

FEDERICA BERTOLDI

*L'HERES FIDUCIARIUS' IN UNA PROSPETTIVA
STORICO-COMPARATISTICA*

SOMMARIO: 1. Origini del fedecommesso. – 2. Riconoscimento giuridico del fedecommesso. – 3. Il fedecommesso universale: i *senatusconsulta Trebellianum e Pegasianum*. – 4. La distinzione tra fiducia e fedecommesso in Probo. – 5. *L'heres fiduciarius*: documenti papirologici. – 6. (Segue): documenti epigrafici. – 7. *L'heres fiduciarius* nei frammenti del Digesto: Giavoleno e Pegaso. – 8. (Segue): Cervidio Scevola. – 9. (Segue): Papiniano. – 10. Lo sviluppo delle situazioni fiduciarie nel periodo postclassico e medievale. – 11. L'affatomia presso i Franchi e la Treuhand del diritto germanico. – 12. L'esecutore testamentario nel medioevo. – 13. La Scuola di Bologna. – 14. L'origine del *trust* in Inghilterra. – 15. *L'heres fiduciarius* in Francia. – 16. Il fedecommesso nell'ancien Droit Français. – 17. Le origini della *fiducie*. – 18 La *fiducie* nell'ancien Droit Français. – 19. La *fiducie* dopo la caduta dell'ancien Régime. – 20. Cenni alla fiducia Germanistica. – 21. Osservazioni conclusive: un rapido esame dell'attuale ordinamento giuridico italiano.

1. Origini del fedecommesso.

Il fedecommesso, sebbene sia una figura assai diversa dal negozio fiduciario¹, soprattutto in determinati casi, sembra aver fortemente interessato la dottrina medievale per i suoi particolari effetti e aver influenzato in parte anche la civilistica odierna².

Il fedecommesso è una disposizione che, come dicono le parole *fidei-*

¹ BERTOLDI, *Il negozio fiduciario nel diritto romano classico*, Modena, 2012.

² Questo contributo è anche frutto di un soggiorno di studio trascorso, nel 2010, presso l'“Institut de Histoire du Droit” dell'Université de Poitiers, Faculté de Droit et des Sciences Sociales, grazie a un finanziamento della stessa università. In tale periodo mi sono dedicata all'approfondimento della “fiducie” francese, sotto la direzione del Professor Eric Gojosso, direttore dell'“Institut d'Histoire du Droit”, e del Professor Didier Veillon, ai quali va il mio più sentito ringraziamento.

committo, *fideicommissum* e *fideicommissarius*, è legata alla buona fede e alla lealtà della parola data³; esso sembra avere origine fiduciaria⁴, tanto che le fonti, come vedremo, presentano il fedecommissario in relazione a un rapporto “fiduciario”⁵, in quanto esso richiede un atto dispositivo *mortis causa*⁶, accompagnato da una preghiera del testatore⁷ di restituire un bene o una parte di beni ad un altro soggetto rispetto all’erede (o legatario o beneficiario *mortis causa*). Da quanto detto emerge che il fedecommissario esige la presenza di tre persone: il disponente o *de cuius*; il fiduciario, erede o legatario, e il fedecommissario beneficiario⁸.

Il fedecommissario è dunque “una disposizione informale fondata sulla *fides* con la quale a un qualsiasi beneficiario *mortis causa* viene imposta a favore di altri una determinata prestazione”⁹. Questa può consistere in un’attività diretta alla liberazione di uno schiavo¹⁰, o può avere ad oggetto

³ ERNOUT-MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*^A, (rist. 2001), Paris, 1985, 233; LAMBERTINI, *Testi e percorsi di diritto romano e tradizione romanistica*, Torino, 2010, 103.

⁴ GROSSO, *I legati nel diritto romano*², Torino, 1962, 30; KASER, *Das römische Privatrecht*, I², München, 1971, 757; WITZ, *La fiducie en droit privé français*, Paris, 1981, 27; LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Il fedecommissario universale nel diritto romano classico*, Warszawa, 1997, 15.

⁵ *Contra*: NOORDRAVEN, *Die Fiduzia im römischen Recht*, (trad. ted.), Amsterdam, 1999, 112.

⁶ VOCI, *Fedecommissario*, in *EDD*, XVII, Milano, 1968, 103.

⁷ Cfr.: ISID., *Etymol. sive Orig.* 5,24,17: *Fideicommissum dictum, ut fiat quod a defuncto committitur. Nam fides dicta eo quod fiat; quod tamen non in directis verbis, sed precativis exposcitur.* Sul testo si veda: TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis. Esegesi e sistema nella formazione del testamento fiduciario*: I. *Le premesse romane e l’età del diritto comune*, Napoli, 2002, 73, n. 88.

⁸ SEUFFERT, *Praktisches Pandektenrecht*, I⁴, Würzburg, 1860, 383; ARNDTS, *Lehrbuch der Pandekten*⁹, Stuttgart, 1877, 918; BAUR, *Des Fidéicommiss*, Nancy, 1885, 1 s.; LAMBERTINI, *Testi*, cit., 104 s.

⁹ IMPALLOMENI, *Prospettive in tema di fedecommissario*, in *Conferenze romanistiche*, II, Milano, 1967, 278 (= in *Scritti di diritto romano*, Padova, 1996, 154).

¹⁰ Gai. 2,263: *Libertas quoque servo per fideicommissum dari potest, ut vel heres rogetur manumittere vel legatarius*; Ulp. 2,7: *Libertas et directo potest dari hoc modo: LIBER ESTO, LIBER SIT, LIBERUM ESSE IUBEO, et per fideicommissum, ut puta: ROGO, FIDEI COMMITTO HEREDIS MEI, UT STICHUM SERVUM MANUMITTAT.*

una singola cosa¹¹ o una eredità¹². In quest'ultimo caso si è in presenza di un fedecommissario universale che comporta un trasferimento della proprietà, attraverso il quale un testatore può affidare alla *fides* di un intermediario¹³, l'erede, il trasferimento di tutto o parte dell'eredità a un beneficiario¹⁴. Una volta che il fedecommissario fosse diventato operativo alla morte del disponente, l'unico proprietario risultava essere il fiduciario¹⁵.

Come si è già accennato, il fedecommissario universale si realizza quando l'erede è gravato dell'obbligo di restituire in tutto o in parte l'eredità al *fideicommissarius*¹⁶. Si ha dunque una sorta di eredità successiva, in quanto il fedecommissario acquista l'eredità dopo l'erede onerato¹⁷.

In generale si avevano comunque due trasferimenti: dal *de cuius* all'erede e dall'erede al fedecommissario.¹⁸ Pur restando il fiduciario l'*heres iure civili*, tutto il contenuto dell'*hereditas* passava al fedecommissario¹⁹.

Le prime fonti che riguardano il fedecommissario²⁰ risalgono al periodo

¹¹ Gai. 2,260: *Potest autem quisque etiam res singulas per fideicommissum relinquere, velut fundum hominem vestem argentum pecuniam, et vel ipsum heredem rogare, ut alicui restituat, vel legatarium, quamvis a legatario legari non possit.* Cfr.: CÁMARA LAPUENTE, *La fiducia sucesoria secreta*, Madrid, 1996, 69. Si veda: FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, I, Napoli, 1900, 61. Cfr.: D. 31,77,32 (Pap. 8 resp.): *'A te peto, marite, si quid liberorum habueris, illis praedia relinquant vel, si non habueris, tuis sive meis propinquis aut etiam libertis nostris.'* non esse datam electionem, sed ordinem scripturae factam substitutioni respondi.

¹² Gai. 2,250: *Cum igitur scripserimus <L.> TITIVS HERES ESTO, possumus adicere 'ROGO TE L. TITI PETOQUE A TE, UT CUM PRIMUM POSSIS HEREDITATEM MEAM ADIRE, C. SEIO REDDAS RESTITUAS'.* Possumus autem et de parte restituenda rogare; et liberum est vel sub condicione vel pure relinquere fideicommissa, vel ex die certa. Si veda pure: Gai. 2,248. Cfr.: CÁMARA LAPUENTE, *La fiducia sucesoria*, cit., 37.

¹³ JOHNSTON, *Trust and Trust-like Devices in Roman Law*, in AA.VV., *Itinera fiduciae*, Berlin, 1998, 45 s.

¹⁴ BIONDI, *Successione testamentaria donazioni*, Milano, 1943, 477.

¹⁵ JOHNSTON, *Trust*, cit., 47.

¹⁶ BIONDI, *Successione*, cit., 477.

¹⁷ BIONDI, *Successione*, cit., 478 s.

¹⁸ VOCI, *Diritto ereditario romano*, II², Milano, 1963, 350 s.

¹⁹ BIONDI, *Successione*, cit., 482.

²⁰ Il PERNICE, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, I, Halle, 1873, 413, riteneva che il fedecommissario arcaico fosse in realtà un mandato.

ciceroniano²¹, in un periodo in cui il fedecommesso non aveva ancora avuto

²¹ La prima fonte in proposito è Cic. *de fin. bon. et mal.* 2,17,55 (SERRE, *Du fidéicommiss de famille en droit romain. De la distinction entre le legs conditionnel et la Substitution prohibée en droit français*, Paris, 1879, 8; FERRINI, *Teoria generale dei legati e dei fedecommessi*, Milano, 1889, 33), frammento scritto nel 45 a.C., ma che menziona un evento della giovinezza dell'arpinate, realizzatosi nel 90 a.C. circa. La questione prospettata da Cicerone riguarda il caso di Publio Sestilio Rufo, designato erede fiduciario di Quinto Fadio Gallo, cittadino romano della prima classe (GENZMER, *La genèse du fidéicommiss comme institution juridique*, in *RHD*, 40(1962), 337; TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis*, cit., 33). Questi, in vita, aveva pregato Sestilio di far pervenire, dopo l'*aditio hereditatis*, tutta l'eredità alla figlia dell'ereditando, la quale non poteva essere nominata erede a causa della *lex Voconia* del 169 a.C. (ROTONDI, *Leges publicae populi Romani*, estr. dall'*Enciclopedia giuridica italiana*, [rist. 1990], Milano, 1912, 283 s.; LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Il fedecommesso*, cit., 25; VIGNERON, *L'antifeministe loi Voconia et les Schleichwege des Lebens*, in *Labeo*, 29[1983], 142). Tale legge infatti vietava ai cittadini appartenenti alla prima classe censitaria di nominare le donne come eredi (MANNA, *Delle sostituzioni fedecommissarie*, Lanciano, 1887, 6; ROTONDI, *Leges publicae*, cit., 283 s.; JOHNSTON, *The Roman Law of Trusts*, Oxford, 1988, 24; TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis*, cit., 23; 26). Sestilio sosteneva che non era vero, aggiungendo di aver prestato giuramento sulla *lex Voconia* e che quindi, nella sua qualità di *magistratus*, non avrebbe osato trasgredirla. La questione fu risolta in un *consilium amicorum*, decidendo che non si dovesse dare a Fadia più di quanto ella potesse ricevere in base alla legge, vale a dire più della metà dell'eredità (GENZMER, *La genèse*, cit., 338; LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Il fedecommesso*, cit., 25). Sestilio però disattendendo il consiglio degli amici (TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis*, cit., 36), si tenne una parte cospicua dell'eredità. Il secondo episodio descritto nel passo ciceroniano riguarda Sesto Peduceo figlio di Sesto che era stato pregato da Gaio Plozio, illustre cavaliere romano di Norcia, di consegnare l'eredità alla moglie e che effettivamente diede seguito a quanto richiesto dal testatore in una semplice preghiera verbale (TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis*, cit., 37). Un ulteriore passo da considerare è Cic. *Verr.* 2,1,47,123; Publio Trebonio desiderava istituire erede suo fratello Aulo Trebonio che aveva perso la *testamenti factio*, in quanto proscritto sulla base della *lex Cornelia* dell'82 a.C. Publio Trebonio, volendo provvedere al fratello, chiese agli eredi istituiti nel testamento di giurare che ognuno avrebbe fatto pervenire ad Aulo Trebonio non meno della metà della propria quota di eredità (JOHNSTON, *The Roman Law*, cit., 23). Il liberto di Publio Trebinio e di Aulo Trebonio fu l'unica persona a giurare, in quanto gli altri eredi si recarono dal pretore informandolo dell'illiceità di un giuramento che li impegnava a fare una cosa contraria alla *lex Cornelia*, che escludeva i proscritti dalla *testamenti factio passiva*. Ottennero così di

una vera e propria sanzione giuridica e testimoniano che esso non era infrequente nell'ultimo scorcio dell'età repubblicana²². Unico testo che ha tuttora una sua rilevanza per quanto riguarda il periodo precedente ad Augusto è di Valerio Massimo:

Val. Max. 4,2,7: Caeli vero Rufi ut vita inquinata, ita misericordia, quam Q. Pompeio praestitit, probanda. Cui a se publica quaestione prostrato, cum mater Cornelia fidei commissa praedia non redderet, atque iste auxilium suum litteris inplorasset, pertinacissime absentem adfuit: recitavit etiam eius epistolam in iudicio ultimae necessitatis indicem, qua impiam Corneliae avaritiam subvertit. Factum propter eximiam humanitatem ne sub Caelio quidem auctore repudiandum.

Quinto Pompeio, costretto a lasciare Roma, si recò a Bauli, nei pressi del Miseno, dove sua madre possedeva i beni ereditari²³. Ella infatti rifiutava di restituire i beni che gli avrebbe dovuto devolvere per fedecommesso. Il figlio si rivolse a Celio Rufo, che ne assunse la difesa, portando a termine la causa con successo²⁴; non sappiamo in che modo egli raggiunse la vittoria nel processo, ma possiamo ipotizzare che Celio Rufo avesse evidenziato l'importanza di rispettare il vincolo della *fides* cui il fedecommesso dava luogo.

Il testo analizzato testimonia che il fedecommesso divenne “un fenomeno sociale prima di diventare una istituzione giuridica”²⁵, in quanto in certi casi risultava opportuno differire il momento dell'acquisto dei beni ereditari in un momento successivo, probabilmente quando il fedecommissario avesse la *testamenti factio activa*.

Tuttavia anche gli stranieri potevano ricevere i fedecommissi e, secondo Gaio, fu proprio questa l'origine dei fedecommissi²⁶. Stando a quanto

non giurare e vennero ammessi alla *bonorum possessio contra tabulas*. Il magistrato decise invece di rifiutare la *bonorum possessio secundum tabulas* al liberto che aveva prestato giuramento. Interessante è a questo proposito il giudizio di Cicerone: il giuramento sarebbe stato vincolante se la situazione non fosse stata paralizzata da una norma penale.

²² LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Il fedecommesso*, cit., 28.

²³ GENZMER, *La genèse*, cit., 333.

²⁴ LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Il fedecommesso*, cit., 32.

²⁵ LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Il fedecommesso*, cit., 34.

²⁶ Ma in seguito, all'inizio del regno di Adriano, ciò fu vietato; ed inoltre, per

sostengono le fonti il fedecommesso nacque soprattutto per beneficiare gli stranieri²⁷ che non avevano *testamenti factio*²⁸.

Prima che il fedecommesso avesse una tutela giuridica, si realizzava comunque un piccolo effetto giuridico, in quanto se l'erede dava il bene oggetto di fedecommesso al beneficiario e in seguito agiva con la *condictio indebiti*, perdeva la causa poiché l'erede era gravato di un dovere, che sebbene non sanzionato, giustificava il trasferimento²⁹.

un'oratio dello stesso Adriano, fu emanato un senatoconsulto, affinché simili fedecommessi fossero rivendicati dal fisco. Cfr.: LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Il fedecommesso*, cit., 47; 54.

²⁷ MANNA, *Delle sostituzioni*, cit., 6; JOHNSTON, *The Roman Law*, cit., 36; CÁMARA LAPUENTE, *La fiducia sucesoria*, cit. 67.

²⁸ Gai. 2,285: *Ut ecce peregrini poterant fideicommissa capere; et fere haec fuit origo fideicommissorum. Sed postea id prohibitum est; et nunc ex oratione divi Hadriani senatus consultum factum est, ut ea fideicommissa fisco vindicarentur*; Theoph. 2,23,1: Τέως δὲ σκοπήσωμεν περὶ τῆς ἀρχαιογονίας αὐτῶν. ἀνυπόστατα πάσαι πάντα ὑπῆρχε τὰ fideicommissa· οὐδεὶς γὰρ ἄκων ταῦτα κατέβαλεν ἐκεῖ νοῖς οἷς ἤξιώθη παρασχεῖν. ἐπενοήθη δὲ ἐντεῦθεν τὰ fideicommissa. συνέβαινε πολλάκις ῥωμαίων τελευτῶν ἔχοντα συγγενεῖς peregrinus. οἷς οὐδὲ κληρονομίαν οὐδὲ ληγάτα καταλιμπάνειν ἐξῆν διὰ τὸ διαφόρου πολιτείας εἶναι. ἐκάλει τοίνυν οὗτος ῥωμαίων τινα, ὃς ἠδύνατο αὐτῷ λεγέσθαι κληρονόμος ἐκ διαθήκης εὐνοῦν ὄντα καὶ πιστὸν ἐσόμενον, καὶ αὐτὸν μὲν ἔγραφε κληρονόμον, ἤξιου δὲ αὐτὸν ἐκτὸς τῆς διαθήκης, ὥστε ἢ πᾶσαν τὴν κληρονομίαν ἢ μέρος αὐτῆς ἢ καὶ ῥητὰ πράγματα τῷδε τῷ peregrinῷ ἀποκατασταστῆσαι, καὶ ἐν τῇ τοῦ scriptu κληρονόμου ἀπέκειτο ἐξουσία, πότερον βούλεται ταῦτα δοῦναι ἢ οὐ. οὐδεὶς γὰρ νόμου σύνδεσμος ἦν ὁ τοῦτο ποιεῖν αὐτὸν ἀναγκάζων, ἀλλ' ἐκ μόνης τῆς πίστεως καὶ αἰδοῦς τῶν παρακληθέντων ἤρτητο ταῦτα. ἀμέλει καὶ ἐντεῦθεν fideicommissa προσηγορεύθη τουτέστι τὰ τῇ πίστει καταπιστευθέντα. ... (*Et in primis de eorum origine dispiciamus. olim quidem infirma omnia fideicommissa erant; nemo enim invitus ea iis praestare cogebatur, quibus rogatus fuerat. origo autem fideicommissorum haec fere fuit. saepius contingebat civem romanum mori, qui cognatos peregrinos haberet, quibus neque hereditates neque legata relinquere licebat, cum alius esset civitatis. instituebat ergo civem romanum quendam sibi benevolum, qui testamento heres fieri posset, cuius fides sibi esset probata; rogabatque eum extra testamentum ut vel omnem hereditatem vel eius partem vel certas res illi peregrino restitueret. in scripti autem heredis arbitrio erat utrum solveret necne, cum nullum esset iuris vinculum, quo ad hoc adstringeretur; set fide tantum atque pudore eius qui rogabatur haec continebantur. et ideo fideicommissa appellata sunt. ...*)

²⁹ COSSÉ, *Des substitutions*, Paris, 1870, 11.

2. Riconoscimento giuridico del fedecompresso.

Il vincolo di carattere morale fondato sulla *fides* dell'acquirente che doveva trasferire l'eredità³⁰ si dimostrò comunque col tempo insufficiente e si sentì dunque il bisogno di una più energica tutela³¹.

Grazie ad Augusto, si realizzò il primo riconoscimento giuridico del fedecompresso³², a seguito del caso di un certo Lucio Lentulo³³, il quale, essendo stato pretore nel 44 a.C., trovandosi in Africa in punto di morte, aveva chiesto ad Augusto di dare attuazione alle sue ultime volontà contenute in alcuni codicilli confermati nel testamento³⁴, anche se, fino a quel momento, erano considerati privi di efficacia giuridica³⁵.

³⁰ TRIFONE, *Il fedecompresso*, Roma, 1914, 2; WITZ, *La fiducia*, cit., 27.

³¹ TRIFONE, *Il fedecompresso*, cit., 2 s.; BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, I², Padova, 1947, 96; TORRENT, *Fideicommissum familiae relictum*, Oviedo, 1975, 8.

³² PUCHTA, *Cursus der Institutionen*, III, Leipzig, 1847, 300 s.; MAREZOLL, *Lehrbuch der Institutionen*, Leipzig, 1875, 549; SERRE, *Du fidéicommis de famille*, cit., 9; MARIBAIL, *Des Substitutions Fidéicommissaires en Droit Romain et dans notre Ancien Droit*, Toulouse, 1881, 13 s.; OLIVIER, *Du fidéicommis de famille. Des substitutions prohibées*, Lyon, 1882, 10; BAUR, *Des Fidéicommiss*, cit., 7; JACQUEMAIRE, *Des fidéicommiss. Des substitutions prohibées*, Paris, 1885, 13; 21; MANNA, *Delle sostituzioni*, cit., 9; BRUCKNER, *Zur Geschichte des Fideicommisses*, München, 1893, 28 ss.; ROBERTI, *Le origini dell'esecutore testamentario*, in *Studi economico-giuridici della R. Università di Cagliari*, V, Modena, 1910, 28; LEMERCIER, *Quelques remarques sur les origines du fidéicommis et sur le fidéicommis d'hérédité à l'époque classique*, in *RHD*, 14(1935), 434 ss.; GENZMER, *La genèse*, cit., 344; VOGLI, *Fedecompresso*, cit., 104; WATSON, *The Early History of fideicommissa*, in *Index*, 1(1970), 178 ss. (= ID., *The Law of Succession in the Later Republic*, Oxford, 1971, 35 ss.); MASCHI, *Tutela, fedecommissi, contratti reali*, in *Studi in onore di E. Volterra*, IV, Milano, 1971, 688; TORRENT, *Fideicommissum*, cit., 11; CÁMARA LAPUENTE, *La fiducia sucesoria*, cit., 71; LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Il fedecompresso*, cit., 17; 23.

³³ GROSSO, *I legati*, cit., 31; GIODICE-SABBATELLI, *La tutela giuridica dei fedecommissi fra Augusto e Vespasiano*, Bari, 1993, 49.

³⁴ BIONDI, *Successione*, cit., 613.

³⁵ I. 2,25. Sul passo si veda: GUARINO, *Pauli de iure codicillorum liber singularis*, in *ZSS*, 62(1942), 249 ss.; ID., *Isidoro di Siviglia e l'origine dei codicilli*, in *SDHI*, 10(1944), 317 ss.; METRO, *Studi sui codicilli*, I, Milano, 1979, 18 ss.; ID., *Ancora su Isid.*, *Etym.* 5.24.14, in *Studi Sanfilippo III*, Milano, 1983, 451 ss.; CHAMPLIN, *Miscellanea testamentaria*, in *ZPE*, 62(1986), 249 s.; JOHNSTON, *The Roman Law*, cit.,

Questo episodio, verificatosi presumibilmente intorno al 15 a.C.³⁶, fu l'occasione per Augusto di convocare il suo *consilium* di giureconsulti per ripristinare l'antica *fides* romana³⁷ e per conoscere il valore di quei codicilli. Trebazio Testa, che era stato interpellato, si limitò a prospettare la grande opportunità dell'istituto del codicillo, in quanto era difficile trovare testimoni cittadini romani in provincia³⁸. Augusto decise allora di dare valore legale ai fedecommissi, dapprima in singoli casi, in seguito in via generale, affidando la giurisdizione in materia ai consoli³⁹. In questo modo egli riuscì a collocare l'*actio ex fideicommissio* nell'ambito della *cognitio*, evitando lo "sviluppo edittale" dell'azione⁴⁰. Con l'imperatore Claudio⁴¹, tale giurisdizione venne attribuita ai due *praetores fideicommissarii*⁴², inizialmente due, poi ridotti da Tito ad uno solo⁴³. In questo modo l'erede veniva obbligato *extra ordinem* a restituire il bene o la quota dell'eredità oggetto di fedecommissio⁴⁴.

Tali riforme favorirono la trasformazione di quello che era un sempli-

26 s.; GIODICE-SABBATELLI, *La tutela giuridica*, cit., 51; LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Il fedecommissio*, cit., 40.

³⁶ LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Il fedecommissio*, cit., 43; 81.

³⁷ LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Il fedecommissio*, cit., 41.

³⁸ JACQUEMAIRE, *Des fidéicommis*, cit., 22; BIONDI, *Successione*, cit., 614.

³⁹ I. 2,23,1: ... *postea primus divus Augustus semel iterumque gratia personarum motus, vel quia per ipsius salutem rogatus quis diceretur, aut ob insignem quorundam perfidiam iussit consulibus auctoritatem suam interponere*. ... Si veda: DESANTI, *La sostituzione fideicommissaria. Per un corso di esegesi delle fonti del diritto romano*, Torino, 1999, 5.

⁴⁰ LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Il fedecommissio*, cit., 82.

⁴¹ Suet. *Claud.* 23.

⁴² Gai. 2,278: *Praeterea legata <per> formulam petimus; fideicommissa vero Romae quidem apud consulem vel apud eum praetorem, qui praecipue de fideicommissis ius dicit, persequimur, in provinciis vero apud praesidem provinciae*. Si veda: PERNICE, *L'ordo iudiciorum e l'extraordinaria cognitio durante l'impero*, in AG, 36(1886), 130; OLIVIER, *Du fidéicommis de famille*, cit., 10; MANNA, *Delle sostituzioni*, cit., 9; VOCI, *Diritto ereditario*, cit., II, 232; TORRENT, *Fideicommissum*, cit., 12; WITZ, *La fiducia*, cit., 28; JOHNSTON, *The Roman Law*, cit., 30; SCHULZ, *Classical Roman Law*, Oxford, 1992, 312; CÁMARA LAPUENTE, *La fiducia sucesoria*, cit., 72.

⁴³ MANNA, *Delle sostituzioni*, cit., 10; LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Il fedecommissio*, cit., 84.

⁴⁴ FERRINI, *Teoria generale*, cit., 39.

ce dovere morale basato sulla *fides*⁴⁵ in obbligo giuridico⁴⁶. Ciò permise al fedecommesso di diventare un'istituto giuridico "autonomo"⁴⁷. Inoltre il riconoscimento del nuovo istituto portò ad un naturale sviluppo verso forme più libere ed elastiche, allargando la cerchia ristretta delle disposizioni testamentarie tradizionali⁴⁸.

⁴⁵ MILONE, *Il fedecommesso romano nel suo storico svolgimento*, Napoli, 1896, 13.

⁴⁶ I. 2,23,1: *Sciendum itaque est omnia fideicommissa primis temporibus infirma esse, quia nemo invitus cogebatur praestare id de quo rogatus erat: quibus enim non poterant hereditates vel legata relinquere, si relinquebant, fidei committebant eorum, qui capere ex testamento poterant: et ideo fideicommissa appellata sunt, quia nullo vinculo iuris, sed tantum pudore eorum qui rogabantur continebantur.* ... Theoph. 2,23,1: Τέως δὲ σκοπήσωμεν περὶ τῆς ἀρχαιογονίας αὐτῶν. ἀνυπόστατα πάλαι πάντα ὑπῆρχε τὰ fideicommissa: οὐδεὶς γὰρ ἄκων ταῦτα κατέβαλεν ἐκείνοις οἷς ἠξιώθη παρασχεῖν. ἐπενοήθη δὲ ἐντεῦθεν τὰ fideicommissa. συνέβαινε πολλάκις ῥωμαίων τελευτῶν ἔχοντα συγγενεῖς peregrinus. οἷς οὐδὲ κληρονομίαν οὐδὲ ληγάτα καταλιμπάνειν ἔξῃν διὰ τὸ διαφόρου πολιτείας εἶναι. ἐκάλει τοίνυν οὗτος ῥωμαίων τινα, ὃς ἠδύνατο αὐτῷ λεγέσθαι κληρονόμος ἐκ διαθήκης εὖνουν ὄντα καὶ πιστὸν ἐσόμενον, καὶ αὐτὸν μὲν ἔγραφε κληρονόμον, ἠξίου δὲ αὐτὸν ἐκτὸς τῆς διαθήκης, ὥστε ἢ πᾶσαν τὴν κληρονομίαν ἢ μέρος αὐτῆς ἢ καὶ ῥητὰ πράγματα τῷδε τῷ peregrinῷ ἀποκατασταστῆσαι, καὶ ἐν τῇ τοῦ scriptu κληρονόμου ἀπέκειτο ἐξουσία, πότερον βούλεται ταῦτα δοῦναι ἢ οὐ. οὐδεὶς γὰρ νόμου σύνδεσμος ἦν ὁ τοῦτο ποιεῖν αὐτὸν ἀναγκάζων, ἀλλ' ἐκ μόνης τῆς πίστεως καὶ αἰδοῦς τῶν παρακληθέντων ἤρτητο ταῦτα. ἀμέλει καὶ ἐντεῦθεν fideicommissa προσηγορεύθη τουτέστι τὰ τῇ πίστει καταπιστευθέντα. ... (*Et in primis de eorum origine dispiciamus. olim quidem infirma omnia fideicommissa erant; nemo enim invitus ea iis praestare cogebatur, quibus rogatus fuerat. origo autem fideicommissorum haec fere fuit. saepius contingebat civem romanum mori, qui cognatos peregrinos haberet, quibus neque hereditates neque legata relinquere licebat, cum alius essent civitatis. instituebat ergo civem romanum quendam sibi benevolum, qui testamento heres fieri posset, cuius fides sibi esset probata; rogabatque eum extra testamentum ut vel omnem hereditatem vel eius partem vel certas res illi peregrino restitueret. in scripti autem heredis arbitrio erat utrum solveret necne, cum nullum esset iuris vinculum, quo ad hoc adstringeretur; set fide tantum atque pudore eius qui rogabatur haec continebantur. et ideo fideicommissa appellata sunt.* ...) Si veda: MILONE, *Il fedecommesso romano*, cit., 14.

⁴⁷ LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Il fedecommesso*, cit., 83.

⁴⁸ BIONDI, *Successione*, cit., 296.

3. Il fedecommesso universale: i *senatusconsulta Trebellianum* e *Pegasianum*.

Come si è già accennato, nel fedecommesso si realizzava una situazione giuridica e uno schema formale che produceva una situazione fiduciaria; ciò è particolarmente evidente nel fedecommesso universale, in quanto si richiedeva necessariamente una regolare istituzione di erede e, affidata alla lealtà, la restituzione dell'eredità ad altri⁴⁹.

Il fedecommesso universale non è necessariamente sinonimo di frode o illiceità, anche se non bisogna trascurare che il fedecommesso, in origine, nacque proprio in elusione della legge, per trasferire proprietà a beneficiari incapaci di ricevere *mortis causa*⁵⁰. Si pensi alle donne⁵¹, ai Latini *Iuniani*⁵², cioè i servi manomessi in forma non solenne, ai celibi⁵³ e agli orbi⁵⁴, ai pere-

⁴⁹ Gai. 2,248; 2,260.

⁵⁰ TRIFONE, *Il fedecommesso*, cit., 2.

⁵¹ Gai. 2,274: *Item mulier, quae ab eo qui centum milia aeris census est per legem Voconiam heres institui non potest, tamen fideicommisso relictam sibi hereditatem capere potest*. Si veda: LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Il fedecommesso*, cit., 153.

