

STUDI VRBINATI

Rivista trimestrale di Scienze Giuridiche, Politiche ed Economiche

INDICE-SOMMARIO

Una pagina fuori testo, 5

ANNA MARIA GIOMARO, *Minime su D. 36,1,80,1 di Scevola in tema di fedecommeso e di fiducia: ipotesi di un trust?*, 7

RICCARDO FERCIA, *Negozio fiduciario, trust, categoria generale di contratto*, 19

PAOLA LAMBRINI, *Il negozio fiduciario e la sua causa*, 35

NICOLA LUISI, *Brevi considerazioni sull'origine romanistica della struttura negoziale del trust* 51

PIEFRANCESCO ARCES, *La rilevanza della componente fiduciaria nelle disposizioni mortis causa nel diritto romano arcaico e classico*, 133

FEDERICA BERTOLDI, *L' 'heres fiduciarius' in una prospettiva storico-comparatistica*, 157

FRANCESCA TERRANOVA, *Il ruolo del familiae emptor nel testamentum per aes et libram*, 237

FERDINANDO TREGGIARI, *La fiducia testamentaria prima dei codici*, 261

CATERINA BONZO, «Comandare oltre la morte» (L. A. Muratori): gli ultimi due secoli del fedecommeso in Italia, 275

MIKE MACNAIR, *Development of uses and trusts: contract or property, and European influences and images*, 305

LEO PEPPE, *Intervento sulla formula fidi fiduciae in particolare in Plauto*, 335

Intermezzo, 339

MICHELE GRAZIADEI, *Fiducia e trust in Italia*, 349

ANDREA VICARI, *Il "tipo" nella (ri)lettura dei trust espressamente istituiti e nella costruzione del contratto di affidamento fiduciario*, 369

ELISABETTA RIGHINI, *Le società fiduciarie e la fiducia nell'ambito del diritto dei mercati finanziari*, 393

THOMAS TASSANI, *La fiducia e il trust nel sistema fiscale italiano*, 417

PAUL MATTHEWS, *Il trust di civil law visto da un common lawyer*, 425

ISTVÁN SÁNDOR, *Different Types of Trust. Like Regulations in Eastern Europe – A Comparison*, 437

FRANCESCO SCHURR, *Gli affidamenti fiduciari nel diritto civile: il caso del Liechtenstein*, 471

CECILIA ASCANI, GABRIELE MARRA, *Profili penalistici dei negozi fiduciari di scopo*, 495

ANTONIO GAMBARO, *Considerazioni finali*, 515

Direttore responsabile: Vilberto Stocchi

Comitato scientifico: Laura di Bona, Marco Cangiotti, Licia Califano, Gabriele Fattori, Lanfranco Ferroni, Henry Frendo, Luigi Garofalo, Giuseppe Giliberti, Enrico Ginevra, Guido Guidi, Giulio Illuminati, Andrea Lovato, Luigi Mari, Gabriele Marra, Remo Martini, Lucio Monaco, Paolo Pascucci, Thomas Tassani

Redazione: Victor Crescenzi, Anna Maria Giomaro

Direzione e redazione: Facoltà di Giurisprudenza, Via Matteotti 1, 61029 Urbino Tel. 0722 303250

Autorizzazione presso il Tribunale di Urbino del 22 Settembre 1950 n. 24

La pubblicazione della rivista ha avuto inizio dal 1927

Stampa: Arti Grafiche Editoriali Srl, Urbino

ANNO LXXXIII - 2015

NUOVA SERIE A - N. 66 unico

STVDI VRBINATI

DI SCIENZE GIURIDICHE, POLITICHE ED ECONOMICHE



FIDUCIA, TRUSTS, AFFIDAMENTI
UN PERCORSO STORICO-COMPARATISTICO
(a cura di MARIA LUISA BICCARI)



1506
UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI URBINO
CARLO BO



DIGIUR
DIPARTIMENTO DI
GIURISPRUDENZA

Dalla fiducia (attraverso il trust) verso gli affidamenti



"Nos esse quasi nanos,
gigantium humeris insidentes"
(Bernardo di Chartres, - 1126)

"If I have seen further it is by
standing on ye shoulders of giants"
(Isaac Newton, 1642 - 1727)

Urbino

16 e 17 Ottobre 2014

16 Ottobre

Programma

17 Ottobre

09:00 Apertura dei lavori e indirizzi di saluto

LE RADICI ROMANISTICHE

I SESSIONE 09:30 - 11:30 **Presiede Luigi Garofalo**

RICCARDO FERCIA (Università di Cagliari)
«Negozio fiduciario, trust, categoria generale di contratto»

PAOLA LAMBRINI (Università di Padova)
«Il negozio fiduciario e la sua causa»

NICOLA LUISI (Università di Trento)
«Ipotesi sull'origine romanistica del trust e degli affidamenti fiduciari»

Coffee break

II SESSIONE 11:45 - 13:15 **Presiede Arrigo Manfredini**

PIERFRANCESCO ARCES (Università del Piemonte Orientale)
«La rilevanza della componente fiduciaria nelle disposizioni mortis causa nel diritto romano arcaico e classico»

FEDERICA BERTOLDI (Università di Roma Tre)
«L'heres fiduciarius nella prospettiva storico-comparatistica»

FRANCESCA TERRANOVA (Università di Palermo)
«Il ruolo del *familiae emptor* nel *testamentum per aes et libram*»

FIDUCIA E FIDUCIE: DALL'ESPERIENZA ROMANA ALL'ETÀ INTERMEDIA

I SESSIONE 14:30 - 17:00 **Presiede Paola Lambrini**

ARRIGO MANFREDINI (Università di Ferrara)
«Il fedecommesso e la protezione dei beni culturali»

LUIGI GAROFALO (Università di Padova)
«Fiducia e proprietà temporanea»

FERDINANDO TREGGIARI (Università di Perugia)
«Prassi e diritto delle ultime volontà fiduciarie nell'età intermedia»

CATERINA BONZO (Università di Torino)
«Comandare oltre la morte (L.A. Muratori): gli ultimi due secoli del fedecommesso in Italia»

Coffee break

II SESSIONE 17:15 - 19:15 **Presiede Luigi Mari**

MARCO VENTURA (Università di Siena, Katholieke Universiteit Leuven)
«Diritto canonico e trust anglosassone: la reciproca influenza»

MIKE MACNAIR (Oxford University)
«Development of uses and trusts: contract or property, and European influences and images»

LE FIDUCIE E GLI AFFIDAMENTI NEL DIRITTO ITALIANO

I SESSIONE 09:30 - 11:30 **Presiede Antonio Gambaro**

MICHELE GRAZIADEI (Università di Torino)
«Fiducia e trust in Italia»

GUSTAVO VISENTINI (Università LIUSS Guido Carli)
«Il mandato fiduciario»

ENRICO GINEVRA (Università di Bergamo)
«Dal contratto al rapporto fiduciario»

Coffee break

II SESSIONE 11:45 - 13:15 **Presiede Gustavo Visentini**

MICHELE CATTANEO (Presidente Asafiduciaria)
«Il bisogno di nuovi strumenti fiduciari nella pratica»

ANDREA VICARI (ITP Cert (Harvard), SJD (Cornell))
«Il contratto di affidamento (fiduciario) nel diritto italiano»

ELISABETTA RIGHINI (Università di Urbino)
«Il contratto delle società fiduciarie nell'ordinamento italiano»

THOMAS TASSANI (Università di Urbino)
«La fiducia e il trust nel sistema fiscale italiano»

LE FIDUCIE E GLI AFFIDAMENTI NEL DIRITTO COMPARATO

I SESSIONE 14:30 - 18:00 **Presiede Enrico Ginevra**

PAUL MATTHEWS (King's College London)
«Il trust di civil law visto da un common lawyer»

ISTVÁN SÁNDOR (Università Budapestensis de Ronando Edvös nominata)
«Gli affidamenti fiduciari nel diritto civile (I): il caso dei Paesi dell'Est Europeo»

FRANCESCO A. SCHURR (Università Liechtenstein)
«Gli affidamenti fiduciari nel diritto civile (II): il caso del Liechtenstein»

ANTONIO GAMBARO (Università di Milano)
Relazione di sintesi

DIBATTITO 18:00 - 19:00

Tutte le sessioni si terranno presso l'Aula Magna del
Dipartimento di Giurisprudenza - Via Matteotti 1, Urbino
INGRESSO LIBERO PREVIA ISCRIZIONE

con il patrocinio di



con il contributo di



Iscrizione gratuita tramite email a
dallefiducieagliaffidamenti@uniurb.it

Informazioni, alberghi convenzionati e crediti su
www.uniurb.it/giurisprudenza

Una pagina fuori testo

Sulla scia di un interesse per il fenomeno *trust* che si esprime particolarmente negli studi professionali e nelle aule della giustizia, e che anche recentemente ha avuto la sua parte nei banchi degli esami per uditore giudiziario, il Convegno organizzato a Urbino dal Dipartimento di Giurisprudenza, «Dalla *fiducia* (attraverso il *trust*) verso gli affidamenti» vuole proporre una riflessione scientifica su un fenomeno che, nato sotto i segni e i criteri della *common law*, sta prendendo sempre più piede anche nel mondo della *civil law*.

Il percorso che il Convegno propone attraverso i diversi interventi è un percorso storico comparatistico che si dipana sia sotto l'aspetto diacronico sia sotto quello della sincronia.

L'intendimento è quello di riflettere circa le origini del rapporto di fiducia, valutandone la possibilità fin dalle radici romane, per poi interrogare sul punto quella scienza giuridica da cui ha tratto sviluppo la attuale civiltà del diritto. Le relazioni, tenute da valorosi studiosi che si sono occupati a lungo e che tuttora si stanno occupando del tema, affrontano le problematiche basilari del fenomeno.

Nella prima parte della mattinata di apertura del Convegno, il 16 ottobre, il tema da affrontare sarà quello della configurabilità nell'esperienza giuridica romana di una "fiducia" in senso moderno (considerando le diverse applicazioni della *fiducia* romana, dalla tutela al testamento, dal matrimonio al pegno e al deposito, ecc.) sia pure per contestarla e rifiutarla (Fercia, Univ. di Cagliari, «*Negozio fiduciario, trust, categoria generale di contratto*»). E particolare attenzione sarà prestata al tema della causa (Lambrini, Univ. di Padova, «*Il negozio fiduciario e la sua causa*»), ovvero della mancanza di una causa, che costituisce certamente l'argomento determinante di ogni perplessità circa un riconoscimento del fenomeno nei paesi di *civil law*, in quanto potrebbe aprire la strada sia a obiezioni di nullità sia a preoccupazioni relative alle azioni di riduzione o azioni revocatorie. Per chiudere con il quadro generale sulle «*Ipotesi sull'origine romanistica del trust e degli affidamenti fiduciari*» (Luisi, Univ. di Trento).

Nella seconda parte della mattinata sarà considerato in particolare il rapporto che si creava nel mondo romano fra il fiduciante ed il fiduciario e l'obbligo di lealtà che impegnava quest'ultimo di fronte al primo. I tre interventi previsti in particolare puntano l'attenzione sugli atti *mortis causa* e quindi sulla possibilità di riconoscere nel mondo romano le radici di una preoccupazione moderna verso la gestione del patrimonio e la funzione "programmatica" che un fenomeno *trust* potrebbe avere («*La rilevanza della componente fiduciaria nelle disposizioni mortis causa del diritto romano arcaico e classico*», Arces, Univ. del Piemonte Orientale; «*L' 'heres fiduciarius' nella prospettiva storico-comparatistica*», Bertoldi, Univ. di Roma Tre; «*Il ruolo del familiae emptor nel testamentum per aes et libram*», Terranova, Univ. di Palermo).

Nel pomeriggio del giorno 16 il tema centrale appare quello della preoccupazione "programmatica" che può essersi risolta in vario modo dall'esperienza romana attraverso i secoli. L'attenzione si rivolge così alle possibilità offerte («*Il fedecommissio e la protezione dei beni culturali*», Manfredini, Univ. di Ferrara; «*Fiducia e proprietà temporanea*», Garofalo, Univ. di Padova); il tutto anche attraverso l'insegnamento giuridico dell'età intermedia cui dà voce Ferdinando Treggiari, Univ. di Perugia, «*Prassi e diritto*

delle ultime volontà fiduciarie nell'età intermedia», e, per i fedecommissi, Caterina Bonzo, Univ. di Torino, «*Comandare oltre la morte*» (L.A. Muratori): *gli ultimi due secoli del fedecommissio in Italia*».

L'ulteriore definitivo passaggio al mondo moderno è sintetizzato nelle relazioni di Marco Ventura (Univ. di Siena e Katholieke Universiteit Leuven, «*Diritto canonico e trust anglosassone: la reciproca influenza*»: un aspetto, quello dell'influenza del diritto canonico, che non aveva trovato voce finora in Italia), e di Mike MacNair (Oxford Univ., «*Development of uses and trusts: contract or property, and European influences and images*»).

La giornata del 17 ottobre è dedicata agli aspetti sincronici del percorso di comparazione che il Convegno vuole proporre, con particolare attenzione rivolta alle realtà ed alle prospettive del diritto italiano attuale. La discussione si arricchisce della voce di esperienze d'oltr'alpe, quali quella di István Sándor, di Francesco A. Schurr, di Paul Matthews.

Il tema specifico diventa quello dell'affidamento fiduciario. Come si rileva da recentissima dottrina “il contratto di affidamento fiduciario esalta le potenzialità del diritto civile, anche alla luce della nostra storia giuridica, e si propone quale antagonista rispetto al *trust*”. Una innovativa analisi del negozio fiduciario in Italia, fondata sulle sentenze della Cassazione, può forse condurre alla individuazione di una struttura fruibile per una assoluta varietà di funzioni (dove ancora si riaffaccia il problema della causa) anche senza necessità di riforma legislativa? Non si pretende di dare una risposta, ma di contribuire a porre le basi teoriche e riproporre talune delle problematiche relative alle numerose applicazioni pratiche nei più diversi campi.

Nella mattinata, con le relazioni di base di Enrico Ginevra, Univ. di Bergamo, «*Dal contratto al rapporto fiduciario*», e di Gustavo Visentini, Università LUISS Guido Carli, «*Il mandato fiduciario*», saranno prese in esame le due direzioni del rapporto fiduciario, la fiducia appunto (o piuttosto le *fiducie*) e gli affidamenti, per approdare alle applicazioni del *trust* in Italia e ai principali problemi che tali applicazioni possono suscitare nella pratica (Righini, Univ. di Urbino, «*Il contratto delle società fiduciarie nell'ordinamento italiano*»; Tassani, Univ. di Urbino, «*La fiducia e il trust nel sistema fiscale italiano*»).

Dopo la pausa, nel pomeriggio, l'occhio si volgerà a valutare in particolare il tema degli affidamenti con particolare attenzione alla comparazione fra esperienze giuridiche diverse (Vicari, ITP Cert – Harvard, SJD – Cornell, «*Il contratto di affidamento fiduciario nel diritto italiano*»; Sándor, Universitas Budapestiensis de Ronando Eötvös nominata, «*Gli affidamenti fiduciari nel diritto civile: il caso dei Paesi dell'Est Europeo*»), per poi arricchirsi di un confronto fra il punto di vista di studiosi di *civil law* (Schurr, Universität Liechtenstein, «*Trust Treuhand in un paese di civil law: il caso del Liechtenstein*»; Graziadei, Univ. di Torino, «*Il trust di common law visto da un civil lawyer*») e di *common law* (Matthews, Dickson Poon School of Law - King's College London, «*Il trust di civil law visto da un common lawyer*»).

Non poteva essere che la maestria di Antonio Gambaro a siglare con la sua «*Relazione di sintesi*» la chiusura del Convegno.

(amg)

ANNA MARIA GIOMARO

MINIME SU D. 36,1,80,1 DI SCEVOLA IN TEMA
DI FEDECOMMESSO E DI FIDUCIA: IPOTESI DI UN TRUST?

Presentazione del Convegno¹

Per una ricostruzione dei principi che regolano e sostengono il fenomeno del trust, sia in vista di una sua configurazione anche solamente storica, sia per fondare più concretamente nella legislazione nostra e altrui una sua disciplina, certamente gli elementi da considerare già a partire dal diritto romano sono in pratica due, e cioè da un lato la *fiducia*², nei suoi fondamenti e nei suoi vari aspetti, dall'altro il fedecommesso, che – lo si può ben dire – alla *fiducia* fa capo³.

¹ In luogo di trascrivere qui le mere parole introduttive dei lavori del Convegno, con i luoghi comuni dei saluti, dei ringraziamenti, dell'astratta illustrazione relativa all'organizzazione scientifica delle due giornate di studio (l'una dedicata alle radici romane e alle evoluzioni del diritto intermedio e moderno; l'altra dedicata agli aspetti sostanziali del diritto positivo attuale e alle problematiche che il trust propone nella comparazione fra ordinamenti giuridici diversi nei paesi di common law e di civil law) riterrei più consentaneo sviluppare, in breve, il tema che è stato centrale di quella *Premessa*, la quale voleva introdurre alla trattazione del trust non solo dando testimonianza dell'attualità di esigenze (oggi coperte tramite trust) anche nel mondo più antico, ma altresì proponendo subito, in sintesi, i due istituti (fenomeni?) che dalla remota antichità romana possono dirsi ricollegati o ricollegabili col trust, la *fiducia* e il *fideicommissum*.

² Com'è noto la *fiducia* (istituto? contratto? modalità applicata al contratto? altro?) trae la sua consistenza dalla testimonianza gaiana in particolare relativa all'antica forma di testamento della *mancipatio familiae* (Gai 2,102-108: in pratica un affidamento mancipatorio del proprio patrimonio ad un fiduciario *familiae emptor* che l'avrebbe poi ritrasferito alle persone designate dal *mancipio dans* testatore), e ai due atti che si intendono precursori dei contratti di deposito (la *fiducia cum amico*; Gai. 2,59-60) e del pegno (la *fiducia cum creditore*; Gai. *ibidem*). Per una base testuale cfr. F. BERTOLDI, *Alcune osservazioni sulla fiducia nella letteratura romanistica*, in *Le situazioni affidanti* (a cura di M. Lupoi), Milano 2006, p. 101 ss.

³ Giambattista Impallomeni lo definisce “una disposizione informale fondata

Non entro ora nel merito del discorso se la *fiducia* sia un contratto, in particolare inquadrabile nella categoria dei contratti reali⁴, o se non lo sia; se e come si possa configurare un rapporto fra fiduciante e fiduciario, in particolare alla luce del formulario dell'*actio fiduciae*⁵, che impegni

sulla *fides* con la quale a un qualsiasi beneficiario *mortis causa* viene imposta a favore di altri una determinata prestazione" (IMPALLOMENI, *Prospettive in tema di fedecommissio*, in *Conferenze romanistiche*, II, Milano, 1967, p. 278, ora in *Scritti di diritto romano*, Padova, 1996, p. 154). In seguito al suo riconoscimento giuridico (a partire dall'età di Augusto e in particolare dalle vicende africane di Lucio Lentulo), il rapporto fra erede e fedecommissario venne regolato come nel *legatum partitionis* nel senso che chi riceveva l'eredità si trovava nella posizione di acquirente dell'eredità, *nummo uno* come dice Gai. 2,252, con annesse reciproche *stipulationes emptae et venditae hereditatis*, che permettevano al fedecommissario di riscuotere i crediti e lo costringevano a rispondere dei debiti (cfr. L. DESANTI, *La sostituzione fedecommissaria*, Torino 1999, *passim*, e, ai fini del presente Convegno, si veda in particolare l'Appendice dedicata a *La sostituzione fedecommissaria nel diritto italiano*, p. 193 ss.; GIODICE-SABBATELLI, *La tutela giuridica dei fedecommissi fra Augusto e Vespasiano*, Bari, 1993, p. 49 ss.; ID., *Fideicommissorum persecutio; contributo allo studio delle cognizioni straordinarie*, Bari, 2001, *passim*).

⁴ Si veda per tutti R. SCEVOLA, *Negotium mixtum cum donatione*, Padova 2008, p. 89 ss. in part. le ntt. 17 ss. da p. 95 (ed ivi bibliografia).

⁵ Nella ricostruzione della formula dell'*actio fiduciae* così come presentata dalla dottrina (ancorchè si parli solamente della *fiducia cum creditore*, e indipendentemente dalla contrapposizione fra quanti propongono la presenza di una *demonstratio* seguita da *intentio incerta*, come già aveva suggerito il Grosso, e quanti, sulle linee già tracciate dal Lenel, preferiscono pensare ad un'*intentio certa* del tipo *si paret*) vanno comunque segnalate alcune espressioni significative, e da tutti accettate, quali il *fiduciae causa* (o meglio il *fidei fiduciae causa* riportato nella formula *Baetica*) che qualifica e connota il passaggio di proprietà effettuato attraverso un *mancipio dare*, e la frase *ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione* (= così come è doveroso che si agisca per bene tra uomini onesti e senza frode).

<p>*** dal BURDESE, <i>rec.</i> a N. Belloci, <i>La struttura della fiducia. II. Riflessioni intorno alla forma del negozio dall'epoca arcaica all'epoca classica del diritto romano</i>, Napoli 1983, in IURA 34, 1983, p.</p>	<p>*** dal NOORDRAVEN (<i>Die fiducia im römischen Recht</i>, in Index 18, 1990, p. 249 s.) Quod A.As. N.No. <u>fidei fiduciae causa fundum quo de agitur mancipio dedit</u>, quam ob rem</p>	<p>*** dal MANTOVANI (<i>Le formule del processo privato romano</i>, Padova 1999, p. 59 s.) Si paret A.Am. N.No. <i>fundum de quo agitur ob pecuniam debitam fiduciae causa mancipio de-</i></p>
---	---	--

il fiduciario al comportamento che il fiduciante gli richiede in fiducia; se il trasferimento delle *res* (beni, patrimonio, ecc.) valga a costituire in capo al fiduciario un diritto di proprietà temporaneo⁶; ecc.⁷

Né voglio soffermarmi sopra le tematiche dell'origine, della disciplina e delle vicende che hanno accompagnato lo sviluppo del fedecompresso⁸.

In questa sede la fiducia e il fedecompresso entrano in quanto possono rappresentare le radici di quel fenomeno recente di origine anglosassone, ma di estensione mondiale che è il trust⁹.

178 ss., *Quod A.As. N.No. hominem Stichum (o fundum Capenatem) fiduciae causa mancipio dedit, qua de re agitur, quid quid ob eam rem a N.No. ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione, eius iudex N.Nm. A.Ao. condemnato*

ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione, quidquid ob eam rem N.Nm. A.Ao. dare facere praestare oportet, eius iudex N.Nm. A.Ao. condemnato

disse eamque pecuniam solutam eove nomine satisfactum esse aut per N.Nm. stetisse quo minus solveretur eumque fundum redditum non esse negotiumve ita actum non esse ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione, quanti ea res erit tantam pecuniam iudex N.Nm. A.Ao. condemnato

⁶ Uno dei problemi più incidenti in tema di trust è appunto quello che si presenta al giurista soprattutto di civil law di configurare un diverso "tipo" di proprietà rispetto a quello cui è abituato a pensare (fra l'altro in un'ottica di "tipicità dei diritti reali"; nonché di tassatività degli atti soggetti a trascrizione; cui si aggiunge da parte della dottrina più recente l'interferenza con i principi di cui all'art. 2740 c.c. che vuole che "il debitore <leggi: il fiduciario> risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri"): una proprietà limitata, in quanto resa temporanea dalla presenza di vincoli fiduciari che incidono sulla "tradizionale" perpetuità del diritto, in quanto obbligano il proprietario-fiduciario a usare del bene per un determinato scopo, e a ritrasferirlo al fiduciante o a un terzo. Ne consegue che la proprietà del fiduciario ha il carattere della provvisorietà, è "segregata", strumentale rispetto al soddisfacimento di un interesse di un soggetto diverso da chi ne è temporaneamente titolare, cioè il fiduciante o un terzo.

⁷ Elementi tutti, questi – ed altri –, che saranno illustrati, e con più fondata dottrina di quanto potrei fare io, dai lavori di questo Convegno.

⁸ Se ne dirà ampiamente nelle pagine che seguono.

