui somministrare la forza che conduce all'arresto o all'attenuazione dell'altra o che si combini con essa per formare una risultante»: Note dei traduttori a B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, 1^a trad. it. a cura di Fadda e Bensa, Torino, 1902, vol. I, p. I, p. 1203.

⁴⁰ Art. 15, Dichiarazione dei diritti dei cittadini e dei principi fondamentali dell'ordinamento sammarinese. l. 8 luglio 1974, n. 59, modificata con l. 19 settembre 2000, n. 95; l. 26 febbraio 2002, n. 36; D. 8 luglio 2002, n. 79.

⁴¹ C. 2.1.4: «Qui accusare volunt, probationes habere debent: cum neque iuris, neque aequitatis ratio permittat ut alienorum instrumentorum inspiciendorum potestas fieri debeat. Actore enim non probante, qui convenitur, etsi nihil ipse praestat, obtinet». V. anche J. VOET, *Commento alle Pandette*, lib. XXII, tit. III, n. 9: «se l'attore non prova il reo convenuto debb'essere assolto, ancorché nulla egli adduca a propria difesa».

⁴² La corte è stata istituita con legge costituzionale 26 gennaio 2012, n. 1; il modello processuale è delineato nella legge qualificata 26 gennaio 2012, n. 1 e nel Decreto delegato 30 settembre 2013, n. 128.

⁴³ La felice espressione è in questo contesto evidentemente da intendersi epurata della connotazione amaramente ironica di cui si caratterizza invece nella poesia di G. LEOPARDI, *La Ginestra*, da cui è tratta.

la cui stessa architettura portante rivela ispirazione e *naturale* tensione verso un principio di giustizia sostanziale, piuttosto che di legalità formale.

Un diritto che si dispiega sull'ampiezza, l'elasticità, il respiro ampio dei principi, piuttosto che sul passo breve e sincopato della legiferazione mediante tecnica regolamentare. È sulla scorta di queste meditazioni intorno all'ordinamento sammarinese, alle sue potenzialità trasformative dei propri fattori di rischio in speculari occasioni evolutive, che davvero può cogliersi la sintesi plastica con cui, nella lingua cinese, la parola «crisi» è resa nell'insieme di due ideogrammi: «rischio» e «opportunità».

Cultura giuridica e diritto vivente

Direttivo

Direzione scientifica

Direttore: Giuseppe Giliberti

Co-direttori: Luigi Mari, Lucio Monaco.

Direttore responsabile

Valerio Varesi

Consiglio scientifico

Luigi Alfieri, Jean Andreau, Franco Angeloni, Andrea Azzaro, Antonio Blanc Altemir, Alessandro Bondi, Licia Califano, Alberto Clini, Maria Aránzazu Calzada Gonzáles, Piera Campanella, Antonio Cantaro, Maria Grazia Coppetta, Francesco Paolo Casavola, Lucio De Giovanni, Laura Di Bona, Carla Faralli, Fatima Farina, Vincenzo Ferrari, Andrea Giussani, Matteo Gnes, Guido Guidi, Giovanni Luchetti, Realino Marra, Guido Maggioni, Paolo Morozzo Della Rocca, Paolo Pascucci, Susi Pelotti, Aldo Petrucci, Paolo Polidori, Orlando Roselli, Eduardo Roza Acuña, Elisabetta Righini, Thomas Tassani, Patrick Vlacic, Umberto Vincenti.

Coordinamento editoriale

Marina Frunzio, M. Paola Mittica.

redazioneculturagiuridica@uniurb.it

Redazione

Luciano Angelini, Chiara Lazzari, Massimo Rubechi.

Collaborano con *Cultura giuridica e diritto vivente*

Giovanni Adezati, Athanasia Andriopoulou, Cecilia Ascani, Chiara Battaglini, Alice Biagiotti, Chiara Bigotti, Roberta Bonini, Darjn Costa, Marica De Angelis, Giacomo De Cristofaro, Elisa De Mattia, Luca Di Majo, Alberto Fabbri, Francesca Ferroni, Valentina Fiorillo, Chiara Gabrielli, Federico Losurdo, Matteo Marchini, Marilisa Mazza, Maria Morello, Massimiliano Orazi, Natalia Paci, Valeria Pierfelici, Ilaria Pretelli, Edoardo A. Rossi, Francesca Stradini, Desirée Teobaldelli, Matteo Timiani, Giulio Vanacore, Giordano Fabbri Varliero.

Cultura giuridica e diritto vivente è espressione del Dipartimento di Giurisprudenza (DiGiur) dell'Università di Urbino. Lo sviluppo e la manutenzione di questa installazione di OJS sono forniti da UniURB Open Journals, gestito dal Servizio Sistema Bibliotecario di Ateneo. **ISSN 2384-8901**



Eccetto dove diversamente specificato, i contenuti di questo sito sono rilasciati con Licenza [Creative Commons Attribuzione 4.0 Internazionale](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).