⁵² Gai. 1,24: *Quod autem diximus ex testamento eos capere non posse, ita intellegemus, ne quid directo hereditatis legatorumve nomine eos posse capere dicamus: alioquin per fideicommissum capere possunt*; Gai. 2,275: *Latini quoque, qui hereditates legataque directo iure lege Iunia capere prohibentur, ex fideicommisso capere possunt*; Ulp. 25,7: *Latini Iuniani fideicommissum capere possunt, licet legatum capere non possint*. Si veda: LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Il fedecommesso*, cit., 153 s.

⁵³ Gai. 2,286: *Caelibes quoque, qui per legem Iuliam hereditates legataque capere prohibentur, olim fideicommissa videbantur capere posse*.

⁵⁴ Gai. 2,286 a: *Item orbi, qui per legem Papiam [ob id quod liberos non habebant] dimidias partes hereditatum legatorumque perdunt, olim solida fideicommissa videbantur capere posse. Sed postea senatusconsulto Pegasiano proinde fideicommissa quoque ac legata hereditatesque capere posse prohibiti sunt; eaque translata sunt ad eos, qui <in eo> testamento liberos habent, aut si nullus liberos habebit, ad populum, sicut iuris est in legatis et in hereditatibus, quae eadem aut simili ex causa caduca fiunt*. Come dice Gaio, la capacità di ricevere fedecommessi fu tolta dal *senatusconsultum Pegasianum*. Cfr: LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Il fedecommesso*, 152.

grini⁵⁵, ai *postumi alieni*, alle *personae incertae*⁵⁶, alle *civitates*, ai *municipia*⁵⁷ e alle corporazioni⁵⁸.

⁵⁵ Gai. 2,285: *Ut ecce peregrini poterant fideicommissa capere; et fere haec fuit origo fideicommissorum. Sed postea id prohibitum est; et nunc ex oratione divi Hadriani senatusconsultum factum est, ut ea fideicommissa fisco vindicarentur.*

⁵⁶ Gai. 2,242: *Ac ne heres quidem potest institui postumus alienus; est enim incerta persona*; Gai. 2,287: *I>tem olim incertae personae vel postumo alieno per fideicommissum relinqui poterat, quamvis neque heres institui neque legari ei posset; sed senatusconsulto, quod auctore divo Hadriano factum est, idem in fideicommissis quod in legatis hereditatibusque constitutum est*; Ulp. 25,13: *Poenae causa vel incertae personae ne quidem fideicommissa dari possunt*; I. 2,20,25: *Incertis vero personis neque legata neque fideicommissa olim relinqui concessum erat: nam nec miles quidem incertae personae poterat relinquere, ut divus Hadrianus rescripsit.* In seguito sulla base di un *senatus consultum* di Adriano si negò ai testatori di disporre lasciti o fedecommissi a beneficio delle *personae incertae*. Si veda: LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Il fedecommissso*, cit., 148.

⁵⁷ Ulp. 22,5: *Nec municipia nec municipes heredes institui possunt, quoniam incertum corpus est, et neque cernere universi neque pro herede gerere possunt, ut heredes fiant. Senatus consulto tamen concessum est, ut a libertis suis heredes institui possint. Sed fideicommissa hereditas municipibus restitui potest, denique hoc senatus consulto prospectum est*; D. 38,3,1 pr. (Ulp. 49 ad ed.): *Municipibus plenum ius in bonis libertorum libertarum defertur, hoc est id ius quod etiam patrono. 1. Sed an omnino petere bonorum possessionem possint, dubitatur: ovet enim, quod consentire non possunt, sed per alium possunt petita bonorum possessione ipsi acquirere. sed qua ratione senatus censuit, ut restitui eis ex Trebelliano hereditas possit: qua ratione alio senatus consulto heredibus eis institutis a liberto acquirere hereditatem permissum est: ita bonorum quoque possessionem petere dicendum est*; D. 36,1,27 (Paul. *l. sing. de senat. cons.*): *Omnibus civitatibus, quae sub imperio populi Romani sunt, restitui debere et posse hereditatem fideicommissam Apronianum senatus consultum iubet. sed et actiones in eas placuit ex Trebelliano transferri: sed municipes ad eas admittuntur.* Si veda: LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Il fedecommissso*, cit., 163 ss.

⁵⁸ SIRET, *Des fideicommiss. Des substitutions fideicommissaires*, Toulouse, 1860, VI; LEVILLAIN, *Étude sur les Fidéicommiss et les Substitutions prohibées*, Caen, 1868, 17 ss.; COSSÉ, *Des substitutions*, cit., 6 ss.; DE THIERIET DE LUYTON, *Des fideicommiss & des Substitutions en Droit Romain et en Droit Français*, Grenoble, 1876, 7; SERRE, *Du fidéicommiss de famille*, cit., 10; OLIVIER, *Du fidéicommiss de famille*, cit., 14 ss.; JACQUEMAIRE, *Des fidéicommiss*, cit., 10 s.; IMPALLOMENI, *Prospettive*, cit., 284; WITZ, *La fiducia*, cit., 27; KURYŁOWICZ, *Heres fiduciarius. Bemerkungen zum römischen Erbrecht in den lateinischen Grabinschriften*, in ZPE, 60(1985), 194; JOHNSTON, *The Roman Law*, cit., 21 ss.; DESANTI, *La sostituzione fedecommissaria*, cit., 4; 19; MI-

Esso quindi tendeva a perseguire il beneficio dell'onorato in forma indiretta, in quanto era un modo per far pervenire tutto o parte del patrimonio ereditario alle persone che si volevano favorire⁵⁹; e proprio per questo era necessaria la collaborazione del fiduciario, in quanto doveva accettare l'eredità per rendere operativo il fedecommesso⁶⁰.

In relazione al regime previsto per il fedecommesso universale, fondamentale è la testimonianza gaiana⁶¹:

Gai. 2,252: Olim autem nec heredis loco erat nec legatarii, sed potius emptoris. Tunc enim in usu erat ei cui restituebatur hereditas, nummo uno eam hereditatem dicis causa venire; et quae stipulationes <inter venditorem hereditatis et emptorem interponi solent, eadem interponebantur> inter heredem et eum, cui restituebatur hereditas, id est hoc modo: heres quidem stipulabatur ab eo cui restituebatur hereditas, ut quidquid hereditario nomine condemnatus soluisset, sive quid alias bona fide dedisset, eo nomine indemnis esset, et omnino si quis cum eo hereditario nomine ageret, ut recte defenderetur; ille vero qui recipiebat hereditatem invicem stipulabatur, ut si quid ex hereditate ad heredem pervenisset, id sibi restitueretur, ut etiam pateretur eum hereditarias actiones procuratorio aut cognitorio nomine exsequi.

In seguito al riconoscimento giuridico del fedecommesso, chi riceveva l'eredità si trovava nella posizione di acquirente, in quanto l'eredità era venduta *pro forma*, con annesse le reciproche *stipulationes emptae et venditae hereditatis*, che permettevano al fedecommissario di riscuotere i crediti e lo costringevano a rispondere dei debiti⁶². Quindi per quanto riguarda le cose

GLIARDI ZINGALE, *In tema di heres fiduciarius*, in *Labeo*, 45(1999), 442; TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis*, cit., 55; TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 682. Cfr. Gai. 2,110; 285; I. 2,23,1.

⁵⁹ OLIVIER, *Du fidéicommis de famille*, cit., 15; MILONE, *Il fedecommesso romano*, cit., 15.

⁶⁰ IMPALLOMENI, *Prospettive*, cit., 285.

⁶¹ ROBBE, *La hereditas iacet e il significato della hereditas in diritto romano*, I, Milano, 1975, 196; TORRENT, *Fideicommissum familiae*, cit., 7.

⁶² Theoph. 2,23,3: ... καὶ τινες ἐπερωτήσις ἐγίνοντο μεταξύ τοῦ κληρονόμου καὶ τοῦ fideicommissarii, καὶ ἐγένοντο αἱ ἐπερωτήσις 'emptae venditae hereditatis'. ἐπερώτα γὰρ ὁ κληρονόμος τὸν fideicommissarium οὕτως: ὁμολογεῖς ᾧ fideicommissarie εἰάν ἀπαιτηθῶ τι ὑπὸ hereditarii credi-

corporali, l'erede effettuava una finta vendita *nummo uno*; quanto ai debiti e ai crediti, venivano concluse apposite stipulazioni⁶³.

In origine la disciplina del fedecommissario universale era dunque modellata su quella del *legatum partitionis*⁶⁴ e il fedecommissario non acquistava con un atto unico di accettazione, ma era considerato come una sorta di acquirente dell'eredità.

La molteplicità degli inconvenienti e delle difficoltà cui dava luogo tale regime favorì due diverse riforme⁶⁵. Più precisamente, nell'evoluzione del fedecommissario universale, sono intervenuti due importanti provvedimenti autoritativi: il *senatusconsultum Trebellianum* e il *senatusconsultum Pegasianum*.

toros δίδοναι μοι τοῦτο ἡγουν καὶ defenduein με καὶ περιποιεῖν μοι τὸ ἀνενόχλητον'; καὶ ἔλεγεν ὁ fideicommissarios· 'ὁμολογῶ' ἀντεπερώτα δὲ καὶ ὁ fideicommissarios τὸν κληρονόμον οὕτως· 'ὁμολογεῖς, ᾧ κληρονόμοι, ἐὰν ἀπαιτήσης hereditarium debitora δίδοναι μοι τοῦτο ἡγουν καὶ ἐκχωρεῖν μοι τὰς ἀγωγὰς ὥστε δυναθῆναί με procuratorio nomine κινήσαι ταύτας'; (τίς δὲ ἐστὶ procurator προΐόντες μαθησόμεθα). καὶ ἔλεγεν ὁ κληρονόμος· 'ὁμολογῶ'. (... *et quaedam fiebant inter heredem et fideicommissarium stipulationes emptae et venditae hereditatis. stipulabatur autem heres a fideicommissario his verbis: 'spondesne, fideicommissarie, si quid hereditarius creditor a me exegerit, id mihi praestare, aut me defendere et indemnem servare?' et respondebat fideicommissarius. 'spondeo'. et contra stipulabatur fideicommissarius ab herede hoc modo: 'spondesne, heres, si ab hereditario debitore quid consecutus fueris, id mihi praestare aut etiam actionibus mihi cedere ut procuratorio nomine iis experiar?' [quis autem procurator sit inferius proponemus]. et dicebat heres: 'spondeo.' set in eiusmodi rerum condicione heres, qui iudicium vitare studebat, in duplices lites incidere, conveniebatur enim ab hereditario creditore et rursus cum fideicommissario ei agendum erat ex stipulatu, ut ea quae praestasset reciperaret*). Cfr. LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Il fedecommissario*, cit., 91; 96.

⁶³ DESANTI, *La sostituzione fedecommissaria*, cit., 14.

⁶⁴ Sul *legatum partitionis* si veda: METRO, *Il legatum partitionis*, in *Labeo*, 9(1963), 291 ss.

⁶⁵ WITZ, *La fiducia*, cit., 29.

Con l'emanazione del primo⁶⁶, probabilmente nel 55 d.C.⁶⁷, si dispose che crediti e debiti passassero al fedecommissario senza necessità alcuna di stipulazioni, accordando a lui e contro di lui le azioni che sarebbero spettate all'erede e contro l'erede⁶⁸. Il fiduciario restava sempre erede, ma aveva a disposizione l'*exceptio restituitae hereditatis*⁶⁹, che gli sarebbe appartenuta

⁶⁶ Sull'argomento si veda: FEUGÈRE DES FORTS, *Ad Senatusconsultum Trebellianum. Des Substitutions*, Paris, 1847, 4; PUCHTA, *Cursus*, cit., III, 307; NAMUR, *Ad senatusconsultum Trebellianum. Des substitutions*, Paris, 1849, 5 ss.; SIRET, *Des fideicommissis*, cit., 4; GRISY, *Idée du fidéicommissis en droit romain*, Caen, 1861, 18; MASSON, *Des substitutions fidéicommissaires*, Paris, 1863, 13 s.; BRINZ, *Pandekten*, II, Leipzig, 1867, 437 ss.; KELLER, *Pandekten*, II, Leipzig, 1867, 560 ss.; LEVILLAIN, *Étude sur les Fidéicommissis*, cit., 169 ss.; COSSÉ, *Des substitutions*, cit., 33; DE THIERIET DE LUYTON, *Des fideicommissis*, cit., 43; CHARRIÉ, *Des fidéicommissis. Des Libéralités déguisée*, Bordeaux, 1878, 46; MORIN, *Fidéicommissis et Substitutions en Droit Romain et en Droit Français*, Caen, 1879, 79 ss.; MARIBAIL, *Des Substitutions Fidéicommissaires*, cit., 47; OLIVIER, *Du fidéicommissis de famille*, cit., 12; MARTIN ST-LÉON, *Des substitutions fidéicommissaires en droit romain et dans l'ancien droit français*, Paris, 1886, 116 s.; THOULOUSE, *Des fidéicommissis d'hérédité en droit romain. Des Substitutions prohibées par l'Article 896 du Code Civil*, Toulouse, 1886, 26 ss.; VINCENT, *Des hérédités fidéicommissaires*, Tours, 1890, 98 s.; DERNBURG, *Pandekten*, I³, Berlin, 1896, 243; MILONE, *Il fedecommissario romano*, cit., 44; AMBROSINI, *Disposizioni di ultima volontà fiduciaria*, I, *Concetto e origini delle fiducie*, Napoli, 1915, 35; BIONDI, *Successione*, cit., 482; BARTOSEK, *Il senatoconsulto Trebelliano*, in *Studi Ferrini*, III, Milano, 1948, 308 ss.; GROSSO, *I legati*, cit., 32; VOCI, *Diritto ereditario*, cit., II, 345; ID., *Fedecommissario*, cit., 107; TORRENT, *Fideicommissum*, cit., 12; CÁMARA LAPUENTE, *La fiducia sucesoria*, cit., 74; LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Il fedecommissario*, cit., 97 ss.

⁶⁷ GIODICE-SABBATELLI, *La tutela giuridica*, cit., 166; LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Il fedecommissario*, cit., 99, n. 195.

⁶⁸ D. 36,1,1,2 (Ulp. 3 *fideicommissis*): 'Cum esset acquissimum in omnibus fideicommissariis hereditatibus, si qua de his bonis iudicia penderent, ex his eos subire, in quos ius fructusque transferretur, potius quam cuique periculosum esse fidem suam: placet, ut actiones, quae in heredem hereditibusque dari solent, eas neque in eos neque his dari, qui fidei suae commissum sic, uti rogati essent, restituissent, sed his et in eos, quibus ex testamento fideicommissum restitutum fuisset, quo magis in reliquum confirmentur supremae defunctorum voluntates.' Si veda inoltre: COSSÉ, *Des substitutions*, cit., 34; THOULOUSE, *Des fidéicommissis*, cit., 26 s.; MANFREDINI, *La volontà oltre la morte. Profili di diritto ereditario romano*, Torino, 1991, 101; LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Il fedecommissario*, cit., 98 ss.; DESANTI, *La sostituzione fedecommissaria*, cit., 15; MIGLIARDI ZINGALE, *In tema di heres*, cit., 442.

⁶⁹ D. 36,1,28,7 (Iul. 40 *digest.*): *Qui ex Trebelliano senatus consulto heredita-*

solo dopo la restituzione dell'eredità al fedecommissario⁷⁰. D'altra parte il fedecommissario non diveniva erede, ma era *loco heredis*⁷¹, vale a dire assimilato all'erede e le azioni che gli erano concesse non erano delle azioni dirette⁷², ma solamente delle *actiones utiles*⁷³. Oltre a ciò gli veniva concessa la *fideicommissaria hereditatis petitio*, che era un'*actio in rem* che permetteva la rivendicazione dell'intera eredità⁷⁴.

Il successivo provvedimento è il senatoconsulto Pegasiano⁷⁵ probabil-

tem restituit, sive petat a debitoribus hereditariis sive ab eo petatur, exceptione restituta hereditatis adiuvari vel summoverti potest. actiones autem fideicommissario competunt, quas habuit heres eo tempore, quo fideicommissum restituebat. Marcellus: sed eas quoque actiones, quae sub condicione erant et quarum dies eo tempore non cesserat, fideicommissario competere placet. sed antequam restitueretur hereditas, exceptione aliqua heres adiuvandus non est: cum hoc minus ex causa fideicommissi sit restitutus.

⁷⁰ LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Il fedecommissario*, cit., 104 s.

⁷¹ GIODICE-SABBATELLI, *La tutela giuridica*, cit., 168; DESANTI, *La sostituzione fideicommissaria*, cit., 15.

⁷² THOULOUSE, *Des fidéicommis*, cit., 27.

⁷³ Gai. 2,253: *Sed posterioribus temporibus Trebellio Maximo et Annaeo Seneca consulibus senatusconsultum factum est, quo cautum est, ut si cui hereditas ex fideicommissi causa restituta sit, actiones quae iure civili heredi et in heredem competere, <ei> et in eum darentur, cui ex fideicommissi restituta esset hereditas. Per quod senatusconsultum desierunt illae cautiones in usu haberi. Praetor enim utiles actiones ei et in eum qui recepit hereditatem, quasi heredi et in heredem dare coepit, eaeque in edicto proponuntur.* Si veda pure I. 2,23,4.

⁷⁴ TRIFONE, *Il fedecommissario*, cit., 4; LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Il fedecommissario*, cit., 105 s.

⁷⁵ Gai. 2,254: *Sed rursus quia heredes scripti, cum aut totam hereditatem aut paene totam plerumque restituere rogabantur, adire hereditatem ob nullum aut minimum lucrum recusabant, atque ob id extinguebantur fideicommissa, postea Pegaso et Pusione <consulibus> senatus censuit, ut ei qui rogatus esset hereditatem restituere, proinde liceret quartam partem retinere, atque e lege Falcidia in legatis retinere conceditur. (Ex singulis quoque rebus, quae per fideicommissum relinquantur, eadem retentio permessa est.) Per quod senatusconsultum ipse <heres> onera hereditaria sustinet. Ille autem qui ex fideicommissi reliquam partem hereditatis recipit, legatarii partiarum loco est, id est eius legatarii cui pars bonorum legatur; quae species legati partitio vocatur, quia cum herede legatarius partitur hereditatem. Unde effectum est, ut quae solent stipulationes inter heredem et partiarum legatarium interponi, eadem interponantur inter eum, qui ex fideicommissi causa*

mente del 72 d.C.⁷⁶ che, per incoraggiare gli eredi ad accettare l'eredità, dispose la quota di un quarto a favore dell'erede⁷⁷, a imitazione della *lex Falcidia*⁷⁸; in questo caso si sarebbe rispettato il precedente *senatusconsultum Trebellianum*. Tuttavia, nel contempo, il *senatusconsultum Pegasianum* ristabilì un regime di *cautiones*, come avveniva per il *legatum partitionis*⁷⁹, nel caso in cui non si fosse rispettata la quarta⁸⁰. Le stipulazioni che venivano contratte erano *stipulationes partis et pro parte*, perché le parti si obbligavano reciprocamente a partecipare ai crediti e ai debiti proporzionalmente alle parti di eredità che spettavano loro⁸¹.

Infine il *senatusconsultum Pegasianum* statuì che l'erede non potesse rifiutarsi di adire l'eredità, in quanto il pretore avrebbe potuto costringerlo ad accettare, per restituire il fedecommesso⁸², e stabilì a danno degli inca-

recipit hereditatem, et heredem, id est ut et lucrum et damnum hereditarium pro rata parte inter eos commune sit.

⁷⁶ LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Il fedecommesso*, cit., 116.

⁷⁷ PUCHTA, *Cursus*, cit., III, 307; SIRET, *Des fideicommiss*, cit., 19 ss.; COSSÉ, *Des substitutions*, cit., 45; CHARRIÉ, *Des fidéicommiss*, cit., 49; MORIN, *Fidéicommiss et Substitutions*, cit., 86; MARIBAIL, *Des Substitutions Fidéicommissaires*, cit., 48; OLIVIER, *Du fidéicommiss de famille*, cit., 12; BAUR, *Des Fidéicommiss*, cit., 47; MARTIN ST-LÉON, *Des substitutions fidéicommissaires*, cit., 120; THOULOUSE, *Des fidéicommiss*, cit., 29; MILONE, *Il fedecommesso romano*, cit., 45; AMBROSINI, *Disposizioni di ultima volontà fiduciarie*, cit., I, 36; BIONDI, *Successione*, cit., 483; VOCI, *Diritto ereditario*, cit., II, 346; ID., *Fedecommesso*, cit., 107; TORRENT, *Fideicommissum*, cit., 13; MANNINO, *La volontà oltre la morte*, cit., 101; CÁMARA LAPUENTE, *La fiducia sucesoria*, cit., 74; LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Il fedecommesso*, cit., 117; DESANTI, *La sostituzione fedecommissaria*, cit., 10; MIGLIARDI ZINGALE, *In tema di heres*, cit., 442; LAMBERTINI, *D.36.1.47: il consiglio di Modestino all'onerato di fedecommesso universale*, in *Studi in onore di E. Bassanelli*, Milano, 1995, 818; CÁMARA LAPUENTE, *La fiducia sucesoria*, cit., 74 s.

⁷⁸ Sul calcolo della quarta si veda: MANNINO, *Il calcolo della quarta hereditatis e la volontà del testatore*, Napoli 1989.

⁷⁹ CHANCEL, *Des fidéicommiss en droit romain*, Bordeaux, 1876, 27; GROSSO, *I legati*, cit., 124.

⁸⁰ THOULOUSE, *Des fidéicommiss*, cit., 30.

⁸¹ TRIFONE, *Il fedecommesso*, cit., 5; LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Il fedecommesso*, cit., 126.

⁸² BAUR, *Des Fidéicommiss*, cit., 47; MIGLIARDI ZINGALE, *In tema di heres*, cit., 443; LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Il fedecommesso*, cit., 117.

pacì a succedere, previsti dalla *lex Iulia et Papia*, l'*incapacitas* di ricevere per fedecommesso⁸³.

4. La distinzione tra fiducia e fedecommesso in Probo.

Una volta vista l'evoluzione del fedecommesso universale, ci si è può chiedere se vi è stata una derivazione del fedecommesso dalla fiducia, considerati l'analogia dei termini giuridici impiegati per entrambi gli istituti⁸⁴. Non è facile rispondere a questa domanda, è però in ogni caso certo che, diversamente da quanto sostenuto in dottrina⁸⁵, il fedecommesso sia un istituto distinto dalla fiducia, nonostante la sue forti affinità e la possibile derivazione da quella; ciò ci è attestato da Probo, grammatico della seconda metà del I secolo⁸⁶:

Prob. 5,13⁸⁷: F. C. fraudare creditores vel fiduciae causa vel fideicommissum.

dove è evidente come i due istituti fossero nettamente distinti.

Il fedecommesso è un prodotto della vita sociale romana⁸⁸, che il diritto prese in considerazione solo molto tardi; quindi esso non può essere considerato una forma di applicazione del negozio fiduciario. Quest'ultimo consiste nel trasferimento di una cosa a un uomo di fiducia attraverso *mancipatio* o *in iure cessio*, cui accede un *pactum* tra fiduciante e fiduciario, nel quale è fissata l'obbligazione del fiduciario di restituire il bene al fiduciante⁸⁹.

Nel fedecommesso universale, invece, non vi è alcun accordo fra testatore ed erede. Il testatore impone unilateralmente al suo erede un obbligo: questi è vincolato a dare l'eredità a un altro soggetto. In tal modo non nasce

⁸³ IMPALLOMENI, *Prospettive*, cit., 290 s. Cfr. Gai. 2,286; 286 a.

⁸⁴ GENY, *Étude sur la fiducia*, Nancy, 1885, 19, n. 25.

⁸⁵ PEPPE, *La vastità del fenomeno fiduciario nel diritto romano: una prima riflessione*, in AA.VV., *Le situazioni affidanti* a cura di M. LUPOI, Torino, 2006, 19 ss.

⁸⁶ PEPPE, *Alcune considerazioni circa la fiducia romana nei documenti della prassi*, in AA.VV., *Fides, fiducia, fidelitas* a cura di L. PEPPE, Padova, 2008, 182.

⁸⁷ GENY, *Étude*, cit., 24, n. 35.

⁸⁸ LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Il fedecommesso*, cit., 18.

⁸⁹ BERTOLDI, *Il negozio fiduciario*, cit., 74; 76.

tra testatore e beneficiario alcun rapporto giuridico; infatti il testatore al momento della trasmissione del patrimonio non è più in vita e tutti i diritti e gli obblighi passano all'erede. Dall'altra parte, il terzo beneficiario di fronte all'erede ha un personalissimo diritto alla consegna del fedecommesso⁹⁰.

La differenza tra *fiducia* e fedecommesso è così evidente che quest'ultimo istituto non può essere indicato come una forma del primo. Il fatto che spesso nel fedecommesso l'erede viene detto erede fiduciario non indica una diretta connessione con la fiducia, ma la conseguenza della circostanza che egli era vincolato attraverso la *fides*⁹¹.

Inoltre si è rilevato che il fedecommesso, a differenza della fiducia, che ha origine nella prima repubblica, nasce e si sviluppa in un'epoca in cui le teorie giuridiche erano notevolmente sviluppate e mutate⁹². Esso aveva il tenore di una preghiera che il disponente rivolgeva alla persona beneficiata, anche se, al pari della *fiducia cum amico*, poteva essere impiegato per scopi illeciti⁹³. Infatti in Probo è evidente il riferimento all'espedito del trasferimento dei beni per sfuggire ai creditori.

5. *L'heres fiduciarius*: documenti papirologici.

Da quanto detto finora, il fedecommesso universale aveva sostanzialmente due funzioni principali.

La prima consisteva nella interposizione di persona, vale a dire la disposizione fiduciaria⁹⁴, che permetteva all'erede di gestire beni ereditari di un beneficiario incapace a succedere⁹⁵.

La seconda si realizzava solo in presenza di una vera e propria sostitu-

⁹⁰ NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 112.

⁹¹ COSSÉ, *Des substitutions*, cit., 7; NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 112.

⁹² NOUËL, *De l'aliénation fiduciaire*, Paris, 1890, 35.

⁹³ DIURNI, *Fiducia. Tecniche e principi negoziali nell'alto Medioevo*, I, Torino, 1992, 63; BERTOLDI, *La fiducia cum amico*, in AA.VV., *Fides, fiducia, fidelitas* a cura di L. PEPPE, Padova, 2008, 52 s.; ID., *Il negozio fiduciario*, cit., 55 s.

⁹⁴ DESANTI, *Il fantasma del fedecommesso – Fedecommesso, fiducia testamentaria, sostituzione fedecommissaria*, in *Annali dell'Università di Ferrara. Sezione Scienze Giuridiche*, 20(2006), 103 ss.

⁹⁵ WITZ, *La fiducia*, cit., 28; DESANTI, *Fedecommesso e protezione degli incapaci*, in *Annali dell'Università di Ferrara. Sezione Scienze Giuridiche*, 7(1993), 105 ss.

zione fedecommissaria⁹⁶, quando era ammessa una restituzione al fedecommissario per il tempo dopo la morte dell'erede⁹⁷. La sostituzione risultava essere uno strumento per rendere il patrimonio inalienabile non solo per una generazione, ma per diversi gradi, anche per sempre. In questo ultimo caso la sostituzione era perpetua e favoriva il mantenimento del patrimonio nell'ambito di una stessa famiglia. Il primo istituito in questo caso era proprietario, poteva amministrare il patrimonio, ma di regola non poteva alienare i beni⁹⁸. La proprietà dell'erede istituito era destinata, dopo la sua morte, a passare al fedecommissario⁹⁹.

⁹⁶ D. 35,2,54 (Marcell. 15 digest.): *Pater filium, ex quo tres habebat nepotes, heredem instituit fideique eius commisit, ne fundum alienaret et ut in familia eum relinqueret: filius decedens tres filios scripsit heredes. quaerendum est, an omnino quasi creditores unusquisque in ratione legis Falcidiae aliquid possit deducere, quia in potestate sua habuit pater, cui ex his potius relinqueret. sed hac ratione nemo in Falcidiae ratione quicquam deducet. quod videndum, ne dure constituatur: utique enim in alieno aere habuit fundum, necessitate quippe obstrictus fuisset filiis eum relinquendi*; D. 36,1,59(57),1 (Pap. 8 respons.): *Cum ita fuerat scriptum: 'fidei filiorum meorum committo, ut, si quis eorum sine liberis prior diem suum obierit, partem suam superstiti fratri restituat: quod si uterque sine liberis diem suum obierit, omnem hereditatem ad neptem meam Claudiam pervenire volo': defuncto altero superstite filio, novissimo autem sine liberis neptis prima quidem facie propter condicionis verba non admitti videbatur: sed cum in fideicommissis voluntatem spectari conveniat, absurdum esse respondi cessante prima substitutione partis nepti petitionem denegari, quam totum habere voluit avus, si novissimus fratris quoque portionem suscepisset.*

⁹⁷ DESANTI, *Restitutionis post mortem onus. I fedecommissi da restituirsì dopo la morte dell'onerato*, Milano, 2003, 368 ss.; cfr.: RABIE, *L'acte juridique post mortem en droit romain: validité et fonction*, Milano, 1955, 187.

⁹⁸ THOULOUSE, *Des fidéicommissis*, cit., 41.

⁹⁹ La sostituzione fedecommissaria originerà in seguito il fedecommissato *familiae relictum* (Pap. D. 31,69,3; Marcell. D. 35,2,54. Si veda: BENOIT-CATTIN, *Des Substitutions fidéicommissaires en droit romain. Des Substitutions prohibées en Droit Français*, Grenoble, 1879, 22; SERRE, *Du fidéicommiss de famille*, cit., 17; MARTIN ST-LÉON, *Des substitutions fidéicommissaires*, cit., 142; OLIVIER, *Du fidéicommiss de famille. Des substitutions prohibées*, Lyon, 1882, 19 ss.; ZISU, *Des fidéicommissis. Des substitutions*, Paris, 1893, 62; DESANTI, *La sostituzione fedecommissaria. Per un corso di esegesi delle fonti del diritto romano*, Torino 1999, 80) che ordinariamente era fatto sotto forma di divieto di alienare al di fuori della famiglia, per evitare che l'erede dilapidasse il patrimonio (Gai. 2,277. Sull'argomento si veda: SERRE, *Du fidéicommiss de famille*, cit., 13 s.; OLIVIER, *Du fidéicommiss de famille*, cit., 22); in

L'ipotesi più interessante in questa sede è sicuramente la prima e in particolare il ruolo svolto dall'*heres fiduciarius*¹⁰⁰ privo di *commoda*; a questo fine è opportuno analizzare le testimonianze delle fonti per vedere l'evoluzione di questa figura nel corso dei secoli. Trattasi di una sottospecie di fedecommesso che si realizzava qualora l'erede fosse un puro *minister*, un mero esecutore della volontà del *de cuius*, in quanto la disposizione veniva fatta solo a favore del beneficiario¹⁰¹. In questo caso si parla di erede fiduciario in senso stretto e si fa riferimento generalmente all'"erede interposto, puro tramite della trasmissione patrimoniale *mortis causa*".¹⁰²

Per comprendere meglio questa figura sarà bene analizzare le testimonianze provenienti dal Digesto e dalla prassi che trattano del fedecommesso di eredità.