⁹ Già la Convenzione dell'Aja del 1985, sulla legge applicabile ai *trusts* e al loro riconoscimento, è chiara prova dell'interesse che tutti i paesi dell'area europea,

Un testo che li rappresenta entrambi ed è esemplare ai nostri fini è D. 36,1,80,1 di Scevola:

<p>D. 36,1,80,1 (Scaevola 21 <i>digestorum</i>)</p> <p>1. Maevia duos filios heredes reliquerat et eodem testamento ita cavit: “Fidei autem heredum <heredem> meorum committo, uti omnis substantia mea sit pro deposito sine usuris apud Gaium Seium et Lucium Titium, quos etiam, si licuisset, curatores substantiae meae dedissem remotis aliis, ut hi restituant nepotibus meis, prout quis eorum ad annos viginti quinque pervenerit, pro portione, vel si unus, ei omnem”. Quaesitum est, an fideicommissum praestari a scriptis heredibus Lucio Titio et Gaio Seio debeat. Respondit secundum ea quae proponerentur Lucium Titium, item Gaium Seium fideicommissum petere non posse.</p>	<p>D. 36,1,80,1 (Scaevola 21 <i>digestorum</i>)</p> <p>Mevia aveva lasciato eredi i due figli e così aveva stabilito: “Mi affido alla lealtà dei miei eredi affinché tutto il mio patrimonio sia messo in deposito senza interessi presso Gaio Seio e Lucio Tizio (i quali, se fosse stato lecito, avrei nominati curatori del patrimonio stesso, tolti via tutti gli altri), in modo che costoro lo restituiscano ai miei nipoti, quando ciascuno avrà raggiunto i venticinque anni, in parti uguali se saranno più di uno, o tutto quanto se sarà uno solo”. Si chiede se gli eredi debbano prestare il fedecom-messo a Gaio Seio e Lucio Tizio. Risponde che, sulla base di quanto riferito, Lucio Tizio e Gaio Seio non possono esigere il fedecom-messo.</p>
--	---

in particolare quelli di tradizione romanistica, stavano dimostrando o avevano già dimostrato verso questo nuovo strumento del diritto civile e commerciale. Francia, Svizzera, Lussemburgo, Liechtenstein, Spagna, ma anche Russia, e Cina, e Paesi dell’America Latina, prima o dopo hanno aperto in qualche modo la propria legislazione ad accogliere norme che, se non recepivano pedissequamente l’istituto del trust anglosassone, tuttavia venivano a patti con esigenze di negozi fiduciari e patrimoni separati (e/o segregati), in quanto indispensabili nell’economia civile e commerciale moderna (all’analisi di queste diverse realtà dovrebbe indirizzarsi il Simposio che si sta progettando da parte della “Corte per il trust e i rapporti fiduciari” di San Marino per il prossimo anno, con titolo che riprende un’affermazione di F.W. MAITLAND (*Selected Historical Essays*, 1936, ora in ID., *State, trust and corporation*, Cambridge 2003, p. 52), «‘Il trust è il massimo e il più significativo risultato della civiltà giuridica inglese’. Può il diritto civile fare meglio?»).

È il caso di considerare subito la situazione che il giurista romano ci rappresenta e la soluzione che prospetta.

Innanzitutto si deve dire che il passo propone in realtà al lettore moderno due problemi. L'uno è quello che appare scandito – com'è di solito nella letteratura dei *responsa* giurisprudenziali – dal *quaesitum est* (*quaesitum est, an fideicommissum praestari a scriptis heredibus Lucio Titio et Gaio Seio debeat*), ed è problema che coinvolge tutta la validità della costruzione giuridica precedentemente descritta dal testo. L'altro è il problema che salta più immediatamente agli occhi, e che pure potremmo qualificare come “implicito”, perché, in realtà, già risolto nella pratica dell'episodio, nell'intelaiatura di rapporti giuridici con cui la testatrice Mevia ha (già) provveduto a regolamentare le sue ultime volontà procedendo alla “programmazione” della gestione del proprio patrimonio per il futuro.

La “costruzione” di Mevia (che sarà valutata negativamente da Scevola, ma comunque è stata sicuramente suggerita anch'essa da un giurista) prevede la combinazione di vari istituti giuridici:

- una istituzione di erede nelle persone degli eredi legittimi, i due figli;
- un fedecommissso rivolto a quegli stessi figli, evidentemente nella piena e sicura certezza di essere ubbidita (*Fidei autem heredum <heredem> meorum committo, ut*): decisione, questa, che può essere stata presa da Mevia evidentemente sotto la spinta di due considerazioni, cioè 1) una presa di coscienza della incapacità (o della indegnità)¹⁰ degli stessi figli, e 2) la proiezione delle proprie responsabilità nei confronti della famiglia anche al di là del proprio arco di vita, verso quel nipote o quei nipoti per i quali la stessa Mevia teme l'abbandono;

- un deposito “contrattuale”, che è oggetto del fedecommissso e ha per suo contenuto l'intero patrimonio, da farsi da parte dei due eredi nei confronti di due amici di fiducia, Lucio Tizio e Gaio Seio;

- la imposizione ai due depositari dell'impegno di “*restituere nepotibus meis*” ad una determinata data, imposizione che, pur provenendo dalla volontà della testatrice, deve essere richiesta contrattualmente dagli eredi.

Si tratta, evidentemente – se dovessimo classificare il caso secondo le categorie dell'oggi – di un trust di programmazione¹¹.

¹⁰ Sia pure senza connotati giuridici.

¹¹ Una prima classificazione dei trust, molto ampia e generica, potrebbe distinguere fra trust liberale (finalizzato ad esigenze personali o familiari del disponente), e trust commerciale (utilizzabile per assolvere esigenze imprenditoriali); o, da

Sgombriamo subito il campo da un'obiezione cui la stessa testatrice cerca in qualche modo di dare risposta. Proponendo Lucio Tizio e Gaio Seio quali depositari del suo intero patrimonio per i futuri nipoti, Mevia afferma che *si licuisset, curatores substantiae meae dedissem remotis aliis*. Mevia dimostra un'estrema fiducia nei confronti dei due amici futuri depositari, e, da quel che dice, si evince che deve aver provato, chiedendone al giurista, di consegnare direttamente a loro la gestione del patrimonio mediante una nomina a curatori: ma quella strada – le è stato detto – è impercorribile accanto alla istituzione di erede nella persona dei figli e con le sperate proiezioni future¹².

Non è da fare discorsi qui circa la figura dell'esecutore testamentario, che, come tradizionalmente riconosciuto, nelle forme e con le caratteristiche che gli conferisce il nostro ordinamento, è figura che non esiste nel diritto romano¹³.

diversa prospettiva, fra trust interno (che ha beni, sede, residenza dei beneficiari, amministrazione principalmente in Italia) e trust esterno (nel caso inverso); o ancora fra trust revocabile (in pratica un mandato, dal momento che il disponente lo può far cessare a sua discrezione) e trust irrevocabile; fra trust "di scopo" (quando ci si riferisce al perseguimento di un determinato fine, come, per es. nel caso di trust istituito per garantire il deposito del prezzo di una compravendita), e trust "con beneficiario" (e può trattarsi di "beneficiari del reddito", cui sono destinate le utilità dei beni del trust, oppure di "beneficiari del patrimonio" o "finali", e cioè dei beni che verranno devoluti al termine del trust). Ma una classificazione più concreta tiene conto delle diverse finalità per le quali è opportuno ricorrere a questo istituto (cfr. M. LUPOI, *La struttura giuridica dei trust e le loro tipologie*, in *Introduzione ai trust e profili applicativi*, a cura di S. Buttà, Milano 2002, p. 20 ss.). Si avranno allora di volta in volta

- trust immobiliari
- trust per disabili
- trust di famiglia o di programmazione
- trust societari
- trust di garanzia, ecc.

¹² Il passo era stato da me inserito nel testo del corso delle lezioni per l'anno 2005, sotto la sezione dedicata alle "Successioni", e col titolo di "Esecutore testamentario" (cfr. GIOMARO A.M., BRANCATI C., *Percorsi guidati e metodologia di analisi giuridica*, Fano 2005, p. 178 ss.).

¹³ Mi piace in questa sede riportare le parole dell'urbinate Secondo MERIGGIO-LI (un avvocato e professore dell'Università di Urbino attivo fra la prima e la seconda metà dell'Ottocento – su cui A.M. GIOMARO, P. DE CRESCENTINI, *Atti e difese fo-*

Consideriamo innanzi tutto il problema cui la testatrice Mevia ritiene di rispondere con quella “bella architettura”, cioè la programmazione patrimoniale della propria sfera giuridica a favore dei nipoti. Mevia, evidentemente, è scontenta dei figli e non si fida delle loro capacità di gestione; non vuole, però, avvilirli pubblicamente con una diseredazione, che, oltre tutto, potrebbe anche, forse, prestare il fianco ad una possibile impugnazione¹⁴. Di conseguenza, secondo le regole della successione, li nomina suoi eredi. A questi eredi rivolge però una richiesta fedecommissaria “universale”: che, cioè, trasferiscano tutto il patrimonio ereditario a Lucio Tizio e Gaio Seio

rensi nel Tribunale Urbinate dell'Ottocento. Secondo Meriggioli, in «Studi Urbinati» 2010, Nuova Serie A n. 61 (Breve traccia per una storia dell'avvocatura urbinata), p. 183 ss. – «reputiamo opportuno il ripetere anch'oggi, che l'esecutore testamentario, essenzialmente diverso dall'erede, ha a riguardarsi come un mandatario, il quale perciò né in giudizio, né fuori opera legittimamente, allorchè esce dalla cerchia del mandato. La difesa dell'Ottaviani facevasi a ricercare l'esecutore testamentario nel Diritto Romano puro. In cui non s'apponeva al vero, dappoichè tale istituzione è dovuta alla Giurisprudenza degli interpreti dei bassi tempi. Adduciamo la testimonianza del Presidente del Senato Imperiale di Francia Sig. di Troplong: Il Diritto Francese che tante cose deve al Diritto Romano in tutto quanto concerne la materia dei testamenti, non gli va punto debitore della istituzione degli esecutori testamentarii, la quale invece fu creata dagli usi dei nostri avi, e dalle nostre più vetuste consuetudini, per assicurare con maggior forza e stabilità la volontà del testatore. Non che i Romani non avessero prese precauzioni per garantire dalla ingratitudine de' loro eredi la legge suprema del testamento, a cui tanta importanza affiggevano. Essi l'avevan posta sotto l'egida del pubblico interesse – Publice enim expedit suprema hominum judicia exitum habere L. 5 ff Testam : quomod : aper. E Giustiniano nel metter l'ultima mano alla Giurisprudenza Romana aveva pronunziata con la Novella I Cap. I la pena di privazione e d'indegnità inverso gli eredi refrattarii che ricusassero di eseguire la volontà dei testatori, dopo esserne stati interpellati, deferendo contro le regole generali l'eredità a semplici legatarii particolari, i quali si obbligassero a dar sicurtà della esecuzione delle ultime volontà. – Diritto civile spiegato secondo l'ordine del Codice. Donazioni tra vivi e testamenti. §. 1990 ».

¹⁴ Sul punto della diseredazione e delle possibili impugnazioni da parte dei diseredati (la *querela inofficiosi testamenti*) si veda ora D. DI OTTAVIO, *Ricerche in tema di querela inofficiosi testamenti*, I, *Le origini*, Napoli 2012, *passim* (per una rassegna bibliografica cfr. ID., *Una bibliografia ragionata in tema di 'querela inofficiosi testamenti': schede di lettura*, in «Scritti di storia del diritto e bibliografia giuridica offerti a G. Bonfanti», Macerata 2012, p. 81 ss.).

in deposito a titolo assolutamente gratuito (*sine usuris*)¹⁵. A loro volta, però,

¹⁵ Poiché il deposito è per sua natura un contratto gratuito (e per quanto non si possano trascurare ipotesi in cui sarebbero stati disposti anche degli interessi per il deponente; come, per esempio nel caso di D. 16,3,24 di Papiniano: *contra bonam fidem et depositi naturam est usuris ab eo desiderare temporis ante moram, qui beneficium in suscipienda pecunia dedit. Si tamen ab initio de usuris praestandis convenit, lex contractus servabitur*), il *sine usuris* di cui qui si dice credo voglia far cenno al contenuto del diritto trasferito ai depositari e ai poteri loro attribuiti col deposito fiduciario: problema sul quale, peraltro, non ritengo di dovermi soffermare. Silvia Spina (S. SPINA, *La successione testamentaria nei responsa di Scevola*, Milano 2012, p. 226 ss., e in part. p. 248 nt. 236), sottolineando da un lato la sostanziale gratuità del deposito, e dall'altro la previsione di interessi (di volta in volta da conferire o da non conferire) aggiunge in nota al passo che abbiamo in esame, ma coinvolgendovi anche altri casi) che «al depositario il denaro è depositato con un vincolo fiduciario che comprende anche il pagamento degli interessi ... Si tratterebbe di un onere che non può essere collegato al deposito, il quale è esattamente qualificato come gratuito, e parrebbe piuttosto assumere le caratteristiche di una tutela. In un simile rapporto, il valore del capitale pupillare deve essere impiegato in maniera fruttifera, < segue il confronto-contrapposizione con forme di tutela >... mentre chi succeda nella posizione del tutore dovrà essere protetto dall'incremento degli interessi attraverso un'esplicita previsione di gratuità».

Non penso che si possa generalizzare: che la disposizione che si richiama al deposito abbia valore programmatico (per l'organizzazione di parte del proprio patrimonio; per l'amministrazione dello stesso; per la sua destinazione futura) è indubbio, ma i vari casi sono – mi pare – molto diversi. In D. 31,88,10 il testatore ha ricevuto in deposito e stabilisce tramite fedecommissario che l'erede (il fedecommissario-erede) restituisca il denaro ricevuto, senza far parola degli interessi; in D. 32,37,5 il testatore ha ricevuto in deposito e stabilisce tramite fedecommissario che la somma sia restituita accresciuta degli interessi (dall'erede onerato del fedecommissario) alla persona designata dal deponente; in D. 34,3,28,8 il testatore ha dato in deposito una certa somma e stabilisce che l'erede non esiga dal depositario la restituzione (comunque senza gli interessi, che potrà dunque lucrare per sé), fintantoché il figlio non avrà compiuto i venti anni (dove si deve presumere che la restituzione del capitale dovrà essere fatta dal depositario a beneficio di quel figlio ventenne); in D. 36,1,80,1, il nostro caso, la testatrice affida agli eredi tramite fedecommissario di instaurare un rapporto di deposito fiduciario, senza interessi, nei confronti di Lucio Tizio e Gaio Seio fintantoché i nipoti non abbiano compiuto i venticinque anni, dovendosi presumere, in questo caso, che la restituzione del solo capitale dovrebbe esser fatta direttamente nei confronti di quei giovani. Non mi sembra, invece, che si tratti di deposito, neppure di “deposito aperto”, per i casi di concentrazione della responsabilità tutoria per morte di uno dei tutori di cui a D. 26,7,58.

Lucio Tizio e Gaio Seio dovranno essere impegnati a rendere l'intero patrimonio ai nipoti di Mevia.

Il quesito che è proposto al giurista Scevola è, si è detto, quello che riguarda la validità del fedecommissio: se, cioè, i due fedecommissari, in quanto tali, possano <abbiano diritto a> richiedere l'esecuzione del fedecommissio¹⁶.

E al quesito – e sull'immediato ne restiamo un poco sorpresi – Scevola dà una risposta negativa.

Vediamo di ricostruirne i motivi. Si consideri che in realtà Mevia fa qui uso per ben due volte e consecutivamente del rapporto fiduciario. La prima volta nella disposizione del fedecommissio che collega la testatrice ai suoi eredi (nonché figli) impegnandoli fiduciariamente ad eseguire le sue volontà. La seconda volta nella ideazione di un rapporto di deposito (evidentemente una *fiducia cum amico*)¹⁷ nei confronti di Lucio Tizio e Gaio

Come si vede si tratta di ipotesi diverse, in cui a fronte della commissione fiduciaria il contratto di deposito risulta in tutti i casi già concluso, e relativamente ad esso il testatore si preoccupa di regolamentare la restituzione. Non così in D. 36,1,80,1.

¹⁶ Il diritto del fedecommissario (beneficiario) nei confronti dell'erede (fiduciario) è introdotto in pratica, e regolato dal senatoconsulto Trebelliano in base al quale il pretore poté concedere azioni utili da e contro l'erede. Cfr. L. DESANTI, *Il fantasma del fedecommissio – Fedecommissio, fiducia testamentaria, sostituzione fedecommissaria*, in *Annali dell'Università di Ferrara*, 20(2006), p. 103 ss. e DESANTI, *Fedecommissio e protezione degli incapaci*, in *Annali dell'Università di Ferrara. Sezione Scienze Giuridiche*, 7(1993), p. 105 ss.; e ora P. ARCES, *La matrice genetica comune nell'introduzione del testamento librato e del fedecommissio*, in *Rivista di diritto romano* 2012 (ledonline).

¹⁷ A convincersene basta confrontare le parole di Scevola (*uti omnis substantia mea sit pro deposito sine usuris apud Gaium Seium et Lucium Titium*) con la descrizione della *fiducia cum amico* offertaci da Gaio 2.59-60: *Adhuc etiam ex aliis causis sciens quisque rem alienam usucapit. nam qui rem alicui fiducie causa mancipio dederit vel in iure cesserit, si eandem ipse possederit, potest usucapere anno scilicet, <etiam> soli si sit. quae species usucapionis dicitur ususreceptio, quia id, quod aliquando habuimus, recipimus per usucapionem. - Sed fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure, aut cum amico, quo tutius nostrae res apud eum sint, et siquidem cum amico contracta sit fiducia, sane omni modo competit ususreceptio; si vero cum creditore, soluta quidem pecunia omni modo competit, nondum vero soluta ita demum competit, si neque conduxerit eam rem a creditore debitor, neque precario rogaverit, ut eam rem possidere liceret; quo casu lucrativa ususcapio competit. Contra*

Seio impegnandoli fiduciariamente a ritrasferire ai nipoti nati e/o nascituri l'intero patrimonio avuto in deposito.

Mentre per quanto riguarda la prima disposizione fiduciaria, il fedecompresso, non mi sembra che ci siano da registrare difficoltà di rilievo¹⁸, un basilare ostacolo si erge contro la seconda e, dal momento che questa rappresenta il vero contenuto del *fidei heredum committo*, travolge con sé il fedecompresso stesso. Il rapporto di *fiducia*, come ci dice Gaio, e come è logico immaginare, doveva coinvolgere direttamente il "committente", fiduciante, e l'amico fiduciario: era, doveva essere, un rapporto personale, personalissimo, che mai più sarebbe potuto sorgere, per così dire, per interposta persona. Nel caso la testatrice può ben impegnare i figli eredi nei confronti del suo proprio patrimonio, ma deve trattarsi, come in ogni caso di fedecompresso, di un mero impegno comportamentale (consegnare un bene, trasferire l'intero patrimonio, liberare uno schiavo, ecc.)¹⁹; non può

Silvia SPINA colloca il passo in appendice ad altri (*La successione testamentaria* cit., p. 242 ss. e in part. *loc. cit.*) dai quali trae l'ipotesi della generale applicazione di un "deposito irregolare" il cui scopo risulterebbe quello «di realizzare una tutela in una forma simile a quella dei *Geschäftsführungsverhältnissen*» (con specifico richiamo al BÜRGE, *Fiktion und Wirklichkeit. Soziale und rechtliche Strukturen des römischen Bankwesens*, in ZSS 104, 1987, p. 538 ss.); e solo nella nota aggiunge, con fugace accenno ad un vincolo fiduciario, che «al depositario il denaro è depositato con un vincolo fiduciario che comprende anche il pagamento degli interessi ...». Invero l'intenzione espressa dalla testatrice che *si licuisset, curatores substantiae meae dedissem remotis aliis*, se da un lato sottolinea la convinzione che nelle mani di Lucio Tizio e Gaio Seio il patrimonio di Mevia potrà/potrebbe avere un positivo incremento, e documenta come la donna sia seriamente preoccupata circa la buona amministrazione dello stesso, dall'altro lato non autorizza a paragonare la posizione di un mero depositario obbligato a restituire anche le *usurae* con quella di un tutore, e nemmeno a dire che «in un simile rapporto, il valore del capitale pupillare deve essere impiegato in maniera fruttifera»: e in definitiva non mi sembra che ci siano elementi per concludere che in forza di tale onere la situazione «parrebbe piuttosto assumere le caratteristiche di una tutela», dove, al di là degli impegni di buona amministrazione, il rapporto personale – che in questi casi, tutti, è in assoluto mancante – assume una basilare rilevanza.

¹⁸ In sé, come possibilità di disposizione.

¹⁹ Gaio afferma che possono essere oggetto di fedecompresso le cose (beni) singole (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*); può

invece, come Mevia pretenderebbe, esigere da loro un impegno che direi psicologico di adesione: Lucio Tizio e Gaio Seio saranno amici e persone di fiducia per Mevia, ma Mevia non può imporre anche ai figli la stessa sicurezza che sorregge lei circa la loro amicizia e lealtà.

Di qui la nullità del rapporto di deposito fiduciario, e, di conseguenza, la nullità del fedecommissio.

essere oggetto di fedecommissio l'intero patrimonio ereditario o parte di esso (Gai. 2,250: *Cum igitur scripserimus: Lucius Titius heres esto, possumus adicere: Rogo te, Luci Titi, petoque a te, ut cum primum possis hereditatem meam adire, Gaio Seio reddas restituas. Possumus autem et de parte restituenda rogare*); o ancora la libertà (Gai. 2,263: *Libertas quoque servo per fideicommissum dari potest, ut vel heres rogetur manumittere vel legatarius*; Tit. 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*); altri singoli diritti (D. 2.15.8.5, Ulp. 5 de omn. trib.: ... *Idemque est et si per fideicommissum alimenta ad hoc legatario fuerint relicta*; D. 3.3.70, Scaev. 1 resp: ... *ipse decessit et per fideicommissum nomen debitoris titio reliquit*; D. 30,57, Ulp. 37 ad Sab.: *Si res obligata per fideicommissum fuerit relicta* ...; ecc.

RICCARDO FERCIA

NEGOZIO FIDUCIARIO, TRUST,
CATEGORIA GENERALE DI CONTRATTO*

Citando testualmente un noto volume di Maurizio Lupoi, si può certo dire che «non è vero che il *trust* sia un negozio fiduciario, come questa categoria è intesa nel nostro sistema giuridico; il *trust* è una forma di affidamento o in favore di terzi o per il raggiungimento di uno scopo, non necessariamente di origine volontaria, che in nessun caso naturalmente attribuisce a quello che noi vedremmo come “fiduciante” alcun diritto nei confronti di quello che noi vedremmo quale “fiduciario”. “Controparte” del *trustee* non è il disponente, mentre nel negozio fiduciario la controparte del fiduciario è il fiduciante: controparte del *trustee* sono i beneficiarii e, nei *trusts* senza beneficiarii, il soggetto legittimato ad agire contro il *trustee* per l’adempimento delle obbligazioni a carico di quest’ultimo»¹. Sempre citando Lupoi, quindi, «non è vero che la fonte del *trust* sia un contratto fra il disponente e il *trustee* come appare dal fatto che fonte del *trust* può essere il testamento e che in molti tipi di *trust* il disponente ... manca. Nel limitato campo dei *trusts* espressamente istituiti *inter vivos* alla base del *trust* sono due negozi e non uno: il negozio istitutivo e il negozio di trasferimento. Il primo, che propriamente dà origine al *trust*, è un negozio unilaterale in diritto inglese. Nulla impedisce che il diritto italiano ricostruisca quale contratto quel che nell’ordinamento di origine certamente non lo è»².

È questa la via che vorrei qui percorrere: verificare per quali vie il diritto

* Il testo riproduce – con la sola integrazione di un essenziale apparato di note – la relazione svolta il 16 ottobre 2014.

¹ M. LUPOI, *Trusts*², Milano, 2001, p. 5.

² M. LUPOI, *op. cit.*, p. 6.

italiano possa in ipotesi ricostruire quale contratto quel che nell'ordinamento di origine certamente non lo è.

Il primo passaggio di questa indagine impone di interrogare la storia, e con essa le radici romanistiche del nostro ordinamento, per valutare innanzitutto quale sia il nesso tra la categoria generale di contratto quale a noi oggi nota, e la *fiducia* romanistica³.

Un primo punto fermo, al riguardo, deve essere esplicitato: come noto, il diritto romano classico ignora la categoria generale di contratto, da ritenersi frutto delle riflessioni dei giuristi culti del Cinquecento francese, e delle conseguenti interazioni con la Seconda Scolastica, specie di area spagnola⁴. Semmai, il diritto romano conosce singole figure contrattuali tipiche, ed a determinate condizioni tende ad assicurare tutela anche a figure non corrispondenti ai tipi edittali.

È in questo quadro che ci dobbiamo domandare se i giuristi romani abbiano mai riconosciuto nella *fiducia* – nel termine '*fiducia*' – una figura contrattuale.

Fino alla seconda metà del secondo secolo, si direbbe di no: Gaio, nel secondo commentario delle sue Istituzioni⁵, considera la *fiducia* nell'ambito di un generico *contrahere*, e nel terzo, come sappiamo, non l'annovera tra le *obligationes re contractae*, di cui problematicamente ricorda solo il mutuo.

³ Di cui mi sono occupato in «*Fiduciam contrahere*» e «*contractus fiduciae*». *Prospettive di diritto romano ed europeo*, Napoli, 2012, *passim*. I contenuti della relazione sintetizzano in larga misura i risultati di questo lavoro: ad esso rinvio per un più puntuale riscontro della letteratura.

⁴ Cfr. I. BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto. Un problema dogmatico nella cultura privatistica dell'età moderna*, I, *Il Cinquecento*, Torino, 1997, *passim*, ed in particolare p. 203 ss.