Per quanto riguarda i papiri, sono assai frequenti i casi in cui è prevista una restituzione prorogata a un tempo successivo alla morte dell'erede¹⁰³,

questo caso il fiduciario aveva un certo diritto di disposizione: egli poteva decidere a quale membro della famiglia trasmettere i beni, escludendo gli altri (JACQUEMAIRE, *Des fidéicommis*, cit., 57).

¹⁰⁰ FINX, *De herede fiduciario absente*, Jena, 1708, 4 ss.

¹⁰¹ BIONDI, *Successione*, cit., 204.

¹⁰² TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis*, cit., 105.

¹⁰³ BGU I 326 (FIRA III n. 50 ll. 9-13): ... μη ἐξί | [ναί δ] ἐ π[ι]π[ρά]σκειν μηδὲ ὑποτίθεσθαι, ἀλλ'εἴ τι <<ἐάν>> ἀν[θ]ρώπιν[ο]ν π[α]θῆ Μαρκέλλ[α] ἢ προγεγραμμένη, τότε τὸ μέρος τῆς κληρονομίας ἑαυτῆς | [πρ]ὸς Σαραπίωνα καὶ Σωκράτην καὶ Λόγγον καταστήσαι θέλω· ὁμοίως | [Κλε]οπάτραν τὸ μέρος αὐτῆς πρὸς Νεῖλον καταστήσαι θέλω· ... (... *Ne liceat vendere neque hypothecae dare: si quid vero humani contigerit Marcellae suprascriptae, tum eius partem hereditatis ad Serapionem et Socratem et Longum pervenire volo: item quoad Cleopatram, cuius partem ad Nilum pervenire volo...*); BGU VII 1655 Coll. II ll. 34-38: ... Ἐάν δὲ [...] [...] ἀνθρώπ[ι]νον, [δ] οἱ θεοὶ μὴ [π]οιῆσαι σα.....η []. σθερ. το ...[.κλ.]ηρο[vacat]νόμων ... καὶ χωρὶς τέκνων ἀπογένηται, υἱ[ί]ου | ημο[...] ἐπὶ τοὺς παρόντας [[τέκν[α]] υἱοὺς με[τ]ελθεῖν || θέλω. ...; P.L. Bat. XIII 14 ll. 23-25: ...Ἐάν δέ τι ἀνθρώπινο(ν) πάθη ὁ προγεγραμμένος] ...[.μ.]ῆ τέκνα γεννήσα[ς τὸ] μέρος αὐτοῦ ἐπὶ τὸν | δεῖνα καταστήσῃ θέλω, τέκνα δὲ λιπὼν] ἐπ' [αὐ]τοῦς. ... Nel primo testo, Longino Castore, dopo aver manomesso e istituito eredi in parti uguali le schiave Marcella e Cleopatra, impone loro un divieto di alienazione dei beni. Ma se Marcella dovesse morire, allora il testatore dispone che la sua quota ereditaria vada a Sarapione, a Socrate e a Longo. Allo stesso modo se accadrà qualcosa a Cleopatra, la quota andrà a Nilo. Come è stato autorevolmente sostenuto (AMELOTTI, *Il testamento romano attraverso la prassi documentale*. I. *Le*

mentre assai più interessante ai nostri fini è la clausola contenuta nel testamento di un ignoto databile probabilmente nella metà del III secolo d.C.¹⁰⁴:

P. Oxy. XXVII 2474 ll. 20-25¹⁰⁵:

... Κηδεμόνα δὲ κατίστη|μι τοῖ[ς] αὐτοῖς ἀφήλιξι μου υἱοῖς τὸν ἡμέτερον γαμβρὸν Αὐρήλιον Ἀχιλλίωνα Κορνη|λιανοῦ πρυτανεύσαντα τῶν αὐτόθι, πᾶσαν πίστειν μέλλοντα ἀποσώζειν τοῖς αὐτοῖς| παισί[ν] μου καὶ κληρονόμοις. πρὸς τε ἡλικίας αὐτῶν γενομένων ἀποκατασταθῆναι ἐκάστῳ|αὐτῶν τὰ ὑπ' ἐμοῦ διαταγέντα αὐτοῖς σὺν τοῖς ἐσομένοις ἀπὸ τοῦ νῦν ἀπὸ τῶν ὑπαρ|χόντων φόροις τε καὶ ἐκφορίοις ὑγρῶν τε καὶ ξηρῶν. ...

forme classiche di testamento, Firenze, 1966, 49; 125), si tratta di “un'unica clausola, che proibisce alle eredi di alienare prevedendo una restituzione fedecommissaria dopo la morte alle persone indicate”. Il fatto che queste persone sembrano dai nomi peregrini non fa che confermare il fatto che si tratti di fedecommissario. Del resto la formula ‘τὸ μέρος τῆς κληρονομίας ἑαυτῇ πρὸς ... κατανήσαι θέλω’ è usata di frequente per disporre fedecommissari. Le parole ‘εἴ τι ἐν ἀνθρώπινον πάθη’, che ricorrono anche in altri papiri, alludono alla morte dell'erede che determina la restituzione dell'eredità. Questo testamento, nel determinare le sorti del patrimonio anche dopo la scomparsa degli eredi del testatore, è influenzato da un atteggiamento proprio della tradizione greco-egizia che presenta le prime forme del fedecommissario di famiglia proprio del Medioevo. Nel secondo testo, il testatore dispone che in caso di morte gli eredi senza figli debbano restituire ai sopravvissuti. Più che di sostituzione volgare, pare trattarsi di restituzione fedecommissaria imposta agli eredi per il periodo successivo alla loro morte. Il testatore, un veterano, ha disposto legati di terreni e altri beni a favore di un figlio e una figlia. Questi vengono gravati, in via fedecommissaria, di una serie di doveri. E al figlio Giulio Diogene, ove morisse, non avendo figli, viene imposto di restituire i beni ad altra persona; se invece avesse figli, i beni andranno a questi ultimi. Anche questa clausola è di restituzione fedecommissaria. In questi primi tre papiri ritroviamo dunque un clausola fedecommissaria di restituzione dell'eredità sottoposta a termine, più precisamente a *dies certus an incertus quando*, essendo sicuro che l'erede morrà, ma non essendo sicuro quando morrà. Cfr.: AMELOTI, *Il testamento romano*, cit., I, 125; MIGLIARDI ZINGALE, *I testamenti romani nei papiri e nelle tavolette d'Egitto. Sillloge di documenti dal I secolo al IV secolo d.C.*, Torino, 1997, 62; ID., *In tema di heres*, cit., 443.

¹⁰⁴ Doveva trattarsi di un Aurelio: AMELOTI, *Il testamento romano*, cit., I, 65.

¹⁰⁵ Testo conforme all'edizione di AMELOTI, *Il testamento romano*, cit., I, 277 s.

Il testatore, dopo aver attribuito immobili alla moglie e alla madre, nomina il genero, Aurelio Achillione figlio di Corneliano, ex pritano, tutore curatore dei suoi figli minorenni; egli dovrà salvaguardare i beni dei suoi figli ed eredi e, quando avessero raggiunto la maggiore età, dovrà restituire a ciascuno di loro quanto è stato stabilito dal *de cuius*, insieme alle future rendite¹⁰⁶.

Qui non si tratta di vera e propria sostituzione, ma del caso di un tutore e curatore simile a un *heres fiduciarius* privo di *commoda*, in quanto egli è obbligato a consegnare il patrimonio e i frutti al figlio del testatore, quando questi abbia raggiunto un'età stabilita¹⁰⁷. Il fedecommesso sembrerebbe *sub condicione*, essendo incerto se quell'età sarà effettivamente raggiunta; tuttavia si dovrebbe verificare se il testatore abbia inteso apporre una condizione oppure un termine¹⁰⁸, caso questo che viene descritto, come vedremo tra breve, in Iul. D. 36,1,48.

È evidente che la figura del tutore risulta riconducibile a quella dell'*heres fiduciarius*, allo stesso modo del *procurator* presente nel testamento di Longino Castore¹⁰⁹. Ovviamente qui non siamo di fronte propriamente a un erede ma a un tutore che deve gestire il patrimonio fino al raggiungimento della maggiore età; da tale attività nasceranno obblighi di gestione e di rendiconto fino al momento del trasferimento. Ciò risulta dall'affermazione che Aurelio Achillione dovrà trasferire non solo l'eredità ma anche le rendite maturate nel frattempo.

La negazione di far propri i frutti relativi ai beni ereditari costituirà, come vedremo fra breve, una particolarità dell'*heres fiduciarius*, diritto che è invece riconosciuto all'erede gravato di fedecommesso¹¹⁰.

¹⁰⁶ Se poi uno di essi morirà senza figli e testamento, allora la sua quota andrà in parti uguali ai rimanenti fratelli. Si veda: MIGLIARDI ZINGALE, *I testamenti romani*, cit., 111.

¹⁰⁷ KURYŁOWICZ, *Heres fiduciarius*, cit., 194. Cfr. Ulp. D. 36,1,11,2; Iav. D. 36,1,48; Paul. D. 36,1,76,1; Scaev. D. 36,1,80,12.

¹⁰⁸ VOGLI, *Diritto ereditario*, cit., II, 618.

¹⁰⁹ BGU I 326 ll. 15-17 (FIRA III n. 50): ... Μάρκον Σεμπρόνιον Ἡρακλιανὸν φίλον καὶ ἀξιόλο[γ]ον ἐποίησα ἐπίτροπον τῆ ἰδίᾳ πίστι. ... (... *M. Sempronium Heraclianum, amicum fide dignum, procuratorem ex ipsius fide feci.* ...); cfr. Testamentum Antonii Silvani equitis ll. 18 (FIRA III n. 47): ... *Procuratorem bonorum meorum castrensium ad bona mea colligenda et restituenda* ...; Cfr.: ZIMMERMANN, *Heres fiduciarius? Rise and Fall of Testamentary Executor*, in AA.VV., *Itinera fiduciae*, Berlin, 1998, 271.

¹¹⁰ TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis*, cit., 107 s.

6. (Segue): documenti epigrafici.

Venendo ora ai testi epigrafici, possiamo constatare come sia frequente la locuzione *heres fiduciarius*¹¹¹, che a volte è colui che ha eretto il monumento funebre¹¹², a volte colui che doveva vigilare sull'esecuzione delle disposizioni¹¹³. Nei testi epigrafici la locuzione più frequente è '*heres fiduciarius faciendum curavit*'¹¹⁴. Altre iscrizioni comprendono invece la seguente clausola di chiusura: '*Hoc monumentum heredem fiduciarium non sequetur*'¹¹⁵.

Particolarmente interessanti sono poi due iscrizioni funerarie risalenti a un periodo che va dalla metà del I secolo alla metà del III secolo¹¹⁶:

CIL X.1. 3565: ... curante Cn. Domitius Faustus fiduciaris herede Tertia coniugi et Secunda filia bene mer(enti) fec(erunt).

CIL V.1. 2834: ... hered(es) eius fecer(unt) Iarsa frater suus Paulus Q. Cusfilia per L. Coranum Ursum fiduc(iarium) her(edem).

In entrambe le epigrafi accanto all'erede fiduciario compaiono altre persone, che potrebbero essere i fedecommissari, cioè i soggetti a cui proba-

¹¹¹ CIL VI.3. 15237; CIL VI.1. 2949; CIL X.1. 3565; CIL V.1. 2834; CIL XIV. 331; WZ 1892, 281; Thyl. A 34; AE 1912, 188; 1973, 54.

¹¹² ARANGIO-RUIZ, *Minima de negotiis*, in *Studi Paoli*, Firenze, 1956, 7 (= in *Studi epigrafici e papirologici*, Napoli, 1974, 447); MIGLIARDI ZINGALE, *In tema di heres*, cit., 445; KÜBLER, *Fideicommissum*, in *Dizionario Epigrafico*, III, Roma, 1946, 75.

¹¹³ ARANGIO-RUIZ, *Minima de negotiis*, cit., 7. Cfr. CIL VI.4.2. 35050: ... [sig]nator et tu fiduciaris cave malum.

¹¹⁴ AE 1912, 188: ... *heres fiduciaris f(aciendum) c(uravit)*; WZ 1892, 281: ... *f(iduciaris) h(eres) ex t(estamento) f(aciendum) c(uravit)*; AE 1973, 54: ... *h(eres) fiduciaris(u)s fac(iendum) cur(avit)*; CIL VI.1 2949: ... *her(es) fiduc(iarius) f(aciendum) c(uravit)*; CIL VI.3 15237: *faciendum curavit Cl. Prudens heres fiduciaris*.

¹¹⁵ CIL XIV. 331: ... *h(oc) m(onumentum) her(edem) fiduciar(ium) n(on) s(equetur)*; Thyl. A 34: ... H.M.H.N.S. *vendendi causa fideique eorum commissae neque fiduciaris introit(um) hab(eat) ...*; Si veda: KÜBLER, *Fideicommissum* cit., 75; KASER, *Zum römisches Grabrecht*, in *ZSS*, 95(1978), 47, n. 143; KURYŁOWICZ, *Heres fiduciaris*, cit., 190 s.

¹¹⁶ MIGLIARDI ZINGALE, *In tema di heres*, cit., 445. Cfr. KURYŁOWICZ, *Heres fiduciaris*, cit., 190.

bilmente il *de cuius* voleva far pervenire l'eredità, negata loro dalla legge¹¹⁷. Viceversa l'erede fiduciario risulta essere sempre un personaggio degno di fiducia, amico del testatore, ma che non appartiene alla sua famiglia¹¹⁸.

7. *L'heres fiduciarius* nei frammenti del Digesto: Giavoleno e Pegaso.

Abbiamo visto finora come sia frequente nelle fonti epigrafiche l'uso dell'espressione *heres fiduciarius*. Nel Digesto viceversa le locuzioni *heres fiduciarius* o *hereditas fiduciaria*¹¹⁹ sono piuttosto rare; tuttavia sono sufficienti per comprendere in che senso venisse impiegata tale terminologia¹²⁰.

Tralasciando Val. D. 36,1,69(67),3¹²¹ e Ulp.D.12,1,9,1¹²², il passo realmente rilevante ai nostri fini, dove compare l'aggettivo *fiduciarius*, è Iul. D. 36,1,48¹²³; questo contiene un concreto esempio di *heres fiduciarius*¹²⁴ ed è

¹¹⁷ MIGLIARDI ZINGALE, *In tema di heres*, cit., 445.

¹¹⁸ KURYŁOWICZ, *Heres fiduciarius*, cit., 194.

¹¹⁹ Cfr.: MANIGK, *Fiducia*, in RE, VI, 2, Stuttgart, 1909, 2300; JOHNSTON, *Trust*, cit., 49, n.17; NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 16; SANTUCCI, *La diligentia quam in suis come criterio di responsabilità del fiduciario*, in AA.VV., *Fides, fiducia, fidelitas* a cura di L. PEPPE, Padova, 2008, 279.

¹²⁰ TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis*, cit., 115 ss.; PEPPE, *La vastità*, cit., 29.

¹²¹ D. 36,1,69(67),3 (Val. 3 *fideicom.*): *Si donationis causa suspectam hereditatem sibi heres dixerit et restituerit ei, qui solidum capere non possit, auferetur ei id quod capere non potest. idem dicendum est et si citra consilium donandi fiduciarius heres id fecerit.*

¹²² D. 12,1,9,1 (Ulp. 26 *ad edict.*): *Competit haec actio etiam ex legati causa et ex lege Aquilia. sed et ex causa furtiva per hanc actionem condicetur. sed et si ex senatus consulto agetur, competit haec actio, veluti si is cui fiduciaria hereditas restituta est agere volet.*

¹²³ BRUCKNER, *Zur Geschichte*, cit., 53; KÜBLER, *Über das Ius liberorum der Frauen und die Vormundschaft der Mutter, ein Beitrag zur Geschichte der Rezeption des römischen Rechts in Ägypten*, in ZSS, 31(1910), 188; ID., *Das Intestaterbrecht der Frauen im alten Rom*, in ZSS, 41(1920), 32 s.; WIELING, *Testamentumauslegung im römischen Recht*, München, 1972, 91 s.; ECKARDT, *Iavoleni epistulae*, Berlin, 1978, 21 s.; JOHNSTON, *The Roman Law*, cit., 194 s.; MURILLO VILLAR, *El fideicomiso de residuo en derecho romano*, Valladolid, 1989, 104 ss.; GIODICE-SABBATELLI, *La tutela giuridica*, cit., 194 ss.

¹²⁴ KURYŁOWICZ, *Heres fiduciarius*, cit., 191.

ambientato in Britannia, essendo tratto dalle *epistulae* di Giavoleno, che era stato appunto *legatus iuridicus* in Britannia negli anni 84-86¹²⁵:

D. 36,1,48 (46) (Iav.11 *epist.*)¹²⁶: Seius Saturninus archigubernus ex classe Britannica testamento fiduciarium reliquit heredem Valerium Maximum trierarchum, a quo petit, ut filio suo Seio Oceano, cum ad annos sedecim pervenisset, hereditatem restitueret. Seius Oceanus antequam impleret annos, defunctus est: nunc Mallius Seneca, qui se avunculum Seii Oceani dicit, proximitatis nomine haec bona petit, Maximus autem trierarchus sibi ea vindicat ideo, quia defunctus est is cui restituere ius-sus erat. [quaero ergo, utrum haec bona ad Valerium Maximum trierarchum heredem fiduciarium pertineant an ad Mallium Senecam, qui se pueri defuncti avunculum esse dicit. respondi: si Seius Oceanus, cui fideicommissa hereditas ex testamento Seii Saturnini, cum annos sedecim haberet, a Valerio Maximo fiduciario herede restitui debeat, priusquam praefinitum tempus aetatis impleret, decessit, fiduciaria hereditas ad eum pertinet, ad quem cetera bona Oceani pertinuerint, quoniam dies fideicommissi vivo Oceano cessit, scilicet si prorogando tempus solutionis tutelam magis heredi fiduciario permisisset, quam incertum diem fideicommissi constituisse videatur.]

Seio Saturnino¹²⁷, arcigovernatore della flotta britannica, nominò nel suo testamento erede fiduciario Valerio Massimo¹²⁸, trierarca al quale chiese di restituire l'eredità al proprio figlio Seio Oceano, quando fosse giunto all'età di sedici anni¹²⁹. Seio Oceano morì prima di compiere quegli anni

¹²⁵ KURYŁOWICZ, *Heres fiduciarius*, cit., 193, n. 25; MIGLIARDI ZINGALE, *In tema di heres*, cit., 443; TREGGIARI, *Fiducia and Trust: Worlds and Things (Variations on a Theme by Lupoi)*, in AA.VV., *Relations between the ius commune and English law*, Catanzaro, 2009, 266.

¹²⁶ CONRADI, *De pacto fiduciae exercitatio*, I, Helmstädt, 1732, 9, n. d (= in *Scripta minora*, I, Halle, 1823, 187, n. 37); JACQUELIN, *De la fiducie*, Paris, 1891, 395; 451; GLARD, *De la fiducie*, Paris, 1894, 14; 88; AMBROSINI, *Disposizioni di ultima volontà fiduciarie*, cit., I, 38; 53; KÜBLER, *Das Intestaterbrecht der Frauen im alten Rom*, in *ZSS*, 51(1920), 32 s.; JOHNSTON, *The Roman Law*, cit., 193 s.; DESANTI, *Fedecommeso e protezione*, cit., 106; CÁMARA LAPUENTE, *La fiducia sucesoria*, cit., 76, n.113; TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis*, cit., 115, n. 7; n. 8; 116 ss.; 128.

¹²⁷ STEIN, *Seius Saturninus*, in *RE*, II, A 1, Stuttgart, 1921, 1124 s.

¹²⁸ LAMBERTZ, *Valerius Maximus*, in *RE*, VIII, A 1, Stuttgart, 1955, 90.

¹²⁹ TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis*, cit., 117.

e dunque prima del termine fissato dal testatore per la restituzione¹³⁰. Ora Mallio Seneca¹³¹, in quanto zio materno di Seio Oceano, domandò quei beni a titolo di *agnatus proximus*; invece, Valerio Massimo pretendeva per sé quei beni perché era morto colui al quale gli era stato chiesto di restituirli. Venne chiesto a Giavoleno se questi beni appartenessero a Valerio Massimo erede fiduciario o a Mallio Seneca, quale zio materno del giovane defunto¹³². Il giurista rispose: se Seio Oceano era morto prima di essere giunto all'età di sedici anni, l'eredità apparteneva a colui al quale sarebbero appartenuti gli altri beni di Oceano¹³³; perché il fedecommesso era sorto ed entrato nel patrimonio di Oceano quando questi era ancora in vita, quindi Oceano poteva trasmettere il suo diritto al suo erede, lo zio materno.

Il caso è emblematico: il testatore istituisce un erede fiduciario incaricato di trasferire l'eredità a suo figlio quando raggiunga l'età di 16 anni. Il testatore invece di nominare direttamente il figlio e dargli a parte un tutore, ricorre al fedecommesso¹³⁴. Il figlio muore prima di compiere tale età e uno zio appare come il più vicino agnato per pretendere l'eredità¹³⁵.

Il quesito posto al giurista è dunque se l'eredità fedecommissaria spetti all'erede fiduciario o all'erede legittimo¹³⁶. L'erede legittimo sostiene che i beni devono venire a lui *ab intestato*, mentre l'erede fiduciario sostiene di essere l'erede e che i beni devono restare a lui in quanto è morto il beneficiario, colui al quale il fiduciario doveva restituirli.

Dalla lettura del passo risulta implicitamente che il giurista, per dare la soluzione del caso, distingue nettamente il *dies cedens*¹³⁷, cioè il momento in cui il diritto al lascito nasce, dal *dies veniens*, cioè il momento in cui esso diventa esigibile. Sappiamo che la dottrina del *dies cedens* e del *dies veniens* stabilisce che il diritto al lascito sorge subito alla morte del testatore, "salvo poi divenire esigibile al momento dell'accettazione dell'eredità"¹³⁸. Seguendo questa impostazione, purché il beneficiario sia

¹³⁰ JOHNSTON, *The Roman Law*, cit., 30; TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis*, cit., 117.

¹³¹ STEIN, *Mallius Seneca*, in *RE*, XIV,1, Stuttgart, 1928, 912.

¹³² TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis*, cit., 116.

¹³³ TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis*, cit., 116.

¹³⁴ AMBROSINI, *Disposizioni di ultima volontà fiduciarie*, cit., I, 55.

¹³⁵ JOHNSTON, *The Roman Law*, cit., 194.

¹³⁶ TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis*, cit., 117.

¹³⁷ JOHNSTON, *The Roman Law*, cit., 194.

¹³⁸ DESANTI, *La sostituzione fedecommissaria*, cit., 9.

vivente al momento della morte del *de cuius*, acquista in ogni caso il diritto al fedecomesso e può trasmetterlo al suo erede in caso di premorienza¹³⁹. Nel caso di specie Mallio Seneca ha acquistato il diritto al lascito quando Oceano era ancora vivo, quindi i beni devono pervenire insieme agli altri beni ereditari di Oceano all'erede legittimo del fedecommissario premorto. D'altro canto Giavoleno considera Valerio Massimo come un puro intermediario, vale a dire come incaricato di un "mero obbligo di custodia e di consegna differita dei beni ereditari" al vero beneficiario¹⁴⁰.

La parte finale del passo è poco chiara e non aggiunge molto a un responso già risolto¹⁴¹, perciò è stata considerata interpolata¹⁴². In sostanza il giurista si chiedeva come mai il testatore avesse voluto prorogare il tempo dell'esecuzione con un termine così lungo: per permettere all'erede fiduciario di poter beneficiare dei beni o per rendere incerta l'attribuzione del fedecomesso, trasformando il termine in condizione. In buona sostanza, il caso previsto sembrerebbe un *dies incertus an certus quando*¹⁴³, avendo l'apparenza di un termine e la sostanza della condizione¹⁴⁴, essendo incerto se il soggetto raggiungerà effettivamente quell'età¹⁴⁵.

Dalla questione posta risulta evidente che l'erede fiduciario doveva amministrare i beni fino al raggiungimento dei sedici anni, ma non è scontato che vi fosse un obbligo di rendiconto. In sostanza questo si prospettava

¹³⁹ DESANTI, *La sostituzione fedecommissaria*, cit., 9.

¹⁴⁰ TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis*, cit., 117; 119.

¹⁴¹ BRETONE, *Rec. a ECKARDT, Iavoleni epistulae*, cit., in *Iura*, 29(1978), 236; GIODICE-SABATELLI, *La tutela giuridica*, cit., 196.

¹⁴² BESELER, *Romanistische Studien*, in *TR*, 10(1930), 229. *Contra*: SEGRÈ, *Il conflitto tra la trasmissione ereditaria e la sostituzione volgare nel diritto romano*, in *Scritti giuridici*, II, Roma, 1938, 391, n.1.

¹⁴³ BRUNETTI, *Il dies incertus nelle disposizioni testamentarie*, Firenze, 1893, 5; SEGRÈ, *Gli effetti del dies incertus quando nelle disposizioni di ultima volontà*, in *Scritti giuridici*, II, Roma, 1938, 343 s.

¹⁴⁴ VOCI, *Diritto ereditario*, cit., II, 618; MURILLO VILLAR, *El fideicomiso de residuo*, cit., 105 s.

¹⁴⁵ In via interpretativa, si doveva comunque indagare sulle reali volontà del testatore (WIELING, *Testamentumauslegung*, cit., 91; MURILLO VILLAR, *El fideicomiso de residuo*, cit., 105), cioè se questi avesse fissato un termine o una condizione (BRETONE, *Rec. a ECKARDT, Iavoleni epistulae*, cit., 236). Nel primo caso i beni sarebbero andati all'erede legittimo; nel secondo caso, se col termine si fosse voluto rendere incerto il fatto di restituire i beni, allora questi sarebbero spettati all'erede fiduciario.

solo nel caso in cui ciò fosse ricavabile dalle volontà del testatore, da cui risultasse sì l'obbligo di amministrazione dei beni stessi, ma anche un obbligo di restituzione delle rendite ed eventuali frutti¹⁴⁶, senza che ci fosse la detrazione della quarta, essendo un puro *minister*. In caso contrario si dovrebbe pensare che il testatore avesse posto il termine semplicemente per prolungare il tempo in cui l'erede fiduciario potesse godere di quei beni.

Nella stessa linea è un passo di Pomponio che esprime una sua opinione personale, richiamando e condividendo un'opinione risalente a Pegaso¹⁴⁷, che fu giurista ai tempi di Vespasiano. Inoltre Pomponio non pare affatto accennare ad un responso isolato, ma sembra riferire una tesi corrente sin dai tempi di Pegaso¹⁴⁸:

D. 31,43,2 (Pomp. 3 *ad Quint. Muc.*): Pegasus solitus fuerat distinguere, si in diem fideicommissum relictum sit, veluti post annos decem, interesse, cuius causa tempus dilatatum sit, utrumne heredis, quo casu heredem fructum retinere debere, an legatarii, veluti si in tempus pubertatis ei qui

¹⁴⁶ Come si è già affermato, normalmente l'erede faceva suoi i frutti (D. 36,1,19 pr. [Ulp 15 *ad Sab.*]: *In fideicommissaria hereditatis restitutione constat non venire fructus, nisi ex mora facta est aut cum quis specialiter fuerit rogatus et fructus restituere*). Solo nel caso in cui il patrimonio ereditario avesse subito delle perdite, *pendente condicione*, allora il fiduciario avrebbe dovuto coprirle con i frutti (D. 36,1,34[33] [Marcian. 8 *institut.*]: *Scribit Celsus libro vicensimo digestorum, si qui quadringenta in bonis habebat petit ab herede suo, ut, si sine liberis moreretur, quanta pecunia ex hereditate sua ad eum pervenisset, Maevio restitueretur: si ex fructibus medio tempore quadringenta perceperit et sine liberis decesserit, heredem eius Maevio quadringenta debiturum. et cum diu multumque tractavit, an, cum augmentum heres sensit, et periculum sustineat an per contrarium, novissime ait iniquum esse ad fideicommissarium damnum pertinere, ad quem augmentum non pertinet: et an ad supplendum, inquit, quodcumque ex quadringentis defuerit, etiam augmentum ad eum pertinebit, hoc est ut usque ad summam quadringentorum damni et fructus computentur: quod verius esse arbitror*). Sull'argomento si veda: COSSÉ, *Des substitutions*, cit., 15 ss.; DE THIERIET DE LUYTON, *Des fideicommissis*, cit., 22 ss.; DESANTI, *Di nuovo sul regime dei frutti nel fedecommissato de residuo e sul presunto contrasto tra D. 22.1.3.2 (Pap. 20 quaest.) e D. 36.1.60(58).7 (Pap. 9 resp.)*, in *SDHI*, 65(1999), 83 s.; TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis*, cit., 108 s.

¹⁴⁷ COPPOLA, *Osservazioni sul regime dei frutti nel fedecommissato de residuo*, in *Atti dell'Accademia Peloritana dei Pericolanti. Class. Sc. Giur. Econ. e Pol.*, 49(1980), 94.

¹⁴⁸ COPPOLA, *Osservazioni*, cit., 95.

impubes sit fideicommissum relictum sit, tunc enim fructus praestandos et antecedentis temporis. et haec ita intellegenda sunt, si non nominatim adiectum est, ut cum incremento heres fideicommissum praestet.

Nel fedecommissio 'sub die' è importante individuare quale è l'interesse fondamentale che sta alla base della fattispecie e inoltre stabilire se il testatore abbia voluto favorire anche l'onere e non piuttosto l'onorato¹⁴⁹. In particolare, Pegaso, per stabilire se i frutti maturati prima della scadenza fossero dovuti o meno, era solito fare una *distinctio* nel caso in cui il fedecommissio fosse lasciato a partire da una data determinata, ad esempio dopo 10 anni; si trattava di verificare per quale causa esso fosse stato differito, vale a dire se il termine risultasse apposto a favore dell'erede, nel qual caso questi avrebbe potuto trattenere i frutti, o a beneficio del fedecommissario, come ad esempio se il fedecommissio fosse stato lasciato all'impubere per il tempo della pubertà, nel qual caso gli sarebbero appartenuti anche i frutti anteriori alla restituzione¹⁵⁰. Nel caso prospettato da Pegaso, si intendeva il fedecommissio lasciato *in tempus pubertatis* come fatto ad esclusivo vantaggio del fedecommissario incapace¹⁵¹, dal momento che l'erede onerato doveva restituire il capitale più gli interessi maturati fino a quel momento¹⁵².

Concludendo, qualora il termine venga disposto a favore del fedecommissario ciò significa che il testatore vuol considerare l'erede come un semplice fiduciario dei beni ereditari e niente più; in questo caso i frutti saranno oggetto di restituzione alla stregua dei beni fedecommissi¹⁵³.

8. (Segue): Cervidio Scevola.

Proseguendo nella disamina dei passi, è utile vedere la configurazione assunta dall'*heres fiduciarius* nel II secolo, in particolare nei responsi di Cervidio Scevola.

¹⁴⁹ COPPOLA, *Osservazioni*, cit., 95.

¹⁵⁰ TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis*, cit., 113; DESANTI, *Di nuovo sul regime*, cit., 74; ID., *Il fantasma del fedecommissio*, cit., 106, n. 36.

¹⁵¹ DESANTI, *Il fantasma del fedecommissio*, cit., 106, n. 36.

¹⁵² DESANTI, *De confirmando tutore vel curatore*, Milano, 1995, 322.

¹⁵³ COPPOLA, *Osservazioni*, cit., 95.

Il primo passo che viene in considerazione è un testo dove il testatore raccomandava di aspettare di restituire l'eredità fino al raggiungimento, da parte del fedecommissario, dell'età che non necessitava né dell'aiuto del curatore né dei benefici della *lex Laetoria*¹⁵⁴:

D. 33,1,21,2 (Scaev. 22 *digest.*): Filium ex dodrante, uxorem ex quadrante instituit heredes et filii fidei commisit, ut novercae restitueret hereditatem: ab ea autem petit, ut infirmitatem filii commendatam haberet eique menstruos aureos denos praestaret, donec ad vicesimum quintum annum aetatis pervenerit, cum autem implesset eam aetatem, partem dimidiam hereditatis ei restitueret. filius deducta dodrantis parte quarta, ex qua institutus erat, novercae hereditatem restituit et postea implevit vicesimum quintum annum aetatis. quaesitum est, cum noverca universae hereditatis haberet dodrantem semunciam et sicilicum, an eius partem dimidiam privigno suo restitueret. respondit secundum ea quae proponerentur tantum restituendum, quantum cum eo, quod Falcidae nomine filius deduxisset, semissem faceret. idem quaesit, an, quod infirmitati filii pater consulere voluerit, fructus quoque medii temporis noverca ei restituere deberet. respondit secundum ea quae proponerentur debere.

Un testatore istituì come eredi, per i tre quarti dell'asse, suo figlio e, per un quarto, sua moglie e aveva pregato il figlio di restituire la sua parte di eredità alla matrigna. Il *de cuius* si trovò inoltre di fronte ad una difficoltà di ordine pratico: l'inesperienza del figlio, ancora di tenera età, e la necessità di trovare qualcuno che potesse amministrare il suo patrimonio¹⁵⁵. Egli dunque incaricò la matrigna di prendersi cura del figlio e di corrispondergli una rendita di dieci monete mensili fino a che fosse giunto ai venticinque anni di età; nello stesso momento ella avrebbe poi dovuto restituirgli la metà dell'eredità¹⁵⁶.

Il figlio, detratto il valore pari alla quarta parte dell'eredità di cui era stato istituito, restituì la parte restante alla matrigna, deducendolo a titolo di Pegasiana¹⁵⁷, maturando il diritto all'ulteriore restituzione disposta dal

¹⁵⁴ LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Il fedecommissario*, cit., 210.

¹⁵⁵ COPPOLA, *Osservazioni*, cit., 98.

¹⁵⁶ MANNINO, *Il calcolo della quarta hereditatis*, cit., 136; DESANTI, *Fedecommissario e protezione*, cit., 106 s.; ID., *De confirmando tutore vel curatore*, cit., 313.

¹⁵⁷ COPPOLA, *Osservazioni*, cit., 99.

*pater*¹⁵⁸. Successivamente compì i venticinque anni. Avendo la matrigna ricevuto il fedecommesso, il giurista si chiede se la matrigna dovesse restituire al giovane la metà di quanto pervenutole¹⁵⁹. La risposta data dal giurista prevede la restituzione della metà del patrimonio pervenuto alla matrigna, comprendendovi anche ciò che il figliastro aveva dedotto a titolo di quarta dal fedecommesso a lui imposto¹⁶⁰.

In seguito ci si domanda inoltre se, poiché il padre aveva chiesto di provvedere alle cure del figlio, la matrigna dovesse restituire al giovane, al compimento dei 25 anni, anche i frutti percepiti nell'intervallo¹⁶¹. La risposta è positiva in quanto il padre, mediante tale disposizione, aveva voluto provvedere al figlio ed assegnare all'erede fiduciario¹⁶² il semplice

¹⁵⁸ MANNINO, *Il calcolo della quarta hereditatis*, cit., 136.

¹⁵⁹ MANNINO, *Il calcolo della quarta hereditatis*, cit., 136; TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis*, cit., 111 s.

¹⁶⁰ MANNINO, *Il calcolo della quarta hereditatis*, cit., 136.

¹⁶¹ TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis*, cit., 111 s.

¹⁶² Sulla stessa linea è il passo seguente (PAULUS, *Die Idee der postmortalem Persönlichkeit im römischen Testamentsrecht*, Berlin, 1992, 263): D. 36,1,80 (78),12 (Scaev. 21 digest.): *Heredum fidei commisit, ut, quidquid ex parte tertia hereditatis pervenerit ad eos, id redderent Gaio Maevio alumno testatoris, cum fuerit annis quindecim, et subiunxit haec verba: 'interim ex refectione paupertatis, qui ad vos pervenerit, alatis eum ex usuris pro quantitate nummorum redactis. hoc amplius eidem alumno meo hominem Caletanum et vernam sutorem, qui eum artificio suo mercede data alere poterit'. quaesitum est, cum alimenta multo minora praestiterint heredes scripti, quam usurae summae redactae competebant, an et residuas praestare compelli debeant totius temporis an ex die, quo quintum decimum explesset? et cum servi legati ei specialiter, ut ex mercedibus aleretur, statim venierint, utrum mercedes an usuras petere debeat? respondit secundum ea quae proponerentur testatorem videri de omni reditu et mercede servorum restituenda sensisse. Un testatore raccomandò alla fides dei suoi eredi di restituire la terza parte dell'eredità a Gaio Mevio, *alumnus* del testatore, probabilmente figlio naturale del testatore (DESANTI, *Fedecommesso e protezione*, cit., 107, n. 6), quando questi fosse giunto all'età di quindici anni, aggiungendo queste parole: "fino a quel momento impiegherete, per mantenerlo, gli interessi di tutto il denaro che ricaverete dall'esiguo patrimonio ricevuto. Lascio inoltre al mio *alumnus* il servo Caletano e il servo calzolaio, il quale, con la pratica del suo mestiere e con il salario che ne ricaverà, potrà dargli alimento". Poiché gli eredi fornirono alimenti per un valore inferiore agli interessi della somma ricevuta, il giurista si chiede se essi siano tenuti a restituire l'eccedente di tali interessi per tutto il tempo precedente o solo dal momento in cui l'*alumnus* compì il quindice-*

“ruolo di custode-amministratore”¹⁶³.

Dalla lettura del passo di Scevola emerge come la principale funzione dell'*heres fiduciarius* fosse quella di tutelare i soggetti più deboli e di evitare che i beni venissero dilapidati, perché amministrati da tutori e curatori in malafede¹⁶⁴.

9. (Segue): Papiniano.

Come si è potuto constatare in Iav. D. 36,1,48 (46), con l'evoluzione dell'istituto, la figura del fiduciario cambia notevolmente, in quanto da erede reale arriva a essere un mero intermediario formale nel trasferimento dell'eredità¹⁶⁵.

I problemi che sorgono nella prassi e che in parte sono stati visti vengono infine riassunti in un notissimo passo di Marcello, che anche se tratta di una ipotesi di fedecommesso particolare¹⁶⁶, è sempre stato citato dai giuristi in collegamento con Iav. D. 36,1,48(46):

D. 31,17 pr. (Marcell. 10 *digest.*): Si quis Titio decem legaverit et rogaverit, ut ea restituat Maevio, Maeviusque fuerit mortuus, Titii comodo cedit, non heredis, nisi dumtaxat ut ministrum Titium elegit. idem est et si ponas usum fructum legatum.

Se un testatore abbia legato una somma di denaro a Tizio, incaricandolo di restituirla a Mevio, e Mevio premuovia al testatore; ci si chiede a chi debba spettare la cosa legata¹⁶⁷: a Tizio o, per accrescimento, all'erede. Il giurista risponde che il legato debba rimanere a vantaggio di Tizio, non dell'erede,

simo anno. Inoltre, poiché gli eredi vendettero i servi che gli furono legati proprio perché egli fosse mantenuto grazie ai loro salari, si pone il quesito se egli possa richiedere detti salari o gli interessi del valore dei servi. La risposta è positiva in quanto sembra che il testatore abbia voluto che fossero restituite tutte le rendite e i salari dei servi (TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis*, cit., 110 s.).

¹⁶³ DESANTI, *Il fantasma del fedecommesso*, cit., 107, n. 37.

¹⁶⁴ DESANTI, *Il fantasma del fedecommesso*, cit., 105.

¹⁶⁵ CÁMARA LAPUENTE, *La fiducia sucesoria*, cit., 76.

¹⁶⁶ GROSSO, *I legati*, cit., 51; DI SALVO, *Il legato modale in diritto romano*, Napoli, 1973, 428; PAULUS, *Die Idee*, cit., 303.

¹⁶⁷ TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis*, cit., 120 s.

a meno che il testatore non abbia scelto Tizio come semplice 'minister'¹⁶⁸, vale a dire come mero "esecutore" delle sue volontà¹⁶⁹.

Il frammento propone due ipotesi, nel caso di morte del fedecommissario: o che il fedecommissario sia a favore del fiduciario o che invece ritorni all'erede del defunto. Il criterio distintivo sta nella doppia posizione giuridica del legatario gravato da fedecommissario¹⁷⁰.

Infatti se il testatore aveva l'intenzione di beneficiare solo ed esclusivamente il fedecommissario, il legatario fiduciario appare come un mero strumento (*minister*)¹⁷¹, o un semplice esecutore, su cui gravi l'onere di restituire l'intero legato al solo beneficiario contemplato dal testatore¹⁷²; di conseguenza i beni ritorneranno agli eredi del defunto, come se non fosse stato scritto il legato.

Nel caso opposto, se il testatore avesse voluto beneficiare anche il fiduciario questi sarà un vero legatario e quindi il legato spetterà a lui e non agli eredi del defunto¹⁷³.

In questo contesto rileva un ultimo testo, questa volta di Papiniano, il quale fu *legatus iuridicus* nella provincia della Britannia¹⁷⁴; tale frammento è stato considerato fondamentale dalla dottrina medievale europea¹⁷⁵:

D. 22,1,3,3 (Pap. 20 *quaest.*): Cum Pollidius a propinqua sua heres institutus rogatus fuisset filiae mulieris quidquid ex bonis eius ad se per-

¹⁶⁸ DULAC, *Développement historique et Théorie de l'Exécution testamentaire*, Toulouse, 1899, 15; LODISPOTO, *L'esecuzione testamentaria nel diritto romano e nel barbarico*, in *Studi giuridici in onore di C. Fadda*, V, Napoli, 1906, 320; LUPOI, *Origine civilistica dei trusts: una prima indagine*, in *Diritto privato*, 4(1998), 88; ZIMMERMANN, *Heres fiduciarius*, cit., 272; TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis*, cit., 120 s.; LUPOI, *I diritti reali*, II, *I trust nel diritto civile*, in *Trattato di diritto civile diretto da R. Sacco*, Torino, 2004, 161. Cfr.: DI SALVO, *Il legato modale*, cit., 428 ss.

¹⁶⁹ GROSSO, *I legati*, cit., 51; TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis*, cit., 121.

¹⁷⁰ AMBROSINI, *Disposizioni di ultima volontà fiduciarie*, cit., I, 42.

¹⁷¹ Il termine *minister* si può ricollegare a '*ministerium*' di Marcell. D. 24,1,49.

¹⁷² TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis*, cit., 126; 128.

¹⁷³ AMBROSINI, *Disposizioni di ultima volontà fiduciarie*, cit., I, 42.

¹⁷⁴ MANTHE, *Das senatus consultum Pegasianum*, Berlin, 1989, 148; TREGGIARI, *Fiducia and Trust*, cit., 266.

¹⁷⁵ AMBROSINI, *Disposizioni di ultima volontà fiduciarie*, cit., I, 40; 54; CÁMARA LAPUENTE, *La fiducia sucesoria*, cit., 76, n.113; TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis*, cit., 113 ss.

venisset, cum certam aetatem puella complexset, restituere, idque sibi mater ideo placuisse testamento comprehendisset, ne filiae tutoribus, sed potius necessitudini res committerentur, eundemque Pollidium fundum retinere iussisset: praefectis praetorii suasi fructus, qui bona fide a Pollidio ex bonis defunctae percepti essent, restitui debere, sive quod fundum ei tantum praelegaverat sive quod lubrico tutelae fideicommissi remedium *mater* praetulerat.

Nel frammento si parla di una testatrice che istituì erede un proprio parente di nome Pollido, lasciandogli anche un fondo in prelegato. Nella *rogatio* ella incaricava Pollido di restituire l'eredità, salvo il fondo, alla figlia di lei quando questa avesse raggiunto una certa età. La testatrice aveva infatti voluto evitare il pericolo di una tutela indesiderata e aveva preferito istituire erede un prossimo congiunto assai più fidato, gravandolo però dell'obbligo di restituire l'eredità alla figlia una volta raggiunta la maggior età¹⁷⁶.

Il passo concerne la controversia sulla spettanza dei frutti dell'eredità maturati dall'adizione alla restituzione, che la figlia fedecommissaria aveva chiesto all'erede. Questi avrebbe voluto trattenere i frutti, in contrasto con quanto stabilito nel testamento, tuttavia venne condannato a restituirli alla fedecommissaria. Secondo Papiniano, i frutti si dovevano restituire perché la madre aveva inteso ricompensare Pollido del servizio prestatole permettendo che questi tenesse per sé il fondo a titolo di prelegato¹⁷⁷. L'erede era dunque visto essenzialmente come custode ed amministratore, in luogo del tutore, e non avrebbe potuto avvantaggiarsi dei frutti trattenendoli per sé¹⁷⁸. L'intenzione della testatrice era di valersi dell'erede diretto solo come figura interposta e di beneficiare alla fine la figlia, una volta questa avesse acquisito una certa autonomia¹⁷⁹.

Quindi dal Digesto emergono due diverse tipologie di fedecommissato, quella con sostituzione di erede, in cui l'erede istituito veniva avvantaggiato attraverso l'attribuzione dei *commoda*, e quella dove l'erede si configurava

¹⁷⁶ DESANTI, *De confirmando tutore vel curatore*, cit., 314; LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Il fedecommissato*, cit., 211; LUPOI, *Origine civilistica dei Trusts: una prima indagine*, in *Diritto privato*, 4(1998), 85; TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis*, cit., 113 s.

¹⁷⁷ COPPOLA, *Osservazioni*, cit., 100.

¹⁷⁸ DESANTI, *Il fantasma del fedecommissato*, cit., 107 s.

¹⁷⁹ TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis*, cit., 114.

come *heres fiduciarius*, cioè erede solo di nome o, come lo definiranno i giuristi medioevali, 'nudus minister', al quale venivano negati i *commoda*.

Fondamentale è quindi la posizione dell'*heres fiduciarius*: da questi ci si aspetta un comportamento che è voluto dal disponente. Il fiduciario risulta essere un mero *minister* che non si avvantaggia né dell'eredità né dei suoi frutti. In questo caso il fiduciario è tenuto ad amministrare il patrimonio ereditario, ma a restituirlo in un secondo momento al beneficiario¹⁸⁰.

10. Lo sviluppo delle situazioni fiduciarie nel periodo postclassico e medievale.

Nel diritto postclassico l'unico istituto che sembra mantenere una certa applicazione pratica è il fedecommesso nelle forme del fedecommesso *de residuo* e *de familia*¹⁸¹. Molto in uso sono pure istituzioni di erede a favore di ecclesiastici con l'onere fedecommissario a favore delle Chiese e degli istituti di beneficenza¹⁸². A titolo esemplificativo, nel testamento di Gregorio Naziazieno, del 389, i tre eredi appaiono come meri strumenti del testatore, come veri ministri, dal momento che il lascito pio assorbiva l'intera eredità¹⁸³.

¹⁸⁰ FEUGÈRE DES FORTS, *Ad Senatusconsultum Trebellianum*, cit., 7.

¹⁸¹ AMBROSINI, *Disposizioni di ultima volontà fiduciarie*, in *AUPA*, 1(1916), 119. Non bisogna dimenticare tuttavia che con la Novella 159 Giustiniano decise che i beni sostituiti dopo una successione di quattro generazioni si trovano liberi nelle mani del gravato. Si veda: OLIVIER, *Du fidéicommis de famille*, cit., 23; HERMANCE, *Des substitutions fidéicommissaires*, Paris, 1892, 90.

¹⁸² ROBERTI, *Le origini dell'esecutore testamentario*, cit., 69.

¹⁸³ SPANGENBERG, *Iuris romani tabulae negotiorum solemnium*, Lipsia, 1822, n. 11, 71 ss.: "... *Iam enim mentem meam manifestam feci, et meam omnem substantiam Catholicae Ecclesiae Nazianzenae consecravi ad pauperum, qui sunt sub eadem ecclesia, ministerium. Ob eamque causam tres praefeci juxta hanc meam voluntatem Ptochotrophos (pauperum curatores), Marcellum diaconum ac monachum, Gregorium item diaconum, qui fuit de familia mea, et Eustatium monachum, qui et ipse est de familia mea; nunc vero eundem animum retinens erga sanctam ecclesiam Nazianzenam, eodem persto in proposito. Cum igitur contigerit me ex vita decedere, Gregorius diaconus et monachus, qui fuit ex mea familia, quemquem pridem manomisi, ex universa substantia mea mobili et immobili, ubicumque ea mihi sita est, heres meus esto. Ceteri omnes exheredes mihi sunt: ita quidem ut meam omnem substantiam mobilem et immobilem sanctae Catholicae Nazianzenae ecclesiae, ipse restituat, nihil*

Giustiniano abrogò il *senatusconsultum Pegasianum*¹⁸⁴, ritornando dunque al regime del Trebelliano¹⁸⁵; egli stabilì che qualunque fedecommissario universale dovesse avere gli effetti di una successione universale¹⁸⁶, acquistando il fedecommissario il ruolo di erede e riducendosi il fiduciario a figura puramente formale¹⁸⁷. D'altra parte Giustiniano diede compimento alla parificazione iniziata già nel periodo postclassico tra legati e fedecommissari¹⁸⁸.

Un'altra riforma importante riconducibile a Giustiniano riguarda la possibilità che la disposizione fedecommissaria potesse essere ordinata in segreto, vale a dire in assenza di testimoni, affidandosi alla coscienza del fiduciario¹⁸⁹. Egli poi limitò il fedecommissario di famiglia alla 4° generazione¹⁹⁰.

Mentre la legislazione degli imperatori bizantini non introdusse modifiche di rilievo nella disciplina del fedecommissario¹⁹¹, nelle fonti alto medioevali troviamo altri istituti che vengono poi ricondotti alla *fiducia* e alla posizione dell'*heres fiduciarius* romano, che sono: l'*affatomia* del diritto franco¹⁹² che era una specie di *adoptio in hereditatem*, fatta cioè allo scopo

penitus subducens, praeterquam, quae hoc testamento quibusdam peculiariter reliquerit, legati aut fideicommissi causa. Sed omnia, ut praedixi diligenter servet ecclesiae, Dei timorem prae oculis habens, sciensque, jam a me decretum, ut omnia mea illius ecclesiae pauperum ministerio cedant; in eamque rem se institutum erodem, ut per ipsum ecclesiae omnia sine fraude conserventur. ..."; cfr.: ROBERTI, *Le origini dell'esecutore testamentario*, cit., 82.

¹⁸⁴ FEUGÈRE DES FORTS, *Ad Senatusconsultum Trebellianum*, cit., 4; COSSÉ, *Des substitutions*, cit., 67; BAUR, *Des Fidéicommissis*, cit., 56; MARTIN ST-LÉON, *Des substitutions fidéicommissaires*, cit., 133 s.; VINCENT, *Des hérédités fidéicommissaires*, cit., 125.

¹⁸⁵ I. 2,23,7.

¹⁸⁶ AMBROSINI, *Disposizioni di ultima volontà fiduciarie*, cit., I, 38.

¹⁸⁷ AMBROSINI, *Disposizioni di ultima volontà fiduciarie*, cit., I, 38 s.

¹⁸⁸ C. 6,43,2. Cfr.: OLIVIER, *Du fidéicommiss de famille*, cit., 19; ROBERTI, *Le origini dell'esecutore testamentario*, cit., 56; LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Il fedecommissario*, cit., 17; WITZ, *La fiducia*, cit., 29.

¹⁸⁹ C. 6,43,32; I. 2,23,12. Si veda: DESANTI, *Il fantasma del fedecommissario*, cit., 121, n. 91.

¹⁹⁰ Nov. 159,2.

¹⁹¹ CARAVALE, *Fedecommissario (dir. interm.)*, in *EDD*, XVII, Milano, 1968, 109.

¹⁹² AMBROSINI, *Disposizioni di ultima volontà fiduciarie*, cit., 122 s.; DIURNI, *Fiducia e negozio fiduciario (storia)*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile*, VIII, Torino, 1992, 295; TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis*, cit., 204; CÁMARA LAPUENTE, *La fiducia sucesoria*, cit., 45.

di attribuire ad un parente o anche ad un estraneo la posizione ereditaria di figlio legittimo; lo *use*, la pratica utilizzata sempre in Inghilterra che originerà il *trust*, attraverso la quale il proprietario di un terreno (*feoffor*) poteva attribuirlo ad un terzo (*feoffee*), stabilendo che questi avrebbe dovuto gestirlo o a favore del proprietario stesso, o a favore di un altro beneficiario (*cestui que use*)¹⁹³; infine, il *Salmann*¹⁹⁴, poi divenuto *Treuhänder*, del diritto germanico¹⁹⁵ che ha un'ampia sfera di applicazione coinvolgente sia gli atti di alienazione *inter vivos*, che quelli *mortis causa*.

Anche l'esecutore testamentario, impiegato nei territori italiani, risultava essere una figura atta ad assicurare alle disposizioni *pro anima* maggiore stabilità oltre a essere un intermediario che spesso difendeva le volontà del defunto contro gli attacchi degli eredi e dei terzi¹⁹⁶.

Per finire l'antico diritto francese conoscerà un atto giuridico denominato *fiducie* che si presenta come una forma particolare di fedecommesso, simile alla sostituzione fedecommissaria.

Tutte queste figure citate verranno analizzate nei prossimi paragrafi, in quanto esse hanno più o meno direttamente un qualche collegamento con il diritto romano.

11. L'affatomia presso i Franchi e la Treuhand del diritto germanico.

L'esecutore testamentario, la cui origine è assai dibattuta in dottrina¹⁹⁷, è una figura tipica del diritto successorio delle comunità che viveva-

¹⁹³ BRUNETTA D'USSEAU, *La notice nel diritto inglese*, in AA.VV., *Le situazioni affidanti* a cura di M. LUPOI, Torino 2006, 95 ss.

¹⁹⁴ DIURNI, *Fiducia e negozio*, cit., 295. Cfr.: BESELER, *Die Lehre von den Erbverträgen*, I, Göttingen, 1835, 267 ss.

¹⁹⁵ SCHULZE, *Die langobardische Treuhand und ihre Umbildung zur Testamentsvollstreckung*, Breslau, 1895, 5 ss.; COING, *Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts*, München, 1973, 47 ss.; ZIMMERMANN, *Diritto romano, diritto contemporaneo, diritto europeo: la tradizione civilistica oggi*, in *Rivista di diritto civile*, 47(2001), 742; TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis*, cit., 205; SANTORO, *Il negozio fiduciario*, Torino, 2002, 27; CASTRONOVO, MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, II, *Proprietà Obbligazioni Contratti*, Milano, 2007, 607 ss.

¹⁹⁶ AMBROSINI, *Disposizioni di ultima volontà fiduciarie*, cit., 143.

¹⁹⁷ ROBERTI, *Le origini dell'esecutore testamentario*, cit., 133.

no secondo la legge germanica. Secondo tale ordinamento, i beni familiari dovevano essere destinati solo agli appartenenti alla famiglia secondo la linea di sangue. Il testamento si riduceva di norma all'istituzione di una somma di legati e ad altre disposizioni particolari¹⁹⁸, persistendo "l'antica convinzione che solo Dio, e cioè l'ordine naturale della parentela, potesse dare un erede"¹⁹⁹.

Se qualcuno desiderava disporre diversamente dei suoi beni, la consuetudine e le leggi franco-germaniche offrivano distinti rimedi: l'*affatomia* del diritto franco o *gairenthix* presso i Longobardi²⁰⁰ (Roth. 174 [a. 643])²⁰¹ e la *Treuband* del diritto germanico.

L'*affatomia* è descritta nel capitolo XLVI della legge Salica²⁰² intitolato "De acfatmire"²⁰³ ed è composta da tre fasi²⁰⁴.

Nella prima il disponente, gettando la festuca, simbolo di tradizione germanica, verso l'intermediario, gli indicava il destinatario definitivo dei

¹⁹⁸ DULAC, *Développement historique*, cit., 20.

¹⁹⁹ CAILLEMER, *Origines et Développement de l'Exécution Testamentaire (Époque Franque et Moyen Age)*, Lyon, 1901, 36; TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis*, cit., 203 s.

²⁰⁰ ROBERTI, *Le origini dell'esecutore testamentario*, cit., 162 s.; TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis*, cit., 204.

²⁰¹ PADELLETTI, *Fontes iuris italici medii aevi*, Torino, 1887, n. 172, 86: *De thinx quod est donatio. Si quis res sua salii thingare voluerit, non absconse, sed ante liberos nomine ipsum garethinx faciat, quatinus qui thinga et qui gisel fuerit, liberi sint, ut nulla in posterum oriatur intentio.*

²⁰² Sulla legge Salica si veda: *The Laws of the Salian Franks. Translated and with an Introduction by K. FISHER DREW*, Philadelphia, 1991, 28 ss.

²⁰³ PARDESSUS, *Loi Salique ou Recueil contenant les anciennes rédactions de cette loi et le texte connu sous le nom de Lex Emendata*, Paris, 1843, 26; 57 s.; 101 s.; WAITZ, *Das alte Recht der Salichen Franken*, Kiel, 1846, 254 s.; SCHERNER, *Salmanschaft, Servusgeschäft und venditio iusta*, Wiesbaden, 1971, 21 ss.; FISCHER DREW, *The Laws of the Salian Franks*, Pennsylvania, 1991, 110 s.; 192 s.; ECKHARDT, *Leges nationum Germanicarum*, 4,1, *Pactus Legis Salicae*, (rist. 2002), Hannover, 1962, 176 ss.

²⁰⁴ DULAC, *Développement historique*, cit., 18; CAILLEMER, *Origines*, cit., 29; AMBROSINI, *Disposizioni di ultima volontà fiduciarie*, cit., 123; MESSINA, *I negozi fiduciari*, in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1948, 151; TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis*, cit., 205.

beni, che venivano trasferiti tramite *traditio*²⁰⁵ allo stesso intermediario²⁰⁶. La *traditio* indica dunque un atto bilaterale²⁰⁷.

Nella seconda fase il disponente dichiarava, dinnanzi a tre testimoni, quali erano i beni di cui disponeva e la persona che avrebbe dovuto essere beneficiata. In seguito il fiduciario si insediava temporaneamente, insieme ad amici con cui conviviava dinnanzi a testimoni, nella casa del disponente, a dimostrare di averne fatto proprio il patrimonio²⁰⁸.

Nella terza l'intermediario, entro l'anno, portava a compimento la sua missione col trasferire *per festucam* i beni al destinatario²⁰⁹.

L'*affatomia* del diritto franco²¹⁰ era dunque una specie di *adoptio in hereditatem*, fatta cioè allo scopo di attribuire a un parente o anche a un estraneo la posizione ereditaria di figlio legittimo²¹¹. L'istituto fungeva da surrogato della successione testamentaria universale²¹², essendo finalizzato alla trasmissione all'adottato di tutto il patrimonio o di una quota di esso. Di conseguenza chi mancava di eredi legittimi poteva procurarsene ricorrendo al descritto procedimento, in cui emergeva un intermediario che si interponeva tra adottante e adottato. L'intermediario dell'*affatomia*, il *Salmann*, simile al *gysel* del diritto longobardo, è il più antico esempio di esecutore testamentario²¹³. Questo istituto tuttavia veniva impiegato per

²⁰⁵ Capitula Legi Salicae addita del 819 (BORETIUS, *Capitularia Regum Francorum*, I, Hannover, 1881, 293, n.142): 10. "De affatomie dixerunt quod traditio fuisset ..."

²⁰⁶ CAILLEMER, *Origines*, cit., 30; 37; MESSINA, *I negozi fiduciari*, cit., 151; TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis*, cit., 204.

²⁰⁷ Cfr.: ROBERTI, *Le origini dell'esecutore testamentario*, cit., 181 ss.

²⁰⁸ CAILLEMER, *Origines*, cit., 30; MESSINA, *I negozi fiduciari*, cit., 151.

²⁰⁹ CAILLEMER, *Origines*, cit., 30; MESSINA, *I negozi fiduciari*, cit., 151.

²¹⁰ SCHMIDT, *Die affatomie der lex Salica*, München, 1891, 1 ss.; SCUPFER, *Il Diritto privato dei popoli germanici con speciale riguardo all'Italia*, IV, Roma-Torino-Firenze, 1909, 173 ss.; LEVY-BRUHL, *Le rôle de l'intermédiaire dans l'affatomie*, in *RHD*, 3(1924), 671 ss.; KUHLE, *Philologisches zur Adoption bei den Germanen*, in *ZRG*, 65(1947), 1 ss.; BALON, *Ius medii Aevi*, III, *Traité de Droit Salique. Etude d'exégèse et de sociologie juridiques*, III, Namur, 1965, 822.

²¹¹ DULAC, *Développement historique*, cit., 18; CAILLEMER, *Origines*, cit., 31 ss.; TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis*, cit., 204.

²¹² TREGGIARI, *L'affidamento nell'esecutore testamentario. Dati per una retrospettiva*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 9(2008), 173.

²¹³ CAILLEMER, *Origines*, cit., 29; BRISSAUD, *Manuel d'Histoire du Droit Privé*, Paris, 1935, 495.

le operazioni più diverse, come l'adozione, l'istituzione di erede, o la donazione tra vivi²¹⁴.

Il *Salmann*²¹⁵, divenuto poi *Treubander* nel diritto germanico²¹⁶, aveva un'ampia sfera di applicazione che coinvolgeva sia gli atti di alienazione *inter vivos*, che quelli *mortis causa*; con la *Treuband mortis causa*, tutto o parte del patrimonio veniva trasferito dal disponente ad un fiduciario intermediario incaricato di trasferire i beni alla morte del disponente²¹⁷. È frequente il ricorso del *Salmann* per beneficiare enti religiosi, per conservare il patrimonio del disponente qualora questi dovesse intraprendere un lungo viaggio o partire in guerra, per tutelare la vedova o il pupillo ed in genere, tutti quei soggetti ai quali la legge precludeva l'acquisto della proprietà di beni, in specie, immobili²¹⁸.