⁵ Gai 2.59: *Adhuc etiam ex aliis causis sciens quisque rem alienam usucapit. nam qui rem alicui fiduciae causa mancipio dederit vel in iure cesserit, si eandem ipse possederit, potest usucapere anno scilicet, <etiam> soli si sit. quae species usucapionis dicitur ususreceptio, quia id, quod aliquando habuimus, recipimus per usucapionem. (60) Sed fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure, aut cum amico, quo tutius nostrae res apud eum sint, et siquidem cum amico contracta sit fiducia, sane omni modo competit ususreceptio; si vero cum creditore, soluta quidem pecunia omni modo competit, nondum vero soluta ita demum competit, si neque conduxerit eam rem a creditore debitor, neque precario rogaverit, ut eam rem possidere liceret; quo casu lucrativa usucapio competit.*

Le cose cambiano, a mio parere, a cavaliere tra il secondo ed il terzo secolo. È in questo momento che i giuristi romani cominciano a parlare della *fiducia* considerandola una figura contrattuale.

Nel passo di Papiniano confluito in D. 33.10.9.2⁶, e considerato riferibile alla *fiducia* sin dalle riflessioni di Cuiacio⁷, si fa ricorso alla *fides contractus* per interpretare la volontà testamentaria in un caso di legato di *supellex*: il testatore dispone della *supellex* qualificata come ‘*sua*’, vale a dire dispone di tutta la *suppellectile* di cui è proprietario, con l’esclusione di quella di cui è *dominus* a titolo di *fiducia*, sussistendo in tal caso un’obbligazione restitutoria trasmissibile agli eredi.

I riferimenti contenuti in due passi ulpiane sono indubbiamente più complessi.

Nel primo⁸, tratto dal l. 30 *ad edictum* che, secondo la nota ricostruzione del Lenel⁹, riguardava la *fiducia*, si discute della tutela spettante al creditore che, ottenuta l’assegnazione della garanzia in sede esecutiva, ne sia in un secondo momento evitto. È controverso, in dottrina, se la frase ‘*a contractu recessum*’ sia senz’altro riferibile alla *fiducia* – che dunque sarebbe percepita, anche in questa argomentazione, come una figura contrattuale –

⁶ Papin. 7 resp. (*de legatis*, 585 LENEL) D. 33.10.9.2: *Supellectili sua omni legata acceptum argentum [pignori] <fiduciae> non continebatur, [quia supellectilem suam legavit,] utique si non in usu creditoris id argentum voluntate debitoris fuit, sed propositum propter contractus fidem ac restituendae rei vinculum.*

⁷ Cfr. J. CUIACII *Commentaria in lib. Responsorum Æmilii Papiniani, in lib. VII, ad l. IX de supel. leg.* [Papin. 7 resp. D. 33.10.9.2], in *Opera*, V, editio altera Praten-sis, 1861 [posth.], p. 1038.

⁸ Ulp. 30 *ad ed.* (DE BONAE FIDEI CONTRACTIBUS, *fiduciae vel contra*, 903 LENEL) D. 13.7.24 pr.: *Eleganter apud me quaesitum est, si impetrasset creditor a Caesare, ut [pignus] <fiduciam> possideret [idque evictum] <eaeque evicta> esset, an habeat contrariam [pigneraticiam] <fiduciae>. et videtur finita esse [pignoris] <fiduciae> obligatio et a contractu recessum. immo [utilis ex empto?] <empti ad exemplum?> accomodata est, [quemadmodum si pro soluto ei res data fuerit,] ut in quantitatem debiti ei satisfiat [vel in quantum eius intersit], <...> [et compensationem habere potest creditor, si forte pigneraticia vel ex alia causa cum eo ageretur].*

⁹ O. LENEL, *Quellenforschungen in den Edictcommentaren*, in ZSS, III, 1882 (ri-prodotto in *Gesammelte Schriften, herausgegeben und eingeleitet von O. Behrends und F. d'Ippolito*, I, Napoli, 1990), p. 104 ss. e, sul nostro testo, in particolare p. 110 s.

oppure alla fonte dell'obbligazione garantita¹⁰. La questione, probabilmente, è destinata a rimanere aperta: nondimeno, in via preferenziale riterrei che la *finis obligationis*, che senz'altro si predica del vincolo sorgente dalla *fiducia*, possa leggersi in stretta connessione con l'*a contractu recessus*.

In questo quadro, il venir meno del significato pratico del vincolo fiduciario con l'assegnazione rende superfluo ritenere ancora attuale l'atto che lo genera, inteso come fattispecie contrattuale, da riferirsi evidentemente alla *fiducia*. E proprio perché non v'è (più) la fattispecie contrattuale '*fiducia*', non v'è spazio per ipotizzare l'esperibilità – a favore del creditore – dell'*actio fiduciae contraria*: semmai, è l'assegnazione stessa a comportarsi come (nuova) fonte di un vincolo che vede nel fatto evizionale il presupposto esterno della sua genesi; di qui, l'esperibilità di un'azione la cui struttura formulare è costruita sul modello dell'*actio ex empto*. Come, poi, si adattasse in concreto la *formula*, è questione di ben ardua soluzione: si può pensare, forse, al modello della *praescriptio* in funzione di *demonstratio*¹¹, che ormai ai tempi di Ulpiano sorreggeva qualsiasi tutela contrattuale non riconducibile agli schemi tipici, ma nondimeno necessaria secondo l'*interpretatio*. A prescindere dalle difficoltà – innanzitutto testuali – che pone la chiusa del frammento, se è corretta questa congettura anche Ulpiano discorreva della *fiducia* come di una figura contrattuale.

Il passo delle *Disputationes*¹², invero, è forse meno probante: il giurista parla di *bonae fidei 'contractus'*, ma non si può escludere che il dettato ori-

¹⁰ Cfr. P. LAMBRINI, *Recensione a R. FERCIA, «Fiduciam contrahere»*, cit., in LR, II, 2013, p. 395 ss.

¹¹ Seguo, nella sua impostazione di fondo, C.A. CANNATA, *Contratto a causa nel diritto romano*, ora in *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, a cura di A. Burdese, Padova, 2006, p. 200 ss.

¹² Ulp. 2 disp. (*quod cum eo qui in aliena potestate est etc.*, 48 LENEL) D. 15.1.36: *In bonae fidei contractibus quaestionis est, an de peculio an in solidum pater vel dominus tenerentur: <...> ut est in actione [de dote] <rei uxoriae> agitatum, si filio dos data sit, an pater dumtaxat de peculio conveniretur. ego autem arbitror non solum de peculio, sed et si quid preterea dolo malo patris capta fraudataque est mulier, competere actionem: nam si habeat res nec restituere sit paratus, aequum est eum quanti ea res est condemnari. nam quod in servo, cui res [pignori] <fiduciae> data est, expressum est, hoc et in ceteris bonae fidei iudiciis accipiendum esse Pomponius scripsit. namque si servo res [pignori] <fiduciae> data sit, non solum de peculio et in rem verso competit actio, verum hanc quoque habet adiectionem ET SI QUID DOLO MALO DOMINI CAPTUS*

ginario contenesse, piuttosto, un riferimento a *bonae fidei* 'iudicia'¹³; ed il nesso che intercorre tra la costituzione di dote e la fiducia, e quindi tra *actio rei uxoriae* e *actio fiduciae*, è labile. Ulpiano discuteva della possibilità di dare l'azione *in solidum* – cioè senza la *taxatio* al valore del peculio – ogni qual volta il *pater* o *dominus* sia in dolo rispetto al compimento dell'atto del *potestati subiectus*, optando per la soluzione affermativa. L'*actio rei uxoriae* doveva essere la fattispecie da cui l'*interpretatio* aveva preso le mosse; l'*actio fiduciae* la sua naturale ed immediata estensione. In entrambi i contesti, dote e *fiducia* sono trattate come figure contrattuali: il che lascia perplessi più per la prima che per la seconda. In sostanza, se classico, il passo conferma l'impressione che si trae da D. 13.7.24 pr.; se alterato non aggiunge nulla a quello che sappiamo.

Questo nesso tra dote e *fiducia*, però, emerge in termini che suscitano un certo interesse nelle *Differentiae* di Modestino¹⁴: e qui è assai meno probabile che il passo sia alterato, quanto meno perché conservato da un'opera pregiustiniana, la *Collatio* appunto. Che nella *dotis datio* come nella *fiducia* si possano individuare dei *contrahentes* è, senza dubbio, problematico: lo è di meno, però, se pensiamo che sia la dote sia la *fiducia* si perfezionano per il tramite di uno spostamento patrimoniale, e che nell'uno come nell'altro caso questo spostamento è il «momento determinante»¹⁵ per la genesi di un vincolo restitutorio, protetto rispettivamente dall'*actio rei uxoriae* e dall'*actio fiduciae*. Allo spostamento patrimoniale, quindi, è sottostante una *conventio*, che orienta il significato pratico dell'attribuzione: un accordo sullo scopo pratico di esso, in cui riecheggia il modello dogmatico della *iusta causa traditionis*.

FRAUDATUSQUE ACTOR EST. videtur autem dolo facere dominus, qui, cum haberet restituendi facultatem, non vult restituere.

¹³ Cfr. Á. D'ORS, *De nuevo sobre los estratos de las 'Pauli Sententiae'*, in BIDR, XCVIII-XCIX, 1995-96, p. 12; M. VARVARO, *Studi sulla restituzione della dote*, I, *La formula dell'actio rei uxoriae*, Torino, 2006, p. 232 e 267.

¹⁴ Mod. 2 diff. (de deposito et commodato, 9 LENEL) Coll. 10.2.2: *Sed in ceteris quoque partibus iuris ista regula custoditur: sic enim et in fiduciae iudicium et in actionem rei uxoriae dolo et culpa deducitur, quia utriusque contrahentis utilitas intervenit.*

¹⁵ L'espressione è di M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 536.

Alle *obligationes re contractae*, dunque, allude secondo me il discorso di Modestino.

Il che mi induce ad una duplice considerazione.

Da un lato, va rivalutato il nucleo classico che connota la *regula*¹⁶ secondo la quale, per il giurista, *re obligamur cum res ipsa intercedit*. È noto come autorevole dottrina ritenga «praticamente inintelligibile»¹⁷ il testo: nondimeno, io credo che esso rechi un profilo dogmatico di centrale importanza per comprendere l'approccio ai cosiddetti contratti reali nella più tarda esperienza classica. A mio avviso, Modestino voleva semplicemente dire che, nel *re obligari*, la *res* si interpone tra la convenzione e l'obbligazione, quale momento perfezionativo necessario: e soprattutto, che questa interposizione viene in rilievo sia come trasferimento – come è nel significato più stretto e tecnico del *re contrahere* – sia come attribuzione di *naturalis possessio*, sia più ampiamente come un qualsiasi spostamento patrimoniale, come nel caso della *dotis datio*, in cui si attribuisce, più precisamente, una sorta di patrimonio destinato.

Da un altro lato, il modello della *iusta causa traditionis*, inteso come accordo sullo scopo pratico del trasferimento¹⁸, è percepito come una *conventio* che, una volta correlata all'*obligatio*, come tale non può che sostenere una figura contrattuale: sicché anche figure che la prima età imperiale non considerava *contractus*, come mutuo, *stipulatio*, *expensi latio*, per epoca severiana lo divengono senz'altro.

Con questa dogmatica, dunque, sono *obligationes re contractae* anche i vincoli restitutori di buona fede che sorgono da pegno, deposito, comodato. Perché mai, allora, non dovrebbero esserlo i vincoli restitutori che sorgono da *dotis datio* e da *fiducia*? È in questa linea tendenzialmente omologante nel segno – ormai amplissimo – del *re obligari* che va dunque letta la complessiva testimonianza di Modestino.

¹⁶ Mod. 2 *reg.* (*de obligationibus* I, 192 LENEL) D. 44.7.52.1: *Re obligamur, cum res ipsa intercedit*.

¹⁷ M. TALAMANCA, 'Una verborum obligatio' e 'obligatio re et verbis contracta', in *Iura*, L, 1999, p. 97.

¹⁸ Ovvero «l'accordo sullo scopo per cui avviene la consegna materiale della cosa»: M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 436.

Ed è alla luce di queste considerazioni che, forse, meglio si comprende un passo per noi centrale, D. 13.7.39¹⁹.

Lucio Tizio vanta un credito nei confronti di Gaio Seio: le parti danno vita ad una figura di garanzia reale, avente ad oggetto un fondo, ed in un secondo momento concludono altresì un patto di anticresi che legittima il creditore all'*uti frui* per un periodo determinato. Tuttavia, prima della sua naturale scadenza, Lucio Tizio lascia ad uno dei suoi due figli il fondo, individuato con le parole «quello che ho acquistato da Gaio Seio». Quest'ultimo appone il proprio *signum* nel testamento: e si domanda se ciò possa pregiudicare la propria posizione nei confronti degli eredi.

Che il passo si riferisca alla *fiducia*, piuttosto che al pegno, è qui forse ancor più problematico, dato che questa opera di Modestino non presenta il dualismo che connota altra letteratura classica, orientata a trattare in libri diversi del pegno e della *fiducia*²⁰. Due ragioni, però, mi inducono in via preferenziale a ritenere che il giurista discutesse proprio di *fiducia cum creditore*.

La prima: la confusione del testatore si percepisce adeguatamente nella parallela sfera laica se si pensa che l'*emere* è il termine tecnico che figura nel formulario della *mancipatio*.

La seconda: il lascito è sicuramente un legato, probabilmente *per vindicationem*. Ora, il legato di una *fiducia*, ancorché *per vindicationem*, è senz'altro valido, e l'*actio fiduciae* rimane esperibile contro l'erede, mentre il legato di un pegno, ancorché *per damnationem*, segue il regime d'invalidità del legato di cosa altrui, superato solo da Alessandro Severo²¹, proprio negli

¹⁹ Mod. 4 resp. (*de pignoribus*, 294 LENEL) D. 13.7.39: *Gaius Seius ob pecuniam mutuum fundum suum Lucio Titio [pignori] <fiduciae> dedit: postea pactum inter eos factum est, ut creditor [pignus suum] <fiduciam suam> in compensationem pecuniae suae certo tempore possideret: verum ante expletum tempus creditor cum suprema sua ordinaret, testamento cavit, ut alter ex filiis suis haberet eum fundum et addidit QUEM DE [LUCIO TITIO] <GAIO SEIO> EMI, cum non emisset: hoc testamentum inter ceteros signavit et Gaius Seius, qui fuit debitor. quaero, an ex hoc quod signavit praeiudicium aliquod sibi fecerit, cum nullum instrumentum venditionis proferatur, sed solum pactum, ut creditor certi temporis fructus caperet. Herennius Modestinus respondit contractui [pignoris] <fiduciae> non obesse, quod debitor testamentum creditoris, in quo se emisset [pignus] <fiduciam> expressit, signasse proponitur.*

²⁰ Rinvio a R. FERCIA, «*Fiduciam contrahere*», cit., p. 34 ss.

²¹ Mi riferisco alla distinzione – pienamente configuratasi, come è noto, du-

anni in cui Modestino scriveva, ove l'onorato sia un prossimo congiunto del testatore; ma allora sarebbe singolare che il giurista nulla precisi in merito²².

Se dunque anche D. 13.7.39 si riferisce alla *fiducia*, nelle fonti a nostra disposizione si avrebbe il riscontro dell'espressione «*contractus fiduciae*»: dal «*fiduciam contrahere*» gaiano si giunge, quindi, per la più matura epoca severiana, a parlare della *fiducia* come di una vera e propria fattispecie contrattuale.

Questo approdo della giurisprudenza severiana induce forse a rivalutare una congettura che, qualche decennio fa, era stata suggerita da Álvaro d'Ors²³ sulla frase conclusiva di un frammento assai noto di Ulpiano: mi riferisco al frammento 1.4 di D. 2.14²⁴, dove il riferimento al pegno sottende con ogni probabilità un riferimento alla *fiducia*.

Sul punto occorre ripercorrere l'intero ragionamento del giurista, che inizia nel frammento 1.3, almeno sino al frammento 7.1²⁵.

rante il principato di Antonio Pio – tra *scientia* e *ignorantia* dell'altruità da parte del testatore, senza dubbio rilevante per il caso di Mod. D. 13.7.39: cfr. per tutti P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II², Milano, 1963, p. 254 s.; M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 739.

²² Cfr. ancora R. FERCIA, *op. cit.*, p. 40 ss.

²³ Á. D'ORS, *Répliques panormitanas*, III, 'Conventiones' y 'contractus', in *AHDE*, XLVI, 1976, p. 132 s. e 137.

²⁴ Ulp. 4 ad ed. (de pactis et conventionibus, 240 LENEL) D. 2.14.1.4: *Sed conventionum pleraque in aliud nomen transeunt: veluti in emptionem, in locationem, in [pignus] <fiduciam> vel in stipulationem.*

²⁵ Ulp. 4 ad ed. (de pactis et conventionibus, 240 LENEL) D. 2.14.1.3-4: *Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt qui inter se agunt: nam sicuti convenire dicuntur qui ex diversis locis in unum locum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, [id est in unam sententiam decurrunt]. adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat: nam et stipulatio quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est. (4) Sed conventionum pleraque in aliud nomen transeunt: veluti in emptionem, in locationem, in [pignus] <fiduciam> vel in stipulationem. Ulp. 4 ad ed. (de pactis et conventionibus, 241 LENEL) D. 2.14.5: *Conventionum autem tres sunt species. aut enim ex publica causa fiunt aut ex privata: privata aut legitima aut iuris gentium. publica conventio est, quae fit per pacem, quotiens inter se duces belli quaedam paciscuntur. Ulp. 4 ad ed. (de pactis et conventionibus, 242 LENEL) D. 2.14.7 pr.-1:**

Ulpiano parla della *conventio*, di cui propone una *divisio*: al di là di una prima diaresi, che non sembra avere una significativa importanza nella sua complessiva argomentazione, tra *conventiones* funzionali a dar vita o a concludere un affare (*negotii contrahendi transigendique causa*)²⁶, egli chiarisce che la parola ‘convenzione’ è generale – un nome comune astratto, diremmo noi – e come tale ben si addice a descrivere una pluralità di approcci, tra cui specifico interesse riveste quello suggerito da Pedio, secondo il quale nessuna figura contrattuale prescinde da un nucleo interno a struttura bilaterale, il cui difetto preclude la genesi dell’obbligazione.

Non posso qui entrare nel dibattito inerente alla qualificazione, innanzitutto linguistica, del *dictum Pedii*, e specialmente se in esso sia ravvisabile un’endiadi, come ritiene parte della dottrina, tra cui Alberto Burdese²⁷ e Mario Talamanca²⁸, oppure no, come ritiene altra parte della dottrina, tra cui Carlo Augusto Cannata²⁹ e Luigi Garofalo³⁰; vorrei invece soffermarmi sul successivo frammento 1.4.

Se la parola ‘convenzione’, al singolare, è un nome comune, le ‘convenzioni’, al plurale, individuano entità astratte specifiche, che hanno normalmente un nome proprio: sicché esse «passano in» ‘compera’, ‘locazione’, ‘fiducia’, ‘stipulazione’, nomi propri di convenzioni.

Quindi Ulpiano procede ad una «doppia dicotomia successiva»³¹. Esi-

Iuris gentium conventiones quaedam actiones pariunt, quaedam exceptiones. (1) Quae pariunt actiones, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus: ut emptio venditio, locatio conductio, societas, commodatum, depositum et ceteri similes contractus.

²⁶ Cfr. M.A. FINO, *L'origine della 'transactio'. Pluralità di prospettive nella riflessione dei giuristi antoniniani*, Milano, 2004, p. 241 ss., in particolare 243.

²⁷ A. BURDESE, *Il contratto romano tra forma, consenso e causa*, ora in *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, a cura di A. Burdese, Padova, 2006, p. 102.

²⁸ M. TALAMANCA, *Contratto e patto nel diritto romano*, ora in *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, a cura di A. Burdese, Padova, 2006, p. 69, nt. 125.

²⁹ C.A. CANNATA, *Labeone, Aristone e il sinallagma*, in *Iura*, LVIII, 2010, p. 56.

³⁰ L. GAROFALO, *Contratto, obbligazione e convenzione in Sesto Pedio*, ora in *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, a cura di A. Burdese, Padova, 2006, p. 350.

³¹ Così, esattamente, M. TALAMANCA, *'Ius gentium' da Adriano ai Severi*, in *La codificazione del diritto dall'antico al moderno*, Napoli, 1998, p. 198, nt. 24.

stono tre categorie di convenzioni: si formano per interessi pubblici sottostanti, o privati; ed in quest'ultimo caso o sono *legitimae*, o sono di *iuris gentium*.

Per me la chiave di tutto è capire il senso di questa ultima diatesi.

Al riguardo, è praticamente impossibile pervenire ad una soluzione ove si tenti di comprendere cosa sia la *legitima conventio* in base alla sola definizione di Paolo, conservata in D. 2.14.6, sulla quale, peraltro, dovremo ritornare a breve. Nella complessiva economia dell'argomentazione di Ulpiano, io credo che – innanzitutto – la diatesi delle *conventiones ex privata causa* tra *legitimae* e *iuris gentium* sia esaustiva: l'interesse privato che sottenda un accordo non può che rientrare nell'una oppure – ed in stretta alternativa – nell'altra categoria.

Come emerge dal discorso contenuto nei frammenti 7pr.-1, ed in particolare dall'elenco che individua quelle che hanno un nome ed un conseguente autonomo spazio nell'architettura edittale, le *iuris gentium conventiones* sono fattispecie caratterizzate dalla tutela basata sul QUIDQUID OB EAM REM DARE FACERE OPORTET EX FIDE BONA, compresi il deposito ed il comodato, dove l'attribuzione di *naturalis possessio* è semplicemente il presupposto naturalistico perché la *privata causa* possa avere un suo specifico significato pratico.

Si noterà, ora, come le prime due figure ricordate nel frammento 1.4 siano le stesse che figurano, sempre per prime, nell'elenco del frammento 7.1: compera e locazione.

A questo punto, se è corretta la congettura del d'Ors, io credo che *fiducia* e *stipulatio* siano nomi propri di *legitimae conventiones*: Ulpiano, prospettando «dall'alto», come dice dalla Massara³², la propria esposizione, fa due esempi di *iuris gentium conventio*, e due esempi di *legitima conventio*, anticipando la dicotomia della *conventio ex privata causa*.

Ma cosa è *legitima conventio* per Ulpiano?

Due i dati da cui partire: la diatesi della *conventio ex privata causa* è esaustiva; il giurista, commentando l'*edere* edittale, deve risolvere un problema pratico, che inerisce alla struttura delle tutele. In questo quadro, la *iuris gentium conventio* è la convenzione che Roma condivide con

³² T. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa del contratto. Elaborazione di un concetto nella giurisprudenza classica*, Padova, 2004, p. 69.

gli ordinamenti delle altre *gentes humanae*, e si connota per una tutela sistematicamente basata sulla rilevanza della buona fede, e segnatamente sul QUIDQUID OB EAM REM DARE FACERE OPORTET EX FIDE BONA. La *legitima conventio* è, quasi in antitesi, quella propria di Roma e dei suoi *cives*, che affonda le sue radici in un 'esclusivismo nazionale'³³ giuridico che, quando Ulpiano scriveva, era in via di superamento grazie alla rivoluzione culturale imposta dall'editto di Caracalla³⁴: diversamente dalla figura precedente, si connota per una tutela di stretto diritto, cui è estranea la clausola EX FIDE BONA. Neppure l'*actio fiduciae*, del resto, a meno di voler condividere la singolare ricostruzione del Noordraven³⁵, esattamente criticata da Dario Mantovani³⁶, contiene un vero e proprio riferimento all'EX FIDE BONA, prospettando, semmai, l'assenza del comportamento opposto, la *fraudatio*.

Se ciò è vero, il significato delle due coppie contenute nel frammento 1.4 è da ascrivere all'indicazione di due figure di *conventio ex privata causa* del *ius gentium*, e di due figure di *conventio ex privata causa* radicate sull'ordinamento proprio dei *cives*: la *stipulatio*, i cui fondamenti sono le XII Tavole e – in prosieguo di tempo – le *leges Silia* e *Calpurnia*³⁷; la *fiducia*, il cui fondamento è il rito mancipatorio, insieme con la via di apertura assicurata dal versetto decemvirale *cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto*, tradizionalmente riportato ai *carmina* della sesta Tavola³⁸.

Il che è coerente con il linguaggio di Ulpiano: trattando di *legitimi tutores*³⁹, nell'Epitome – ove peraltro ad Ulpiano la si rapporti – si legge che

³³ Cfr. A. GUARINO, *L'ordinamento giuridico romano*⁵, Napoli, 1990, p. 247 ss.

³⁴ Cfr. A. BURDESE, *I contratti innominati*, in *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al profesor J.L. Murga Gener*, Madrid, 1994, p. 66 e nt. 11.

³⁵ B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia im römischen Recht*, Amsterdam, 1999, p. 338.

³⁶ D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*², Padova, 1999, p. 66 e nt. 233.

³⁷ Cfr. S. TONDO, *Note ulpianee alla rubrica edittale per i 'pacta conventa'*, in *SDHI*, LXIV, 1998, p. 449 s.

³⁸ Su questa linea, ma per una diversa via esegetica, cfr. essenzialmente B. BIONDI, *Contratto e 'stipulatio'*, Milano, 1953, 81, 118 e 142.

³⁹ Ep. Ulp. 11.3: *Legitimi tutores sunt, qui ex lege aliqua descendunt; per eminentiam autem legitimi dicuntur qui ex lege duodecim tabularum introducuntur seu perpalam, quales sunt agnati, seu per consequentiam, quales sunt patroni.*

sono tali quelli istituiti da una *lex*, e per *eminentiam* quelli previsti proprio dalle XII Tavole. *Legitima conventio*, dunque, ben può essere quella, *propria civium Romanorum*, che si radichi su dati normativi repubblicani, e specialmente su *carmina* decemvirali: *carmina*, evidentemente, vigenti non già come tali, ma in quell'*interpretatio* di cui rappresentano il *principium*, cioè la parte più importante di un intero.

A ben vedere, poi, questa lettura è coerente anche con la definizione della *legitima conventio* che affiora da quel che resta del sostrato classico di D. 2.14.6⁴⁰, da ritenersi limitato all'espressione *lege aliqua*, al ricorso al verbo *confirmare*, al *nasci vel tolli* riferito all'azione. Innanzitutto, la *lex* è *aliqua* nel senso che fa riferimento a realtà normativa esistente, ma non individuabile, sicché *a priori* non ci consente di pensare a «specifiche disposizioni normative», come riteneva il Talamanca⁴¹: in altri termini, essa è 'dissolta' nella *sola interpretatio* in cui consiste il *ius civile*, ma allo stesso tempo vigente come *principium* di essa. E di questo uso linguistico abbiamo diversi riscontri: al di là del citato passo dell'Epitome Ulpiani, si può pensare innanzitutto allo stesso Paolo, che parla di un *lege aliqua effici* in 15 *quaest.* D. 46.3.98.8 e 72 *ad ed.* D. 45.1.83.5.

Ma sono soprattutto un passo dei *Manualia* paolini⁴², nonché uno

⁴⁰ Paul. 3 *ad ed.* (*de pactis*, 123 LENEL) D. 2.14.6: *Legitima conventio est quae lege aliqua <...> confirmatur. <...> [Et ideo] <...> interdum ex pacto actio nascitur vel tollitur, <...> [quotiens lege aut senatus consulto adiuvatur].*

⁴¹ M. TALAMANCA, 'Conventio' e 'stipulatio', in *Le teorie contrattualistiche romane nella storiografia contemporanea*, a cura di N. Bellocci, Napoli, 1991, p. 213, nt. 180.

⁴² Paul. 1 *manual.* (*de usu fructu*, 989 LENEL) *Fragm. Vat.* 50: *In mancipationibus vel in iure cessione an deduci possit vel ex tempore vel ad tempus vel ex condicione vel ad condicionem, dubium est; quemadmodum si is, cui in iure ceditur dicit: AIO HUNC FUNDUM MEUM ESSE DEDUCTO USU FRUCTU EX KAL. IAN. vel DEDUCTO USU FRUCTU USQUE AD KAL. IAN DECIMAS, vel AIO HUNC FUNDUM MEUM ESSE DEDUCTO USU FRUCTU, SI NAVIS EX ASIA VENERIT; item in mancipatione: EMPTUS MIHI ESTO [PRETIO] <HOC AERE AENEAQUE LIBRA?> DEDUCTO USU FRUCTU EX KAL. ILLIS vel USQUE AD KAL. ILLAS; et eadem sunt in condicione. Pomponius igitur putat non posse ad certum tempus deduci nec per in iure cessionem nec per mancipationem, sed tantum transferri ipsum posse. ego didici et deduci ad tempus posse, quia et mancipationem et in iure cessionem lex XII tabularum confirmat. num quid ergo et ex tempore et condicione deduci possit? sequitur et legatum deduci ad certum tempus posse.*

scolio di Stefano⁴³ riportabile a D. 2.14.6, a darci indicazioni più precise⁴⁴.

Nella lezione dell'*antecessor*, la *legitima conventio* è riportata, innanzitutto, alla *deductio* dell'usufrutto e delle servitù dall'atto traslativo della proprietà di un fondo, ormai identificabile nella *traditio*, ma evidentemente da correlarsi al modello della *nuncupatio* mancipatoria; nonché al *transigere cum fure*, che fa venir meno *ipso iure* l'*actio furti*.

⁴³ Sch. 2 *ad Bas.* 11.1.6 (Scheltema, BS, 185, 12-37): "Εγνωνς τὴν πούβλικαν κονβεντίονα. Μάθε νῦν καὶ τὴν λεγιτίμαν. Λεγιτίμα ἐστὶ κονβεντίων ἡ ἀπὸ νομου τινὸς ἢ δόγματος βεβαιουμένη, κἀντεῦθεν καὶ συνιστάσα ἀγωγὴν καὶ λυουσα κατὰ τὸ ἴπσο ἰοῦρε ἀγωγὴν. Καὶ διὰ τοῦτο ἔσθ' ὅτε ἀπὸ ψιλοῦ συμφώνου τίκεται ἀγωγή καὶ λύεται κατὰ τὸ ἴπσο ἰοῦρε ἀγωγὴν, τουτέστιν, ὅταν τὸ πάκτον ὑπὸ νόμου κυροῦται, οἷον (εἶπω δέ σοι πρότερον, πότε ἀπὸ ψιλοῦ πάκτου συνίσταται ἀγωγή) ἐάν τις τραδιτεύων ἀγρόν οὕτως εἴπῃ 'τραδιτεύω σοι τὸν ἀγρόν, ἵνα ἔχω τούτου τὸν οὐσουφρούκτον, τὴν χρῆσιν τῶν καρπῶν ἢ τὴν ἀροδοῦν'. Ἐπειδὴ ταύτην τὴν κονβεντίονα ἦτοι τὸ σύμφωνον ἰδικῶς νόμος κυροῖ λέγων ἐρρῶσθαι τὰ ἐν τῇ τραδίτῳ γινόμενα σύμφωνα [D. 2.14.48; specialiter D. 8.4.6 et D. 8.4.7, i.e. in l. IV de iudiciis, ut infra], δύναται ὁ τραδιτεύσας ἐκδικῆσαι τὴν χρῆσιν τῶν καρπῶν. Καὶ ὅταν ἐπαγγείλωμαι προικίζειν τινά [C. 5.11.6], καὶ ὅτε πόλις δανείζουσα συμφωνήσει λαμβάνειν τόκους [D. 22.1.30], καὶ ὅτε ἰδιώτης δανείζων καρποὺς συμφωνήσει λαμβάνειν τόκους [D. 20.1.11.1 et D. 13.7.33] ἢ τὴν δουλείαν, ὡς ἐν τῷ γ'. καὶ δ'. βιβλίῳ τῶν δὲ ἰουδικῆς [D. ex ordine l. VII, de iudiciis l. III; D. ex ordine l. VIII, de iudiciis l. IV, ut supra] μανθάνεις. "Ὡσπερ οὖν καὶ ἐπὶ τὸ ἐνεχῶρ γεγόμενον σύμφωνον, κἀν σιωπηρὸν ἦ, ἔχει τίκεται ἀγωγήν, τουτέστι τὴν Σερβιανὴν, ὡς ὁ Παῦλος ἐν τῷ ιζ' διγ. φησὶν [D. 2.14.17.2] (οἶδας δέ, ὅτι καὶ δωρεά, καὶ αὕτη ἀπὸ ψιλοῦ συμφώνου, τίκεται σήμερον τὸν ἐξ λέγε κονδικτικίον [C. 8.53.35.5-5e et l. 2.7.2]) οὕτω μὲν οὖν συνίστησιν ἀγωγὴν ἢ λεγιτίμα κονβεντίων. Πῶς δὲ κατὰ τὸ αὐτὸ δίκαιον λύει ἀγωγὴν, μάθε. Περὶ τῆς φοῦρτι πακτεύειν νόμος ἐπέτρεψεν, ὡς μανθάνεις ἐν τῷ ιζ' διγ. τοῦ παρόντος τιτ. [D. 2.14.17.1]. 'Εάν οὖν τις πακτεύσῃ τὴν φοῦρτι μὴ κινεῖν, λύεται κατὰ τὸ ἴπσο ἰοῦρε ἢ φοῦρτι. "Ὅτι γὰρ τὴν φοῦρτι κατὰ τὸ ἴπσο ἰοῦρε τὸ πάκτον ἀναρῆι, μανθάνεις ἐν τῷ ιζ' διγ. τοῦ παρόντος τιτ. [D. 2.14.17.1]. Καίτοι τὸ μὴ ὑπὸ νόμον ἰδικῶς κυροῦμενον πάκτον, οἷον, οὐκ ἀπαιτῶ σε τὸ χρέος, διὰ παραγραφῆς, ἀλλὰ οὐ κατὰ τὸ ἴπσο ἰοῦρε τὴν ἀγωγὴν ἀναρῆι, ὡς μανθάνεις ἐν τῷ αὐτῷ ιζ' διγ. καὶ ὡς ὁ Οὐλπιανὸς εὐθὺς ἐπιφέρει [D. 2.14.7 pr.]. L'attribuzione all'Indice di Stefano è in '*Basilicorum libri LX*', post A. Fabroti curas ope codd. mss. G.E. Heimbachio aliisque collatorum integrioribus cum scholiis edidit, editos denuo recensuit, deperditos restituit, translationem Latinam et adnotationem criticam adiecit D.C.G.E. Heimbach, VI, '*Prolegomena et manuale Basilicorum continens*', Lipsiae, 1870, p. 224.

⁴⁴ Rinvio sul punto a R. FERCIA, «*Fiduciam contrahere*», cit., p. 82 ss. e 96 ss.

L'una e l'altra prospettiva, come è noto, affondano le proprie radici nei *carmina* decemvirali. Nel sostrato classico del passo dei *Manualia* conservato dai *Vaticana Fragmenta*, il verbo *confirmare* è riferito alla legislazione decemvirale, e specificamente, ancora una volta, alla *deductio usus fructus*: è il rito mancipatorio, fondato su quei principia normativi, a render salda la convenzione che lo sottende, il cui *valere*, già nella seconda metà del II secolo, è riconosciuto come assolutamente palese per qualsiasi atto formale di alienazione di *res*, come chiarisce bene, commentando quasi certamente il primo *carmen* della sesta Tavola, Gaio⁴⁵.

Le assonanze con D. 2.14.6 sono troppe, e troppo significative: per me, anche Paolo pensava alla *legitima conventio* come convenzione culturalmente propria dei *cives Romani*, e forse insisteva, diversamente da Ulpiano, sull'individuazione dei *principia* normativi di essa, come sembra potersi desumere dalla ricchezza di particolari, che hanno ben poco di casuale, della lezione di Stefano, il quale doveva avere a disposizione, con ogni probabilità, il testo originario dell'*ad edictum* paolino da cui è stato escerpito il passo confluito appunto in D. 2.14.6.

Tornando ora al discorso di Ulpiano, la *legitima conventio* è la convenzione radicata sull'esperienza quiritaria propria dei *cives*, ancorché magari in un secondo momento aperta ai *peregrini* (si pensi alla *stipulatio* conclusa con verbi diversi da *spondere*), che ove generi *obligatio* è protetta senza il ricorso alla clausola *EX FIDE BONA*. E che, come tale, ha un nome suo proprio, che è considerato nome di figura contrattuale, come a più riprese emerge dalle fonti a nostra disposizione: penso a *fiducia*, appunto; a *stipulatio*; ma anche a mutuo, nonché, quasi per attrazione, a *expensi latio*. Si tratta di fattispecie che solo nella più tarda esperienza classica sono accostate a figure contrattuali: prima di questa elaborazione, che si colloca tra il II e il III secolo, esse non sono figure di contratto, anche perché non è sentita come tutela contrattuale la *condictio*⁴⁶. Ma è proprio la duttilità del *condicere*, in cui è certo il *petitum* ed incerta la *causa petendi*, a consentire di leggere,

⁴⁵ Gai. 3 *ad l. XII tab.* (*de venditione filii an de nexu mancipioque?*, 430 LENEL) D. 2.14.48: *In [traditionibus] <mancipationibus> rerum quodcumque pactum sit valere, manifestissimum est.*

⁴⁶ V'insiste C.A. CANNATA, *La nozione di contratto nella giurisprudenza romana dell'epoca classica*, in *Autour du droit des contrats. Contributions de droit romain en l'honneur de F. Wubbe*, éd. P. Pichonnaz, Genève, 2009, p. 34.

nella sua concreta valenza polifunzionale, anche un obbligo strettamente contrattuale restitutorio ogni qual volta il *re contrahere* sorga su fondamento convenzionale: nella visione severiana, ed in particolare in quella di Modestino, le tutele restitutorie apprestate per la dote e per la *fiducia* sono alla fine *condictiones* ‘trasfigurate’ in azioni contrattuali.

Nella visione di Ulpiano, l’elemento unificante è la *conventio ex privata causa*, che sottende trasversalmente qualsiasi convenzione produttiva di *obligatio*: una volta che la *constitutio Antoniniana* rende *civis* qualsiasi *incola* dell’Impero, la distinzione tra tutele di *ius civile* in senso stretto e tutele di *ius gentium* perde di significato pratico, sicché la dicotomia tra convenzioni *legitimae* e di *ius gentium* si rende necessaria più che altro per giustificare, nell’architettura edittale, la differente configurazione tecnica delle strutture formulari.

Nell’esperienza romana, a questo punto, la *fiducia* è una figura contrattuale, che però scompare nella tradizione basata sulle fonti giustinianee, per via della scelta imperiale di cancellare gli atti formali di alienazione. Sopravvive invece, specie sul piano del dibattito teorico, nella tradizione visigotica, ed è per questa via che la riflessione dei Culti consegna all’Europa il modello elaborato dalla scienza dei giuristi classici.

E così concludo.

Nell’attuale ordinamento privatistico italiano, la *fiducia* può essere nome dato dalla storia ad una fattispecie contrattuale bilaterale, che vede nel trasferimento della proprietà non già un effetto finale, ma un effetto procedimentale e formativo di essa.

Sul piano funzionale, la *causa fiduciae* – almeno a mio parere – è certamente un termine vago, che indica solo un perimetro al cui interno vanno ricercate le possibili giustificazioni economico-individuali dell’operazione, che vanno dalla garanzia alla cooperazione nell’altrui sfera giuridica, sino forse alla liberalità. Ripensando ora alle questioni indicate da Maurizio Lupoi, da cui abbiamo preso le mosse, a me pare innanzitutto plausibile che l’ordinamento italiano reinterpreti in chiave contrattuale quanto non sia tale nell’ordinamento di origine: sicché il modello di riferimento per ipotizzare l’ingresso del *trust* nel nostro sistema può essere il negozio (*rectius*, il contratto) fiduciario, che guarda alla via tracciata dall’art. 1322 del codice civile quanto meno dal punto di vista della struttura bilaterale della fattispecie e, soprattutto, della presenza di un affidamento patrimoniale⁴⁷.

⁴⁷ È questa – al di là del problema del segno linguistico ritenuto appropriato

Ed è proprio questo, forse, il comune denominatore delle due figure: penso al *credere* edittale romano, come magistralmente ricostruito da Bernardo Albanese, e cioè ad «un assenso prestato ad una richiesta altrui da un soggetto che, confidando nella lealtà del richiedente, pone in essere un *contractus*, per il quale egli concede al richiedente una *res – credita*, appunto, cioè: affidata a richiesta – per riaverla, o tale e quale o nell'equivalente»⁴⁸. Ma è proprio qui che emerge, accanto ad una potenziale analogia strutturale, il principio della divergenza: altro è il trasferimento della proprietà, rilevante come momento costitutivo della fattispecie, altro la segregazione come effetto essenziale dei *trusts*; altro, dunque, è l'affidamento che, in conseguenza della segregazione, determina un risultato effettuale irriducibile al rapporto romanistico tra fiduciante e fiduciario. E nondimeno, è forse dai tratti comuni alle due figure che il *civil lawyer* fedele alla dogmatica romanistica dovrebbe partire: quanto meno nelle figure di *trusts* costituiti fra vivi, si tratta forse solo di un *credere* inteso nella prospettiva romana, ma più ampio ed articolato, suscettibile di estendersi al di fuori della stretta dimensione bilaterale che connota il rapporto tra fiduciario e fiduciante proprio della tradizione romanistica.

per qualificare la figura – la proposta di recente formulata da M. LUPOI, *Il contratto di affidamento fiduciario*, Milano, 2014, p. 247 ss., in particolare 376 ss., nonché p. 487 ss. per una comparazione con il *trust*.

⁴⁸ B. ALBANESE, *Per la storia del 'creditum'*, in *AUPA*, XXXII, 1971, p. 157.

PAOLA LAMBRINI

IL NEGOZIO FIDUCIARIO E LA SUA CAUSA

SOMMARIO: 1. Lo stato delle fonti. – 2. La struttura negoziale e i suoi effetti. – 3. La *mancipatio* 'titolata'. – 4. Le cause del negozio fiduciario.

1. Lo stato delle fonti.

La ricostruzione storica della fiducia è dominata da una notevole incertezza, a causa della scarsità di notizie affidabili: le poche testimonianze dirette e i documenti piuttosto frammentari non offrono che scarsi elementi per ricostruire l'istituto della fiducia e ciò ha permesso alla dottrina di abbandonarsi alle più svariate ipotesi in merito all'origine dell'istituto, alla struttura dell'atto, ai suoi effetti nonché alla sua tutela processuale. Ciò è dovuto al fatto che della fiducia non vi è alcuna menzione nella compilazione giustinianea, perché essa non era più stata utilizzata dall'epoca postclassica¹, in seguito alla scomparsa delle forme necessarie per porla in essere e, in particolare per la *fiducia cum creditore*, a causa dell'introduzione, ad opera di Costantino, del divieto del patto commissorio². Anche se, a partire dagli studi palinogenetici del Lenel³, è stato possibile mettere a partito, con

¹ Anche se ve n'è ancora menzione in fonti tarde: cfr. Boezio in *Cic. top.*, 4.10.41; Isidoro, *orig.* 5.25.23.

² C. 8.34(35).3=CTh. 3.2.1. Cfr. J. CUJAS, *In Iulii Pauli recept. sentent. lib. II*, in 'Opera ad parisiensem fabrotianam editionem in tomus IX distributa', Augustae Taurinorum-Parisiis, 1874, 6, p. 976; E. LEVY, *Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht*, Weimar, 1956, p. 184 s.; M. KASER, *Das römische Privatrecht*², München, 1975, p. 313.

³ *Quellenforschungen in den Edictcommentaren*, in ZSS, 3, 1882, p. 104 ss. Ricostruendo la sistematica delle opere classiche a partire dalle *inscriptiones* contenute nel Digesto, egli notò, che la materia del pegno sarebbe stata trattata

un buon grado di sicurezza, molti passi contenuti nel Digesto giustiniano, la disciplina dell'istituto rimane molto ambigua e oscura.

Si ritiene comunemente che la fiducia fosse un istituto molto antico, che cominciò ad essere utilizzato già tra il IV e il III secolo a.C.; essa sarebbe nata dall'interpretazione giurisprudenziale, in un'epoca in cui i giuristi erano i pontefici, i quali per venire incontro alle nuove esigenze adattavano le poche strutture negoziali esistenti, nel nostro caso la *mancipatio* e la *in iure cessio* come atti formali traslativi della proprietà. I dati che supportano l'ipotesi di un'origine arcaica sono il riferimento alla fiducia contenuto in più di una commedia di Plauto⁴, nonché la terminologia arcaizzante presente nell'*actio fiduciae*, ove si descrive l'obbligo delle parti con queste parole: *ut inter bonos agier oportet et sine fraudatione*⁵. Del resto, si ritiene che la stessa *actio fiduciae* non abbia tutelato fin dall'origine la posizione del fiduciante, ma che nel periodo più antico sorgesse solo un vincolo etico-sociale: l'adempimento dell'obbligo di restituzione era affidato alle norme del costume e soprattutto alla *fides* dell'accipiente; solo verso il II secolo a.C. si sarebbe introdotto un apposito strumento giudiziario⁶.

D'altra parte, è certo che quest'istituto arcaico era molto utilizzato ancora in età classica, soprattutto nella veste di *fiducia cum creditore*; ci sono pervenuti, infatti, vari documenti della prassi attestanti la sua ampia diffusione tra il I secolo a.C. e tutto il I secolo d.C.

Considerato il descritto stato delle fonti, il mio discorso in tema di causa del negozio fiduciario si baserà sulle poche testimonianze sicure, quindi sui passi delle Istituzioni di Gaio⁷ e soprattutto sui dati pervenuti tramite i do-

due volte, in libri diversi e non contigui (Gaio 9 e 10 *ad ed.*; Iul. 11 e 13 *dig.*; Ulpiano 28 e 30 *ad ed.*; Paolo 29 e 31 *ad ed.*); ne derivò la supposizione che il secondo gruppo di testi fosse originariamente dedicato alla fiducia e che solo i compilatori avrebbero ricondotto entrambi i gruppi sotto la rubrica dedicata al pegno. Si suppone (O. LENEL, *Das 'edictum perpetuum'*³, Leipzig, 1927, p. 254 ss. e 288 ss.), inoltre, che l'editto pretorio regolasse il pegno accanto al comodato, sotto la rubrica *de rebus creditis*, e la fiducia accanto al deposito, sotto la rubrica *de bonae fidei iudiciis*.

⁴ Trinummus, 116-8; Epidicus, 697-9; Mostellaria, 37. Su questi testi v. A. WATSON, *Legal Origins and Legal Change*, London – Rio Grande, 1991, p. 159 ss.

⁵ Cic. *top.* 17.66; *off.* 3.15.61; 3.17.70; *fam.* 7.12. Cfr. O. LENEL, *Das 'edictum perpetuum'*³, cit., p. 291 ss.

⁶ Cfr. N. BELLOCCI, *La tutela della fiducia nell'epoca repubblicana*, Milano, 1974.

⁷ Gaio, nelle sue *Institutiones*, non inserisce la *fiducia* nella sistematica con-

cumenti epigrafici, primi fra tutti la famosa *formula Baetica*⁸ e le molteplici tavolette pompeiane (*manipatio Pompeiana*⁹ e i documenti dell'archivio dei Sulpicii¹⁰), riguardo alle quali ormai non si dubita che possano trasmettere «la vera prassi del diritto romano metropolitano, cioè l'interfaccia concreto, vissuto, del diritto giurisprudenziale»¹¹.

Inoltre, siccome tali documenti attestano esempi di *fiducia cum creditore*, il mio discorso avrà come punto prospettico privilegiato proprio questo tipo di negozio fiduciario, pur essendo ben consapevole che la nozione di fiducia è molto più ampia e abbraccia molteplici campi, che vanno da quello di famiglia a quello successorio, passando per la funzione di custodia e di deposito¹²; il gran valore della *fiducia*, come oggi del *trust*, è costituito pro-

trattuale, limitandosi a parlare della figura soltanto incidentalmente in occasione dell'analisi del legato *per praeceptionem* (Gai 2.220), per sottolineare l'assenza di furto (Gai 2.201), con riguardo alla *coemptio fiduciae causa* (Gai 1.114-115b), occupandosi dell'*actio fiduciae* (Gai 4.33; 4.62; 4.182) e, infine, più ampiamente in tema di *usucapio* (Gai 2.59-60).

⁸ Sembra si trattasse di un formulario inviato da un banchiere al suo schiavo amministratore della banca provinciale da usare come modello per la redazione di veri documenti fiduciari. Si tratta di una tavola bronzea rinvenuta nei pressi del porto di Bonanza, in Spagna, nel 1868, pubblicata da E. HÜBNER, in *Hermes*, 3, 1868, p. 283 ss.; edizione critica a cura del Mommsen in *CIL*, II, 5042 e in forma ampliata in *CIL*, II, *Suppl.* 5406, ora anche in *FIRA*, III, n. 92. Cfr. anche D. RUDORFF, *Über die baetische Fiduciatafel. Eine Revision*, in *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, 11, 1873, p. 52 ss.

⁹ Ritrovata nel 1887, pubblicata in *FIRA*, III, n. 91.

¹⁰ TabSulp. 85, 90, 91, nell'edizione curata da G. CAMODECA, *Tabulae Pompeianae*. Edizione critica dell'archivio puteolano dei Sulpicii, I, Roma, 1999, p. 190 ss.; T. Herc. 65, Tab. II, p. 4, pubblicata da V. ARANGIO-RUIZ, G. PUGLIESE CARATELLI, *Testi e documenti. Tabulae Herculenses IV*, in *La parola del passato*, 39, 1954, p. 64 ss. e di recente in P. GRÖSCHLER, *Die tabellae-Urkundae aus den pompejanischen und herculanensischen Urkundenfunden*, Berlin, 1997, p. 142. Su di essi v. L. MIGLIARDI ZINGALE, *In tema di 'fiducia cum creditore': i documenti della prassi*, in *Labeo*, 46, 2000, p. 451 ss.