Nei documenti provenienti dai territori germanici si riscontra un frequente uso della terminologia romana e, in particolare, di quella propria del fedecomesso.

Tanto l'*affatomia* quanto la *Treuband*, quando passeranno nel testamento²¹⁹, saranno all'origine dell'esecutore testamentario medievale. In particolare nel XIV e XV secolo nei testamenti tedeschi gli esecutori testamentari saranno designati come *Treubander*, *treukrager*, *seelwartern*, *fideimanus*, *executores* e *mediatories*²²⁰.

12. L'esecutore testamentario nel medioevo.

Come si è già accennato, nel Medioevo si sviluppa diffusamente la figura giuridica dell'esecutore testamentario.

Dall'VIII secolo in ogni regione d'Europa si hanno esempi di disposizioni *pro anima*, regolate dal diritto romano-canonico, eseguite da un interme-

²¹⁴ CAILLEMER, *Origines*, cit., 30.

²¹⁵ DIURNI, *Fiducia e negozio*, cit., 295. Cfr.: BESELER, *Die Lehre*, cit., I, 267 ss.

²¹⁶ SCHULTZE, *Die langobardische Treuband*, cit., 5 ss.; COING, *Die Treuband*, cit., 47 ss.

²¹⁷ CAILLEMER, *Origines*, cit., 36; TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis*, cit., 205.

²¹⁸ DULAC, *Développement historique*, cit., 19.

²¹⁹ DULAC, *Développement historique*, cit., 19 s.

²²⁰ DULAC, *Développement historique*, cit., 20.

diario²²¹. Presso i Franchi in particolare la persona che volesse lasciare i suoi beni a soggetti diversi rispetto agli eredi *ab intestato*, li cedeva a un terzo, di norma un ecclesiastico, con poteri amplissimi contro gli attacchi di terzi.

L'influenza delle consuetudini dei popoli germanici stanziatisi nel VI secolo nella regione italiana favorì pure l'apparizione dell'esecutore testamentario²²². Il suo uso si estese col tempo anche a quelle terre italiche che furono esenti dal diritto germanico²²³.

Nelle carte italiane dell'XI secolo il termine *fidei commissarius* assume quindi il significato di esecutore "fiduciario": un esecutore privo del titolo di erede istituito, a cui viene lasciata la proprietà e il possesso dei beni con l'obbligo morale di consegnarli a una persona determinata²²⁴.

Quindi i *fidei commissarii* inizialmente si presentavano dal punto di vista giuridico come proprietari grazie a una *traditio*, ma privi di *commodum*; quindi puri *ministri* che detraevano i frutti a proprio vantaggio²²⁵. Un tratto peculiare della posizione giuridica dell'esecutore medievale è che esso si mostra come intermediario della trasmissione e come titolare dei beni che deve trasferire²²⁶. Esso tuttavia non era erede anche se appariva come una persona su cui il disponente riponeva fiducia e a cui affidava l'esecuzione delle disposizioni *pro anima* oltre ad altri incarichi delicati²²⁷; ciò in sintonia col principio che l'idea religiosa dovesse prevalere in tutte le disposizioni di ultima volontà²²⁸.

L'analogia con l'*heres fiduciarius* romano era soprattutto nel titolo, ossia il mezzo giuridico con cui si attribuivano i poteri all'esecutore. Il titolo consentiva all'esecutore di essere considerato giuridicamente proprietario²²⁹.

²²¹ AMBROSINI, *Disposizioni di ultima volontà fiduciarie*, cit., 141.

²²² FEDELE, *Esecutore testamentario: premesse storiche*, in *EDD*, XV, Milano, 1966, 383 s.; TREGGIARI, *L'affidamento nell'esecutore testamentario*, cit., 173.

²²³ ROBERTI, *Le origini dell'esecutore testamentario*, cit., 9 ss.; AMBROSINI, *Disposizioni di ultima volontà fiduciarie*, cit., 139.

²²⁴ ROBERTI, *Le origini dell'esecutore testamentario*, cit., 136 s.; TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis*, cit., 206.

²²⁵ ROBERTI, *Le origini dell'esecutore testamentario*, cit., 140 s.; TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis*, cit., 208.

²²⁶ AMBROSINI, *Disposizioni di ultima volontà fiduciarie*, cit., 151.

²²⁷ AMBROSINI, *Disposizioni di ultima volontà fiduciarie*, cit., 162.

²²⁸ DULAC, *Développement historique*, cit., 24.

²²⁹ AMBROSINI, *Disposizioni di ultima volontà fiduciarie*, cit., 155; TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis*, cit., 208.

Nel corso dei secoli XII e XIII l'esecutore testamentario divenne "il rappresentante attivo e passivo dell'*universum ius defuncti*". Successivamente però, in seguito ad interventi dell'autorità pubblica, e con il risorgere degli studi di diritto romano, l'esecutore testamentario perse importanza, non avendo più la precedente libertà di azione. Inoltre in caso di conflitto fra esecutore testamentario ed erede, la controversia veniva risolta a scapito dell'esecutore, negandogli ogni diritto reale sui beni, nonché il diritto di agire contro l'erede o contro i terzi possessori²³⁰.

Di fatto col tempo l'esecutore avente pieni poteri sui beni tenderà a sparire per trasformarsi in un puro ministro della volontà del disponente, dovendo passare i beni ad altri senza poter trattenere alcunché²³¹.

13. La Scuola di Bologna.

Perché il fedecommesso ritorni ad essere oggetto di produttiva riflessione scientifica, occorre attendere la Scuola di Bologna. Come abbiamo visto, il Digesto prevedeva il fedecommesso, facendone affiorare due diverse tipologie: quella con sostituzione di erede e quella dove l'erede si configurava come *heres fiduciarius*²³²; tale differenza tuttavia non venne intuita dagli studiosi del periodo medievale, perché in entrambe le forme l'erede o il legatario avevano comunque il titolo e dunque chi aveva il titolo doveva avere necessariamente diritto ai *commoda*.

La *Magna Glossa* accursiana evidenzia solo parte del fenomeno delle disposizioni fiduciarie testamentarie. Accursio aveva annotato accanto al termine '*heres fiduciarius*' del passo Iav. D. 36,1,48 (46), il commento '*quia de eo multum confidebat testator*'²³³. Egli inoltre non assegnò molta importanza al concetto di *heres fiduciarius*²³⁴, in quanto nella realtà giuridica del suo tempo era presente la figura dell'esecutore testamentario di origine ger-

²³⁰ TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis*, cit., 214.

²³¹ AMBROSINI, *Disposizioni di ultima volontà fiduciarie*, cit., 161; 166.

²³² TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis*, cit., 172.

²³³ Glossa a Iav. D. 36,1,46; GRAZIADEI, *The Development of Fiducia in Italian and French Law from the 14th Century to the End of the Ancien Régime*, in AA.VV., *Itinera fiduciae*, Berlin, 1998, 333; TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis*, cit., 171.

²³⁴ TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis*, cit., 172.

manica, che, pur svolgendo gli stessi compiti dell' *heres fiduciarius* romano, non aveva la qualifica di erede o legatario.

Il termine '*minister*', che affiora dal frammento di Marcell. D. 31,17 pr., viene commentato da Accursio come sinonimo di esecutore testamentario²³⁵. Egli impiega il termine *executor*, facendo riferimento alla prassi, ancora frequente nel XIII secolo, della successione ereditaria effettuata mediante esecutori, vale a dire i '*commissarii*'²³⁶.

Secondo Accursio il termine *minister* doveva essere stato espresso dal testatore. Egli afferma che, nell'ipotesi in cui il testatore avesse esplicitamente nominato Tizio come *minister*, questi non aveva azione per chiedere il legato all'erede, a meno che non si versasse in alcune ipotesi particolari (lasciti per l'anima o per una causa pia, lasciti per alimenti, lasciti da cui il beneficiario traesse dei benefici economici, permanenti o da trasferire a terzi)²³⁷.

In pratica Accursio si arresta unicamente al dato costituito dal *titulus*. Per Accursio è *minister* solo chi è stato designato come tale nel testamento. Tuttavia in tal modo Accursio perde di vista l'ipotesi del *minister* provvisto del titolo ma privo di *commodum* per volontà del testatore, che non poteva trattenere i beni in caso di caducazione del fedecommesso. Egli non comprende che il titolo è solo strumentale all'acquisizione e alla gestione dei beni²³⁸.

In realtà, mentre l'erede gravato da normale fedecommesso aveva diritto ai frutti, l'*heres fiduciarius* aveva il *titulus* ma non il *commodum*.²³⁹ L'erede gravato da un normale fedecommesso, in caso di mancata esecuzione del fedecommesso, poteva trattenere i beni.

Viceversa l'erede (o il legatario) nella situazione fiduciaria, in mancanza di caducazione del fedecommesso, doveva comunque restituire all'erede o ai legittimi eredi i beni e i frutti²⁴⁰.

Questa impostazione viene invece colta da Baldo degli Ubaldi, che, nella sua trattazione delle disposizioni fiduciarie²⁴¹, interpretando Pap.

²³⁵ AMBROSINI, *Disposizioni di ultima volontà fiduciarie*, cit., I, 294 s.

²³⁶ Glossa a Marcell. D. 31,17 pr.; GRAZIADEI, *The Development*, cit., 334; TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis*, cit., 175 s.

²³⁷ TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis*, cit., 174 s.

²³⁸ TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis*, cit., 177.

²³⁹ TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis*, cit., 201.

²⁴⁰ TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis*, cit., 179 s.

²⁴¹ BALDUS, *In sextum Codicis librum praelationes*, Lyon, 1556, 142, *de fidei commissi*, l. *Post mortem* n. 7; f.

D. 22,1,3,3, arriverà a delineare la figura del ‘*nudus minister*’, privo di *commoda*,²⁴² il quale è istituito erede per trasferire il patrimonio del testatore ad una persona non nominata nel testamento²⁴³.

14. L’origine del *trust* in Inghilterra.

Approdando all’esperienza giuridica del *Common Law* inglese, un istituto assai interessante è il *trust* che nacque per superare i rigidi limiti che il sistema giuridico feudale inglese imponeva nel destinare le proprie fortune²⁴⁴. Tali limiti²⁴⁵ erano rappresentati, da una parte, dall’impossibilità per il feudatario (*tenant*) di trasferire *mortis causa* il proprio diritto di proprietà (*estate*) del feudo²⁴⁶, dall’altra, dal divieto per i soggetti appartenenti agli ordini religiosi di poter acquistare liberamente dei beni immobili.

Il *trust* trova origine nello *use*²⁴⁷, convenzione traslativa per cui il proprietario di un terreno, *feoffor*²⁴⁸, ne trasferiva la proprietà ad un soggetto, *feoffee*, che si impegnava ad amministrare il fondo a favore del *cestui que use*, il quale poteva essere lo stesso originario proprietario o anche un terzo beneficiario da lui indicato²⁴⁹. La parola *use* è un termine di *law french* rica-

²⁴² BALDUS, *Commentarium in Pandectas*, I, Lyon, 1558, 176, *sed interdu*, n. 1.

²⁴³ AMBROSINI, *Disposizioni di ultima volontà fiduciarie*, cit., I, 320 s.; GRAZIADEI, *The Development*, cit., 338 ss.; TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis*, cit., 180; ID., *Fiducialitas. Tecniche e tutele della fiducia nel diritto intermedio* in AA.VV., *Le situazioni affidanti* a cura di M. LUPOI, Torino, 2006, 64; LUPOI, *Trust and confidence*, in AA.VV., *Relations between the ius commune and English law*, Catanzaro, 2009, 101.

²⁴⁴ BRUNETTA D’USSEAU, *La notice*, cit., 95.

²⁴⁵ FRANCESCHELLI, *Il trust nel diritto inglese*, Padova, 1935, 23 ss.

²⁴⁶ Non era ammissibile la libera successione testamentaria, proprio perché egli non era proprietario, ma feudatario. Su ciò si veda: FERRANTE, *L’apporto del diritto canonico, nella disciplina delle pie volontà fiduciarie testamentarie del diritto inglese*, Milano, 2008, 121 s.

²⁴⁷ FERRANTE, *L’apporto del diritto canonico*, cit., 117 ss.

²⁴⁸ BARR AMES, *The Origin of Uses and Trusts*, in *HLR*, 21(1907-08), 263 paragona l’istituto dello *use* a quello della *Treuband*.

²⁴⁹ MIRANDA, *Il testamento nel diritto inglese. Fondamento e sistema*, Padova, 1995, 65; HELMHOLZ, *Trusts in the English Ecclesiastical Courts 1300-1640*, in AA.VV., *Itinera fiduciae*, Berlin, 1998, 155; BIANCALANA, *Medieval Uses*, in AA.VV.,

vata, per alcuni, dall'espressione latina 'opus'²⁵⁰, per altri dalla parola latina 'usus'²⁵¹.

Lo *use* risale ai tempi della conquista normanna dell'Inghilterra e divenne comune nel XII secolo. In origine lo *use* veniva impiegato principalmente dai Francescani, ai quali le proprie regole imponevano di non violare il loro voto di povertà²⁵², e dai Crociati, per beneficiare le loro famiglie nel caso del mancato ritorno in patria²⁵³. A questo fine si instaurò la prassi di trasferire la proprietà del bene immobile (*estate*) a favore di un terzo, che aveva l'obbligo di amministrare il bene e di trasferire le rendite al primo proprietario e, alla sua morte, di trasmettere l'*estate* al beneficiario indicatogli.

Con tale pratica si poteva disporre del proprio patrimonio, ovviando alla rigidità del *common law*²⁵⁴.

In un primo momento l'obbligazione del cessionario era solo morale, in quanto le Corti di *common law*²⁵⁵ erano poco propense a riconoscere i diritti del *cestui que use*, infatti quest'ultimo poteva addirittura essere considerato un *trespasser*²⁵⁶, perché fondamentalmente si trattava di una questione meramente fiduciaria²⁵⁷. Nonostante il Re le vedesse come limitazioni al

Itinera fiduciae, Berlin, 1998, 111; WOLFF, *Trust, Fiducia und fiduciарische Treuband. Historisch-rechtsvergleichende Untersuchung mit einer Darstellung des Trust in Schottland sowie des römischen und österreichischen Fideikommiss*, Frankfurt, 2005, 51; BARRIÈRE, *La réception du trust au travers de la fiducie*, Cahors, 2004, 88; BRUNETTA D'USSEAUX, *La notice*, cit., 95; FERRANTE, *L'apporto del diritto canonico*, cit., 125.

²⁵⁰ MAITLAND, *Equity*, Cambridge, 1949, 24; HOLDSWORTH, *A History of English Law*, IV³, London, 1945, 410 ss.; PLUCKNETT, *A Concise History of the Common Law*⁵, London, 1956, 576; BARRIÈRE, *La réception*, cit., 88.

²⁵¹ FERRANTE, *L'apporto del diritto canonico*, cit., 134 ss.

²⁵² BIANCALANA, *Medieval uses*, cit., 113; HERMAN, *The Canonical Conception of the Trust*, in AA.VV., *Itinera fiduciae*, Berlin, 1998, 92; BARRIÈRE, *La réception*, cit., 88 s.; FERRANTE, *L'apporto del diritto canonico*, cit., 130.

²⁵³ BADRE, *Le développement historique des uses jusqu'à l'introduction du trust en droit anglais*, Paris, 1932, 35; BARRIÈRE, *La réception*, cit., 89.

²⁵⁴ IVES, *The Genesis of the Statute of Uses*, in *The English Historical Review*, 82(1967), 673; BRUNETTA D'USSEAUX, *La notice*, cit., 95.

²⁵⁵ Il *common law* fu elaborato dalle Corti regie a partire dalla conquista normanna e costituì un apparato normativo, di diritto consuetudinario e statutario, che si venne a proporre come *ius commune* a tutta l'Inghilterra. Sul punto si veda: FERRANTE, *L'apporto del diritto canonico*, cit., 5 s.

²⁵⁶ BRUNETTA D'USSEAUX, *La notice*, cit., 97.

²⁵⁷ BRUNETTA D'USSEAUX, *La notice*, cit., 97.

proprio potere²⁵⁸, solo le *Ecclesiastical Courts*, applicando il diritto romano-canonico²⁵⁹, favorirono l'ampiamiento di principi che avrebbero costituito il presupposto dello sviluppo dell'istituto²⁶⁰. Questo primo periodo abbraccia tutto il XIV e il XV secolo.

In seguito, tuttavia, lo *use* interessò le Corti di *Equity*,²⁶¹ le quali iniziarono col proteggere gli interessi del *feoffor* e poi quelli dei beneficiari contro i *feoffees to uses*, la cui obbligazione nei confronti dell'alienante si limitava a essere una mera obbligazione di coscienza²⁶². Infatti una volta stabilito che un'obbligazione morale di *dare* o di *facere* non fosse una *valuable consideration*, e non permettesse di ricorrere alle Corti di *common law*, l'unica alternativa possibile era quella di ricorrere alla giurisdizione equitativa del *Lord Chancellor*²⁶³, che accoglieva l'*equitable doctrine of consideration*, nozione derivante dal diritto canonico²⁶⁴. Dal momento che la Cancelleria favorì, come le Corti ecclesiastiche, la tutela delle promesse verbali e dei *nuda pacta*, ciò diede un notevole impulso allo sviluppo dello *use*²⁶⁵. Inoltre, poiché l'*equity* agiva direttamente sulle persone (*equity acts in personam*) attraverso lo strumento dell'*injunction*, ciò favorì l'intervento del *Lord Chancellor* per ottenere l'adempimento dell'obbligo fiduciario assunto nei confronti del *feoffor*²⁶⁶.

La data finale di questa fase viene convenzionalmente fissata nel 1536, anno di emanazione dello "*Statute of Uses*", che segnò quello che viene definito il terzo periodo della storia dello *use*, che durò circa un secolo, durante il quale l'impiego dello *use* venne notevolmente ridotto²⁶⁷. Lo *statute of*

²⁵⁸ FERRANTE, *L'apporto del diritto canonico*, cit., 66.

²⁵⁹ CARVALE, *Lo spartiacque tra ius commune e common law*, in AA.VV., *Relations between the ius commune and English law*, Catanzaro, 2009, 57.

²⁶⁰ FERRANTE, *L'apporto del diritto canonico*, cit., 65.

²⁶¹ L'*Equity* è quel diritto giurisprudenziale sviluppatosi, a partire dal XIV secolo, ad opera del *Lord Chancellor*, con il fine di correggere ed integrare le iniquità e le lacune del *common law*. Sul punto si veda: FERRANTE, *L'apporto del diritto canonico*, cit., 6; 90.

²⁶² JENKS, *A Short History of English Law*, London, 1934, 97; BRUNETTA D'USSEAU, *La notice*, cit., 97 s.

²⁶³ FERRANTE, *L'apporto del diritto canonico*, cit., 70, 126.

²⁶⁴ FERRANTE, *L'apporto del diritto canonico*, cit., 70.

²⁶⁵ FERRANTE, *L'apporto del diritto canonico*, cit., 93.

²⁶⁶ FERRANTE, *L'apporto del diritto canonico*, cit., 96 s.; 126 s.

²⁶⁷ BARRIÈRE, *La réception*, cit., 104.

*Uses*²⁶⁸ di re Enrico VIII stabilì che la concessione in *use* venisse equiparata al trasferimento di proprietà sui beni; di conseguenza unico proprietario risultava essere il beneficiario²⁶⁹. Se un soggetto trasferiva dei beni ad A *in use of* B, che doveva tenerli *in use of* C, la relazione A-B cadeva a causa dello *Statute of Uses*. Lo *Statute* rendeva inefficaci le disposizioni del primo *use*, ma non quelle di un secondo, che in questo modo restavano valide; in sostanza con tale disposizione si voleva eliminare la figura del *feoffee to use*, considerando il *cestui que use* come *tenant* del fondo²⁷⁰.

Il quarto e ultimo periodo si caratterizza quindi dalla rinascita dello *use* sotto la nuova configurazione moderna del *trust*²⁷¹, attraverso il cosiddetto “*use upon use*”, istituto giuridico sintetizzabile nella costituzione di un *use* su un altro *use*²⁷². Poiché lo *Statute of Uses* colpiva espressamente solo la prima interposizione, cioè lo *use*, e non riguardava la seconda *use upon use*, quest'ultima era considerata perfettamente valida²⁷³. Partendo dal principio che stabilì che il titolare di un *use upon use* era tutelato in *Equity*, il fiduciario (*feoffee*) venne chiamato *trustee* e il beneficiario del trasferimento del diritto di proprietà (*cestui que use*) venne chiamato *beneficiary*. Quando il *trustee* non gestiva il patrimonio devoluto in *trust* secondo le necessità e gli interessi del beneficiario, questi poteva rivolgersi alla corte di Cancelleria. Si andò così a delineare la struttura del *trust* moderno, il cui schema usuale è il seguente: un soggetto disponente (*settlor*) trasferisce un proprio diritto ad una persona di fiducia (*trustee*), il quale ha facoltà di esercitare il diritto sulla base delle istruzioni ricevute dal *settlor*, ma con l'obbligo di trasferire

²⁶⁸ BARTON, *The Statute of Uses and the Trust of Freeholds*, in *LQR*, 82(1966), 215 ss.; JONES, *Trusts in England after the Statute of Uses: A View from the 16th Century*, in AA.VV., *Itinera fiduciae*, Berlin, 1998, 173; BARRIÈRE, *La réception*, cit., 103.

²⁶⁹ PLUCKNETT, *A Concise History*, cit., 585 s.; MIRANDA, *Il testamento*, cit., 69.

²⁷⁰ FERRANTE, *L'apporto del diritto canonico*, cit., 128.

²⁷¹ Si è ipotizzato che il termine *trust* sia derivato da un istituto, il *trustis*, proprio del diritto feudale alto medievale e previsto nella legge Salica, che non era altro che la tutela armata degli *antitrustiones*, che erano legati al re da un giuramento di fedeltà. Si veda: DELOCHE, *La Trustis et l'Antitrustion Royal*, Paris, 1873, 4; FERRANTE, *L'apporto del diritto canonico*, cit., 142 ss.

²⁷² LEPORE, *Trust nel modello inglese e nel modello internazionale: cenni sulle origini storiche*, in AA.VV., *Trust. Aspetti sostanziali e applicazioni nel diritto di famiglia e delle persone*, a cura di M. MONEGAT, G. LEPORE, I. VALAS, Torino, 2007, 18.

²⁷³ MIRANDA, *Il testamento*, cit., 70; FERRANTE, *L'apporto del diritto canonico*, cit., 129.

nuovamente il diritto, entro un certo periodo, ad un terzo beneficiario (*beneficiary*).

Venendo ora alle origini del *trust*, normalmente si suole fare riferimento: al *fideicommissum* del diritto romano²⁷⁴, alla formazione canonistica dei Cancellieri inglesi e al *Salmann* di origine germanica²⁷⁵. Anche se la maggioranza della dottrina inglese ha affermato la natura autoctona dell'istituto, più di recente si sono messe in luce le forti analogie tra il fedecommesso e il *trust*. Sembra che il *trust*, più che di una "*Wiederkehr von Rechtsfiguren*", per dirla come il Mayer-Maly²⁷⁶, abbia avuto una derivazione romanistica e canonistica diretta²⁷⁷. In effetti il *trust* è nato nella giurisdizione in *Equity*

²⁷⁴ BACON, *Reading on the Statute of Uses*, in *The Works of Francis Bacon*, VII, London, 1861, 401, 407 s.: "... But it is shorter speech to say, that *usus est dominium fiduciarium*: Use is an ownership in trust. So that *usus et status, sive possessio, potius differunt secundum rationem fori, quam secundum naturam rei*, for what one is in course of law, the other is in course of conscience. And for a trust, which is *genus* to the use, it is exceedingly well defined by Azo, a civilian of great understanding: *Fides est obligatio conscientiae unius ad intentionem alterius*. And they have a good division likewise of rights: *Jus precarium: Jus fiduciarium: Jus legitimum*: a right in courtesy, for the which there is no remedy at all: a right in trust, for which there is a remedy, but only in conscience: a right in law." ... "For the inception and progression of uses, I have, for a precedent of them, searched other laws; because states and commonwealths have common accident. And I find in the civil law, that that wick cometh nearest in name to the use is nothing like in matter, wick is *usus fructus*; for *usus fructus* and *dominium* is with them, as with us particular tenancy and inheritance. But that wick resembleth the use most is *fidei commissio*; and therefore you shall find, in Institut. lib.2, that they had a form in testaments to give inheritance to one to the use of another, *Haeredem constituo Caium: rogo autem te, Cate, ut haereditatem restituas Seio. ...*" Cfr: BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, II, Oxford, 1766, 328; BADRE, *Le développement*, cit., 18; WITZ, *La fiducie*, cit., 4; JOHNSTON, *The Roman Law*, cit., 283.

²⁷⁵ HOLMES, *Early English Equity*, in *LQR*, 1(1885), 162; POLLOCK-MAITLAND, *The History of English Law*, II, Cambridge, 1898, 230 s.; HOLDSWORTH, *A History*, cit., IV, 410 ss.

²⁷⁶ MAYER-MALY, *Die Wiederkehr von Rechtsfiguren*, in *Juristenzeitung*, 26(1971), 1 ss.

²⁷⁷ LUPOI, *Origine civilistica*, cit., 66; ID., *La percezione della funzione del precedente quale flusso giuridico*, in AA.VV., *Lo stile delle sentenze e l'utilizzazione dei precedenti. Profili storico-comparatistici*, Seminario ARISTEC-Perugia, 25-26 giugno

del *Lord Chancellor*²⁷⁸, il quale, essendo di norma un ecclesiastico²⁷⁹, aveva a disposizione un ufficio di chierici²⁸⁰, di matrice culturale cristiana²⁸¹. Essi erano *doctores utriusque iuris*, avevano studiato ad Oxford²⁸² e avevano avuto esperienza pratica nei tribunali ecclesiastici²⁸³: di conseguenza usavano nella prassi della Cancelleria sicuramente fonti canonistiche²⁸⁴ e probabilmente anche fonti romanistiche²⁸⁵.

Nel *trust* i soggetti sono spesso tre: il disponente o *settlor*, il quale trasferisce il bene al *trustee*; il fiduciario o *trustee*, il quale acquista la proprietà legale del bene a vantaggio del beneficiario; e infine il *beneficiary* o *cestui que trust*, il quale acquista la proprietà in *equity* del bene stesso²⁸⁶. In sostanza, un soggetto titolare di beni deve gestirli, ma la gestione non è a profitto suo, ma di un altro soggetto.

Viste le forti analogie tra gli istituti finora analizzati e il *trust*, non suona affatto strano che il termine *trustee* sia stato utilizzato dallo Schultz a indicare il fiduciario²⁸⁷ e che il termine *trust* sia stato impiegato dal Johnston ad

1999, a cura di VACCA, Torino, 2000, 85 ss.; ID., *Trusts*², Milano, 2001, 19 ss.; FERRANTE, *L'apporto del diritto canonico*, cit., 103 ss.

²⁷⁸ PUGLIESE, *Ius honorarium a Roma ed equity nei sistemi di common law*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 42(1988), 1116 s.; PENNER, *The law of trust*, London, Edinburg, Dublin, 1998, 1 ss.; TODD, *Trust*, London, 1999, 7 ss.

²⁷⁹ FERRANTE, *L'apporto del diritto canonico*, cit., 25; 30.

²⁸⁰ POLLOCK, MAITLAND, *The History of English Law*, I, Cambridge, 1898, 193 s.; HOLDSWORTH, *A History of English Law*, I, London, 1956, 416 ss.; CANNATA, GAMBARO, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*, II, *Dal medioevo all'epoca contemporanea*, Torino, 1989, 68.

²⁸¹ FERRANTE, *L'apporto del diritto canonico*, cit., 27.

²⁸² RICHARDSON, *The Oxford Law School under John*, in *LQR*, 57(1941), 319 ss.

²⁸³ FERRANTE, *L'apporto del diritto canonico*, cit., 27.

²⁸⁴ JOHNSTON, *The Roman Law*, cit., 285; FERRANTE, *L'apporto del diritto canonico*, cit., XIII.

²⁸⁵ Cfr.: JOHNSTON, *The Roman Law*, cit., 285. Gli ecclesiastici ebbero un ruolo importante anche nella creazione dello *use*. Si veda: FRANCESCHELLI, *Il trust*, cit., 52; ZIMMERMANN, *Diritto romano*, cit., 746.

²⁸⁶ Tuttavia i tre soggetti possono essere due o addirittura uno solo.

²⁸⁷ SCHULZ, *Classical roman law*, cit., 242. Cfr. BROGGINI, *Il trust nel diritto internazionale privato italiano*, in AA.VV., *I trusts in Italia oggi*, Milano, 1996, 14.

indicare il fedecommesso²⁸⁸; in effetti, il *trust* può ritenersi il prodotto finale della cultura giuridica occidentale²⁸⁹.

Più in particolare il Lupoi ha recentemente sostenuto che il *ius commune* sviluppò dai testi romani una figura giuridica, l'*heres fiduciarius*, il cui regime è stato sottomesso a delle regole identiche a quelle riscontrabili nel *trust* anglosassone testamentario²⁹⁰. Le affinità con il fedecommesso²⁹¹ esistono non solo nella struttura, ma anche nelle finalità, infatti entrambi vengono usati come strumenti atti a eludere le norme di legge²⁹².

Per quanto sia difficile giungere a una conclusione risolutiva, tuttavia è bene mettere in luce che nei testamenti inglesi del Cinquecento²⁹³ a volte si riporta che il *trustee* nominato dal testatore riceve un '*commodum alterius*'²⁹⁴. Come abbiamo visto, il termine *commodum* è quello impiegato nel diritto comune europeo per definire l'*heres fiduciarius, qui non sentit commodum*'²⁹⁵. Si tratta di quel tipo di fedecommesso che non consente al fiduciario di trarre alcun *commodum*²⁹⁶, alcun vantaggio²⁹⁷. Stando così le

²⁸⁸ JOHNSTON, *The Roman Law*, cit., 1. Cfr. le critiche del TALAMANCA, *Rec. a JOHNSTON, The Roman Law*, cit., in *BIDR*, 92-93(1989-1990), 748.

²⁸⁹ FERRANTE, *L'apporto del diritto canonico*, cit., 103.

²⁹⁰ LUPOI, *Origine civilistica*, cit., 65 ss.; HELMHOLZ, *The Oxford History of the Laws of England*, I, Oxford, New York, 2004, 419; TREGGIARI, *Fiducialitas*, cit., 53.

²⁹¹ STEIN, *Equitable principles in Roman law*, in *Studi Cassin*, Bruxelles, 1973, 79; GRAZIADEI, *Changing Images of the law in XIX Century English Legal Thought (The Continental Impulse)*, in *The Reception of the Continental Ideas in the Common Law World 1820-1920*, a cura di M. REIMANN, Berlin, 1993, 122.