¹¹ Così L. PEPPE, *Alcune considerazioni circa la 'fiducia' romana nei documenti della prassi*, in *'Fides, fiducia, fidelitas'. Studi di storia del diritto e di semantica storica*, a cura di L. Peppe, Padova, 2008, p. 175; cfr. E. A. MEYER, *Legitimacy and Law in the Roman World: Tabulae in Roman Belief and Practice*, Cambridge, 2004, p. 127.

¹² Sulla questione si veda di recente L. PEPPE, *La vastità del fenomeno fiduciario nel diritto romano: una prima riflessione*, in *Le situazioni affidanti*, a cura di M.

prio dal fatto che si trattava di un istituto estremamente flessibile e aperto agli impieghi più disparati.

2. La struttura negoziale e i suoi effetti.

Prima di arrivare alla questione centrale della causa, occorre introdurre qualche precisazione in merito alla struttura del negozio fiduciario romano di epoca classica. Forse l'unico punto non controverso in proposito è che non era possibile utilizzare una *traditio* per realizzare lo scopo fiduciario¹³; si potevano impiegare soltanto *mancipatio* e *in iure cessio*, che erano negozi formali, capaci come tali di trasferire la proprietà, indipendentemente dalla presenza espressa di una causa che giustificasse il trasferimento; perciò, essi potevano tollerare una funzione fiduciaria, malgrado il fatto che la proprietà trasferita potesse essere funzionalizzata e limitata¹⁴. L'alienazione non veniva travolta da questi limiti, perché le pesanti formalità richieste erano sufficienti a giustificare la serietà dell'atto.

La *traditio* era, invece, un atto non formale e, secondo l'opinione più attendibile¹⁵ modo causale (seppur sempre per cause variabili) di trasferimento della proprietà. Essa consisteva nella consegna di un bene, atto in sé

Lupoi, Torino, 2006, p. 15 ss. e F. BERTOLDI, *Alcune osservazioni sulla fiducia nella letteratura romanistica*, ivi, p. 101 ss., la quale nota come dopo la riscoperta delle Istituzioni di Gaio la letteratura abbia ristretto il campo di applicazione della fiducia rispetto agli studi precedenti.

¹³ Il noto passo D. 41.1.31 pr. (*Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua iusta causa praecessit, propter quam traditio sequeretur*) è tratto dal libro 31 *ad edictum* di Paolo, il quale, secondo la palingenesi leneliana (O. LENEL, *Quellenforschungen in den Edictcommentaren*, cit., p. 114 s.; ID., *'Palingenesia iuris civilis'*, 1, Leipzig, 1889, p. 1027), sarebbe dedicato proprio alla fiducia.

¹⁴ «È proprio il carattere formale ed astratto della *mancipatio* e *in iure cessio* che consentono di connettere questi atti con un patto che rivela una intenzione contraddittoria con l'effetto ... di trasferimento definitivo ed irreversibile della proprietà»: P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano*, 2, Padova, 1963, p. 8 ss.

¹⁵ Vd. *praecipue* E. BETTI, *Sul carattere causale della 'traditio' classica (a proposito di studi recenti)*, in *Studi in onore di S. Riccobono*, 4, Palermo, 1936, p. 113 ss.; M. KASER, *Zur 'iusta causa traditionis'*, in *BIDR*, 64, p. 61 ss.; G. GROSSO, s.v. *Fiducia (diritto romano)*, in *ED*, XVII, Milano, 1968, p. 385; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 435 ss.; G. PUGLIESE, *Compravendita e trasferimen-*

ambiguo, che può avere molteplici significati; perciò era necessario indagare quale fosse l'affare sottostante che dava alla *traditio* il suo significato economico: «se tale significato economico implicava il passaggio della proprietà delle cose da consegnare, la *traditio* poteva produrre l'effetto traslativo; altrimenti, se l'accordo causale non implicava il passaggio di proprietà, la *traditio* operava un semplice passaggio del possesso»¹⁶.

Ora, gli scopi connessi a un trasferimento fiduciario, come quello di garanzia o di gestione, non erano considerati dall'ordinamento sufficienti a giustificare un trasferimento di proprietà¹⁷: una *traditio* effettuata con un simile accordo non poteva costituire una *fiducia*, ma avrebbe al massimo potuto essere l'elemento costitutivo di un pegno o di un deposito o comodato.

Assodato ciò, bisogna ricordare come in relazione agli altri aspetti ricostruttivi del negozio fiduciario si fronteggino svariate opinioni, che si possono ricondurre essenzialmente a due diverse ricostruzioni ipotetiche.

Da una parte, la posizione maggioritaria¹⁸, per la quale vi sarebbero due momenti, uno dispositivo e uno obbligatorio, contestuali e teleologicamen-

to della proprietà in diritto romano, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica*, a cura di L. Vacca, Milano, 1991, p. 46 ss.

¹⁶ Così C. A. CANNATA, 'Traditio' causale e 'traditio' astratta: una precisazione storico-comparatistica, in *Scritti in onore di R. Sacco. La comparazione giuridica alle soglie del 3° millennio*, 1, Milano, 1994, p. 152 s. Cfr. A. BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinen Recht*, 1, *Geschichte des Kaufs im römischen Recht*, Erlangen, 1876, p. 293: «die Tradition ist nicht, wie Mancipation und Injurecession, ein in sich abgeschlossenes und auf sich beruhendes Geschäft, zu dem fiducia ... nur äusserlich als ein zweites Geschäft hinzutreten kann, vielmehr ist sie selbst rechtlich durchaus charakterlos, ja nicht einmal ein Rechtsgeschäft mit bestimmter Form, sondern ein faktischer Vorgang, der seine juristische Bestimmung durch Zweck und Absicht der Parteien erhält».

¹⁷ «La causa richiesta perché la *traditio* apparisse 'traslativa' del *dominium* e non della mera *possessio* non era ... una possibile qualunque causa lecita, ma solo quella che apparisse oggettivamente idonea ... a giustificare quell'effetto»: A. CORBINO, *La causa negoziale del diritto privato romano*, Padova, 2014, p. 115.

¹⁸ A. BECHMANN, *Der Kauf*, cit., p. 291 s.; P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*⁸, Paris, 1929, p. 552 ss.; C. LONGO, *Corso di diritto romano. La fiducia*, Milano, 1933, p. 42 ss.; A. MAGDELAIN, *Le consensualisme dans l'édit du preteur*, Paris, 1958, p. 101 ss.; P. FREZZA, *Le garanzie cit.*, 1963, p. 9; C. A. CANNATA, *Sulla 'divisio obligationum' nel diritto romano repubblicano e classico*, in *Iura*, 21, 1971, p. 67; B. NOORDRAVEN, *Die fiducia im römischen Recht*, Amsterdam, 1999, p. 138 ss.

te collegati. Si tratterebbe di una fattispecie complessa, duplice, costituita da un atto a effetti reali, *mancipatio* o *in iure cessio*, e uno a effetti obbligatori, un *pactum*, convenzione separata e libera da forme, dalla quale soltanto nascerebbe l'obbligazione; del resto, non sarebbe un *nudum pactum*, ma un accordo annesso ad altro negozio, il quale viene integrato e modificato dal patto.

D'altro lato, vi sono coloro secondo i quali il negozio sarebbe unitario¹⁹: l'alienazione *fiduciae causa* produrrebbe da sola i due effetti, reale e obbligatorio. L'obbligazione fiduciaria nascerebbe dallo stesso negozio contratto con l'alienazione *fiduciae causa*²⁰ e il patto concluso *in continenti* sarebbe solo diretto a regolare le modalità dell'obbligo di restituzione, obbligo già sorto dalla *mancipatio* o *in iure cessio*.

È interessante osservare come tale scissione all'interno della dottrina romanistica rispecchi le dispute esistenti nella letteratura civilistica della prima metà del '900, nella quale si nota un'analoga contrapposizione tra chi affermava non fosse possibile ammettere la fiducia nell'ordinamento italiano in primo luogo perché costituita da un'artificiosa connessione tra due distinti negozi²¹, e chi, al contrario, ne sosteneva l'ammissibilità, individuando nel negozio fiduciario un fenomeno unitario, caratterizzato da un'autonoma *causa fiduciae*²²: non è facile capire in che direzione abbia operato l'influen-

¹⁹ P. OERTMANN, *Die Fiducia im römischen Privatrecht*, Berlin, 1890, p. 93; G. GROSSO, *Sulla fiducia a scopo di 'manumissio'*, in *RISG*, 4, 1929, p. 251 ss.; ID., *Il sistema romano dei contratti*, Torino, 1963, p. 114 ss.; A. BURDESE, *La menzione degli eredi nella 'fiducia cum creditore'*, in *Studi in onore di S. Solazzi*, Napoli, 1948, p. 331; ID., *'Lex commissoria' e 'ius vendendi' nella fiducia e nel 'pignus'*, Torino, 1949, p. 9; ID., voce *'Fiducia' (diritto romano)*, in *NNDI*, 7, Torino, 1961, p. 295; A. BISCARDI, *Appunti sulle garanzie reali in diritto romano*, Milano, 1976, p. 43; P. FUENTESECA, *Líneas generales de la 'fiducia cum creditore'*, in *Derecho romano de obligaciones. Homenaje I. L. Murga Gener*, Madrid, 1994, p. 392; J. Ph. DUNAND, *Le transfert fiduciaire: «donner pour reprendre». 'Mancipio dare ut remancipetur'. Analyse historique et comparatiste de la fiducia-gestion*, Bâle-Genève-Munich, 2000, p. 90 ss.

²⁰ L'obbligo nascerebbe da una *lex mancipio dicta* contenuta nella *nuncupatio*: in questo senso v. da ultimo J. Ph. DUNAND, *Le transfert fiduciaire*, cit., p. 91 s.

²¹ G. SEGRÈ, *Sul trasferimento in proprietà di merci a scopo di garanzia e sui suoi effetti in caso di fallimento in relazione alla riserva di dominio*, in *Annali dir. comp.*, 2-3, 1929, p. 832 ss.; L. CARIOTA-FERRARA, *I negozi fiduciari*, Padova, 1933, p. 713; L. CARRARO, *Il mandato ad alienare*, Padova, 1947, p. 84. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1950, p. 300.

²² C. GRASSETTI, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro or-*

za tra le due letterature; resta certo che ancora oggi in dottrina e in giurisprudenza vi sono dubbi in ordine alla struttura che dovrebbe assumere il negozio fiduciario.

Facendo affidamento sulle testimonianze epigrafiche, io credo che sia da accogliere l'ipotesi maggioritaria, che vede l'atto di fiducia composto da un collegamento negoziale – volendo usare una terminologia moderna –, in quanto esso risulta costituito dall'alienazione compiuta con l'atto formale, unita a un patto che vale solo *inter partes* e che ha lo scopo di specificare le modalità di uso della cosa e precisare la regolamentazione per la sua successiva ed eventuale restituzione ovvero per la sua vendita. Per quanto riguarda il fondamento dell'obbligo di restituzione, a mio parere, esso discende dalla *fides*²³, che è l'elemento fondante di tutto il negozio e soprattutto quello che giustifica la tutela processuale²⁴; perciò l'obbligo del fiduciario non si limitava alla restituzione del bene in caso di adempimento del credito garantito, ma aveva un contenuto molto più lato: egli era tenuto a comportarsi come un *bonus vir* lungo tutto lo svolgimento del rapporto fiduciario e da ciò derivavano molteplici obblighi strumentali, tesi alla conservazione del bene²⁵.

3. La *mancipatio* 'titolata'.

L'occasione di questo incontro mi ha portato a rivedere e approfondire alcune opinioni che avevo espresso nel 2001, in sede del Convegno Aristec in tema di "Garanzia nella prospettiva storico-comparatistica", quando affermavo che «la *mancipatio* e la *in iure cessio*, essendo negozi formali e astratti, erano capaci come tali di trasferire la proprietà e potevano tollerare una funzione fiduciaria»²⁶.

dinamento giuridico, in *Riv. dir. comm.*, 1936, I, p. 345 ss.; G. MESSINA, *Negozi fiduciari*, 1910, (ora in *Scritti giuridici*, 1, 1948, p. 100).

²³ «La buona fede ha già una parte rilevante, nella fase più antica, nel senso di fondare l'obbligo assoluto ed immediato alla restituzione, ed assicurare la validità delle pattuizioni annesse»: A. BURDESE, '*Lex commissoria*', cit., p. 19.

²⁴ Cfr. *Cic. off.* 3.15.61 e 3.17.70; *top.* 17.66; *Att.* 6.1.15; *fam.* 7.12.2; *Gai* 4.62.

²⁵ «Il fiduciario è indirettamente vincolato nell'esercizio delle sue facoltà di proprietario dalle obbligazioni assunte verso il fiduciante, o che verso di lui gli derivano dalla natura di buona fede del negozio fiduciario»: C. LONGO, *Corso*, cit., p. 800.

²⁶ P. LAMBRINI, *Lineamenti storico-dogmatici della 'fiducia cum creditore'*, in *La*

Ora, anche se continuo a ritenere vero che sia proprio il formalismo a permettere il trasferimento della proprietà fiduciaria – infatti, «la non utilizzabilità della *traditio* per la realizzazione della fattispecie della *fiducia cum creditore* deriva non già dalla sua causalità, ma dalla sua non formalità»²⁷ –, tuttavia, credo che l'atto formale, soprattutto se individuato nella *mancipatio*, non dovesse essere necessariamente astratto.

In più studi recenti ci si chiede se l'astrazione della *mancipatio* potesse essere superata dalla volontà delle parti, in modo analogo a quanto avveniva con la *stipulatio*, e si tende a rispondere positivamente²⁸: le parti potevano esplicitare la causa per la quale si compiva la *mancipatio* e, quando lo facevano, ciò aveva importanti conseguenze giuridiche.

Normalmente doveva essere espressa una causa di vendita, in quanto l'indicazione del prezzo era fondamentale per poter far valere un'eventuale responsabilità per evizione; l'espressione *emit mancipioque accepit* che compare nelle Tavole della Transilvania²⁹ dovrebbe fare riferimento proprio alla ragione economico-sociale per la quale la *mancipatio* veniva posta in essere³⁰.

L'esplicitazione della causa era poi particolarmente necessaria nel caso di donazione, alla quale si applicavano regole particolari; in vari documenti epigrafici compare l'indicazione *donationis causa* come fondamento della

garanzia nella prospettiva storico-comparatistica. Salisburgo, 13-15 settembre 2001, a cura di L. Vacca, Torino, 2003, p. 264.

²⁷ Come ha messo ben in evidenza S. ROMEO, 'Fiducia auctionibus vendunda' nelle *Tabelle Pompeiane. Procedure e modalità di redazione delle 'testationes' nelle 'avctiones' puteolane del 61 d.C.*, in *Polis*, 2006, p. 219.

²⁸ Cfr. J. G. WOLF, 'Causa stipulationis', Wien, 1970, p. 145 ss.; C. ST. TOMULESCU, *Le funzioni del 'nummus unus' nella 'mancipatio'*, in *RIDA*, 23, 1976, p. 232 ss.; B. ALBANESE, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, Palermo, 1982, p. 42, nt. 45 e 336, nt. 365; J. Ph. DUNAND, *Le transfert fiduciaire*, cit., p. 114 s. Dubitativo A. CORBINO, *La causa negoziale*, cit., p. 106 ss.; risponde, invece, in modo decisamente affermativo S. A. CRISTALDI, *Il contenuto dell'obbligazione del venditore nel pensiero dei giuristi dell'età imperiale*, Milano, 2007, p. 234 ss. S. ROMEO, *L'appartenenza e l'alienazione in diritto romano. Tra giurisprudenza e prassi*, Milano, 2010, p. 241 ss., ritiene addirittura che la *mancipatio* fosse un negozio causale, seppur a causa variabile.

²⁹ FIRA, IIP², *Negotia*, n° 87-88-89-90.

³⁰ S. CRISTALDI, *Il contenuto*, cit., p. 219 ss.

*mancipatio*³¹: tale informazione era fondamentale per applicare il regime proprio delle donazioni, compresi i vari divieti, che nel caso delle donazioni tra coniugi operavano *ipso iure*, travolgendo quindi lo stesso effetto traslativo.

Anche la *coemptio*, una forma di *mancipatio*, poteva essere fatta *matrimonii causa* ovvero *fiduciae causa* e tale diversa causa doveva risultare dall'atto. Dal passo di Gaio che ne parla³² si desume con chiarezza che la *coemptio* posta in essere *fiduciae causa* poteva a sua volta avere due scopi diversi: o quello di sfuggire alla tutela di una data persona ovvero, più in antico, quello di fare testamento.

Quindi, la *causa fiduciae* poteva essere contenuta nel formulario della *mancipatio*³³ e nella pratica lo era spesso³⁴. Quando la *mancipatio* era utilizzata per il trasferimento definitivo della proprietà su di un bene contro

³¹ FIRA, III², *Negotia*, n° 80 d-e-f-g-h; 95; 136-138, 140.

³² Gai 1.114: *Potest autem coemptionem facere mulier non solum cum marito suo, sed etiam cum extraneo; scilicet aut matrimonii causa facta coemptio dicitur aut fiduciae; quae enim cum marito suo facit coemptionem, ut apud eum filiae loco sit, dicitur matrimonii causa fecisse coemptionem; quae uero alterius rei causa facit coemptionem aut cum viro suo aut cum extraneo, velut tutelae evitandae causa, dicitur fiduciae causa fecisse coemptionem. 115. Quod est tale: Si qua velit quos habet tutores deponere et alium nancisci, illis auctoribus coemptionem facit; deinde a coemptionatore remancipata ei, cui ipsa velit, et ab eo vindicta manumissa incipit eum habere tutorem, a quo manumissa est; qui tutor fiduciarius dicitur, sicut inferius apparebit. 115a. Olim etiam testamenti faciendi gratia fiduciaria fiebat coemptio: Tunc enim non aliter feminae testamenti faciendi ius habebant, exceptis quibusdam personis, quam si coemptionem fecissent remancipataeque et manumissae fuissent; sed hanc necessitatem coemptionis faciendae ex auctoritate divi Hadriani senatus remisit. 115b. Fiduciae causa cum viro suo fecerit coemptionem, nihilo minus filiae loco incipit esse: Nam si omnino qualibet ex causa uxor in manu viri sit, placuit eam filiae iura nancisci.*

³³ Non ci si nasconde la difficoltà di spiegare come potesse essere indicata la causa nella *in iure cessio*; tuttavia, potrebbe non essere un caso se si sono conservate testimonianze solo di *mancipationes* utilizzate nella pratica.

³⁴ Accogliendo questa prospettiva, viene meno quell'ostacolo ad ammettere il negozio fiduciario nel nostro ordinamento costituito dall'assenza di negozi astratti di trasferimento: anche nel diritto romano, la fiducia non sarebbe stata posta in essere con un negozio astratto. Anche nel nostro ordinamento si può immaginare un contratto atipico con funzione fiduciaria, contratto che può ben essere considerato meritevole di tutela ex art. 1322, 2 comma. Resterebbe, dunque, soltanto il problema del numero chiuso dei diritti reali e della proprietà temporanea, che

il pagamento di un prezzo poteva anche non contenere l'indicazione della causa, perché essa era già indicata nel fatto che il trasferimento avveniva per un prezzo; quando invece con la *mancipatio* si perseguiva uno scopo diverso da quello di vendita, era importante menzionarlo espressamente³⁵.

Da più documenti della pratica³⁶ risulta che la causa di *fiducia* era espressa nel testo stesso della *mancipatio*: vi si dice che la vendita è compiuta *nummo uno*³⁷ e il trasferimento avviene *fidi fiduciae causa*³⁸. In alcuni casi di *fiducia cum creditore* si indica anche la somma che è stata data a mutuo al fiduciante e che viene garantita proprio con la fiducia³⁹; nella *Mancipatio Pompeiana* non compare la formula *fidi fiduciae causa*, ma si dice che i beni sono stati comprati *nummo uno* a causa di un credito di tot sesterzi.

Già Burdese affermava che «la clausola *fidei fiduciae causa* eventualmente inserita nel rituale della *mancipatio* non è vero si presenti in sé quale condizione risolutiva o termine o *modus*, e come tale incompatibile con la natura di *actus legitimus* della *mancipatio*, ... quanto piuttosto come indicativa della causa negoziale che fonda l'obbligo fiduciario essenzialmente diretto al ritrasferimento dell'oggetto della fiducia»⁴⁰.

però sembra ormai superato dagli autori più recenti: cfr. A. LUMINOSO, *Appunti sui negozi traslativi. Corso di diritto civile*, Milano, 2007, p. 4 ss.

³⁵ Alcuni autori vanno oltre e ritengono che nelle alienazioni fiduciarie fosse sempre necessario esplicitare la causa, in quanto ben diversi erano gli effetti rispetto a un'alienazione a scopo di vendita o di donazione: cfr. P. OERTMANN, *Die Fiducia*, cit., p. 93 ss. e più di recente S. ROMEO, *L'appartenenza*, cit., p. 255.

³⁶ *Formula Baetica*, TPSulp. 85, 87, 90, 91, 92.

³⁷ «En matière de fiducie, l'emploi du *nummus unus* a pour fonction de révéler que le *mancipio dans* et le *mancipio accipiens* poursuivent un autre objectif que le transfert de la propriété d'un bien contre le paiement d'un prix. Ce but spécifique est signalé par une clause particulière adjointe à la *mancipatio*»: così J. Ph. DUNAND, *Le transfert fiduciaire*, cit., p. 111 s.

³⁸ Del resto, anche nell'*intentio* della formula comparirebbe, secondo le ricostruzioni più accreditate, l'espressione *fiduciae causa*: *Si paret A. Agerium N. Negidiuo fundum quo de agitur ob pecuniam debitam fiduciae causa mancipio dedisse eamque pecuniam solutam eove nomine satisfactum esse aut per N. Negidium stetisse quo minus solveretur eumque fundum redditum non esse negotiumve ita actum non esse ut inter bonos agier oportet et sine fraudatione, quanti ea res erit tantam pecuniam C. Aquilius iudex N. Negidium A. Agerio condemnato; si non paret absolvito*.

³⁹ TPSulp. 85, 87.

⁴⁰ A. BURDESE, *Recensione a N. BELLOCCI, La struttura della fiducia. II. Riflessioni intorno alla forma del negozio dall'epoca arcaica all'epoca classica del diritto*

In definitiva, potremmo dire che la causa del trasferimento, cioè l'elemento che giustifica il prodursi dell'effetto reale in quanto assicura la serietà dell'impegno assunto, è costituita nel negozio fiduciario dal formalismo dell'atto di alienazione specificato dall'indicazione che l'atto era posto in essere *fidi fiduciae causa*.

Secondo Mommsen, tale sintagma avrebbe costituito un'endiadi; Leo Peppe⁴¹ ha di recente sostenuto con validi argomenti che esso conterrebbe invece due espressioni distinte, esprimenti concetti diversi: *fiducia* sarebbe un rafforzativo di *fides*, derivato dal verbo *fido*, probabilmente tramite l'aggettivo *fiducus*⁴², cioè colui che si fida pienamente, analogo a *caducus* (colui che cade molto, quindi l'epilettico) o a *manducus* (colui che mangia molto), e sarebbe l'atteggiamento proprio del fiduciante-*mancipio dans* nei confronti del fiduciario-*accipiens*. La *fides* sarebbe, invece, il 'credito' di cui gode il fiduciario-*accipiens*, o, detto in altri termini, l'impegno che il fiduciario assume, la sua parola data⁴³.

Tale ricostruzione è sicuramente convincente; si potrebbe, però, ribaltare la proposta, interpretando il termine *fides* in senso oggettivo, come credito⁴⁴: il fiduciario-creditore avrebbe *fides* nei confronti del fiduciante in quanto gli fa credito, gli dà a mutuo del denaro; il debitore-fiduciante ha ancora maggior *fides*, quindi ha *fiducia*, nel creditore-fiduciario, al punto da trasferirgli la proprietà di un suo bene. In questo modo si capirebbe meglio perché Gaio parli solo di *fiduciae causa*: non perché sarebbe ormai stata «superata la necessità della presenza, nella clausola, di *fidi* a fronte di *fiduciae*, in un contesto che ormai da secoli prevedeva la tutela dell'*actio fiduciae* e in un giudizio di buona fede»⁴⁵, ma proprio perché il giurista antoniniano,

romano, in *Iura*, 34, 1983, p. 178 s., ora in *Recensioni e commenti. Sessant'anni di letture romanistiche*, Padova, 2010, p. 433.

⁴¹ *Alcune considerazioni*, cit., p. 179 ss., che ha preso spunto da un contributo del latinista L. ZURLI, *Sulla formula del negozio fiduciario*, in *Il linguaggio dei giuristi romani. Atti del Convegno internazionale. Lecce 5-6 dicembre 1994*, a cura di O. Bianco e S. Tafaro, Lecce, 2000, p. 185 ss.

⁴² L. PEPPE, *Alcune considerazioni*, cit., p. 184.

⁴³ In senso analogo J. Ph. DUNAND, *Le transfert fiduciaire*, cit., p. 116.

⁴⁴ Del resto, come osservava F. C. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, 5, *Appendice*, XIV.5, (trad. it. a cura di V. Scialoja), Torino, 1893, p. 578, «il mutuo e la *fiducia* coincidono in questo, che viene affidata all'altro una proprietà che egli deve in futuro restituire».

⁴⁵ L. PEPPE, *Alcune considerazioni*, cit., p. 185.

a differenza delle testimonianze epigrafiche che riportano solo casi di *fiducia cum creditore*, fa riferimento anche alla *fiducia cum amico*, in cui non vi è *fides*, in quanto in tal caso il fiduciario non dà a credito nulla.

4. Le cause del negozio fiduciario.

La causa di fiducia era sempre la stessa, qualunque fosse lo scopo per cui era posto in essere il concreto negozio fiduciario; si trattava di una causa che qualificava il trasferimento della proprietà, la quale diventava appunto fiduciaria⁴⁶.

L'estrinsecazione della *causa fiduciae* all'interno del formulario mancipatorio aveva conseguenze importanti relativamente agli effetti prodotti da tale atto, in particolare sul regime della proprietà acquistata dal fiduciario, che diventava funzionale e tendenzialmente temporanea. Molti sono i dati che depongono in questo senso: si pensi innanzitutto al fatto che il debitore poteva disporre con legato *per praeceptionem* della cosa che aveva dato in fiducia⁴⁷ e poteva usucapirla anche in assenza di buona fede, col regime dell'*usureceptio*.

Dalle tavolette pompeiane si desumono molti elementi di dettaglio in ordine alle limitazioni che aveva il fiduciario nell'utilizzo della cosa, l'ampiezza delle quali induce a pensare che la sua proprietà non fosse veramente piena: si pensi agli obblighi di conservazione e custodia della cosa ricevuta in fiducia, ma anche al fatto che il fiduciario non potesse usucapire il bene⁴⁸.

⁴⁶ Molto chiara in proposito la testimonianza di Boezio *top. in Cic.* 4.10.41: *Fiduciam accepit, cuicumque res aliqua mancipatur, ut eam mancipianti remancipet; velut si quis dubium timens amico potentiori fundum mancipet, ut ei, cum tempus quod suspectum est praeterierit, reddat. Haec mancipatio fiduciaria nominatur idcirco, quod restituendi fides interponitur.*

⁴⁷ Gai 2.220: *Unde intellegimus nihil aliud secundum nostrorum praeceptorum opinionem per praeceptionem legari posse, nisi quod testatoris sit. nulla enim alia res quam hereditaria deducitur in hoc iudicium. itaque si non suam rem eo modo testator legaverit, iure quidem civili inutile erit legatum, sed ex senatus consulto confirmabitur. aliquo tamen casu etiam alienam rem per praeceptionem legari posse fatentur: ueluti si quis eam rem legauerit, quam creditori fiduciae causa mancipio dederit; nam officio iudicis coheredes cogi posse existimant soluta pecunia luere eam rem, ut possit praecipere is, cui ita legatum sit.*

⁴⁸ Nel caso in cui il debitore non fosse legittimato ad alienare il bene era lo

Infine, il fiduciario-creditore poteva vendere il bene solo *iure conventionis*⁴⁹ e solo scaduto il termine per il pagamento del debito; per non parlare del fatto che, in caso di inadempimento, sembrerebbe che il creditore non potesse trattenere direttamente per sé il bene⁵⁰.

La presenza di un'espressa *causa fiduciae* all'interno dell'atto mancipatorio non impediva comunque che il trasferimento fiduciario fosse posto in essere per scopi variabili, i quali erano specificati nel patto aggiunto alla *mancipatio*. Il *pactum fiduciae* serviva proprio a precisare lo scopo concreto di quella proprietà fiduciaria: dal momento che la stessa operazione fiduciaria poteva servire per gli scopi pratici più disparati, tali da comportare a volte un vantaggio per il fiduciante (ad esempio nella *fiducia cum amico*), altre per il fiduciario (come nel caso della *fiducia cum creditore*), si doveva indagare in ordine alla precisa natura degli interessi perseguiti dalle parti, onde poterne desumere la disciplina applicabile alla fattispecie concreta⁵¹.

Si potrebbe, dunque, concordare con Fercia quando afferma che «la *causa fiduciae* ... si identifica con il *pactum fiduciae*»⁵², riferendo però tale

stesso fiduciante che continuava a usucapire nei confronti dei terzi, come si desume da Iul. 13 dig. D. 41.2.36: *Qui pignoris causa fundum creditori tradit, intellegitur possidere. sed et si eundem precario rogaverit, aequè per diuturnam possessionem capiet: nam cum possessio creditoris non impediatur capionem, longe minus precarii rogatio impedimento esse non debet, cum plus iuris in possessione habeat qui precario rogaverit quam qui omnino non possidet.*

⁴⁹ Cfr. Pap. 3 resp. D. 20.5.3: *Cum prior creditor pignus iure conventionis vendidit, secundo creditori non superesse ius offerendae pecuniae convenit.*

⁵⁰ Cfr. A. BURDESE, 'Lex commissoria', cit., p. 10 ss.

⁵¹ Come appunto fa Gaio in relazione all'*usureceptio*: Gai 2.59: *Adhuc etiam ex aliis causis sciens quisque rem alienam usucapit: nam qui rem alicui fiduciae causa mancipio dederit uel in iure cesserit, si eandem ipse possederit, potest usucapere, anno scilicet, si mobilis sit, biennio, soli si sit. quae species usucapionis dicitur usureceptio, quia id, quod aliquando habuimus, recipimus per usucapionem.* 60. *Sed cum fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure aut cum amico, quo tutius nostrae res apud eum essent, si quidem cum amico contracta sit fiducia, sane omni modo competit usus receptio; si uero cum creditore, soluta quidem pecunia omni modo competit, nondum uero soluta ita demum competit, si neque conduxerit eam rem a creditore debitor neque precario rogauerit, ut eam rem possidere liceret; quo casu lucratiua usus capio competit*

⁵² R. FERCIA, «Fiduciam contrahere» e «contractus fiduciae». *Prospettive di diritto romano ed europeo*, Napoli, 2012, p. 263 s.; secondo l'a., invece, lo scopo pratico della *fiducia* non doveva essere necessariamente esplicitato nella formula

terminologia alla causa giustificativa dell'attribuzione e non a quella del trasferimento. Nel patto, infatti, era contenuta la causa che giustificava la conservazione dell'attribuzione patrimoniale, garantendo il permanere della proprietà fiduciaria presso l'acquirente: i beni sarebbero restati in fiducia (*fiduciae essent*), finché non fosse stato raggiunto lo scopo indicato nel patto, ove erano indicate altresì le modalità di utilizzo della cosa e della sua eventuale restituzione⁵³.

In definitiva, si potrebbe dire che il negozio fiduciario non aveva un'unica causa, bensì esso era sorretto da una causa di fiducia, spesso indicata nel formulario della *mancipatio*, che permetteva il trasferimento della proprietà e ne determinava le modalità di fruizione, e da un'altra causa, potremmo dire da una causa concreta, indicata nel patto aggiunto, che precisava lo scopo di quel trasferimento e giustificava per un certo tempo la conservazione dell'attribuzione patrimoniale⁵⁴. Tale scopo poteva essere di vari tipi; come già detto più volte, la dicotomia tra *fiducia cum creditore* e *fiducia cum amico* rappresenta soltanto una divisione a scopo esemplificativo, tale da ammettere usi diversi dello strumento stesso rispetto a quelli di garanzia e di custodia evocati, come quelli di rappresentanza processuale⁵⁵, donazione a causa di morte⁵⁶, donazione per interposta persona⁵⁷, manomissione⁵⁸. Quando lo scopo 'terminava' (perché il debito era stato pagato,

negoziale adoperata, neppure nell'esperienza più risalente, ma poteva consistere in un intervento verbale 'libero'; solo per ragioni probatorie nei formulari degli *instrumenta* pervenutici per via archeologica si troverebbe espresso il riferimento al *fid(e)i fiduciae caus(s)a*.

⁵³ «Esterni alla *mancipatio* fiduciaria ..., ma sempre governati dalla *causa fiduciae*, sono i *pacta conventa*, come esemplificati nei documenti pompeiani e nella *tabula Betica*, e richiamati anche dalle fonti giuridiche, con i quali le parti regolamentano la fase successiva...»: S. ROMEO, 'Fiducia', cit., p. 219.

⁵⁴ Questa interpretazione è coerente con la proposta ricostruzione della struttura del negozio fiduciario che lo vede composto da un collegamento negoziale, costituito dall'alienazione compiuta con l'atto formale, unita a un patto che vale solo *inter partes* e che ha lo scopo di specificare le modalità di uso della cosa e precisare la regolamentazione per la sua successiva ed eventuale restituzione ovvero per la sua vendita.

⁵⁵ Cfr. Ulp. 3 *ad ed.* D. 4.7.4.3.

⁵⁶ Cfr. Pap. 13 *resp.* D. 39.6.42.

⁵⁷ Cfr. Marc. 7 *dig.* D. 24.1.49.

⁵⁸ Cfr. Gai. 9 *ad ed. prov.* D. 17.1.27.1 e Ulp. 71 *ad ed.* D. 39.5.18.1, anche se molto controversa è la possibilità di un utilizzo della fiducia a scopo di manomis-

erano cessate le esigenze di custodia, la gestione era stata realizzata, ecc.), il trasferimento di proprietà non era più giustificato e occorreva procedere alla restituzione.

Le due cause erano legate da una relazione di reciproca interdipendenza: dal gioco congiunto di entrambe si poteva comprendere il vero intento delle parti.

sione: sulla questione v. l'ampia e articolata esposizione di R. SCEVOLA, '*Negotium mixtum cum donatione*'. *Origini terminologiche e concettuali*, Padova, 2008, p. 81 ss., secondo il quale «l'ampiezza che verrebbe conferita al *pactum fiduciae* imporrebbe una ridefinizione dell'ambito di operatività dell'istituto fiduciario che non potrebbe prescindere da un assetto cui fosse estranea l'ineluttabilità dell'obbligo di consegna» (p. 99).

NICOLA LUISI

*BREVI CONSIDERAZIONI SULL'ORIGINE ROMANISTICA
DELLA STRUTTURA NEGOZIALE DEL TRUST*

SOMMARIO: 1. Lo stato della ricerca. – 2. Analogie con il *fideicommissum*: l'elemento dell'affidamento. – 3. Segue: natura dell'obbligazione del fiduciario. – 4. Segue: finalità elusiva della disposizione. – 5. Natura della posizione giuridica del beneficiario. – 6. Differenze tra *fideicommissum* e *trust*: la distinzione tra proprietà legale e proprietà di equità. – 7. Natura di atto *mortis causa* del *feoffment to use*. – 8. Fedecommissi e *uses* come strumenti di conservazione della ricchezza familiare. – 9. Il ruolo del fiduciario. – 10. Conclusioni.

1. Lo stato della ricerca.

La ricerca delle origini e della formazione del *trust* è da sempre oggetto di studio e di ampio dibattito tra i giuristi. Chi si accosta per la prima volta a questa tematica potrebbe stupirsi nell'osservare l'ostinata propensione della dottrina inglese ad affermare la natura autoctona dell'istituto, considerato una tipica creatura del diritto inglese, frutto di una creatività giurisprudenziale che non ha paragoni in altri ordinamenti.

Anche alcuni esponenti della dottrina di *civil law* ritengono che la *law of trusts* di matrice inglese sia quella più difficilmente penetrabile e più distante dall'esperienza giuridica continentale¹. L'opinione comune fa solo una piccola concessione, laddove riconosce, ormai pacificamente, la possibilità di influenze romanistiche mediate dal diritto canonico, dovute essenzialmente al fatto che i Cancellieri, a cui si deve il riconoscimento giuridico del *trust*, furono tutti, almeno in un primo periodo, uomini appartenenti al

¹ M. GRAZIADEI, *Trusts nel diritto anglo-americano*, in *Digesto*, vol. XVI, Torino 1999, p. 257.

clero², la cui formazione si ritiene abbia ispirato l'introduzione di numerosi precetti dell'*Equity*³.

La scarsità e l'incompletezza delle testimonianze non hanno sinora consentito di rintracciare con certezza le radici dell'istituto, per cui attualmente è possibile formulare solo delle mere ipotesi.

Il momento storico dal quale comunemente si avvia la ricerca è l'alto medioevo, epoca cui si fa risalire l'introduzione dello *use*, ormai unanimemente considerato il progenitore del moderno *trust*⁴. Lo *use* era un rimedio escogitato per ovviare agli ostacoli frapposti dalla *common law* alla libera circolazione della proprietà terriera e che consentiva di

² Più in dettaglio, dal 1380 al 1488 tutti i Cancellieri furono ecclesiastici e almeno fino alla fine del Cancellierato di Wolsey nel 1530 solo pochi laici arrivarono a ricoprire la carica. Cfr. G. SPENCE, *Equitable Jurisdiction of Court of Chancery*, vol. I, London 1846, p. 340-347 e p. 356; A.H. MARSH, *History of the Court of Chancery and of the Rise and Development of the Doctrines of Equity*, Toronto 1890, p. 69 ss.; T.E. SCRUTTON, *Roman Law Influence in Chancery, Church Courts, Admiralty, and Law Merchant*, in AA.VV., *Select Essay in Anglo-American Legal History*, vol. I, New York 1992, p. 208 ss., spec. p. 213-224; B.F. BROWN, *The Ecclesiastical Origin of the Use*, in 10 *Notre Dame Lawyer* (1934-1935), p. 353; S. HERMAN, *The Canonical Conception of the Trust*, in 70 *Tulane Law Rev.* (1995-1996), p. 2241.

³ Dopo la conversione al cattolicesimo, i testi del diritto canonico portarono con sé un importante bagaglio di cultura latina, dovuta al fatto che il clero aveva la *lex romana* come sua *lex saeculi*. In particolare, il libro attraverso il quale i canonisti portarono avanti il loro comune diritto fu quel *Decretum Gratiani* o *Decretum Concordia discordantium Canonum*, sul quale l'influenza del diritto romano è indubbia, in quanto utilizzato dal suo autore, Graziano, accanto ad altre fonti, quali canonici, decretali e passi della Bibbia. Sebbene la Chiesa mai formalmente adottò il *Decretum* come testo ufficiale del diritto canonico, quasi immediatamente esso divenne la raccolta canonistica fondamentale e universalmente consultata, dalla quale dipesero tutti i successivi sviluppi del diritto canonico. In argomento cfr. A.H. MARSH, *History of the Court of Chancery* cit., p. 69 ss.; A.D. HARGREAVES, *Equity and the Latin Side of Chancery*, in 68 *Law Quarterly Rev.* (1953), p. 481 ss.; W. BASSETT, *Canon Law and the Common Law*, in 29 *The Hastings Law Journal* (1977-1978), p. 1388 ss.

⁴ In ordine a questa ormai pacifica affermazione, cfr. A.W. SCOTT, W.F. FRATCHER, *Law of Trusts*, vol. I, 4th ed., Boston-Toronto 1987, p. 1 ss. Sulle differenze tra *use* e *trust*, vedi F.W. SANDERS, *An Essay on uses and trust: and on the nature and operation of conveyance at common law, and of those which derive their effect from the statute of uses*, London 1844, p. 3 ss.

affidare temporaneamente a una o più persone beni immobili a beneficio di terzi⁵.

I primi studiosi che si sono cimentati in questa indagine hanno creduto in una derivazione diretta dello 'use' da istituti della tradizione romana. Ciò che d'altronde era suggerito dal ricorrere già nelle prime testimonianze di *feoffment to use* di una terminologia tipicamente latina: così in un documento riportato in *Ramsey Cartulary* risalente al 1080-1087 si parla di un accordo tra un Eudo designato '*Dapifer Regis*' e un abate per l'attribuzione al primo di un lotto di terreno '*ad opus sororis eius Muriellae*' per l'intera durata della loro vita, con l'obbligo di restituirlo alla loro morte '*ad usum fratrum eternaliter*'⁶.

⁵ Lo *use* viene da taluni autori definito come un caso di interposizione reale, consistente nel trasferimento del proprio diritto di proprietà su determinati beni immobili a favore di un terzo fiduciario (c.d. *feoffee*), il quale ha l'obbligo di trasferirne le rendite al primo proprietario e alla morte di quest'ultimo di ritrasferire i beni al soggetto o ai soggetti indicatigli. Il passaggio dallo *use* al *trust* vero e proprio si ebbe a seguito dell'introduzione dello *Statute of Uses* del 1536 che, col qualificare lo *use* come esecutivo, riconobbe il *legal title* sui beni direttamente al beneficiario dell'attribuzione, così eliminando il ruolo del fiduciario. Per superare i limiti imposti dallo *Statute of Uses*, le corti inglesi, traendo spunto dal principio statuito in *Tyrrel's case* del 1557, ricorsero all'escamotage del c.d. '*use upon a use*', cioè alla costituzione di un '*use*' sopra un altro *use*: il primo *use* sarebbe stato reso inefficace dalle disposizioni dello *Statute*, mentre il secondo conservava la sua validità ("*that a use upon a use was void, and therefore not executed by the Statute of Uses*"). Questo secondo *use* venne poi definito *trust*. Cfr. G.P. COSTIGAN, *Select Cases on the Law of Trusts*, St. Paul Minnesota 1925, p. 11 ss.; A. W. B. SIMPSON, *A History of the Land Law*, 2nd ed., Oxford 1986, p. 199 ss. Di diversa opinione è J.B. AMES, *The Origin of Uses and Trusts*, in *Select Essay in Anglo-American Legal History*, vol. II, 1908, p. 747 ss., secondo il quale il *trust* sarebbe stato creato dalle Corti dell'*Equity*, in maniera del tutto indipendente, come lo era stato già in precedenza lo *use*.

⁶ *Ramsey Cartulary*, II, p. 257-258: "*Hanc conventionem fecit Eudo scilicet Dapifer Regis cum Ailsio Abbate Rameseia ... de Berkeforde ut Eudo habere deberet ad opus sororis suae Muriellae partem Sancti Benedicti quae adiacebat ecclesiae Rameseiaie quamdiu Eudo et soror eius viverent, ad dimidium servitium unius militis, tali quidem pacto ut post Eudonis sororisque decessum unius militis, tali quidem pacto ut post Eudonis sororisque decessum tam partem propriam Eudonis quam in eadem villa habuit, quam partem ecclesiae Rameseiaie, Deo et Sancto Benedicto ad usum fratrum eternaliter ... possidendam ... relinqueret*". Su questo testo cfr. F. POLLOCK, F.W.

Numerose altre testimonianze del XIII secolo attestano il consolidato impiego della locuzione ‘*ad opus*’, talora congiunta a ‘*ad usum*’⁷. Quest’ultimo termine ricorre con maggiore frequenza, si è notato⁸, laddove si trattava di trasferire proprietà fondiaria a beneficio di corporazioni religiose, tra cui i nuovi ordini dei Dominicani e dei Francescani, i quali, in ragione del loro voto di povertà, non potevano risultare titolari di alcun bene. In un noto caso del 1308, riportato negli *Year Books* di Edoardo II, ai *Frairs Minor* di Oxford veniva concesso l’‘*usum plenarium et aisiamentum*’ di alloggi per disposizione del *grant*:

“Alicia quae fuit uxor Christofori filii Simonis de Oxonia per attornatum suum petit versus Gardianum Ordinis Fratrum Minorum de Oxonia terciam partem duorum mesuagiorum et trium cotagiorum cum pertinenciis in Oxonia ut dotem etc. Et Gardianus per attornatum suum venit et dicit quod ipse non habet feodum nec liberum tenementum in predictis mesuagiis et cotagiis nisi tantum usum et aisiamentum ex concessione Edmundi nuper Comitis Cornubie et per scriptum ipsius Comitis quod profert in hec verba: ‘Noverit universi etc. quod nos Edmundus Comes Cornubie dedimus et concessimus [et] pro nobis et heredibus nostris confirmavimus isto scripto Fratribus Minoribus Oxonie pietatis intuitu et pro anima nostra ac anima Regis patris nostri, cuius cor in choro dictorum Fratrum traditur sepulture, usum plenarium et aisiamentum omnium domorum et arearum quas emimus de Christoforo filio Simonis de Oxonia, que domus iuxta scholas eorundem Fratrum in parochia Sancti Ebbe Oxonie situantur sicut in carta dicti Cristofori de eisdem domibus cum suis pertinenciis nobis facta clarius continentur, et insuper usum et aisiamentum omnium edificiorum que per nos in dicto loco contigerit edificari et omnium aliarum commoditatum que ad easdem domos et

MAITLAND, *The History of English Law before the time of Edward I*, vol. II, 2nd ed. reissued, Cambridge 1968, p. 235; W.S. HOLDSWORTH, *A History of English Law*, vol. IV, London 1924, p. 415.

⁷ Su queste testimonianze vedi F. POLLOCK, F.W. MAITLAND, *The History of English Law* II cit., p. 235-236. In ordine all’impiego contestuale dei due termini, *opus* e *usum*, cfr. V. ZEUMER, *Quarto edition of the Formulae Merovingici et Karolini Aevi* (*Monumenta Germaniae*), index sub voce *opus*, p. 115-234, p. 208-315.

⁸ Cfr. F.W. MAITLAND, *The Origin of Uses*, in 8 *Harvard Law Rev.* (1894), p. 135; F. POLLOCK, F.W. MAITLAND, *The History of English Law* cit., p. 237.

areas quocunque titulo pertinere noscuntur; ita quod prefati Fratres de omnibus edificiis antedictis libere possent post mortem nostram ordinare eas amovendo vel aliter secundum quod eorum aisiamiento et usui magis viderint expe[dire] etc. Unde dicit quod ipse nichil habet vel habere clamat in predictis tenementis nisi ad voluntatem domini Regis consanguinei et heredis predicti Edmundi etc. Et petit iudicium de brevi etc.”⁹.

Il caso è riportato in forma estremamente ellittica, tanto che non è agevole comprendere i fatti ad esso sottesi: una donna di nome Alice, vedova di un certo Christopher, ricorse ad un'azione legale per recuperare un terzo delle proprietà già appartenenti al suo defunto marito e a lei spettanti a titolo di dote. Suo marito aveva in vita venduto il terreno e le costruzioni a *Edmund*, ex Conte di Cornovaglia, che aveva concesso ai frati di Oxford l'*usum* di questi beni. I frati, che li detenevano, risposero che essi avevano '*not fee nor freehold*', ossia non un diritto di proprietà su quei beni, ma solo '*usum et aisiamentum*', in forza del *grant* dell'ex Conte, il quale nel concedere detto *usum* aveva altresì stabilito che i destinatari dell'attribuzione fossero da considerarsi soltanto '*tenants at will*' degli eredi del *grantor*.

Proprio questa testimonianza ha aperto il dibattito in ordine alla possibile derivazione dello *use* dalle figure romane dell'*usus* e dell'*ususfructus*.

In uno scritto di Lord Chief Baron Gilbert del 1811 si legge:

“the original of uses was from a title under the civil law, which allows of an usufructuary possession, distinct from the substance of the thing itself”¹⁰.

⁹ *Year Books of Edward II*, Vol. II: 2 & 3 Edward II, A.D. 1308-9 and 1309-10, in *Selden Society* 19 (1904), p. 75-76. Su questa testimonianza cfr. S.F.C. MILSOM, *Historical Foundations of the Common Law*, 2nd ed., London 1981, p. 202-203; S.W. DEVINE, *The Franciscan Friars, The Feoffment to Uses, and Canonical Theories of Property Enjoyment before 1535*, in 10 *The Journal of Legal History* 1981, p. 2-4.

¹⁰ G. GILBERT, *The Law of Uses and Trusts*, Dublin 1811, p. 3, il quale osservava che “the Origin of Uses was from a Title under the Civil Law, which allows of an usufructuary possession, distinct from the Substance of the Thing itself; and it was brought over to us from thence by the Clergy, who were Masters of the Civil Law”. Con riferimento al caso di *St. Ebbes*, il prof. Milsom, *op. cit.*, p. 200 ebbe a sostenere che “The grant of *usus* had surely been inspired by the Franciscans themselves, and if the matter was [then] analysed at all it must have been in civilian terms”.

Secondo Gilbert, proprio l'esigenza di alcune corporazioni religiose di aggirare i vincoli dello *Statute of Mortmain*, per trarre dai beni, specie di natura fondiaria, profitti per il proprio sostentamento, le avrebbe spinte a prendere in prestito dal diritto canonico l'idea tipicamente romanistica di un godimento (*usus*) separato dalla titolarità della proprietà (*dominium*) – peraltro secondo una prassi già invalsa nel continente¹¹ – ponendola poi alla base del meccanismo di *feoffment to use*¹².

La tesi dello studioso inglese prestava, però, il fianco a numerose critiche. Già il Digby, nella sua introduzione alla storia della *Real Property* del 1847, contestava la puntualità del raffronto tra le due figure, in quanto “*There is no binding relation between the owner and the usufructuary by which the former is compelled to hold to use of the latter*”¹³.