²⁹² ZOPPINI, *Contributo allo studio delle disposizioni testamentarie in forma indiretta*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, II, Milano, 1998, 959, n. 107, n. 108; ZIMMERMANN, *Diritto romano*, cit., 746.

²⁹³ È interessante notare che il trattato del SWINBURNE, *Briefe Treatise of Testaments and Last Willes*, (rist. 1978), London, 1590, sui testamenti, è disseminato di citazioni da autori di *ius commune*. Su ciò si veda: HELMHOLZ, *English Law and the ius commune: The law of Succession*, in AA.VV., *Relations between the ius commune and English law*, Catanzaro, 2009, 11; 15 ss.

²⁹⁴ HELMHOLZ, *Trusts in the English Ecclesiastical Courts*, cit., 160, n. 27; 161, n. 29; 162, n. 35; LUPOI, *I diritti reali*, II, *I trust*, cit., 160; LEPORE, *Trust*, cit., 6.

²⁹⁵ Ciò sulla base di Marcell. D. 31,17 pr.

²⁹⁶ GRAZIADEI, *Trust, confidenza, fiducia. Una sentenza di fine diciannovesimo secolo della corte di Cassazione e il suo retroterra*, in AA.VV., *Relations between the ius commune and English law*, Catanzaro, 2009, 225.

²⁹⁷ LUPOI, *Trust and confidence*, cit., 99.

cose, il *trust* ereditario deriva da questa particolare forma di fedecommesso nato nel diritto romano e impiegato anche nel diritto comune europeo²⁹⁸.

Alla luce di quanto detto si evince che il *trust* non è solo frutto del *common law* inglese, ma è anche il prodotto del *ius commune* europeo²⁹⁹: il *common law* lo generalizzò e lo portò a compimento³⁰⁰. L'Inghilterra, proseguendo il *ius commune* europeo, ha mantenuto la tradizione del diritto romano e quindi anche il *trust* non sembra estraneo alla nostra cultura continentale³⁰¹.

15. L'heres fiduciarius in Francia.

La Francia è il paese che ha maggiormente conservato la tradizione tanto della *fiducia* quanto dell'*heres fiduciarius*. In particolare la *fiducia*, anche se estranea alla tradizione romanistica in senso lato, a causa dell'abrogazione compiuta dai giustiniani³⁰², ritornò ad essere oggetto di esegesi e di stu-

²⁹⁸ *Contra*: MAITLAND, *Equity*, cit., 32.

²⁹⁹ ZIMMERMANN, *Europa und das römische Recht*, in *ACP*, 202(2002), 280.

³⁰⁰ LEPORE, *Trust*, cit., 7.

³⁰¹ In relazione al *trust* recente, secondo la teoria tradizionale (MATTHEWS, *La collocazione del trust nel sistema legale: contratto o proprietà*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 5(2004), 528) esso rappresenterebbe una parte importante del diritto di proprietà, in quanto il *trustee* sarebbe proprietario secondo il *Common law*, mentre il beneficiario titolare di un corrispondente diritto in *equity*. Non mancano però autori (Cfr: da ultimo: WOLFF, *Trust*, cit., 75 ss.) che hanno riconosciuto al *beneficiary* una posizione obbligatoria e non reale. Secondo questa opinione ci sarebbe sul bene oggetto del *trust* un solo diritto di proprietà e quindi non si avrebbero due proprietà concorrenti. Questa è la teoria che mette in luce gli obblighi del *trustee* nel diritto del *trust* (LUPOI, *Trusts. Profili generali e diritto straniero*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXXI, Roma, 1994, 8; HAYTON, *Developing the obligations Characteristic of the Trusts*, in *LQR*, 117[2001], 96). Tale impostazione è quella seguita dalla dottrina scozzese, che, ragionando anche in termini romanistici, (ZIMMERMANN, *Diritto romano*, cit., 746; GRETTON, *Scotland: The Evolution of the Trust in a Semi-Civilian System*, in *AA.VV., Itinera fiduciae*, Berlin, 1998, 507 ss.) è arrivata a comprendere che il beneficiario è titolare di un diritto di credito verso il *trustee*, senza alcun fenomeno di sdoppiamento della posizione reale.

³⁰² BERTOLDI, *Alcune osservazioni sulla fiducia nella letteratura romanistica*, in *AA.VV., Le situazioni affidanti* a cura di M. LUPOI, Torino, 2006, 110 s.; ID., *La fiducia cum amico*, cit., 61 s.; ID., *Il negozio fiduciario*, cit., 14 ss.

dio nel diritto del tempo³⁰³ grazie alla giurisprudenza, legata al movimento umanistico, la quale diede i suoi frutti durevoli in Francia; l'appellativo di 'mos Gallicus'³⁰⁴ restò pertanto connesso con il suo metodo, nel quale gli interessi storico-filologici dell'Umanesimo si fusero con le tendenze sistematiche³⁰⁵ che già erano state degli Ultramontani³⁰⁶. La corrente prese il nome di Scuola dei Culti, ovvero di Giurisprudenza elegante, e, come è noto, divenne la "fucina" dei massimi personaggi della cultura storico-giuridica del Rinascimento europeo³⁰⁷.

In Cuiacius (Jacques Cujaz, 1522-1590)³⁰⁸, il maggiore esegeta storico del *Corpus Juris*, nelle sue *interpretationes* alle *Pauli Sententiae*³⁰⁹, che denotano il grande interesse dell'autore anche per le fonti romane estranee alla

³⁰³ DIURNI, *Fiducia*, cit., I, 16.

³⁰⁴ CARBASSE, *Manuel d'introduction historique au droit*³, Paris, 2009, 143 s.

³⁰⁵ Nelle università francesi a partire dal XV secolo si diffonde un nuovo metodo storico-sistematico di studio, proprio della cultura giuridica degli umanisti: il *mos Gallicus*. Il *Corpus Iuris* non veniva più considerato come un sacro compendio di norme imperative da applicare al presente, ma come un libro che deve essere filologicamente storicizzato, e considerato come strumento di conoscenza del diritto romano quale diritto storico. Nelle università francesi si diffonde così il *mos gallicus* e cioè un metodo di studio che considera il diritto romano come strumento per la preparazione culturale dei giuristi. Si veda: CANNATA, GAMBARO, *Lineamenti*, cit., II, 27 ss.; CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*, I, Milano, 1979, 179.

³⁰⁶ La scuola degli Ultramontani sorse nella Francia del XII secolo e la sua caratteristica fondamentale era la tendenza alla sistematica che sarà poi alla base del *Mos Gallicus*.

³⁰⁷ I più noti furono: Jacobus Cuiacius (Jacques Cujaz, 1522-1590), esegeta storico del *Corpus Juris*; Dionysus Gothofredus (1549-1622), primo editore critico del *Corpus Juris*; Jacobus Gothofredus (1587-1652), autore di un dotto commentario al Codice Teodosiano; Antonius Faber (Antoine Faure, 1557-1624), il primo grande interpolazionista; François Hotman (1524-1570), autore dell'*Antitribonianus*, studio critico del diritto giustiniano; e infine Hugo Donellus (Doneau, 1527-1591), il maggior dommatico e sistematico europeo del tempo. La persecuzione contro gli Ugonotti, conclusasi nel 1628, trasferì i Culti in Olanda. Su ciò si veda: CANNATA, GAMBARO, *Lineamenti*, cit., II, 28; CAVANNA, *Storia*, cit., I, 178 s.

³⁰⁸ MESNARD, *La place de Cujas dans la querelle de l'Humanisme juridique*, in *RHD*, 28(1950), 521 ss.; ARABEYRE, HALPÉRIN, KRYNEN, *Dictionnaire historique des juristes Français. XII-XX siècle*, Paris, 2007, 220 ss.

³⁰⁹ CUIACIUS, *In Julii Pauli receptorum sententiarum ad filium lib.V. Interpretationes*, in *Opera*, I, Venezia, 1758, 344 s.

compilazione giustiniana, vi è una trattazione articolata³¹⁰ della *fiducia*³¹¹ e in altre parti della sua opera vi sono poi delle definizioni assai puntuali³¹², che ne denotano comunque una visione assai ampia³¹³. Questo dimostra che, nonostante l'abrogazione della fiducia da parte di Giustiniano, si sentì la necessità in Francia di fare riferimento anche ad altre fonti che richiamassero l'istituto.

Nell'opera del Cuiacius si richiama, e ciò è ancora più interessante, l'*hereditas fiduciaria*:

³¹⁰ Un altro autore che si occupa incidentalmente della *fiducia* in relazione alle *Pauli Sententiae* è Antonius Faber (Antoine Faure, 1557-1624): FABER, *Decadis LXXXVII, Error IV*, in *De erroribus pragmat. et interpretatum iuris Chiliadis*, II, Lyon, 1658, 518: *Paulus noster scribit tractans de fiducia, quae pignoris species erat iis temporibus potissimum usitata* lib. 2 sent. tit.13 de lege commiss. §. si inter. ...

³¹¹ CUIACIUS, *Domini Iustiniani Aug. Institutionum liber tertius. Notae. De legitimam adgnatorum successione caput II*, in CUIACIUS, *Opera*, I, cit., 141: *Fiduciam est redhibendi, aut revendendi lex venditioni apposita. ...*; CUIACIUS, *In libr. IV Codicis. Recitationes solemnae. Ad XXIV De pignoratitia actione* in CUIACIUS, *Opera*, IX, cit., 272: ...*Fiducia item est pignus, sed ejus dominium transit in creditorem: cum pignoris non transeat in creditorem, nisi sola possessio...*; CUIACIUS, *Commentarius in Lib. II definitionum Aemilii Papinianii. Ad L. XLI ss. De Poenis*, in CUIACIUS, *Opera*, IV, Venezia, 1777, 1353.: ...*Pignus est pignus, quod transfert solam possessionem in creditorem: fiducia est pignus, quod transfert etiam dominium in creditorem sub lege remanicipandi, post solutam omnem pecuniam, ...*

³¹² In altri luoghi Cuiacius parla della fiducia nelle applicazioni del diritto di famiglia, come per esempio: CUIACIUS, *Recitationes solemnae. Ad Tit. XXX De legitima tutela* in CUIACIUS, *Opera*, IX, Venezia, 1781, 518: ... *Et sic etiam fiduciaria tutela dicebatur cum pater naturalis in emancipatione filii impuberis manumissor extiterat, puta, contracta fiducia, ut emptor, id est, fiduciarius pater filium mancipatum sibi, & traditum a patre naturalis, eidem remanicaret, & revenderet manumittendum. Sed hodie fiduciarum tutoris nomen consistit, non in patre manumissore: quia receptum est, ut potius legitimus tutor appellatur, exemplo patroni, sublato patre fiduciario & emancipationum solemnitatibus antiquis: sed consistit tantum fiduciarum tutoris nomen in liberis patris manumissoris, fratribus filii emancipati & manumissi*, l. 4. D. de leg. tut. & Inst. de fiduciar. tut.

³¹³ Probabilmente è stato il Cuiacius a influenzare tutta la letteratura, relativa alla fiducia, precedente la scoperta della Istituzioni di Gaio; per un esempio si veda: HEINECCIUS, *Antiquitatum Romanarum Jurisprudentiam Illustrantium Syntagma secundum ordinem Institutionum Iustiniani digestum*, I, Venezia, 1764, I, XII, VIII, 180 s.

CUIACIUS, *Recitationes sollemnae. Ad I. De rebus creditis, si certum petetur, & condictione, libri XII Digestorum. Ad. L. IX*³¹⁴: Quod vero praeterea additur in h. l. hoc nimirum est, ex causa etiam dari certi condictionem, veluti restituta hereditate ex SC. Trebelliano, hereditate fiduciaria, id est fideicommissaria, ut si postulante §. ult. Ad Trebell., quanquam proprie est ea fiduciaria quae per aes, & libram mancipata est contracta fiduciam restituendi alteri. ...

CUIACIUS, *Observationum et emendationum. Liber XXVI, cap. XXI: Quae sit differentia inter fiduciarium & fideicommissarium hereditatem*³¹⁵: Quae est fiduciaria hereditas, eadem & fideicommissa seu fideicommissaria hereditas est, ut patet ex l. 46 D. ad SC Trebell. quae quam inchoavit fiduciarium post fideicommissam vocat. At contra non omnis quae fideicommissaria, etiam fiduciaria hereditas est. Fideicommissarius heres dicitur tam qui rogatus est alii restituere hereditatem, ut l. 51 § 1. D. de iudic. & Novell. CVIII. quam is, cui restituta est ex SC. Trebelliano, qui & effectu, quodammodo heres est, l. 5. §. 1. D. quod cum eo, &c. Fiduciarius autem heres is tantum dicitur, qui rogatus est: nam & hic obligatur iure ordinario, veluti ex cautione quasi contracta fiducia ac fide testatori data restituendae hereditatis. Alii fideicommissarii extra ordinem obligantur ex nuda voluntate defuncti: qua de causa etsi in fideicommissarium hereditatis restitutionem fructus non veniat, l. 18 D. ad SC. Trebell. veniunt tamen in fiduciarium, l. 33. § 3 D. de usur. non alia, quam cautionis ratione, ut l. 32 D. ad SC. Trebell. Praeterea si fiduciarius heres rogetur hereditatem restituere filio testatoris cum XIV annum impleverit, mortuo filio ante impletum XIV. annum heredibus filii repraesentandum fideicommissum est, d. l. 46 non etiam si citra fiduciae conventionem eodem modo relictum fideicommissum fuerit, l. 36 § 1. D. de condit. & demonstrat. conditionale enim fideicommissum est: contracta autem fiducia, conditionale non est. Denique fiduciario heredi permittitur tutela tantum & custodiam bonorum, d. l. 46 alii fideicommissario heredi etiam fruitio. Porro in d. l. 46 proponitur archigubernos trierarchum fiduciarium heredem reliquisse fidei interposita restituendae hereditatis filio, cum in annum XIV pervenisset. ...

³¹⁴ CUIACIUS, *Opera*, VII, Venezia, 1779, 639.

³¹⁵ CUIACIUS, *Opera*, III, Venezia, 1758, 697.

L'interesse del Cuiacius³¹⁶ verso l'*hereditas fiduciaria* e l'*heres fiduciarius*, che è obbligato *quasi contracta fiducia* ed è tenuto a custodire e restituire i beni ereditari, senza fare propri i frutti³¹⁷, si ritroverà anche in seguito nella dottrina e giurisprudenza francese e sarà questo interesse ad originare la *fiducie*.

16. Il fedecommesso nell'Ancien Droit Français.

A questo punto è necessario analizzare il fedecommesso che, nell' "Ancien Droit", era del tutto simile a quello delineato da Giustiniano, che aveva operato l'unificazione tra fedecommesso e legato³¹⁸. Il fedecommesso era comunque una disposizione del testatore con la quale si obbligava l'erede a restituire la totalità o una parte o un solo dei beni lasciati dal disponente stesso³¹⁹.

Il fedecommesso, contenuto in un codicillo o in un testamento, nei Paesi di diritto scritto, permetteva di rendere valide le disposizioni universali a causa di morte non costitutive, per ragioni di forma, di una istituzione di erede e dall'altra parte aveva lo stesso effetto dei legati universali accettati nei paesi di diritto consuetudinario³²⁰.

Tra le varie forme di fedecommesso, quella che merita maggiore attenzione è certamente la sostituzione fedecommissaria. Questa era impiegata per garantire, per più generazioni, la conservazione del patrimonio fami-

³¹⁶ L'influsso del Cuiacius nella letteratura europea successiva è evidente; si veda in particolare: NOODT, *Commentarius ad Digesta seu Pandectas, Liber XIII, Titulus VII*, in *Operum Omnium*, II, Leyden, 1724, 321; HENRYS, *Question XXII*, in *Oeuvres*, I, Paris, 1772, 738; SCHULTINGIUS, *Notae ad Digesta sue Pandectas*, VII, II, Leyden, 1835, 1321 s.

³¹⁷ Si veda anche: BUDÉ, *Annotationes in XXIII Pandectarum libros*, Lyon, 1541, 92; DE MAYNARD, *Notables et Singulieres Questions du Droit écrit, Livre V, Chapitre LXXXV*, Paris, 1638, 1018 s., il quale richiama tanto Pap. D. 22,1,3,3 quanto Iav. D. 36,1,48(46) e DE CAMBOLAS, *Decisions notables sur diverses questions du droit, iugées par plusieurs arrêts de la Cour de Parlement de Toulouse*, Toulouse, 1681, *Livre IV, Chapitre XV*, 251 ss.; *Livre II, Chapitre XV*, 322 ss., in cui viene citato il passo Pap. D. 22,1,3,3.

³¹⁸ WITZ, *La fiducie*, cit., 33.

³¹⁹ WITZ, *La fiducie*, cit., 33.

³²⁰ WITZ, *La fiducie*, cit., 33 s.

liare³²¹. All'erede istituito³²² veniva trasmessa la proprietà dei beni ma con l'obbligo di trasferirli a un terzo beneficiario, cioè al rispettivo primogenito³²³, che sarebbe stato sottoposto al medesimo obbligo. Grazie alla doppia obbligazione imposta al primo istituito di conservare e di trasferire beni ai beneficiari successivi, il fedecommesso era l'unico modo veramente efficace per favorire la conservazione del patrimonio familiare per la discendenza futura³²⁴.

Tale pratica risale alla fine del XII secolo, quando la nobiltà era solita operare sostituzioni, in quanto queste permettevano di custodire il patrimonio insieme al nome del casato³²⁵, rendendo i beni inalienabili³²⁶. Le sostituzioni erano in armonia con la società aristocratica dell'epoca e costituivano uno dei forti mezzi ausiliari del regime feudale³²⁷. Esse erano ammissibili nel nord come nel sud della Francia, anche se non con le stesse caratteristiche³²⁸.

Non bisogna tuttavia tralasciare che la sostituzione fedecommissaria venne proibita da diverse *Coutumes*. In particolare 10 *Coutumes* che forma-

³²¹ HONNART, *Des Substitutions et des Procédés admis par la Jurisprudence pour en tourner la prohibition*, Paris, 1902, 29; AUGUSTIN, *Les substitutions fidéicommissaires à Toulouse et en Haut-Languedoc au XVIII siècle*, Paris, 1980, 68; WITZ, *La fiducie*, cit., 35.

³²² In alcuni casi poteva essere anche il donatario; si veda: BARRIÈRE, *La réception*, cit., 54.

³²³ DE FERRIERE, *Dictionnaire de Droit et de Pratique, contenant l'explication des termes de Droit, d'Ordonnances, de Coutumes & de Pratique*, II, Paris, 1771, 730; ROLLAND DE VILLARGUES, *Des substitutions prohibées par le Code Civil*, Paris, 1821, 3; AUGUSTIN, *Les substitutions fidéicommissaires*, cit., 133; CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*, II, Milano, 2005, 450.

³²⁴ AUGUSTIN, *Les substitutions fidéicommissaires*, cit., 133; WITZ, *La fiducie*, cit., 35.

³²⁵ CAVANNA, *Storia*, cit., II, 449.

³²⁶ MASSON, *Des substitutions*, cit., 67; DRAGON DE GOMIERCOURT, *Des Substitutions*, Caen, 1874, 179; JACQUEMAIRE, *Des fidéicommiss*, cit., 95; THOULOUSE, *Des fidéicommiss*, cit., 62; PAVIE, *Des substitutions prohibées*, Le Mans, 1903, 25; PETITJEAN, *Essai sur l'histoire des substitutions*, Dijon, 1975, 486 ss.; AUGUSTIN, *Les substitutions fidéicommissaires*, cit., 70; BARRIÈRE, *La réception*, cit., 54 s.

³²⁷ HONNART, *Des Substitutions*, cit., 29.

³²⁸ MASSON, *Des substitutions*, cit., 69 s.; DRAGON DE GOMIERCOURT, *Des Substitutions*, cit., 179; HONNART, *Des Substitutions*, cit., 31; PAVIE, *Des substitutions*, cit., 26; THOULOUSE, *Des fidéicommiss*, cit., 62.

vano un quinto del territorio francese avevano escluso³²⁹ o ristretto la libertà di sostituire³³⁰.

Dal XV secolo, al di là di qualche posizione isolata che ammetteva delle

³²⁹ Si vedano soprattutto: Coutumes de Bourbonnois, cap. 25, art. 324: "Substitution d'heritier faite en testament ou autre disposition de derniere volonté, n'a lieu & ne vaut aucunement audit pays, par legat, n'autrement en quelque maniere que ce soit & n'a aucun effet de legat."; Coutumes de la Marche, cap. 19; art. 255: "Substitution faite en testament ou autre disposition de derniere volonté n'a lieu & ne vaut aucunement audit pays, par legat n'autrement en quelque maniere que ce soit"; Coutumes d'Auvergne, cap. 12, art. 53: "Substitution d'heritier, faite en testament, ou autre disposition de derniere volonté, n'a lieu, & ne vaut aucunement audit pays, par légat n'autrement, en quelque maniere que ce soit"; Coutumes de Sedan, art.130: "Institution d'heritier n'a lieu au prejudice de l'heritier prochain habile à succeder, ne semblablement substitution, soit par testament ou autre disposition de derniere volonté"; Coutumes de Montargis, tit. 13, art. 1: "On ne peut instituer heritier ou substituer par testament & ordonnance de derniere volonté, ne autrement: car institution d'heritier n'a point de lieu, selon la Coutume"; Coutumes du Bassigny, tit. 13, art. 163: "Substitution d'heritier, faicte en testament ou autre disposition, ne vaut aucunement, soit par forme de legat ou autrement"; Coutumes de Nivernois, cap. 33, art. 10: "Institution ne substitution d'heritier par testament, n'autrement n'ont point de lieu, en maniere que lesdites institution ou substitution, nonobstant l'heritier habiel à succeder heritera & sera saisi de la succession, en maniere aussi qu'un testament est valable, posé qu'il n'y ait institution d'heritier. Et combien que ladite institution ne vaille, ne sera pourtant vicié ledit testament ès autres choses". Si veda: BOURDOT DE RICHERBOURG, *Nouveau Coutumier General ou Corps des Coutumes generales et particulieres de France et des Provinces Connues sous le nom des Gaules*, II.II, Paris, 1724, 827; 1148; ID., *Nouveau Coutumier*, cit., III.II, cit., 847; 1159 s.; 1257; ID., *Nouveau Coutumier*, cit., IV.II, 1121; 1168; GUYOT, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale*, XVI, Paris, 1785, 470 ss.; MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de Jurisprudence*, XIII⁴, Paris, 1815, 68 ss.; VIGNERTE, *Des substitutions fidéicommissaires prohibées par l'article 896 du Code Civil*, Bordeaux, 1871, 56; DRAGON DE GOMIERCOURT, *Des Substitutions*, cit., 179 s.; MARTIN ST-LÉON, *Des substitutions fidéicommissaires*, cit., 229 ss.; THOULOUSE, *Des fidéicommiss*, cit., 63 ss.; ZISU, *Des fidéicommiss*, cit., 82; HONNART, *Des Substitutions*, cit., 31 s.; PAVIE, *Des substitutions*, cit., 26; DE PIOLENC, *Étude critique sur la prohibition des substitutions*, Paris, 1903, 20 ss.; OURLIAC, GAZZANIGA, *Histoire du droit privé français*, Paris, 1985, 353.

³³⁰ DALLOZ, *Répertoire méthodique et alphabétique de législation de doctrine et de jurisprudence*, XLI, Paris, 1856, 3.

restrizioni alle sostituzioni³³¹, i giuristi francesi accettarono le sostituzioni senza alcuna limitazione³³².

In seguito, nel XVI secolo, la corrente dominante favorì le sostituzioni indefinite e perpetue; mentre varie ordinanze successive³³³, di cui l'ultima fu quella del Chancelier d'Aguesseau del 1747³³⁴, sotto Luigi XV, tentarono

³³¹ Quanto alla loro durata i paesi di diritto scritto applicavano la Novella 159 che ammetteva le sostituzioni solo entro il quarto grado; i paesi di diritto consuetudinario ammettevano tutte le sostituzioni, applicando la novella solo in casi particolari. Si veda: SERRE, *Du fidéicommiss de famille*, cit., 134; HONNART, *Des Substitutions*, cit. 32 s.; MARIBAIL, *Des Substitutions Fidéicommissaires*, cit., 67; AUGUSTIN, *Les substitutions fidéicommissaires*, cit., 73.

³³² DRAGON DE GOMIERCOURT, *Des Substitutions*, cit., 181; AUGUSTIN, *Les substitutions fidéicommissaires*, cit., 73.

³³³ Mi riferisco all'ordinanza d'Orleans del gennaio del 1560, art. 59, e all'ordinanza di Moulins del febbraio del 1566, art. 57. La prima limita le sostituzioni a due gradi; la seconda richiama le disposizioni dell'ordinanza d'Orleans e dichiara che tutte le sostituzioni fatte prima del 1560 saranno riportate a quattro gradi oltre all'istituzione di erede. Si veda: DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, I, Paris, 1767, 517; NAMUR, *Ad senatusconsultum Trebellianum*, cit., 14; DALLOZ, *Répertoire méthodique*, cit., XLI, 4; SIRET, *Des fideicommiss*, cit., 43 s.; MASSON, *Des substitutions*, cit., 71 ss.; LEVILLAIN, *Étude sur les Fidéicommiss*, cit., 276 s.; COSSÉ, *Des substitutions*, cit., 105 s.; VIGNERTE, *Des substitutions fidéicommissaires*, cit., 58 s.; DRAGON DE GOMIERCOURT, *Des Substitutions*, cit., 182 ss.; CHANCEL, *Des fedéicommiss*, cit., 62 ss.; DE THIERIET DE LUYTON, *Des fideicommiss*, cit., 79 s.; BENOIT-CATTIN, *Des Substitutions fidéicommissaires*, cit., 73 ss.; MORIN, *Fidéicommiss et Substitutions*, cit., 21 s.; SERRE, *Du fidéicommiss de famille*, cit., 134 ss.; MARIBAIL, *Des Substitutions Fidéicommissaires*, cit., 68 s.; OLIVIER, *Du fidéicommiss de famille*, cit., 123 ss.; JACQUEMAIRE, *Des fidéicommiss.*, cit., 99; MARTIN ST-LÉON, *Des substitutions fidéicommissaires*, cit., 320 ss.; THOULOUSE, *Des fidéicommiss*, cit., 65 ss.; ZISU, *Des fidéicommiss*, cit., 84 s.; HONNART, *Des Substitutions*, cit., 34 s.; PAVIE, *Des substitutions*, cit., 28; DE PIOLENC, *Étude critique*, cit., 31 ss.; BUREAU, *La Jurisprudence Française en matière de substitutions*, Lille, 1906, 27; PETITJEAN, *Essai*, cit., 565; AUGUSTIN, *Les substitutions fidéicommissaires*, cit., 74.

³³⁴ "Art. 30: L'article 59 de l'Ordonnance d'Orléans sera exécuté, & en conséquence toutes les Substitutions faites, soit par contrat de mariage ou autre acte entrevifs, soit par disposition à cause de mort, en quelques termes qu'elles soient conçues, ne pourront s'étendre au-delà de deux degrés de substitutés, outré le donataire, l'héritier institué, ou légataire, ou autre, qui aura recueilli le premier les biens du donateur ou du testateur. N'entendons déroger par la présente disposition à l'article 57 de l'Ordonnance de Moulins, par rapport aux Substitutions qui

di limitare in vario modo il numero delle generazioni alle quali si poteva estendere la sostituzione fedecommissaria³³⁵.

Col tempo la sostituzione fedecommissaria venne estesa non solo ai lasciti *mortis causa* ma anche a quelli *inter vivos*. Essa si apriva normalmente con il decesso del primo gratificato e si estendeva per un numero non limitato di generazioni successive³³⁶.

Fu studiando gli effetti della sostituzione fedecommissaria che la dottrina ritenne necessario distinguere il fedecommissario da un altro istituto, vale a dire la *fiducie*³³⁷.

17. Le origini della *fiducie*.

Nonostante il fedecommissario si fosse rivelato un mezzo assai utile per la conservazione dei patrimoni dell'aristocrazia francese, la dottrina degli ultimi secoli dell'*Ancien Droit* si rese conto che gli effetti tradizionali del fedecommissario non prevedevano l'ipotesi del fiduciario limitato a semplice intermediario che non godeva dei frutti del patrimonio ereditario³³⁸. Tutto ciò favorì, in dottrina, la nascita di una nuova figura giuridica, la *fiducie*³³⁹.

seroient antérieures à ladite Ordonnance". Si veda pure: DENISART, *Collection de Décisions nouvelles et de notions relatives à la Jurisprudence actuelle*, IV, Paris, 1771, 592; FURGULE, *Commentaire de l'Ordonnance de Louis XV sur les Substitutions. Du mois d'Avout 1747*, in *Ouvres complètes de M. Furgule*, VII, Paris, 1775, 172 ss.; NAMUR, *Ad senatusconsultum Trebellianum*, cit., 15 s.; SIRET, *Des fideicommissis*, cit., 45; MASSON, *Des substitutions*, cit., 76 ss.; COSSÉ, *Des substitutions*, cit., 108; DRAGON DE GOMIERCOURT, *Des Substitutions*, cit., 187 ss.; BENOIT-CATTIN, *Des Substitutions fidéicommissaires*, cit., 77 ss.; MORIN, *Fidéicommissis et Substitutions*, cit., 22; MARTIN ST-LÉON, *Des substitutions fidéicommissaires*, cit., 397 ss.; ZISU, *Des fidéicommissis*, cit., 86; MÉRIGNAHAC, *Des substitutions premises*, Toulouse, 1900, 12 s.; HONNART, *Des Substitutions*, cit., 37; PAVIE, *Des substitutions*, cit., 29; DE PIOLENC, *Étude critique*, cit., 38 ss.; BUREAU, *La Jurisprudence Française*, cit., 28 ss.; AUGUSTIN, *Les substitutions fidéicommissaires*, cit., 83 ss.; CAVANNA, *Storia*, cit., II, 450.

³³⁵ THOULOUSE, *Des fidéicommissis*, cit., 67; WITZ, *La fiducie*, cit., 36, n. 4.

³³⁶ WITZ, *La fiducie*, cit., 35 s.

³³⁷ WITZ, *La fiducie*, cit., 36.

³³⁸ WITZ, *La fiducie*, cit., 37.

³³⁹ WITZ, *La fiducie*, cit., 37; BERTOLDI, *Il negozio fiduciario*, cit., 13, n. 21; 207 s., n. 375.

Per dare una giustificazione storica alla *fiducie* venne richiamato il Digesto, nonostante in questo la *fiducia* non fosse presente ed essa avesse realizzato nell'ordinamento giuridico romano solo trasferimenti *inter vivos*³⁴⁰. Siamo però di fronte a un errore terminologico, essendo stato assimilato il *fiduciarius* della *fiducia* all'*heres fiduciarius*, a causa forse di una lettura un po' frettolosa del Cuiacius.