Ciò che oggettivamente impediva di collegare le prime forme di *use* all'*usus* e all'*usufructus* era la differente natura giuridica di questi istituti: se l'intento perseguito con lo *use* era quello di consentire alle prime corporazioni religiose il godimento e la fruizione di beni, senza acquisto di diritti¹⁴, a ciò non poteva certo soccorrere l'*usus* di origine romanistica, appunto riconosciuto come diritto reale su beni, seppure su beni altrui¹⁵.

¹¹ Prosegue il Gilbert, *The Law of Uses and Trusts* cit., p. 3: “*twas* (i.e. la distinzione tra *dominium* e usufrutto) brought over us from thence by the clergy, who were masters of the civil law, for when they were prohibited from taking anything in mortmain, and after several evasions by purchasing lands of their own tenants, suffering recoveries, and purchasing lands round the church, and making them church-yard, by Bull from Pope, at last this way was invented of conveying lands to others to their own use”.

¹² Centrale nella costruzione dell'istituto dello *use* è proprio la separazione del titolo legale dal suo godimento: il disponente trasferiva la *legal estate* sul bene al *feoffee*, il quale risultava così a tutti gli effetti proprietario.

¹³ K.E. DIGBY, *An Introduction to the History of the Law of Real Property*, Oxford 1847, p. 317.

¹⁴ Sull'argomento cfr. *infra* p. 72 e nt. 66.

¹⁵ Sul punto cfr. S.W. DEVINE, *The Franciscan Friars* cit., p. 3 e p. 16, nt. 15, che così si esprime: “*the friars gained the property's enjoyment without its ownership (indeed, without taking any legally enforceable rights in the freehold). In fact, insofar as it was important to them not to have any rights in the freehold, an usus style arrangement was insufficient since, as classically interpreted, the usus gave the beneficiary an enforceable right in rem with respect to the relevant property*”. Cfr. anche J.H. BAKER, *An Introduction to English Legal History*, 4th ed., London 2002, p. 354-355.

Si giunse così a concludere, secondo un'opinione ormai pressoché unanimemente condivisa dagli studiosi, che non vi fosse alcuna comunanza, se non a livello di pura assonanza terminologica tra lo *use* e i diritti reali di godimento della tradizione latina¹⁶. Anche l'etimologia del termine *use* venne fatta derivare non dal latino '*usus*', bensì dal termine '*opus*', rinvenibile nei *Land Books* anglosassoni a partire dal IX secolo, da cui poi nell'antica lingua francese il termine '*os*' o '*oes*'¹⁷.

In questa prospettiva è, dunque, probabile che le parole '*usum plenum et aisiamantum*' che leggiamo nel citato documento fossero impiegate in senso atecnico, dunque senza un preciso riferimento alle caratteristiche di istituti del diritto romano¹⁸, ma nel senso, più generale e comunque comune anche all'*ususfructus* romano, di godimento temporaneo. Mentre l'impiego di una terminologia latina ben si spiega con il fatto che i primi a beneficiare dei vantaggi dello *use* furono proprio gli ecclesiastici¹⁹, custodi della cultura latina, e considerato anche che lo stato delle fonti di *common law* dell'epoca non era in grado di offrire soddisfacenti basi per una concettualizzazione del primitivo *trust*²⁰.

Nel confronto tra *use* e *usus* di derivazione romana viene in rilievo, a mio avviso, un ulteriore elemento di differenziazione: è l'elemento della fiducia che connota i rapporti tra *feoffor* e affidatario e che, come è stato esat-

¹⁶ Così già F.W. SANDERS, *An Essay on the Nature and Laws of Uses and Trusts including a Treatise on Conveyance at Common Law and those deriving their effect from the Statute of Uses*, London 1791, p. 3; G. SPENCE, *The equitable Jurisdiction* cit., p. 435.

¹⁷ Questa opinione risalente al F. W. MAITLAND, *The Origin of Uses* cit., p. 127 s. è stata poi seguita da tutti gli altri studiosi della materia. Tra gli altri, cfr. T.F.T. PLUCKNETT, *A Concise History of the Common Law*, 5th ed., London 1956, p. 576.

¹⁸ S.W. DEVINE, *The Franciscan Friars* cit., p. 15, il quale conclude osservando che "...the Franciscans may have provided the occasion for the introduction of Roman civil law terminology and concepts into the field later occupied by the feoffment to uses, but that those Roman law concepts had no direct influence on the development of the English use".

¹⁹ Cfr. B.F. BROWN, *The Ecclesiastical Origin* cit., p. 353-366; J.L. BARTON, 'The Medieval Use', in 81 *Law Quarterly Review* (1965), p. 564; V. R. VASEY, *Fideicommissa and Uses: the clerical connection revisited*, in 42 *The Jurist* (1982), p. 201-214 e p. 202-208; S. HERMAN, *Utilitas Ecclesiae: the Canonical Conception of Trust*, in 70 *Tulane Law Review* (1996), p. 2239-2278.

²⁰ Così C.H. VAN RHEE, 'Trust, Trust-like Concepts and *Ius Commune*', in 3 *European Review of Private Law* (2000), p. 454 s.

tamente rilevato, costituisce “un dato centrale attorno a cui ruota l'intero sistema degli *uses*”²¹. Non stupisce perciò che, nella ricerca delle radici del moderno *trust*, l'attenzione della dottrina non solo inglese, scartata l'idea di un collegamento con l'usufrutto, si sia concentrata proprio sull'istituto del fedecommissario romano.

Non sono pochi, infatti, gli studiosi che nelle loro opere hanno impiegato il termine ‘*fideicommissum*’ per spiegare il concetto di *trust*. Così Francis Bacon nel suo *Reading on the Statute of Uses* del 1642, partendo dalla nozione di *use* come “*dominium fiduciarium*”, “*created by confidence, preserved by privity and ordered and guided by conscience*”²² tracciò un parallelismo tra lo sviluppo storico dello *use* e quello del *fideicommissum* romano²³.

Fu però William Blackstone, nei suoi *Commentaries on the Laws of England*, ad avanzare per primo l'idea di un possibile collegamento storico tra i due istituti, mediato dal diritto canonico²⁴; idea questa ripresa e sviluppata da un suo contemporaneo, William Cruise²⁵, autore di un importante saggio sugli *Uses*, e successivamente ancora da George Spence²⁶, che, nel suo famoso *Equitable Jurisdiction of the Court of Chancery*, ritracciò le origini del *trust* in quel diritto romano vigente nella provincia britannica, che sarebbe sopravvissuto anche al ritiro delle legioni²⁷.

²¹ V. BERTORELLO, *Un'ipotesi intorno all'origine dei trust*, in M. LUPOI (a cura di), *Le situazioni affidanti*, Torino 2006, p. 153, nt. 26.

²² F. BACON, *Reading on the Statute of Uses*, 1st ed., 1642, estratta da *The Works of Francis Bacon*, London 1892, p. 401.

²³ ID., *Reading on the Statute of Uses* cit., p. 407 ss.

²⁴ W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, vol. II, 1765-1769 (ed. by R.M. Kerr), London 1857, p. 326 ss., spec. p. 327 ove si legge: “*This notion (i.e. notion of use) was transplanted into England from the civil law, about the close of the reign of Edward III, by means of the foreign ecclesiastics; who introduced it to evade the statutes of mortmain, by obtaining grants of lands, not to their religious houses directly, but to the use of the religious houses: which the clerical chancellors of those times held to be fidei-commissa, and binding in conscience (...)*”.

²⁵ W. CRUISE, *An Essay on Uses*, London 1795, p. 3, ove si legge “*the idea of a use, and rules by which it was first regulated, are now generally admitted to have been borrowed by the ecclesiastics from the fideicommissum of the civil law*”. Vedi anche successivamente M. CRAKANTHORPE, *The Uses of Legal History*, in 12 *Law Quarterly Rev.* (1896), p. 346.

²⁶ G. SPENCE, *The Equitable Jurisdiction of the Court of Chancery*, vol. I, London 1846, p. 20-21 e p. 439 ss.

²⁷ Così M. GRAZIADEI, *Changing Images of the Law in XIX Century English*

Già a partire dalla fine dell'Ottocento questa teoria incontrò le critiche di una cospicua e autorevole parte della dottrina inglese capeggiata dal Maitland²⁸ e per quasi un secolo essa venne accantonata per fare spazio ad ipotesi più innovative²⁹.

Legal Thought (The Continental Impulse), in M. REIMANN (a cura di), *The Reception of Continental Ideas in the Common Law World (1820-1920)* [*Comparative Studies in Continental and Anglo-American Legal History*, vol. 13, 1993], p. 122 s.

²⁸ Il Maitland, nel suo scritto su 'the Origin of Uses' del 1894 (pubblicato per la prima volta in *Harvard Law Review* e poi l'anno successivo riapparso in *The History of English Law before the Time of Edward I*, scritto a quattro mani con Frederick Pollock), evidenziò gli aspetti di maggiore criticità di questa teoria: "In the first place, The English use in its earliest stage is seldom, if ever, the outcome of a last will, while the fideicommissum belongs essentially to the law of testaments. In the second place, if the English use were a fideicommissum it would be called so, and we should not see it gradually emerging out of such phrases as *ad opus* and *ad usum*" (p. 136-137). Critici anche A. VAN WYNEN THOMAS, *Note on the Origin of Uses and Trusts – Waqfs*, in 3 *Sw. L. J.* (1949), p. 162.

²⁹ In particolare, si fece strada l'opinione che ravvisava nello *use* elementi di diritto germanico. Il primo sostenitore di questa tesi fu O.W. HOLMES, *Early English Equity*, in 1 *Law Quarterly Rev.* (1885), p. 162 ss.; ID., *Law in Science and Science in Law*, in *Harvard Law Rev.* (1899), p. 443 ss., spec. 446, che sulla scorta delle conclusioni raggiunte dal Beseler, si riferisce in particolare alla figura del *Salmann*. Su posizioni non dissimili anche W.S. HOLDSWORTH, *A History of English Law* IV cit., p. 407 ss. Nella terminologia più recente il richiamo è al *Treuband*, con cui si indica genericamente il fenomeno della fiducia nell'ordinamento germanico: cfr. A. DYER, H.H.A. VAN LOON, *Report on Trusts and analogous Institutions*, 1982, p. 64 ss. *Contra* M. RADIN, *Anglo-american legal history*, St. Paul Minnesota 1936, p. 430 ss.; R. HELMHOLZ, R. ZIMMERMANN, *Views of Trust and Treuband: An Introduction*, in R. HELMHOLZ, R. ZIMMERMANN (a cura di), *Itinera Fiduciae: Trust and Treuband in Historical Perspective*, Berlin 1998, p. 27 ss. Per una ricostruzione dei rapporti tra fiducia germanistica e quella romanistica: R. MARTUCCI, *Proposte per una considerazione del negozio fiduciario alla luce del diritto tedesco vigente e della rei vindicatio utilis romana*, in *Riv. dir. comm.* I (1991), p. 479 ss.; K.O. SCHERNER, *Formen der Treuband im alten deutschen Recht*, in *Itinera Fiduciae* cit., p. 237 ss. Secondo una più recente teoria, presentata per la prima volta in occasione di una conferenza a Lennex sul diritto dei paesi mediorientali tenutasi nel 1948, le origini del *trust* andrebbero rintracciate nella cultura giuridica islamica ed in particolare nell'istituto del *waqf*. In tal senso, S. THOMAS, *Note on the Origin of Uses and Trusts – Waqf*, in *Southwestern Law Journal*, vol. III, 1949, p. 162 ss.; M.M. GAUDIOSI, *The Influence of the Islamic Law of Waqf on the Development*

Non fu però mai completamente abbandonata l'idea di una comunanza tra i due istituti, anzi più recentemente questa è stata ripresa e rimeditata da parte di alcuni importanti esponenti della romanistica d'oltremania. Anche Buckland, convinto assertore dell'originalità delle dottrine dell'*equity* e del *trust* in particolare, che, a suo dire, non troverebbero paralleli nell'ordinamento romano³⁰, riconobbe, comunque, la somiglianza tra la fattispecie del *fideicommissum* e quella del moderno *trust*³¹. Qualche decennio più tardi, anche un giovane David Johnston scelse di intitolare il suo lavoro sul fedecommesso romano con l'inusuale espressione '*The Roman Law of Trust*', avendo poi cura di precisare già in apertura di introduzione che:

"Trusts did not exist in Roman law; nor do they exist in the civil systems which derive from it (...) 'Trust', however, is the ideal word in English, even in legal English, to translate the Latin *Fideicommissum* which is the subject of this book. The two legal institutions have much in common: both developed in independent jurisdictions, the trust in equity, outside the common law; the *fideicommissum* outside the Roman formulary system in a new official procedure. They have a common fiduciary nature: property is entrusted to one person for the benefit of another ... They (i.e. details) are sufficiently impressive to justify the use of the term 'trust' as the English equivalent of *fideicommissum*. Even if we deny (as we might well) the direct influence of the *fideicommissum* on the growth of the trusts in the English equitable jurisdiction, parallels are remarkable; and the translation 'trust' serves

of the Trust in England, in 136 *U. Pa. L. Rev.* (1988), p. 1243; H. CATTAN, *The Law of Waqf*, in M. KHADDURI, H.J. LIEBESNY (a cura di), *Law in the Middle East*, Vol. I: *Origin and Development of Islamic Law*, 1995; A. AVINI, *The Origins of the Modern English Trust Revisited*, in 70 *Tulane Law Rev.* (1995-1996), p. 1149.

³⁰ W.W. BUCKLAND, *Equity in Roman Law*, London 1911, p. 14-15: "Some doctrines which have played a large part in Equity we must not expect to find in Rome (...) we shall not find the trust, as a general institution, in Roman Law: of this conception it is common knowledge that the Roman Law and the systems derived from it possess non parallel".

³¹ ID., *Equity cit.*, p. 19: "the case of *Fideicommissum* provides us with something very like a trust"; negli stessi termini W.W. BUCKLAND, A. D. MCNAIR, *Roman Law and Common Law. A comparison in outline*, (2nd ed. revisited by F.H. Lawson), Cambridge 1965, p. 176-179, spec. 177.

as a reminder that even if the two institutions, trust and fideicommissum, are diverse in origin they are none the less related in function”³².

La prospettiva adottata non è, dunque, più quella della ricerca, considerata ormai utopistica, di comuni radici tra *fideicommissum* e *trust*. L'indagine della moderna dottrina opera ad un livello certamente più superficiale, ma non meno affascinante, quello dell'individuazione delle fondamentali analogie concettuali, storiche e funzionali tra le due figure³³. Ed è dall'analisi di queste che prende avvio anche la mia ricerca.

2. Analogie con il *fideicommissum*: l'elemento dell'affidamento.

La prima e più evidente affinità tra le due figure è rinvenibile proprio a livello concettuale: l'idea elementare del sostantivo *trust* rievoca quel concetto di proprietà fiduciaria e temporanea³⁴ che troviamo anche alla base della disposizione fedecommissaria romana. Il *trust* è infatti comunemente definito come relazione concernente la proprietà di beni che vengono 'entrusted' ad un soggetto (*trustee*) 'for the benefit of another person' (*beneficiary*)³⁵; in maniera non dissimile è concepito il rapporto inter-

³² D. JOHNSTON, *The Roman Law of Trusts*, Oxford 1988, p. 1. In un più recente contributo l'A. definisce il *fideicommissum* "the most detailed and sustained instance of a trust-like device in Roman law" (Id., *Trusts and Trusts-like Devices in Roman Law*, in *Itinera Fiducia* cit., p. 53).

³³ In questa stessa prospettiva si collocano anche i più recenti studi del Waters in tema di *trust*: D.W.M. WATERS, *Institution of the Trust in Civil and in Common Law*, in *Recueil des cours Académie de droit international* 252 (1995), p. 117-453.

³⁴ Così si legge in F. Bacon che "*usus est dominium fiduciarium: Use is an ownership in trust*".

³⁵ In questi termini W.W. BUCKLAND, A. MCNAIR, *Roman Law and Common Law* cit., p. 176 ("The trust ... is an institution by which something is entrusted to one person, the trustee, for the benefit of another, the cestui que trust or beneficiary"). Quella che ancora oggi è considerata la più completa definizione del Trust è di Underhill risalente al 1899, in seguito integrata ed aggiornata da Keeton e Sheridan: "A trust is an equitable obligation, binding a person (who is called a trustee) to deal with property over which he has control (which is called the trust property) either for the benefit of persons (who are called the beneficiaries or cestuis que trust) of whom he may himself be one, and any one of whom may enforce the obligation, or for a charitable purpose, which may be enforced at the instance of the Attorney

corrente tra soggetto onerato e beneficiario di fedecommissio, così descritto dal Johnston:

“The Latin term fideicommissum however, is a relic of the times in which there was no legal sanction: an object was entrusted (commissum) to the good faith (fides) of the recipient, for the benefit of another person”³⁶.

Da queste definizioni emerge la centralità, da un lato, della volontà, e dall'altro, della *fides*. Invero sia il fedecommissio che il *trust*, nella loro configurazione primigenia, constano di una dichiarazione di volontà, liberamente manifestata³⁷, in ordine al trasferimento di proprietà da un

General, or for some other purpose permitted by law though unenforceable” (G.W. KEETON, L.A. SHERIDAN, *The Law of Trusts*, 1983, p. 21).

³⁶ D. JOHNSTON, *The Roman Law of Trust* cit., p. 9.

³⁷ Il fedecommissio nasce come disposizione scritta priva di requisiti di forma ed espressa generalmente con parole di preghiera, ma non individuate in formule rigide: cfr. Gai. 2, 249: “*Verba autem [utilia] fideicommissorum haec [recte] maxime in usu esse videntur: ‘peto’, ‘rogo’, ‘fidei committo’; quae proinde firma singula sunt. atque si omnia in unum congesta sint*”; Ep. Ulp. 25, 1: “*Fideicommissum est, quod non civilibus verbis, sed precative relinquitur, nec ex rigore iuris civilibus proficiscitur, sed ex voluntate datur relinquentis*”. Altrove è addirittura prospettata la possibilità di un fedecommissio orale, ove il riferimento è ad un cenno di capo che risponda alla proposta di una persona (*nutus*): Ep. Ulp. 25, 3: “*Etiam nutu relinquere fideicommissum usu receptum est*”; cfr. anche D. 32, 21 pr. (Paul 4. sent.); D. 32, 39, 1 (Scaev. 20 dig.). Sul tema, cfr. C. FERRINI, *Teoria generale dei legati e dei fedecommissi secondo il diritto romano con riguardo all'attuale giurisprudenza*, Milano 1889, p. 33 ss.; B. BIONDI, *Successione testamentaria. Donazioni*, Milano 1943, p. 289 ss.; G. GROSSO, *I legati nel diritto romano. Parte generale*, 2^a ed., Torino 1962, p. 112 ss.; P. VOCI, *Diritto ereditario romano II, Parte speciale*, Milano 1963, p. 223 ss.; G. IMPALLOMENI, *Prospettive in tema di fedecommissio*, in *Conferenze romanistiche II*, Milano 1967, p. 275 ss., ora in Id., *Scritti di diritto romano e tradizione romanistica*, Padova 1996, p. 153 ss.; A. WATSON, *The Early History of “fideicommissa”*, in *Index 1* (1970), p. 179-183, ora in Id., *The Law of Succession in the Later Roman Republic*, Oxford 1971, p. 35-38; D. JOHNSTON, *The Roman Law of Trusts* cit., p. 1 ss.; A.D. MANFREDINI, *La volontà oltre la morte. Profili di diritto ereditario romano*, Torino 1991, p. 99 ss.; V. GIODICE SABBATELLI, *La tutela giuridica dei fedecommissi fra Augusto e Vespasiano*, Bari 1993, p. 1 ss.; F. LONGSCHAMPS DE BÉRIER, *Allargamento della circolazione dei beni “mortis causa”: le origini del fedecommissio*, in *On. Kupiszewski*, 1996, p. 205 ss.

soggetto ad un altro, trasferimento che trova la propria ragion d'essere nella fiducia riposta dal disponente nel proprio fiduciario. La *fides*, dunque, identifica l'elemento strutturale tanto del *trust*, quanto del fedecommesso romano e si estrinseca nell'affidamento di una posizione soggettiva al fiduciario: è "la fede che l'affidante attende sia la misura e la chiave ispiratrice del comportamento dell'affidatario"³⁸.

Le fonti legislative, giurisprudenziali e dottrinali nell'alto Medioevo inglese danno conto del frequente impiego del termine '*confidence*' o '*affiance*' – di chiara origine latina (*confidentia*) – per contraddistinguere le primitive forme di *trust*, quelle che vanno sotto il nome di *feoffment to use*. Anzi pare che l'impiego di questa terminologia di derivazione latina abbia storicamente preceduto l'introduzione del vocabolo *trust*³⁹.

In una petizione rivolta al Cancelliere risalente al 1393, si legge che certe terre erano state trasferite ad un sacerdote "*pur la graunt affiaunce q'ils auoient en le did Thomas Profyt qi fuist lour confessour*", cioè per la grande fiducia che i trasferenti riponevano nel loro confessore⁴⁰. In una deposizione testimoniale risalente al 1464, il teste affermava "*feoffavit eos ex confidentia ad usum suum et non ad usum illorum*", cioè aveva trasferito

In maniera simile uno *use* poteva essere dichiarato espressamente, sia per iscritto che in forma orale; in seguito si ammise potesse discendere da un comportamento concludente delle parti. Sul punto cfr. W.S. HOLDSWORTH, *A History of English Law* IV cit., p. 421.

³⁸ M. LUPOI, *Fides, fiducia e trust nella cornice delle situazioni affidanti*, in *Le situazioni affidanti* cit., p. 6.

³⁹ Solo a partire dal Quattrocento è attestato l'impiego del termine '*trust*' e anche una volta entrato nell'uso comune esso non ha soppiantato del tutto il termine '*confidence*', che si rinviene spesso da solo fino agli inizi del Cinquecento. M. LUPOI, *Fides, fiducia e trust* cit., p. 10-12; Id., *Origine civilistica dei Trusts: una prima indagine*, in *Diritto Privato*, IV. *Del rapporto successorio: aspetti*, Padova 1999, p. 71-72.; V. BERTORELLO, *Un'ipotesi intorno all'origine dei trust* cit., p. 167-169.

⁴⁰ *Godwyne v. Profyt*, in W.P. BAILDON (a cura di), *Select Cases in Chancery (A.D. 1364 to 1471)*, in *Seld. Soc.*, London 1896, n. 45: "... *apres qy mort deux des dites feoffetz, Richard et Johan, pur procurement d'un Johan Solas, relessèrent al dit Thomas Profyt tout lour estate dez ditz terres et tenementz sur lez ditz condicions, pur la graunt affiaunce q'il voleit parfourmer la volunte du dit Piers qui fuist lour confessour, et q'il voleit parfourmer la volunte du dit Piers en forme desuisdite; et ceo bien et loialment faire mesme le Thomas Profyt iura par soun Verbum Dei lez suisditz condicions en touz poyntz de parfourmer*".

un bene a dei soggetti ma a vantaggio suo proprio e non loro, facendo affidamento sulla *confidentia* in essi riposta⁴¹.

La stessa lettera dello *Statute of Uses* del 1536⁴² definisce lo *use* in termini di *confidence*:

“a use is nothing in law but the trust and confidence which the feof-for puts in the person of the feoffee according to his estate”.

Definizione questa che attraversa i secoli e ancora si legge nell’opera di Lord Coke:

“an use is a trust or confidence reposed in some other”⁴³.

Il termine ‘*confidentia*’, pur sconosciuto alle fonti romane in tema di fedecommissio, deve la sua introduzione all’interpretazione che di esse ha offerto il diritto comune. In particolare, il verbo ‘*confidere*’, come poi il sostantivo ‘*confidentia*’ sono stati impiegati per definire il rapporto tra disponente ed *heres* in talune fattispecie di *hereditas fideicommissaria*.

Accursio, a margine della parola ‘*fiduciarium*’, presente in un brano di Giavoleno in D. 36, 1 48 (46) e riferita alla posizione dell’*heres* tenuto alla *restitutio fideicommissaria*, sinteticamente commentò: “*quia de eo multum confidebat testator*”⁴⁴. In termini simili si espresse Baldo con riferimento ad un’ipotesi di fedecommissio in favore di persona incapace di ricevere: in tal caso il testore nominava erede un amico dell’incapace, senza gravarlo in termini espressi di un obbligo di restituzione, “*quia confidit de eo*”⁴⁵.

Anche Bartolo, nel commentare una costituzione di Giustiniano riportata in C. 6, 42, 32, spiega la scelta del testatore di lasciare fedecommissi “*sine scriptura e praesentia testium*”, poiché egli “*confidit de fide haeredis*”⁴⁶.

⁴¹ R.H. HELMHOLZ, *The Early Enforcement of Uses*, in 79 *Columbia Law Rev.* (1979), p. 1503, nt. 31.