La dottrina francese³⁴¹ si collegò comunque a Iav. D. 36,1,48 (46)³⁴², dove si consentiva di non applicare alcuni effetti del fedecommesso in caso non fosse presente l'intenzione di beneficiare il gravato. Il fatto che in esso si impieghi l'espressione *heres fiduciarius* e *hereditas fiduciaria*³⁴³, insieme all'influsso³⁴⁴ avuto dall'opera del Peregrinus (1530-1616), giureconsulto vicentino³⁴⁵, che scrisse, sulla fine del cinquecento, un'opera sulla sostituzione fedecommissaria³⁴⁶, portarono la dottrina a prevedere la *fiducie* nella suc-

³⁴⁰ WITZ, *La fiducie*, cit., 37.

³⁴¹ DE MAYNARD, *Notables et Singulieres Questions*, cit., *Livre V, Chapitre LXXXV*, 1018 s.; RICARD, *Des substitutions directes et fidéicommissaires*, in *Oeuvres di J.M. Ricard*, II, Paris, 1713, 467 s.; HENRYS, *Question XXII*, in *Oeuvres*, I, Paris, 1772, 737 (Cfr: ID., *Quaestion XIV*, in *Oeuvres*, III, Paris, 1772, 69 ss.; ID., *Quaestion XLIX*, in *Oeuvres*, cit., III, 219 s.); THEVENOT D'ESSAULE DE SAVIGNY, *Traite des Substitutions fiéicommissaires, contenant toutes les connossaince essentielles selon le droit romain et le droit français, avec des notes sur l'Ordonnance de 1747*, Paris, 1888, 163 ss.

³⁴² Un altro passo del Digesto che è spesso richiamato è Pap. D. 22,1,3,3.

³⁴³ HENRYS, *Quaest. XXIV*, in *Oeuvres*, cit., I, 747: "Il faut faire distinction entre le vrai héritier ou légataire, & l'héritier fiduciaire: le dernier n'est que de nom; ...".

³⁴⁴ RICARD, *Des substitutions directes*, cit., 467; HENRYS, *Quaest. XXII*, in *Oeuvres*, I, cit., 737.

³⁴⁵ Egli fu professore all'Università di Padova ed ebbe inoltre importanti incarichi per la Repubblica di Venezia.

³⁴⁶ PEREGRINUS, *De fideicommissis*, Lyon, 1670, 33, art. 3, n. 19: "*Secundo ob stare videntur text. in l. Seius Saturninus, ff. ad Trebell. & in l. fideicommissis, §. cum Pollidius, ff. de usur. Solutio, iura illa loquuntur in haerede fiduciario, est autem fiduciarius haeres, qui non sui contemplatione, sed alterius gratia institutus, eidem restituere hereditatem, post diem certam, rogatus proponitur: hic enim nec fructus interim perceptos, suos facit, nec quartam detrahit, & ille fideicommissarius, quamvis ante diem decedat fideicommissum transmittit in suos haeredes, casus est in dictis iuribus, & sic notavit Bald. in l. post mortem, C. de fideicommiss. numer 7 & in d. rebur. C. de revocand. his numer. 14 idem Bal. & Angel. in d. § cum Pollidius, ubi quod nec fructus, nec quartam retinet, Angel. Paul. & Alexand. in d. lege, Seius Sat-*

cessione *mortis causa*. Così la *fiducie* dell'*Ancien Droit* divenne la versione francese di quel particolare fedecommesso romano³⁴⁷ che si impiegava solo in presenza di un *heres fiduciarius*, privo di *commoda*³⁴⁸. Dal momento che l'intermediario non beneficiava per nulla della disposizione, non si trattava più di sostituzione fedecommissaria, ma di *fiducie*³⁴⁹.

Come l'Inghilterra e la Germania dove si sviluppò una lunga tradizione che portò alla nascita rispettivamente del *trust* e della *Treuband*³⁵⁰,

*urnius, glos. Rom. Imol. Alexand. & Ripa in l. in fideicommissariam, § fin. ff. eodem numer 8. Fiduciam autem habitam, & fiduciarium haeredem designat causa, & verba testamenti uti Bald. colligit. in d. § cum Pollidius, haec autem necessaria videntur primum quod fideicommissarius sit de libertis testatoris. Secundum quod agatur de haereditate, non de particolari relicto, Tertium quod haeres scriptus sit amicus testatoris, de quo fiduciam habuerit. Quartum, quod conditio fideicommissarij praebuerit causam dilationis, quia impubes vel alter male dispositus, sic clare deducitur ex illis juribus, & sic notarunt Ang. Imola, Paul. & Alexand. in d.l. Seius, in I. colum. His correntibus, haeres scriptus potius uti custos & minister, qua uti haeres, electus censetur, sicuti gloss. dixit in d. l. in fideicommissariam § fin & sequuntur communiter alii in d. l. Seius, quibus accedit elegans text. in l. liberto, § filium, ff. de ann. lega. & in l. cum ex filio, in princ. de vulgat. cum gloss. sed quamvis jura illa loquantur in descendantibus, & in testamento ascendentis: idem quoque videtur in alio valde a testatore dilecto, in cuius gratiam haereditatis restitutio prolata videri possit, per text. in l. Lucius, §: haeredum ff. ad Trebellian. & in l. eum ita, § Pegasus ff. de le. 2. & ex facto fiduciario haerede consuluit Bertaz. conf. 3 & conf. seq. de eo, qui omisso filio sibi valde dilecto, instituto fratre, rogaverat ut moriente fratre intestato, bona ipsius testatoris ad filium suum pervenirent: nam ex his, & nonnullis aliis circumstantiis, fiduciam colligit, ego autem fiduciarium haeredem practicum vidi, super testamento cuiusdam nobilis Patavini, qui relicta legitimam filio suo dilapidatori rerum suarum institutis sibi duobus consanguineis gravaverat eos, ut natis ex eo filio, filiis legitimis eiusdem haereditatem restituerent: nam decisum fuit eos, uti fiduciario haeredes, ac uti ministros haereditatis electos, totam restituere, nulla detracta Trebellianica, & recte: nam legum decisiones ad caeteras causas, in quibus simile exemplum occurrit, proferendae sunt, ut inquit text. in leg. apud Iulianum, in fine, ff. eodem titul." Cfr: WITZ, *La fiducie*, cit., 38, n. 4.*

³⁴⁷ DENISART, *Collection de Décisions nouvelles et de notions relatives a la Jurisprudence actuelle*, II, Paris, 1771, 422.

³⁴⁸ WITZ, *La fiducie*, cit., 38.

³⁴⁹ HENRYS, *Oeuvres*, cit., III, Quaest. 22, 736. Su ciò si veda pure: PAVIE, *Des substitutions*, cit., 83.

³⁵⁰ WITZ, *La fiducie*, cit., 32; TREGGIARI, *L'affidamento nell'esecutore testamentario*, cit., 172.

l'antico diritto francese arrivò quindi a conoscere l'atto giuridico denominato *fiducie*³⁵¹, dove l'erede fiduciario si presenta come un erede di pura forma³⁵².

18. La *fiducie* nell'ancien Droit Français.

Per quanto riguarda i limiti di applicazione della *fiducie* impiegata nel periodo dell'*Ancien Régime*, si affrontarono due diverse correnti di pensiero.

Il primo orientamento³⁵³ considerava come atti di *fiducie* tutti i fedecommessi che non prevedessero di beneficiare il fiduciario³⁵⁴; ne conseguiva che il gravato di fedecommesso risultava essere un mero intermediario³⁵⁵.

Il secondo³⁵⁶ invece interpretava gli atti di *fiducie* in senso restrittivo, vale a dire i fedecommessi che avevano per beneficiari i figli minori del testatore e come intermediario un parente³⁵⁷ o un amico del costituente, che si impegnavano a gestire i beni finché il minore non avesse raggiunto la maggiore età³⁵⁸.

In ogni caso, nonostante la *fiducie* fosse assai vicina alla sostituzione fedecommissaria, se ne differenziava in tre elementi essenziali.

³⁵¹ WITZ, *La fiducie*, cit., 32.

³⁵² WITZ, *La fiducie*, cit., 39.

³⁵³ MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de Jurisprudence*, V⁴, Paris, 1812, 214: "... Mais, dans l'usage, les mots héritier Fiduciaire ont une acception plus resserrée: ils désignent la personne que le testateur a chargée, en l'instituant héritière pour la forme, d'administrer la succession et de la tenir en dépôt jusqu'au moment où elle doit la remettre au véritable héritier. Pris dans ce sens, l'héritier Fiduciaire n'est héritier que de nom; il ne pas saisi de la succession; ce n'est pas sur sa tête que repose la propriété des biens du défunt; il n'en est que l'administrateur. ..."

³⁵⁴ TRÉVOUX, *Dictionnaire Universel François et Latin*, IV, Paris, 1771, 136.

³⁵⁵ ROLLAND DE VILLARGUES, *Des substitutions prohibées*, cit., 206.

³⁵⁶ RICARD, *Des substitutions*, cit., 467 s.; GUYOT, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale*, VII, Paris, 1784, 363 s.

³⁵⁷ In genere era la moglie; si veda: AUGUSTIN, *Les substitutions fidéicommissaires*, cit., 168.

³⁵⁸ AUGUSTIN, *Les substitutions fidéicommissaires*, cit., 168.

In genere il fiduciario non doveva rendere i beni alla sua morte, ma in un tempo fissato dal disponente. In secondo luogo il fiduciario era un semplice custode dell'eredità, che doveva restituire con i frutti³⁵⁹: la disposizione non era fatta nel suo interesse ma in quello del beneficiario³⁶⁰. Infine in caso di morte del fiduciario, a differenza dell'erede di primo grado, i suoi beni non venivano trasmessi ai suoi eredi³⁶¹.

Nonostante il fiduciario fosse solo un erede di pura forma³⁶², il suo diritto ad amministrare i beni come ne fosse proprietario non era per nulla contestato ed era considerato pienamente legittimo³⁶³.

Questo istituto prese piede maggiormente nei paesi di diritto scritto e in seguito anche in quelli di diritto consuetudinario³⁶⁴; ciò avvenne in modo tale da resistere per un lungo periodo anche agli sconvolgimenti che seguirono la Rivoluzione del 1789 e la caduta della monarchia.

19. La *fiducie* dopo la caduta dell'*Ancien Régime*.

Dopo la fine dell'*Ancien Régime*, la rivoluzione proibì nel 1792 la sostituzione fedecommissaria³⁶⁵ e ciò avvenne soprattutto per motivi politici³⁶⁶,

³⁵⁹ ROLLAND DE VILLARGUES, *Des substitutions prohibées*, cit., 210.

³⁶⁰ PAVIE, *Des substitutions*, cit., 83.

³⁶¹ AUGUSTIN, *Les substitutions fidéicommissaires*, cit., 168 s.

³⁶² WITZ, *La fiducie*, cit., 39.

³⁶³ WITZ, *La fiducie*, cit., 39 s.

³⁶⁴ WITZ, *La fiducie*, cit., 40.

³⁶⁵ “Art.1: Toutes substitutions sont interdites et prohibées à l’avenir. Art. 2: Les substitutions faites avant la publication du présent décret, par quelques actes que ce soit, qui ne sont pas ouvertes à l’époque de ladite publications, sont et demeurent abolies et sans effet. Art. 3 Les substitutions ouvertes lors de la publications du présent décret n’auront d’effet qu’en faveur de ceux seulement qui auront alors recueilli les biens substitués, ou qui auront le droit de les réclamer”. Si veda: DALLOZ, *Répertoire méthodique*, cit., XLI, 5; COSSÉ, *Des substitutions*, cit., 124; BENOIT-CATTIN, *Des Substitutions fidéicommissaires*, cit., 83; MARIBAIL, *Des Substitutions Fidéicommissaires*, cit., 72; OLIVIER, *Du fidéicommiss de famille*, cit., 136 s.; JACQUEMAIRE, *Des fidéicommiss.*, cit., 110 s.; MARTIN ST-LÉON, *Des substitutions fidéicommissaires*, cit., 458 ss.; THOULOUSE, *Des fidéicommiss*, cit., 101; ZISU, *Des fidéicommiss*, cit., 87; MÉRIGNAHAC, *Des substitutions*, cit., 14; PAVIE, *Des substitutions*, cit., 36; BARRIÈRE, *La réception*, cit., 55.

³⁶⁶ Già il MONTESQUIEU, *Esprit des Lois*, V, IX, in *Ouvre complètes*, I, Paris,

in quanto le sostituzioni avrebbero favorito il potere dell'aristocrazia, essendo esse all'origine di patrimoni capaci di "allarmare la libertà pubblica"³⁶⁷.

I redattori³⁶⁸ del *Code Napoleon* decisero quindi di vietare le sostituzioni fedecommissarie³⁶⁹, ignorarono poi la *fiducie* e il fedecompresso, nonché

1856, 48, affermava: "... Les substitutions qui conservent les biens dans les familles seront très-utiles dans ce gouvernement, quoiqu'elles ne conviennent pas dans les autres. Les substitutions gênent le commerce; ... Ce sont des inconvéniens particulier de la noblesse, qui disparaissent devant l'utilité général qu'elle procure. Mais, quand on les communique au peuple, on choque inutilement tous les principes. On peut, dans les monarchies, permettre de laisser la plus grande partie de ses biens à un seul de ses enfants: cette permission n'est même bonne que là".

³⁶⁷ Lo spirito rivoluzionario mal si accordava con le sostituzioni fedecommissarie; si veda: THOULOUSE, *Des fidéicommissis*, cit., 105; HONNART, *Des Substitutions*, cit., 19; BARRIÈRE, *La réception*, cit., 55; CAVANNA, *Storia*, cit., II, 453.

³⁶⁸ Non bisogna dimenticare che il Pothier è considerato il padre del *Code Civil*. Nelle sue *Pandette* (1748-1752) (POTHIER, *Pandectae Justinianae in novum ordinem digestae, cum legibus Codicis et Novellis, quae jus Pandectarum confirmant, explicant aut abrogant*, IV, Paris, 1819, 662), l'autore tratta dell'erede fiduciario, che è propriamente colui al quale il testatore lasciò l'eredità affinché passasse ad altra persona.

³⁶⁹ Art. 896 Cod. Civ.: "Les substitutions sont prohibées. Toute disposition par la quelle le donataire, l'héritier insitué ou le légataire, sera chargé de conserver et de rendre à un tiers, sera nulle, même à l'égard du donatarie, de l'héritier insitué ou de legatarie". Si veda: MALEVILLE, *Analyse raisonnée de la discussion du Code Civil au Conseil d'État*, II, Paris, 1805, 352 ss.; TOULLIER, *Le Droit Civil Français, suivant l'ordre du Code Napoléon*, V, Paris, 1812, 721; DURANTON, *Cours de Droit Français suivant le Code Civil*, VIII, Paris, 1829, 25 ss.; MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, III^e, Paris, 1852, 363 ss.; DEMANTE, *Cours analytique de Code Napoléon*, IV, Paris, 1858, 12 ss.; DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, XVIII, *Traité des donations entre-vifs et des testaments*, I, Paris, 1861, 46 ss.; COSSÉ, *Des substitutions*, cit., 127 ss.; DRAGON DE GOMIERCOURT, *Des Substitutions*, cit., 199 ss.; DE THERIET DE LUYTON, *Des fideicommissis*, cit., 99 ss.; BENOIT-CATTIN, *Des Substitutions fidéicommissaires*, cit., 61; MARIBAIL, *Des Substitutions Fidéicommissaires*, cit., 78 ss.; OLIVIER, *Du fidéicommiss de famille*, cit., 159 ss.; JACQUEMAIRE, *Des fidéicommissis*, cit., 126 ss.; ZISU, *Des fidéicommissis*, cit., 88. ss.; MÉRIGNAHAC, *Des substitutions*, cit., 14; HONNART, *Des Substitutions*, cit., 19; 44 ss.; BAUDRY-LACANTINERIE, COLIN, *Traité théorique et pratique de Droit Civil*, XI, *De donations entre vifs et de testaments*, II³, Paris, 1905, 490; PLANIOL, RIPERT, *Traité pratique de Droit Civil Français*, Paris 1933, 296 ss.

stabilirono come unico strumento per le disposizioni *mortis causa* il legato universale³⁷⁰.

Nonostante la sostituzione fedecommissaria fosse vietata³⁷¹, la *fiducie* continuò a esistere nell'ordinamento giuridico francese³⁷², essendo tenuta in vita tanto dalla dottrina quanto dalla giurisprudenza³⁷³. Di conseguenza la *fiducie* rimase quella forgiata dall'*Ancien Régime*, vale a dire una disposizione *mortis causa* che consentiva al fiduciario di mantenere l'amministrazione dei beni fino alla scadenza di un determinato termine, dopo il quale avrebbe dovuto devolverli al beneficiario³⁷⁴.

A titolo esemplificativo, in una decisione della corte di Nîmes del 16 dicembre 1833³⁷⁵ il giudice intravide in una disposizione testamentaria una

³⁷⁰ Art. 1002 Cod. Civ. fr.: “Le dispositions testamentaires sont ou universelles, ou à titre universel, ou à titre particulier. Chacune de ces dispositions, soit qu'elle ait été faite sous la dénomination de legs, produira son effet suivant les règles ci-après établies pour les legs universels, pour les legs à titre universel et pour les legs particuliers”.

³⁷¹ Anche il fedecommissario tacito era proibito dalla giurisprudenza, tanto nei *pays coutumier* quanto nei *pays de droit écrit* (GUIOT, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale*, VII, Paris, 1784, 363; CARPENTIER, FRÈREJOUAN DU SAINT, *Répertoire général alphabétique du Droit Français*, XXII, Paris, 1901, 733). La finalità del fedecommissario tacito era dunque quella di beneficiare una persona incapace di ricevere l'eredità tramite l'interposizione di un legatario che s'impegnava ad amministrare un singolo bene per poi trasferirlo all'incapace (DE FERRIERE, *Dictionnaire de Droit et de Pratique, contenant l'explication des termes de Droit, d'Ordonnances, de Coutumes & de Pratique*, I, Paris, 1771, 649; WITZ, *La fiducie*, cit., 34).

³⁷² DALLOZ, *Répertoire méthodique*, cit., XLI, 12; PAVIE, *Des substitutions*, cit., 82.

³⁷³ MERLIN, *Répertoire universel*, cit., V, 214 ss.; ROLLAND DE VILLARGUES, *Des substitutions prohibées*, cit., 207; WITZ, *La fiducie*, cit., 43.

³⁷⁴ SAINTESPÈS-LESCOT, *Des donations entre vifs et des testaments*, I, *Des substitutions prohibées et de la capacité de disposer ou de recevoir par Donation entre-vifs ou par Testament*, Paris, 1849, 148; TROPLONG, *Droit civil expliqué. Des donations entre vifs et des testaments*, I, Paris, 1855, 169; OLIVIER, *Du fidéicommiss de famille*, cit., 174; WITZ, *La fiducie*, cit., 47.

³⁷⁵ Nîmes del 16 dicembre 1833, in SIREY, *Recueil général des lois et des arrêts*, (1835), 2 partie, 333. Vediamone alcuni passaggi: “Attendu que la question de savoir si une institution offre une fiducie ou une substitution fidéicommissaire, se décide par l'intention qu'on découvre avoir dirigé le testateur; – Que si le testa-

fiducie considerando valida tale disposizione, perché fatta negli interessi di minori³⁷⁶: in essa un testatore aveva istituito come successori universali, sua madre e sua moglie, imponendo l'obbligazione di rendere l'eredità a uno dei sei figli, a loro scelta, allorché questi avesse raggiunto l'età di 25 anni³⁷⁷.

Come si può facilmente constatare, i magistrati, formati sotto l'*Ancien Droit*, continuarono a seguire i vecchi dogmi, non tenendo conto delle modifiche apportate al *Code Civil*³⁷⁸. La *fiducie* divenne dunque principalmente uno strumento per beneficiare persone incapaci di ricevere, come minori

teur est un père qui institue un héritier, à la charge par lui de rendre cette hérédité aux enfans du testateur, on présume déjà que, dans cette institution, le père n'a voulu se donner qu'un héritier de nom, et pour la forme, un simple administrateur de cette hérédité; mais cette présomption se réduit en certitude, lorsque ces trois circonstances concourent, savoir: que les enfans sont en bas âge, que la remise de l'hérédité doit leur être faite, au plus tard, à la fin de leur minorité, ou autre temps certain et limité, et que c'est la mère ou autre personne de confiance qui a été instituée héritière. Alors l'intention du testateur se révèle pleinement. C'est une véritable fiducie qu'il a voulu faire, et non pas une substitution fidéicommissaire. – Les lois romaines sont précises à ce sujet. Un tel héritier est nommé par elles, *haeres fiduciarius*, l'hérédité, *haereditas fiduciaria*. Elles ne voient aussi qu'une véritable fiducie dans l'institution d'héritier faite d'un de ses proches parens par une mère, à la charge de rendre son hérédité à la fille de la testatrice, quand cette fille serait parvenue à un âge certain et déterminé, afin de confier la fortune de sa fille à l'intérêt qu'y prendait un parent, plutôt qu'un tuteur. La jurisprudence du parlement de Toulouse est constante sur ce point; on ne saurait la contester, et ce sont les lois romaines et cette jurisprudence qui régissent la cause; – Attendu que le testament de Joseph Malignon respire la fiducie de la manière qui caractérise le plus formellement cette institution; il institue sa femme et sa mère ses héritiers d'égaux parts; pour remettre son héritage à tel des ses enfans que bon leur semblera, lorsqu'ils auront 25 ans, ou plus tôt, si bon leur semble. Le père est le disposant. Les enfans son en bas âge. Il n'institue leur mère et leur grand-mère que pour remettre son héritage à tel d'entr'eux que bon leur semblera lorsqu'ils auront 25 ans, terme certain qui n'est pas prolongé au-delà de leur minorité, ou même plutôt, si bon leur semble. Toutes ces dispositions son dans l'intérêt des enfans; les héritiers institués ne le sont que de nom, et pour la forme, afin que l'héritage soit confié à l'amour maternel, qui ne connaît point d'égal, plutôt qu'à des tuteurs. C'est l'enfant qui sera élu qui sera le véritable héritier; l'hérédité ne repose pas un seul moment sur la tête de cette mère, de cette aïeule. ...”.

³⁷⁶ OLIVIER, *Du fidéicommiss de famille*, cit., 175.

³⁷⁷ DE PIOLENC, *Étude critique*, cit., 104.

³⁷⁸ WITZ, *La fiducie*, cit., 47.

o corporazioni religiose non autorizzate. Il fiduciario assunse dunque il ruolo di erede di pura forma, simile a un amministratore dei beni, arrivando perciò a realizzare un'interposizione di persona³⁷⁹.

A questo proposito è importante mettere in luce che tanto la dottrina³⁸⁰, rappresentata prevalentemente dall'*Ecole de l'Exégès*³⁸¹, come la giurisprudenza³⁸² cercarono di distinguere nettamente la *fiducie* sia dalla

³⁷⁹ LEVILLAIN, *Étude sur les Fidécimmis*, cit., 311; DRAGON DE GOMIERCOURT, *Des Substitutions*, cit., 232.

³⁸⁰ ROLLAND DE VILLARGUES, *Des substitutions*, cit., 206 ss.; FEUGÈRE DES FORTS, *Ad Senatusconsultum Trebellianum*, cit., 21 s.; SAINTESPÈS-LESCOT, *Des donations*, cit., I, 147 ss.; TROPLONG, *Droit civil*, I, cit., 168 ss.; LEVILLAIN, *Étude sur les Fidécimmis*, cit., 310 ss.; DRAGON DE GOMIERCOURT, *Des Substitutions*, cit., 232 ss.; LAURENT, *Principes de Droit civil français*, XIV, Bruxelles, Paris, 1875, 440 ss.; DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, cit., XVIII, 113 ss.; BENOIT-CATTIN, *Des Substitutions fidécimmisaires*, cit., 127 s.; OLIVIER, *Du fidécimmis de famille*, cit., 174 ss.; DE PIOLENC, *Étude critique*, cit., 104 s.; PAVIE, *Des substitutions*, cit., 83; BAUDRY-LACANTINERIE, COLIN, *Traité théorique*, XI, 490 s.; AUBRY, RAU, *Cours de Droit Civil Français d'après la méthode de Zachariae*, XI⁵, Paris, 1919, 208 s.

³⁸¹ Mi riferisco ai commentatori del *Code Civil*, che lo analizzarono articolo per articolo, rinunciando a costruzioni sistematiche. L'esegesi significava un'aderenza stretta al testo di legge, ma significava anche mettere in evidenza le lacune e presentare proposte per il loro superamento. Su ciò si veda: RÉMY, *Éloge de l'exégèse*, in *Revue de la recherche juridique*, 7(1982), 254 ss. (=Droits 1[1985], 115 ss.); HALPÉRIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, 1996, 56 ss.; RAINER, *Corso di sistemi giuridici comparati*, Torino, 2004, 78; GAMBARO, SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, 1996, 304 ss.

³⁸² DALLOZ, *Répertoire méthodique*, cit., XLI, 12 ss.; LEDRU-ROLLIN, *Journal du Palais, Recueil le plus ancien et le plus complet de la Jurisprudence Français*, VII (1808-1809), Paris, 1838, 94 ss.; CARPENTIER, FRÈREJOUAN DU SAINT, *Répertoire général alphabétique du Droit Français*, XXXIV, Paris, 1904, 1130 s.; particolarmente significativa è la sentenza della Cour de Cassation (Rejet) del 23 novembre 1807, in relazione ai poteri del fiduciario: Cass. Section civile, 23 novembre 1807, in *Journal de l'enregistrement et des domaines*, 24(1810), 98 ss.=SIREY, *Recueil général des lois et des arrêts*, 2(XIII-1808), 1 série, 1 partie, 452. Vediamone alcuni passaggi: "Attendu que, d'après les lois romaines et la jurisprudence des pays de droit écrit, l'institution faite par un père en faveur de sa femme ou d'un proche parent, à la charge de rendre à ses enfans, était regardée comme une fiducie lorsque les enfans étaient en bas âge, que l'héritier institué était chargé de leur éducation, et qu'il parassait que l'intention du testateur avait été moins de favoriser l'héritier que de s'en servir comme moyen pour transmettre ses biens à ses enfans ...".

sostituzione fedecommissaria, sia dal normale fedecommesso³⁸³. Ciò che caratterizzava infatti la *fiducie* era il fatto che essa esigeva una sola liberalità indirizzata ad un terzo beneficiario: il fiduciario era un mero “*ministre*” e quindi non traeva alcun profitto dai beni trasmessi, che, al contrario, doveva solo amministrare³⁸⁴ e restituire insieme ai frutti maturati fino a quel momento³⁸⁵.

Col tempo tuttavia la *fiducie* cadde in disuso, dal momento che la giurisprudenza francese la contrastò fortemente; essa infatti veniva impiegata frequentemente per celare una sostituzione fedecommissaria³⁸⁶, che, come si è visto in precedenza, era stata vietata dal *Code Civil*.

In particolare, nel ‘900 l’operazione fiduciaria è stata vista come un pericolo per l’unità del patrimonio³⁸⁷ e come un espediente per eludere gli obblighi fiscali. Nonostante ciò, la *fiducie* ha continuato ad essere impiegata in Francia, per il suo vasto campo di applicazione³⁸⁸, anche se tali operazioni fiduciarie si sono instaurate ai margini della legge³⁸⁹.

Solo di recente, sotto la pressione della concorrenza internazionale³⁹⁰, i giuristi e gli economisti si sono schierati a favore di una consacrazione legislativa della *fiducie*. Dal momento che la figura del *trust* ha acquistato maggior interesse³⁹¹ in seguito alla Convenzione dell’*Aja*³⁹², sulla legge applica-

³⁸³ WITZ, *La fiducie*, cit., 45 s.

³⁸⁴ SAINTESPÈS-LESCOT, *Des donations*, cit., 148; LAURENT, *Principes*, cit., 441; OLIVIER, *Du fidéicommiss de famille*, cit., 174; AUBRY, RAU, *Cours de Droit*, cit., 208; WITZ, *La fiducie*, cit., 46 s.

³⁸⁵ LAURENT, *Principes*, cit., 443; AUBRY, RAU, *Cours de Droit*, cit., 208.

³⁸⁶ CARPENTIER, FRÈREJOUAN DU SAINT, *Répertoire general*, cit., LXXXIV, 1130.

³⁸⁷ WITZ, *La fiducie*, cit., 49.

³⁸⁸ GRIMALDI, *La fiducie: réflexion sur l’institution et sur l’avant-projet de la loi qui la consacre*, in *Répertoire du Notariat Defrénois*, 2(1991), art. 35085, n.1, 898 s.; TERRÉ, LESQUETTE, *Droit civil. Les successions. Les libéralités*³, Paris, 1997, 466; GODECHOT, *L’articulation du trust et de droit des successions*, Paris, 2004, 151.

³⁸⁹ SAVATIER, *La fiducie en droit français*, in *Rapports préparatoires de la semine internationale de droit*, V, *La fiducie en droit moderne*, Paris, 1937, 57.

³⁹⁰ LEFEBVRE, *La fiducie mode d’emploi*, Paris, 2009, 10.

³⁹¹ Si veda: BÉRAUDO, *Les trusts anglo-saxons et le droit français*, Paris, 1992, 1 ss.; 8; SIMLER, DELEBECQUE, *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, Paris, 2009, 596.

³⁹² La Convenzione firmata all’*Aja* nel 1985 descrive il *trust* nell’art. 2 (Cfr. HAYTON, *The law of trust*, London, 1998, 6 s.).

bile ai *trusts* e sul loro riconoscimento³⁹³, alcuni progetti di legge³⁹⁴ si sono proposti di regolamentare l'istituto della *fiducie* nel *Code Civil*. In questo contesto, recentemente³⁹⁵, la *fiducie* è stata inserita nel *Code Civil*³⁹⁶, dagli articoli 2011 agli articoli 2031; essi costituiscono il titolo XIV del libro III.

In particolare l'art. 2011³⁹⁷ recita: "La fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou de sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires".

Da questa definizione si comprende come non si tratti più della *fiducie* dell'*Ancien Droit*, in quanto opera *inter vivos*, anche se essa pare costituita da tre elementi: un trasferimento di proprietà, un trasferimento avente una finalità determinata e la creazione di un "*patrimoine d'affectation*"³⁹⁸, distinto dal patrimonio personale del fiduciario. I beni trasferiti vanno a formare

³⁹³ La Convenzione firmata all'Aja nel 1985 è finalizzata a permettere ai *trusts* dei paesi di *common law* di operare in quelli dell'Europa occidentale (Cfr. HAYTON, *The law of trust*, cit., 6 s.; BARRIÈRE, *La réception*, cit., 175).

³⁹⁴ GRIMALDI, *La fiducie*, cit., 35094, n. 1, 991; MUNARI, *Trust e fiducie: un importante progetto di legge francese*, in *Giurisprudenza commerciale*, 20(1993), 129 ss.; GOBIN, *Fiducies sans la fiducie*, in *JCP (La semaine juridique)* ed. Not., 1(1994), 316; BARRIÈRE, *La fiducie. Commentaire de la loi n.2007-211 du 19 février 2007*, in AA.VV., *Il trustee nella gestione dei patrimoni*, Torino, 2009, 828.

³⁹⁵ Precisamente con la legge n. 2007-211, promulgata il 19 febbraio 2007. Sulla legge si veda: BARRIÈRE, *La loi instituant la fiducie: entre équilibre et incohérence*, in *JCP (La Semaine juridique)*, ed. Ent., 2(2007), 13 ss.; LIBCHABER, *Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007*, in *Répertoire du notariat Defrénois*, 2(2007), 1094 ss.

³⁹⁶ La Francia ha preferito codificare la *fiducie*, piuttosto che disporre l'entrata in vigore della Convenzione dell'Aja.

³⁹⁷ Sulle definizioni della *fiducie* nei precedenti progetti di legge, si veda: NERI, *La via francese al recepimento del trust: un nuovo progetto di legge sulla fiducie*, in *Trust e attività fiduciarie*, 7(2006), 69 ss.

³⁹⁸ GAZIN, *Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique*, Paris, 1910, 371 ss.; GUINCHARD, *L'affectation des biens en droit privé français*, Paris, 1976, 338 ss.; BARRIÈRE, *La loi*, cit., 16; DUPICHOT, *Opération fiducie sur le sol français*, in *JCP(La semaine juridique)* ed. Not., 1(2007), 31; WITZ, *La fiducie française face aux expériences étrangères et à la convention de La Haye relative au trust*, in *Recueil Dalloz*, 2(2007), 1369; BARRIÈRE, *Fiducie* in DALLOZ, *Répertoire de Droit Civil*, VI, Paris, 2009, (janvier 2008), 11; ID., *La fiducie*, cit., 841; LEFEBVRE, *La fidu-*

una massa separata³⁹⁹, inaggregabile da parte dei creditori del costituente o da parte dei creditori personali del fiduciario. I frutti del capitale fiduciario non andranno ad arricchire il fiduciario, ma solo il beneficiario⁴⁰⁰.

Si è sostenuto che la *fiducie* presenta forti analogie con il *trust* anglosassone⁴⁰¹, in quanto il costituente potrebbe corrispondere al *settlor*, mentre il fiduciario potrebbe corrispondere al *trustee* e infine l'insieme dei beni potrebbe corrispondere al *trust fund*. Tuttavia sembra si tratti di un contratto: il fiduciante trasmette a titolo fiduciario dei beni a un fiduciario a profitto di un beneficiario. Tale operazione è dunque contrattuale e si realizza tra il fiduciante e il fiduciario: il beneficiario non è parte del contratto.

Stranamente il diritto di proprietà non è invocato in questi articoli, sebbene siano inseriti nel libro III del *Code Civil*: “*Des différentes manières dont on acquiert la propriété*”⁴⁰². I diritti trasmessi al fiduciario realizzano una proprietà esclusiva, che è trasferita al fiduciario sui beni⁴⁰³, tuttavia si tratta di una proprietà finalizzata e limitata nel tempo⁴⁰⁴, in quanto deve essere restituita; infatti il fiduciario è proprietario, ma è anche tenuto ad amministrare i beni e a conservarli, per poi restituirli al beneficiario⁴⁰⁵.

cie, cit., 13; SIMLER, DELEBECQUE, *Droit civil*, cit., 597 s. Attualmente un progetto di legge in materia sta per essere approvato.

³⁹⁹ LARROUMET, *La loi du 19 février 2007 sur la fiducie. Propos critique*, in *Recueil Dalloz*, 2(2007), 1350 ss.

⁴⁰⁰ GRIMALDI, *La fiducie*, cit., 913.

⁴⁰¹ Cfr: LARROUMET, *La fiducie inspirée du trust*, in DALLOZ-SIREY, *Recueil de doctrine de jurisprudence et de législation* (1990), 119 ss.; WITZ, *La fiducie française*, cit., 1369.

⁴⁰² DUPICHOT, *Opération fiducie*, cit., 31 ss.

⁴⁰³ BARRIÈRE, *La fiducie*, cit., 840; LEFEBVRE, *La fiducie*, cit., 15.

⁴⁰⁴ BÉNABENT, *La fiducie (Analyse d'un projet de loi lacunaire)*, in *JCP(La semaine juridique)*, ed. Not., 1(1993), 275: “... le transfert est limité à certaines prérogatives de la propriété, celles-là seules qui sont nécessaires à l'accomplissement de la mission confiée au fiduciare: ce qui est transféré, ce n'est pas une propriété-actif (le fiduciare ne reçoit rien à l'actif de son patrimoine), mais seulement une propriété-fonction (il reçoit les pouvoirs aptes à assurer sa mission”. Si veda pure: BARRIÈRE, *La fiducie*, cit., 841.

⁴⁰⁵ L'art. 2017 Cod. Civ. fr. stabilisce: “Sauf stipulation contraire du contrat de fiducie, le constituant peut, à tout moment, désigner un tiers chargé de s'assurer de la préservation de ses intérêts dans le cadre de l'exécution du contrat et qui peut disposer des pouvoirs que la loi accorde au constituant. ...”. (Cfr. pure art. 2030 Cod. Civ. fr.: Lorsque le contrat de fiducie prend fin en l'absence de bénéficiaire,

20. Cenni alla fiducia Germanistica.

Sempre restando nel diritto più recente, non bisogna dimenticare che a seguito della elaborazione pandettistica della nozione sia del negozio fiduciario⁴⁰⁶ che dell'erede fiduciario⁴⁰⁷, il primo ha conosciuto in Germania una distinzione, in quanto, all'inizio del '900, ad opera dello Schultze⁴⁰⁸, con la creazione della *Treuband* germanica⁴⁰⁹, si giunse a contrapporre la fiducia cd. "romanistica" a quella "germanistica".

La *Treuband* è alla base quindi della più recente teoria del negozio fiduciario in Germania. Ad opera dello Schultze⁴¹⁰, a seguito dell'interpretazione di testi longobardi sull'esecuzione testamentaria, è stata infatti creata in Germania la teoria della *Treuband* germanica⁴¹¹.

Essa attribuisce al fiduciario la legittimazione ad esercitare il diritto, la proprietà formale, mentre al fiduciante resta la proprietà sostanziale, con la possibilità di una tutela reale anche nei confronti dei terzi che abbiano acquisito il bene dal fiduciario; infatti il diritto del fiduciario è sottoposto

les droits, bien ou surétés présent dans le patrimoine fiduciaire font de plein droit retour au constituant). Tuttavia in caso di fiducia a titolo di garanzia, nel caso di mancato pagamento del debito, il fiduciario rimane proprietario dei beni.

⁴⁰⁶ Sull'elaborazione della nozione di negozio fiduciario da parte della pandettistica si veda: HOFER, *Treubandtheorie in der deutschen Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts. Zur Verwendung von historischen Rechtsinstituten in der Zivilrechtsdogmatik*, in AA.VV., *Itinera fiduciae*, Berlin, 1998, 390 ss.; BERTOLDI, *Alcune osservazioni*, cit., 110 s.; ID., *La fiducia cum amico*, cit., 106 ss.; ID., *Il negozio fiduciario*, cit., 11 s.

⁴⁰⁷ Il termine *heres fiduciarius* che era stato impiegato dal FINX, *De herede fiduciario absente*, Jena, 1708, 4 s., viene ripreso dal DERNBURG, *Pandekten*, III⁵, Berlin, 1897, 246, nel trattare ampiamente del fedecommesso. In tale contesto l'autore afferma che il fiduciario diviene erede, coi diritti e gli obblighi di un erede, ed è quindi proprietario delle cose ereditarie, creditore dei crediti e debitore dei debiti dell'eredità.

⁴⁰⁸ SCHULTZE, *Die langobardische Treuband*, cit., 104. Cfr: HOFER, *Treubandtheorie*, cit., 406 ss.

⁴⁰⁹ COING, *Die Treuband*, cit., 17.

⁴¹⁰ SCHULTZE, *Die langobardische Treuband*, cit.

⁴¹¹ BEYERLE, *Die Treuband im Grundriss des deutschen Privatrecht*, Weimar, 1932, 5 ss.; CARIOTA-FERRARA, *I negozi fiduciari*, Padova, 1933, 10 ss.; COING, *Die Treubandtheorie als Beispiel der geschichtlichen Dogmatik des 19. Jahrhunderts*, in *Rabels Zeitschrift*, Tübingen, 1973, 206.

a una condizione risolutiva che si avvera in ogni ipotesi di infedeltà. Egli può disporre e amministrare il bene trasferitogli, tuttavia ciò può avvenire non nel proprio interesse ma per un scopo specifico⁴¹². Si parla di fiducia di tipo germanico, nella quale il diritto trasferito in capo al fiduciario è rigorosamente commisurato allo scopo che il fiduciante o entrambe le parti del negozio intendono raggiungere⁴¹³.

Il *fiduziarische Rechtsgeschäft* si compone di due atti distinti: la *Treuhandabrede*, creatrice di obbligazioni⁴¹⁴; e la *deutschrechtliche Treuhand*, o fiducia germanistica, che consiste nel trasferimento di proprietà⁴¹⁵, fatta però sotto condizione risolutiva⁴¹⁶.

Il metodo scientifico finalizzato a proporre nel diritto positivo dei modelli giuridici tratti dalla storia precedente sembra essere stato recepito dalla prassi⁴¹⁷.

Una particolare applicazione della *Treuhand mortis causa* è l'esecutore testamentario⁴¹⁸, che dopo secoli di discussioni dottrinali, venne inserito nel diritto generale delle successioni. Secondo i par. 2205 ss. del BGB egli è obbligato ad amministrare tutto o parte della successione per un certo tempo.

⁴¹² COING, *Die Treuhand*, cit., 1 s.

⁴¹³ Ciò in coerenza con la nozione di "*fiduziarisches Rechtsgeschäft*".

⁴¹⁴ SIEBERT, *Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis*, Marburg, 1933, 211.

⁴¹⁵ SEEL-VIANDON, *La fiducie en droit comparé et en droit international privé français*, Paris, 1979, 179.

⁴¹⁶ Par. 2206 BGB.

⁴¹⁷ In particolare la giurisprudenza tedesca ha previsto, oltre alla "*Verwaltungstreuhand*" uno strumento di particolare interesse che consiste nel trasferimento semplice a fini di garanzia: la "*Sicherungsübereignung*" (Su ciò si veda : DERRUPPÉ, *De la fiducie*, cit., 454; BLAUROCK, *L'avenir de la fiducie-sûreté en droit allemand*, in *Les opérations fiduciaires. Colloque de Luxembourg des 20 et 21 septembre 1984*, Paris, 1985, 107 ss.; BLAUROCK, WITZ, *Les opérations fiduciaires en droit allemand*, in *Les opérations fiduciaires. Colloque de Luxembourg des 20 et 21 septembre 1984*, Paris, 1985, 229 ss.; GABRIELLI, *Il pegno*, in *Trattato di diritto civile diretto da R. Sacco*, Torino, 2005, 33); si tratta di una garanzia costituita mediante un negozio fiduciario di trasferimento della proprietà, solitamente connessa con un finanziamento bancario, e diretta a produrre un trasferimento a scopo di garanzia; con esso il mutuatario perde la proprietà del bene mobile, mentre il mutuante non diviene titolare finale del diritto trasferito, ma acquista solo momentaneamente la posizione di titolare del diritto.

⁴¹⁸ COING, *Die Treuhand*, cit., 20 s.

Egli è considerato come un *Treuhänder*, dal momento che la sua posizione è molto forte, essendo obbligato ad amministrare la successione e non solo a liquidarla. Anche se in certi casi lascia all'erede poco più che un *nudus ius*⁴¹⁹, tuttavia bisogna considerare che l'esecutore non diviene proprietario dei beni ereditari, nonostante abbia la legittimazione a disporre dei beni trasferitigli.

21. Osservazioni conclusive: un rapido esame dell'attuale ordinamento giuridico italiano.

Dai paragrafi precedenti, possiamo concludere che tanto negli istituti appena visti, quanto nel diritto romano, in epoche diverse, l'ordinamento ha sentito l'esigenza non tanto di "sdoppiare" la proprietà, quanto di creare una proprietà temporanea ed una successiva, per tutelare soprattutto soggetti che non erano in grado in quel momento di provvedere ai propri affari. I mezzi utilizzati dal diritto romano sono stati vari: in primo luogo la *fiducia*, in secondo luogo il fedecommesso.

Nel medioevo gli istituti finalizzati a questo scopo sono stati principalmente: la *Treuhand* e l'*affatomia*, lo *use* e in seguito il *trust*, nonché l'esecuzione testamentaria e la *fiducie*.

Da quanto visto, emerge nettamente la figura dell'*heres fiduciarius*, il quale non fa propri i *commoda* sulla scia della giurisprudenza romana, vale a dire di Iav. D. 36,1,48 (46).

Venendo ora ai vari ordinamenti giuridici italiani, questi sembrano aver in qualche modo offuscato la figura dell'*heres fiduciarius*, sotto l'influsso del Cardinal de Luca⁴²⁰ e del Muratori⁴²¹, che si dichiararono contrari all'uso dei fedecommessi.

Mentre generalmente nelle codificazioni pre-unitarie ci sono poche novità di rilievo⁴²², il Codice civile per gli Stati di S. M. il Re di Sardegna

⁴¹⁹ ZIMMERMANN, *Diritto romano*, cit., 743.

⁴²⁰ CARDINAL DE LUCA, *Il dottor volgare*, Firenze, 1839, 32. Non bisogna dimenticare inoltre che egli, in CARULUS ANTONIUS DE LUCA, *De confidentiali haereditis institutione et substitutione*, Napoli, 1697, 21 ss., aveva trattato ampiamente la figura dell'*heres fiduciarius*.

⁴²¹ MURATORI, *Dei difetti della giurisprudenza*, Modena, 1933, 240 ss.

⁴²² Mi riferisco soprattutto al Codice civile per gli Stati di Parma Piacenza e

prevede l'art. 809⁴²³, norma fortemente influenzata dalla *fiducie* francese e che ammette l'istituzione o il legato fatto per interposta persona a favore di incapaci⁴²⁴.

Permane quindi nella prassi la disposizione fiduciaria, con la quale il testatore nomina un erede come fiduciario⁴²⁵ e con altro atto incarica la persona designata di ritrasferire i beni ereditari ad un terzo incapace. Il fiduciario rimane titolare della vicenda successoria perché l'attribuzione fiduciaria opera realmente nei suoi confronti, ma il fiduciario è un mero *minister*, messo nella condizione di dover ritrasmettere i beni al beneficiario in base a un suo atto di disposizione.

Tale figura ritorna, anche se con alcune differenze, nelle codificazioni italiane.

Guastalla, dove le disposizioni fiduciarie, non erano contemplate (Cfr.: AMBROSINI, *Disposizioni di ultima volontà fiduciarie nel diritto civile moderno*, Roma, 1917, 24; TERZI, *Le disposizioni fiduciarie di ultima volontà*, Roma, 1969, 35). Non bisogna tuttavia tralasciare che “nella provincia romana, vigente il diritto comune-pontificio, le disposizioni fiduciarie erano ammesse”, nel senso che l'erede fiduciario era “un semplice testimone e ministro della volontà del testatore, senza alcun diritto sostanziale all'eredità”, e che l'erede vero era “quello dichiarato dal fiduciario”. (Si veda: SCIALOJA, *Nota a sentenza della Corte di Appello di Genova del 10 maggio 1898*, in *Foro italiano*, 23[1898], 1108).

⁴²³ Art. 809 Cod. Alb.: Non è ammessa alcuna prova che l'istituzione od il legato fatto in favore di persona dichiarata nel testamento non lo sia che in apparenza, ma che realmente lo sia in favore d'altra persona, corpo, od opera nel medesimo taciuta, e ciò non ostante qualunque espressione del testamento che lo indicasse o potesse farlo presumere. La disposizione di questo articolo non si applica però al caso che l'istituzione o il legato vengano impugnati come fatti per interposta persona a favore di incapaci. La disposizione di questo articolo non si applica però al caso che l'istituzione o il legato vengano impugnati come fatti per interposta persona a favore di incapaci.

⁴²⁴ Sulla stessa linea è l'art. 820 del Codice civile degli Stati Estensi (AMBROSINI, *Disposizioni di ultima volontà fiduciarie*, cit., 32; 48).

⁴²⁵ Il fiduciario rimane titolare della vicenda successoria (erede o legatario) perché l'attribuzione fiduciaria opera realmente nei suoi confronti ed ha per presupposto che il fiduciario sia messo in condizione di ritrasmettere il bene in base ad un suo atto di disposizione. Si veda: BIANCA, *Diritto civile*, II², *La famiglia, le successioni*, Milano, 1985, 576.

In particolare nel Codice civile del 1865⁴²⁶ si dice, all'art. 829⁴²⁷, sulla scia della *fiducie* francese e del Codice Albertino, che non sono impugnabili l'istituzione o il legato fatti per interposta persona a favore di incapaci⁴²⁸.

Nel Codice attuale invece, l'art. 627⁴²⁹ lascia intendere che il fiduciario sia libero di dare o non dare esecuzione alla disposizione fiduciaria. Se tuttavia la reale volontà del testatore fosse quella di beneficiare il terzo, si ravvisa a carico del fiduciario un dovere morale di rispettare tale volontà. In questo caso i beni ereditari entrano realmente nel patrimonio del fiduciario, che non appare più essere un *nudus minister* ma un erede effettivo⁴³⁰ e può quindi trattenere i beni definitivamente; difatti egli non è obbligato ad attuare la disposizione fiduciaria, salvi tuttavia gli effetti della *soluti retentio*, qualora abbia spontaneamente eseguito la volontà del testatore⁴³¹. Conformemente al regime delle obbligazioni naturali, quindi, il fiduciario non ha diritto di ripetere quanto abbia spontaneamente prestato al terzo in esecuzione della disposizione fiduciaria⁴³².

⁴²⁶ Non bisogna dimenticare che il Codice civile italiano del 1865 vietò, agli artt. 899; 900; 901, le sostituzioni fedecommissarie.

⁴²⁷ Art. 829 Cod. Civ. it [1865]: Non è ammessa alcuna prova che le disposizioni fatte in favore di persona dichiarata nel testamento siano soltanto apparenti, e che realmente riguardino altra persona, non ostante qualunque espressione del testamento che la indicasse o potesse farla presumere. Ciò non si applica al caso che l'istituzione od il legato vengano impugnati come fatti per interposta persona a favore di incapaci.

⁴²⁸ Tuttavia secondo il GABBA, *Nota a sentenza della Corte di Appello di Firenze del 26 gennaio 1893*, in *Foro italiano*, 18(1893), 801, "per il nostro legislatore il fiduciario è vero erede, ne consegue che la fiducia non è più altro nel diritto italiano se non una parola priva di senso...".

⁴²⁹ Art. 627 Cod. Civ. it. [1942]: Disposizione fiduciaria. Non è ammessa azione in giudizio per accertare che le disposizioni fatte a favore di persona dichiarata nel testamento sono soltanto apparenti e che in realtà riguardano altra persona, anche se espressioni del testamento possono indicare o far presumere che si tratta di interposta persona. Tuttavia la persona dichiarata nel testamento, se ha spontaneamente eseguito la disposizione fiduciaria trasferendo i beni alla persona voluta dal testatore, non può agire per la ripetizione salvo che sia un incapace. ...

⁴³⁰ GAZZARRA, *Fiducia testamentaria*, in *EDD*, XVII, Milano, 1968, 430 s.

⁴³¹ CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, I³, Milano, 2009, 707 ss.

⁴³² CASTRONOVO, MAZZAMUTO, *Manuale*, cit., II, 616.

Di recente, come si è accennato, la figura del *trust*⁴³³ ha acquistato interesse in seguito alla Convenzione dell'*Aja*⁴³⁴, sulla legge applicabile ai *trusts* e sul loro riconoscimento⁴³⁵; la finalità della convenzione è stata quella di permettere ai *trusts* dei paesi di *common law* di operare in quelli dell'Europa occidentale⁴³⁶. In particolare l'Italia ha semplicemente ratificato la Convenzione, con la conseguenza che il *trust* è ormai entrato a far parte dell'ordinamento giuridico italiano⁴³⁷.

L'art. 11⁴³⁸ indica tra gli effetti minimi e necessari del riconoscimento

⁴³³ Nel *trust*, colui che lo istituisce (*settlor*), trasferisce un patrimonio al *trustee* con il patto che lo amministri nell'interesse di un terzo (*beneficiary*). In sostanza un soggetto titolare di beni deve gestirli, ma la gestione non è a profitto suo, ma di un altro soggetto. L'intera disciplina si impernia quindi sul *trustee*, in quanto un *trust* senza *trustee* non è concepibile, mentre è perfettamente concepibile senza beneficiario. Sul tema si veda: LUPOI, *I diritti reali*, II, *I trust*, cit., 6 s.; CASTRONOVO, MAZZAMUTO, *Manuale*, cit., II, 622.

⁴³⁴ Nonostante gli evidenti ostacoli nascenti dalle diverse tradizioni, l'Italia è stato il primo paese di *civil law* a ratificare detta convenzione. Si veda: GAMBARO, *Trust*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile*, XIX, Torino, 1999, 450.

⁴³⁵ Nel nostro paese il *trust* era ammesso nei limiti dell'art. 13 della convenzione, prima della L. 23 febbraio 2006, n. 51. Si veda: GAMBARO, GIARDINA, PONZANELLI, *Convenzione relativa alla legge sui trust ed al loro riconoscimento*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 6(1993), 1211 ss.

⁴³⁶ VON OVERBECK, *Rapport explicatif*, in *Actes et documents de la Quinzième session*, II, *Trust – loi applicable et reconnaissance*, La Haye, 1986, 361 ss.

⁴³⁷ BRAUN, *Trust interni*, in *Rivista di diritto civile*, 46(2000), 573.

⁴³⁸ Art. 11: Un *trust* costituito in conformità alla legge specificata al precedente capitolo dovrà essere riconosciuto come *trust*. Tale riconoscimento implica quanto meno che i beni del *trust* siano separati dal patrimonio personale del *trustee*, che il *trustee* abbia le capacità di agire in giudizio ed essere citato in giudizio, o di comparire in qualità di *trustee* davanti a un notaio o altra persona che rappresenti un'autorità pubblica.

Qualora la legge applicabile al *trust* lo richieda, o lo preveda, tale riconoscimento implicherà, in particolare:

- a) che i creditori personali del *trustee* non possono sequestrare i beni del *trust*;
- b) che i beni del *trust* siano separati dal patrimonio del *trustee* in caso di insolvenza di quest'ultimo o di banacarotta;
- c) che i beni del *trust* non facciano parte del regime matrimoniale o della successione dei beni del *trustee*;
- d) che la rivendicazione dei beni del *trust* sia permessa qualora il *trustee*, in violazione degli obblighi derivanti dal *trust*, abbia confuso i beni del *trust* con i suoi

di un *trust* che i beni del *trust* rimangono separati dai beni personali del *trustee*. Partendo dall'art.11 della Convenzione, possiamo constatare che viene messo in luce, come sostiene il Lupoi, il concetto giuridico di "segregazione", vale a dire gli elementi negativi della vita giuridica del *trustee* non si ripercuotono sui beni in *trust* e gli elementi positivi dei beni in *trust* non entrano nel patrimonio del *trustee*. Quindi siamo di fronte a un patrimonio separato, un "distacco di una massa patrimoniale ... da un patrimonio o da diversi patrimoni di provenienza, in modo da dar luogo ad un'unità particolare avente una propria destinazione"⁴³⁹.

Nell'art. 2⁴⁴⁰ della convenzione viene data la descrizione delle relazioni giuridiche istituite dal costituente del *trust*; in particolare: i beni del *trust* costituiscono una massa distinta⁴⁴¹ e non fanno parte del patrimonio del *trustee*; i beni stessi sono peraltro intestati a nome del *trustee* o di altra persona per suo conto; il *trustee* ha il potere e l'obbligo di gestire o disporre dei beni secondo i termini del *trust* o disposizioni particolari della legge che lo governa.

Al di là dei limiti stabiliti dalla Convenzione dell'Aja, l'Italia non ha disciplinato legislativamente la figura del negozio fiduciario⁴⁴² o del *trust*.

e gli obblighi di un terzo possessore dei beni del *trust* rimangono soggetti alla legge fissata dalle regole di conflitto del foro.

⁴³⁹ BIGLIAZI GERI, *Patrimonio autonomo*, in *EDD*, XXXII, Milano, 1982, 280.

⁴⁴⁰ Art. 2: Ai fini della presente Convenzione, per *trust* si intendono i rapporti giuridici istituiti da una persona, il costituente – con atto tra vivi o *mortis causa* – qualora dei beni siano stati posti sotto il controllo di un *trustee* nell'interesse di un beneficiario o per un fine specifico.

Il *trust* presenta le seguenti caratteristiche:

- a) i beni del *trust* costituiscono una massa distinta e non fanno parte del patrimonio del *trustee*;
- b) i beni del *trust* sono intestati a nome del *trustee* o di un'altra persona per conto del *trustee*;
- c) il *trustee* è investito del potere e onerato dell'obbligo, di cui deve rendere conto, di amministrare, gestire o disporre beni secondo i termini del *trust* e le norme particolari impostegli dalla legge.

Il fatto che il costituente conservi alcune prerogative o che il *trustee* stesso possieda alcuni diritti in qualità di beneficiario non è necessariamente incompatibile con l'esistenza di un *trust*.

⁴⁴¹ HAYTON, *Principles of European Trust Law*, in *Modern International Developments in Trust Law*, La Haye London, Boston, 1999, 22.

⁴⁴² Il negozio fiduciario è solo frutto dell'elaborazione dottrinale derivante

Tuttavia, nei casi di ammissibilità del *trust* nel nostro ordinamento, prevale in dottrina e in giurisprudenza la tendenza a ricondurre la figura del *trustee* nominato in un testamento a quella dell'erede gravato da un onere⁴⁴³. Il Tribunale di Lucca con sentenza del 23 settembre 1997⁴⁴⁴ ha stabilito che “la disposizione con cui il testatore dichiara di lasciare in eredità al fiduciario, in proprietà assoluta, ogni suo avere, ma a beneficio della figlia, va interpretata non come sostituzione fedecommissaria, ma come disposizione istitutiva di *trust*”.

Oltre a ciò, bisogna considerare che, secondo la dottrina, l'Italia prevede⁴⁴⁵ istituti affini al *trust* come il fondo patrimoniale che realizza una “separazione patrimoniale”⁴⁴⁶, sulla base dell'art. 167 C.Civ.it. e l'esecuzione testamentaria⁴⁴⁷ che tuttavia non prevede un trasferimento di proprietà in capo all'esecutore, ma solo poteri di amministrazione dei beni⁴⁴⁸.

dall'interpretazione delle fonti romane (BERTOLDI, *Il negozio fiduciario*, cit. 206 ss.). Di recente la dottrina ha contestato la configurazione classica del negozio fiduciario. Si veda in particolare: LUPOI, *La consunzione del negozio fiduciario*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 11(2010), 128 ss., ID., *Il contratto di affidamento fiduciario*, Milano, 2014, 3 ss., il quale ha individuato una nuova tipologia giuridica, vale a dire il “contratto di affidamento fiduciario”. Cfr.: TONELLATO, *Il contratto di affidamento fiduciario: aspetti innovativi della recente pronuncia del Giudice Tutelare di Genova*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 15(2014), 32 ss.

⁴⁴³ MONTINARO, *Trust testamentario e disciplina interna delle successioni a causa di morte*, in AA.VV., *Il trustee nella gestione dei patrimoni*, Torino, 2009, 283.

⁴⁴⁴ Si veda *Foro italiano*, 121(1998), 2007 ss.

⁴⁴⁵ HAYTON, *Anglo-Trusts, Euro-Trusts and Caribbo-Trusts: Whither Trusts?*, in *Modern International Developments in Trust Law*, La Haye, London, Boston, 1999, 3).

⁴⁴⁶ LUPOI, *Trusts. Convenzione dell'Aja e diritto italiano*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXXI, Roma, 1994, 6; MONEGAT, *Strumenti tradizionali di protezione patrimoniale e trust*, in AA.VV., *Trust. Aspetti sostanziali e applicazioni nel diritto di famiglia e delle persone* a cura di M. MONEGAT, G. LEPORE, I. VALAS, Torino, 2007, 262 s.; BIANCA, *Trustee e figure affini nel diritto italiano*, in AA.VV., *Il trustee nella gestione dei patrimoni*, Torino, 2009, 70.

⁴⁴⁷ Si vedano gli articoli 700-712 Cod. Civ. it. [1942]; cfr. pure: LUPOI, *Executor and trustee e esecutore testamentario: riflessi sull'imposta sulle successioni*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 12(2011), 11 s.

⁴⁴⁸ TALAMANCA, *Successioni testamentarie*, in *Commentario del Codice Civile*, a cura di A. SCIALOJA, G. BRANCA, Bologna, 1965, 469 ss.

Per concludere, di recente, l'ordinamento interno italiano ha previsto il negozio di destinazione, istituto assai simile al *trust*⁴⁴⁹, con la legge 23 febbraio 2006, n. 51 che ha aggiunto al Codice civile l'articolo 2645 ter⁴⁵⁰, disposizione che sembra ammetterne la forma testamentaria⁴⁵¹.

Nell'atto di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibile a persone con disabilità, i beni conferiti e i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione. Tale istituto⁴⁵² ha suscitato notevole interesse⁴⁵³ ed è stato da alcuni definito come "un frammento" di *trust* italiano⁴⁵⁴.

⁴⁴⁹ MONEGAT, *Strumenti tradizionali*, cit., 267 s.

⁴⁵⁰ Esso recita: "Gli atti in forma pubblica con cui beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri sono destinati, per un periodo non superiore a novant'anni o per la durata della vita della persona fisica beneficiaria, alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche ai sensi dell'articolo 1322, secondo comma, possono essere trascritti al fine di rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione; per la realizzazione di tali interessi può agire, oltre al conferente, qualsiasi interessato anche durante la vita del conferente stesso. I beni conferiti e i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione e possono costituire oggetto di esecuzione, salvo quanto previsto dall'articolo 2915, primo comma, solo per debiti contratti per tale scopo."

⁴⁵¹ FRANCESCHINI, *Atti di destinazione (art. 2645-ter c.c.) e trust*, in AA.VV., *Trust. Applicazioni nel diritto commerciale e azioni a tutela dei diritti in trust*, II, Torino, 2008, 257 s.

⁴⁵² Sull'articolo si veda: LUPOI, *Gli atti di destinazione nel nuovo art.2645-ter cod. civ. quale frammento di trust*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 7(2006), 169 ss.

⁴⁵³ L.F. RISSO, M.S. RISSO, *Una lettura dell'art. 2645 ter c.c. Luci ed ombre*, in *Trust e attività fiduciarie*, 14(2013), 22 ss.

⁴⁵⁴ MONEGAT, *Strumenti tradizionali*, cit., 269; LUPOI, *La consunzione*, cit., 128 ss.; 169; CORALLO, *Il contratto di affidamento fiduciario nel codice civile*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 14(2013), 501 ss.