⁴² 27 Hen. VIII, c. 10 (1536).

⁴³ E. COKE, *On Littleton*, 1st ed., 1628, Legal Classic Library, New York 1823, p. 272b.

⁴⁴ Gl. *Quia de eo*, in D. 36, 1, 48 (46), *ad senatus consultum Trebellianum*, l. *Seius Saturninus*.

⁴⁵ B. DEGLI UBALDI, *Commentaria in primam et secundam Infortiati partem*, Venetiis 1572, f. 80rb, in D. 28, 5, 47 (46).

⁴⁶ B. DA SASSOFERRATO, *Commentaria*, rist. anast. a cura di Polara, Il Cigno Galileo Galilei 1998, ad. C. 6, 42, 32, n. 3.

L'espressione ritorna con ancora maggiore frequenza in studiosi successivi⁴⁷.

Emblematico è un testo di Menocchio:

“Confert non parum quod testatrix dixit se commendare dictos filios Laurae confidens in ea. Haec fides et haec confidentia, quae idem significat, arguit atque demonstrat, testatricem reliquisse Lauram haeredem fiduciarium”⁴⁸.

Quest'ultimo giurista arriva ad attribuire ai due termini – *fides* e *confidentia* – un identico significato, rivelatore dell'intenzione del testatore di istituire un '*haeres fiduciarius*', ove il termine *fiduciarius* va inteso nel senso della Glossa "*pro fideicommissario ponitur*"⁴⁹.

⁴⁷ G. TORRE, *De pactis futurae successionis*, Apud Nicolaum Pezzana, Venetiis 1673, l. III, cap. VII: “*Qui vero allegat quem fuisse haeredem fiduciarium, non verum et ordinarium, tenetur prbare confidentiam, scilicet Testatoris cum haerede fiduciarium*”; S. GRATIANUS, *Disceptationum forensium iudiciorum*, t. IV, Apud Petrum Albertum, Coloniae Allobrogorum 1622, disc. 650, n. 23: “*non fuit probata aliqua confidentia, cum omnes testes sint singulares, qui regulariter non probant; (...) sufficiunt testes singulares ad probandam confidentiam; (...) circa institutionem haeredis confidenter factam*”.

⁴⁸ I. MENOCCHIO, *Consilium* 1135, in *Consilia sive Responsa*, XII, Benetiis 1609, f. 64va-66ra, nn. 14-17. Si tratta di un parere offerto a proposito di un caso controverso di *commendatio* testamentaria. La controversia concerneva, in particolare, la questione se l'espressione '*commendare fidei*' equivallesse a '*fideicommittere*', quindi se la raccomandazione della testatrice (“... *haeredis fidei commendabit filios praedicti (...) Octavii ipsiusque dominae Laurae, tam ea vivente, quam post eius mortem, confidens in ea, quod nunquam dictis filiis deerit*”) valesse a gravare l'erede di un fedecommeso universale o meno. Menocchio, sulla scorta della glossa a D. 26, 1, 48 (46), arriva a sostenere che nel caso di specie vi sia fedecommeso e che, in particolare, si tratti di un fedecommeso fiduciario.

⁴⁹ Menocchio sostiene l'equivalenza tra fiduciaria/ fedecommissaria, come già peraltro sostenuto da Alciato: “*Ulpianus* [la nota a margine del testo richiama D. 21. 1, 9, 1] *fiduciarium hereditatem pro fideicommissaria accepisse videtur, cum quis non contemplatione sui, sed eius qui restituere damnatus, haeres institutus proponitur*” [la nota a margine del testo richiama D. 22 1, 3, 3] (A. ALCIATO, *Parergon*, lib. III, cap. 26, in ID., *Lucubrationes in ius civile et pontificum*, II, Basilae 1571). Vedi anche PEREGRINUS, *de fideic.*, art. 3 n. 19: “*Est autem fiduciarius haeres qui*

L'impiego del termine '*confidentia*'⁵⁰ in quanto riferito ad un rapporto fiduciario nasce dunque in seno all'interpretazione medievale della *restitutio fideicommissaria* di origine romana.

3. Segue: natura dell'obbligazione del fiduciario.

La centralità dell'elemento della *fides* giustifica poi un comune carattere di "inofficiosità"⁵¹: entrambe queste figure nascono e si caratterizzano nelle loro prime applicazioni per essere sfornite di riconoscimento legale e, dunque, per la mancanza di un qualsivoglia meccanismo giuridico atto a costringere la persona cui ci sia affida ad adempiere alla prestazione affidata.

Il *fideicommissum* nasce come istituzione eterodossa rispetto all'ordinamento giuridico di età repubblicana: estraneo al sistema e alle strutture del *ius civile* o del *ius gentium*, non trovava tutela attraverso le formule del processo civile romano. Fu per primo Augusto ad ordinare che in alcuni casi si potesse ricorrere all'autorità dei consoli, laddove, in particolare, il testatore avesse pregato l'onere di attendere al fedecommesso '*per salutem principis*' o in altri casi di evidente uso ingannevole da parte dei fiduciari⁵².

non sua contemplatione sed alterius gratia institutus eidem restituere haereditatem post diem certam rogatus proponitur".

⁵⁰ Osserva M. LUPOI, *Fides, fiducia e trust* cit., p. 13: "*Confidentia* e affidamento sono, infatti, inscindibili; sebbene sia sostenibile che l'affidamento copra un'area più vasta di quella distinta dalla *confidentia* perché (...) l'affidamento può essere necessitato, non c'è dubbio che ogni *confidentia* generi affidamento nella duplice valenza (...): affidamento di una posizione soggettiva, affidamento nel soggetto eretto a proprio fiduciario".

⁵¹ Cfr. D.W.M. WATERS, *Institution of Trust* cit., p. 134, che così si esprime: "*The idea of fides or fiducia reflects a situation of informality. The parties have a transaction or arrangement which involves the performance by one party for the benefit of the other, and at the same time there is no legal machinery or other enforceability device in the legal system which enables the person who relies upon the other to compel performance or the payment of compensation for breach. Litterally the one relies upon the other trusts the other; he has faith in the other to do what the other said he would do*".

⁵² Cfr. W.W. BUCKLAND, *Elementary Principles of the Roman Private Law*, Cam-

Solo gradualmente si arrivò al riconoscimento del fedecommesso come legale istituzione e, dunque, ad una sua stabile tutela, che trovò collocazione non già nell'ambito alla *cognitio ordinaria*, ma in quella *extra ordinem*, ove la giurisdizione venne affidata ad uno speciale magistrato (c.d. *praetor fideicommissarius*)⁵³. Parimenti lo *use* non nacque entro gli schemi rigidi

bridge 1912, p. 174; Id., *A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian*, Cambridge 1921, rist. 1990, p. 349-350; D.W.M. WATERS, *Institution of Trust* cit., p. 139. I fedecommissi non sono necessariamente connessi con lo sviluppo dei codicilli, ma, a quanto risulta, Augusto, onerato di fedecommesso in un codicillo di un certo Lentulo, interrogò i giuristi circa la legalità o meno di tale strumento: cfr. I. 2, 25 pr.: “*Ante Augusti tempora constat ius codicillorum non fuisse, sed primus Lucius Lentulus, ex cuius persona etiam fideicommissa coeperunt, codicillos introduxit, nam cum decederet in Africa, scripsit codicillos testamento confirmatos, quibus ab Augusto petiit per fideicommissum, ut faceret aliquid: et cum divus Augustus voluntatem eius impleset, deinceps reliqui auctoritatem eius secuti fideicommissa praestabant et filia Lentuli legata, quae iure non debebat, solvit. Dicitur Augustus convocasse prudentes, inter quos Trebatium quoque, cuius tunc auctoritas maxima erat, et quaesisse, an possit hoc recipi nec absonans a iuris ratione codicillorum usus esset: et Trebatium suasisse Augusto, quod diceret utilissimum et necessarium hoc civibus esse propter magnas et longas peregrinationes, quae apud fuissent, ubi, si quis testamentum facere non posset, tamen codicillos posset. Post quae tempora cum et Labeo codicillos fecisset, iam nemini dubium erat, quin codicilli iure optimo admitterentur*”.

⁵³ Questo processo di graduale riconoscimento giuridico del fedecommesso emerge con chiarezza dalla lettura delle istituzioni giustinianee: 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. 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. quod quia iustum videbatur et popolare erat, paulatim conversum est in adsiduam iurisdictionem: tantusque favor eorum factus est, ut paulatim etiam praetor proprius crearetur, qui fideicommissis ius diceret, quem fideicommissarium appellabant*”. Sulla possibilità che già prima dell'intervento di Augusto il fedecommesso universale ricevesse una qualche tutela vedi F. LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Il fedecommesso universale nel diritto romano classico*, Warszawa 1997, p. 23 ss., ad avviso del quale la forza dell'obbligazione morale nascente dal fedecommesso nel I secolo a.C. non andrebbe sottovalutata, come testimoniano alcune

della *common law* che non lasciavano spazio ad una distinzione tra ‘*legal title*’ e ‘*beneficial enjoiment*’⁵⁴. Invero, lo *use of land* era riguardato come un interesse totalmente distinto dalla legale proprietà (*legal estate*) e svincolato da tutti i pesi che gravavano sul *tenant* secondo la *common law*⁵⁵. Esso venne creato come interesse del tutto nuovo e sconosciuto al diritto inglese del XIII secolo, privo di protezione e riconoscimento da parte dell’ordinamento⁵⁶. L’obbligazione gravante sul *feoffee to use* aveva, infatti, una natura meramente morale, essendo affidata unicamente alla sua ‘*conscience*’ e ‘*good faith*’, di cui il clero si faceva garante; perciò essa poteva essere violata senza conseguenze giuridiche⁵⁷.

fonti extragiuridiche (Cic. *de fin.* 2, 55; 2, 58; Verr. II, 1, 123-124; *pro Cluent.* 7, 10; Val. Max. 4, 2, 7). Più in particolare, secondo l’A. “gli ereditandi si sforzavano di assicurarsi l’adempimento del fedecompresso cercando per essi una sanzione aggiuntiva sotto forma di una pressione sociale oppure esigendo dagli eredi un opportuno giuramento” (Id., *Il fedecompresso universale* cit., p. 57). Sulla introduzione della tutela giuridica dei fedecompressi, che tuttavia non fece scomparire la rilevanza della *fides* e degli obblighi su di essa fondati, cfr. D. JOHNSTON, *The Roman Law of Trusts* cit., p. 21 ss. e 271 ss.; V. GIODICE SABBATELLI, *La tutela giuridica dei fedecompressi* cit., p. 1 ss.; F. LONGSCHAMPS DE BÉRIER, *Allargamento della circolazione dei beni “mortis causa”* cit., p. 205 ss.

⁵⁴ Cfr. A. W. B. SIMPSON, *A History of the Land Law* cit., p. 175.

⁵⁵ Ciò importava che chi aveva lo *use* del fondo non fosse tenuto a prestare servizi al *lord*, né, in caso di tradimento, poteva per ciò essere soggetto a *escheat* o *forfeiture*. Sul vincolo degli *incidents of tenure* cfr. *infra*.

⁵⁶ E ciò a differenza del *feoffor*, cioè del costituente il *trust*. Infatti nel caso si trattasse di *uses* dichiarati *inter vivos*, di regola considerati irrevocabili, per l’ipotesi di inadempimento dell’obbligazione fiduciaria da parte del *feoffee*, il *feoffor* riceveva generalmente tutela presso la *common law*, potendo agire per la violazione della condizione; ciò avrebbe consentito al costituente di riottenere i propri beni in caso di violazione dell’accordo *inter vivos*. Sul punto, vedi *infra* p. 80, nt. 82; cfr. J. L. BARTON, *The Medieval Use* cit., p. 566; R. H. HELMHOLZ, *The early Enforcement of Uses*, in 79 *Columbia Law Review* (1979), p. 1507. Si vedano, ad esempio, i casi richiamati da V. BERTORELLO, *Un’ipotesi intorno all’origine dei trust* cit., p. 154, nt. 29.

⁵⁷ Cfr. K. E. DIGBY, *An Introduction to the History* cit., p. 319-321, il quale osserva che “*he only external authority by which the duty was enforced was that of the confessor. The common law courts knew nothing of cestui que use, and the ecclesiastical courts were powerless to help him*” (p. 321). Cfr. anche A. W. B. SIMPSON, *A History of the Land Law* cit., p. 176.

L'ampia diffusione cui andò incontro lo strumento dello *use* già durante il regno di Edoardo III importò l'esplicita richiesta al legislatore di risolvere questa situazione di carenza di giustizia⁵⁸ da qui scaturì l'intervento della giurisdizione regia amministrata dal Lord Cancelliere⁵⁹, chiamata a decidere i casi '*in accordance with reason and conscience*'⁶⁰. Il generale principio che

⁵⁸ È documentata una richiesta in tal senso rivolta al parlamento dai *Commons* nel 1402: 3 Rotuli Parliamentorum 511, n. 112: "*Item prient les Communes que par la ou Grantz des Rentz chargez, et auxi Feoffementz des Tenementz en demesne, sont fait a desloialx persones per voie d'affiaunce de perfoeuemer les Volunteez du telx Graunyours et Feoffours, lesqueux desloialx persones per fauxine grauntont mesmes les Rentz as autres persones, et les tenantz attorment; et suxi tielx feoffez chargent les Tenementz en demesne senz assent de lour Grauntours et Feoffours, en quelles cases il n'ad null remedie, s'il ne soit ordeigné par le Parlemment*".

⁵⁹ Secondo una parte della dottrina, anteriormente all'intervento del Cancelliere, lo *use* ricevette tutela ad opera dei tribunali ecclesiastici, che intervenivano anche riguardo a questioni secolari e coinvolgenti soggetti laici. Solo a partire dalla metà del XV secolo la giurisdizione sugli *uses* passò dalle Corti ecclesiastiche al Cancelliere. In questo senso, cfr. F. POLLOCK, F.W. MAITLAND, *The History of English law* II cit., p. 232; R.H. HELMHOLZ, *The Early Enforcement of Uses*, in 79 *Columbia Law Rev.* (1979), p. 3504; ID., *Trusts in English Ecclesiastical Courts 1300-1640*, in *Itinera Fiducia* cit., p. 154; da ultimo anche V. BERTORELLO, *Un'ipotesi intorno all'origine dei trust* cit., p. 160 ss., che sostiene che "il fondamento per l'intervento del giudice ecclesiastico in relazione alla violazione di obbligazioni fiduciarie la sfera secolare risiedeva nel fatto che era considerato un peccato infrangere un giuramento" (p. 160, nt. 54).

⁶⁰ Cfr. G.W. KEETON, L.A. SHERIDAN, *Equity*, 2nd ed., 1976, p. 34 s. Al riguardo parte della dottrina ha ravvisato un parallelismo tra il ruolo del pretore, creatore di *ius honorarium*, e quello del Cancelliere in seno all'*Equity*. In tale prospettiva l'*equitable jurisdiction* è stata paragonata alla giurisdizione del pretore, entrambe chiamate ad alleviare i rigori del più antico diritto. Così H. MAINE, *Ancient Law* cit., p. 68; T.E. SCRUTTON, *Roman Law Influence in Chancery* cit., p. 216 s., il quale, peraltro, è ben consapevole delle notevoli differenze esistenti tra *ius honorarium* ed *Equity*. Vale la pena qui riportare un breve scorcio del pensiero dell'A.: "*Both Equity and the Jus Praetorium tend to become as rigid as the system they originally modified; both are supported by fictions, in the one case of pre-existing state of nature or Golden age, of whose laws fragments survive and are embodied in the Praetor's Edict, in the other of a King, whose Conscience, supplied the inadequacies of his laws. The systems admit of comparison, but there is no trace of causal connexion. It is true that the Praetor framed the formula, and the Chancellor and Clerks of the Chancery issued the writs. But the Praetor administered both his own edict*

governava l'operato del Cancelliere era quello proprio di derivazione da e in conformità con il diritto romano:

“if a confidence is reposed and that confidence is abused, the Courts of Equity would grant relief, but the absence of fraud, mistake or undue influence equity would not set aside a gift where no relation of confidence existed between the parties”⁶¹.

L'intervento della Cancelleria regia determinò lo stesso effetto che si è riscontrato nel diritto romano con riguardo al fedecommesso riconosciuto produttivo di effetti giuridici: come per quest'ultimo lo spostamento dal piano etico-sociale a quello giuridico è avvenuto per opera del potere politico.

4. Segue: finalità elusiva della disposizione.

Anche le spinte che storicamente portarono all'introduzione del *trust* sono analoghe a quelle che le fonti romane ricordano a proposito del fedecommesso.

Si è trattato in entrambi i casi, pur con le inevitabili differenze legate al diverso contesto storico di riferimento, del tentativo di aggirare i divieti e le restrizioni poste dall'ordinamento in ordine alla trasmissione della proprietà.

È cosa nota che il fedecommesso sia stato introdotto dai giuristi romani per superare il formalismo e la rigidità che contraddistinguevano il diritto dei legati. Questo è quanto insegna anche Gaio nelle sue Istituzioni:

“Ut ecce peregrini poterant fideicommissa capere et fere haec fuit origo fideicommissorum”⁶².

and the Jus Civile, and could thus enforce his own innovations, while the Common law judges could and did reject new writs, which seemed to them not in accordance with the Common law. And further, while the Praetor by embodying exceptions in his Formula could influence the defence to actions, the Chancellor had no control over the defence raised in the Common Law Courts to the writs he issued. The tribunals were separate; the judges different”.

⁶¹ Willamin v. Dunn, 93 Ill. 511.

⁶² Gai 2, 285.

Per diritto civile, coloro che non erano cittadini romani non avevano diritto, durante la Repubblica e in età classica, di ricevere legati o intere eredità da parte di cittadini romani, così come non era possibile beneficiare *mortis causa* coloro che non erano ancora nati o che non erano stati concepiti durante la vita del disponente⁶³. Il fedecommesso, nel provvedere a favore anche di queste categorie di persone, aggirava i divieti posti dal *ius civile*.

Nell'esperienza giuridica inglese, il *trust* nacque come *escamotage* per evadere le rigide norme della *tenure* feudale e dunque i limiti che il sistema feudale poneva nei confronti di determinate categorie di soggetti ovvero nell'utilizzo stesso degli strumenti di circolazione della proprietà immobiliare⁶⁴: si pensi l'impossibilità per il vassallo di trasferire per dopo la propria morte la proprietà sul feudo attribuitogli dal proprio Lord⁶⁵ o al

⁶³ Gai. 2, 287: "*Item olim incertae personae vel postumo alieno per fideicommissum relinqui poterant, quamvis neque heres institui neque legari ei possit; sed senatusconsulto quod auctore divo Hadriano factum est, idem in fideicommissis quod in legatis hereditatibusque constitutum est*". Altre limitazioni riguardavano la *testamenti factio* passiva delle donne e dei Latini: 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*"; Gai. 2, 275: "*Latini quoque qui hereditates legataque directo iure lege Iunia capere prohibentur, ex fideicommisso capere possunt*". Sotto Giustiniano la *lex Iulia de maritandis ordinibus* (18 d.C.) proibiva ai *caelibes* di ricevere eventuali legati o eredità in loro favore disposti; similmente la *lex Papia Poppea* (9 d.C.) permetteva ai maritati senza prole (*orbi*) di ricevere solo la metà dei lasciti: Gai. 2, 286-286a: "*Caelibes quoque, qui per legem Iuliam hereditates legataque capere prohibentur, olim fideicommissa videbantur capere posse. 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 pro semisse prohibiti sunt; eaque translata sunt ad eos qui 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*". Per le eccezioni a questi divieti cfr., tra gli altri, R. ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia*, II ed., Padova 1986, p. 69 ss.; S. WALLACE-HADRILL, *Family and inheritance in the Augustan Marriage Laws*, in PCPS 27 (1981), p. 73 ss.

⁶⁴ In argomento cfr. T.F.T. PLUCKNETT, *Legislation of Edward I*, 1st ed. rivis., Oxford 1962, p. 77 ss.; W.S. HOLDSWORTH, *A History of English Law*, vol. III, London 1923, p. 73 ss.

⁶⁵ La successione fondiaria avveniva con il passaggio del fondo al figlio maggiore del *tenant* defunto, non prima che questi avesse fatto voto di fedeltà e ri-

divieto per gli appartenenti agli ordini religiosi di essere titolari di beni, se non previa concessione di una licenza regia⁶⁶.

conoscimento di vassallaggio al lord (*incident of relief and primer seisin*). Qualora l'erede fosse stato minore età, il diritto sui beni del *tenant*, a seguito della sua morte e fino al raggiungimento della maggiore età del figlio, spettava al lord (*incident of wardship*). Qualora, invece, mancasse un erede, la terra tornava direttamente al lord concedente.

⁶⁶ La ragione di questo divieto è ben comprensibile alla luce dei pregiudizi che tali alienazioni recavano agli interessi dei *lords*: alienare una parte del feudo ad un ente come la Chiesa, in genere per scopi caritatevoli e per la salvezza dell'anima, avrebbe significato, infatti, per i *lords* la perdita, relativamente alla porzione di feudo alienata, dei servizi, detti *incidents of tenure*, dovuti dal *tenant* e dai suoi eredi in favore del lord stesso. Già nel 1259, un capitolo (n. 14) delle *Provisions of Westminster* stabilì che “*it is not lawful for men of religion to enter the fee of any one without the licence of the chief lord of whom it is immediately held*” (W. STUBBS, *Select Charters*, 9th ed., Oxford 1913, p. 393). Venti anni dopo, nel 1279, venne promulgato da Edoardo I lo *Statute de Viris Religiosis*, altrimenti conosciuto come *Statute of Mortmain*, ove era definitivamente stabilito e ordinato che “*no religious person or other, whoever he may be, may buy or sell any lands or tenements, or under the colour of gift or lease, or by reason of any other title, whatever it may be, may receive lands or tenements, or by any other craft or devise may presume to appropriate to himself under pain of forfeiture of the same, whereby such lands or tenements may in any way come into mortmain (ad manum mortuam)*”. Sulla portata di questo *Statute*, cfr. J.M.W. BEAN, *The Decline of English Feudalism 1215-1540*, New York 1968, p. 51 ss. Per un approfondimento del tema cfr. A.G. LITTLE, *The Franciscans and the Statute of Mortmain*, in *English Historical Rev.* (1934), p. 673-676; W. HAYES, *A short introduction to conveyancing: with a practical view of the new statutes relating to real property, and forms of assurances at the common law, under the statute of uses, and under the statute for abolishing fines and recoveries: also the rules of court for taking acknowledgements, and the new statutes*, London 1834, p. 3 ss.; F. POLLOCK, R.S. WRIGHT, *An Essay on Possession in the Common Law*, Oxford 1888, p. 45 ss.; F.W. MAITLAND, F. POLLOCK, *The History of English Law before the time of Edward I*, 2nd ed. rivisited, vol. I, Cambridge 1968, p. 232 ss.; W.S. HOLDSWORTH, *A History of English Law* III cit., p. 73 ss.; T.F.T. PLUCKNETT, *A Concise History* cit., p. 506 ss., spec. p. 521; H. HARDING, *The Law Courts of Medieval England*, London-New York 1973, p. 32 ss.; G. R. Y. RADCLIFFE, G. CROSS, *The English Legal System*, 5th ed., London 1971, p. 20 ss.; S.F.C. MILSOM, *Historical Foundations of the Common Law*, 2nd ed., London 1981, p. 103 ss.; J. H. BAKER, *An Introduction to English Legal History* cit., p. 223 ss.

Da qui il ricorso alla tecnica di mettere la proprietà in *use*⁶⁷, ossia di

⁶⁷ Un contemporaneo resoconto delle ragioni che portarono alla diffusione dello *use* tra il XIII e il XV secolo si rinviene nell'interessante trattato di *Christopher St. Germain*, intitolato *Doctor and Student*, scritto nel 1523. Alla domanda del *Doctor*, dotto di diritto canonico, ma non familiare al diritto inglese, sulle ragioni di un così ampio ricorso allo *use*, lo *Studente* ne menziona molte, tra cui, principalmente, quella di consentire al titolare del fondo di disporne per testamento e di conferire sicurezza alle disposizioni matrimoniali ed altri tipi di accordi: T.F.T. PLUCKNETT, J.L. BARTON (a cura di), *St. German's Doctor and Student*, in *Seld. Soc.*, vol. 91, London 1974, Dial. II, 22, p. 223-224: "(Student) *there hath ben many causes therof/ of the whiche some be put away by dyuers statutes/ and some haue put theyr lande in feoffment secretely to the intent that they that haue ryghte to the lande sholde not know agaynst whom to brynge theyr accyon /and that is moche what remedied by dyuers statutes that gyue accyons agaynstt pernours & takers of the profytes. And somtyme such feoffementes of trust haue ben made to haue mayntenaunce and berynge of theyr feoffes. Whiche perduenture were great lordes or rules in the countrey/ and therefore to put away suche mayntenaunce: treble damages be gyuen by statute agaynst them that make suche feoffementes for mayntenaunce/ and somtyme they were made to the vse of mortmayne whyche might than be made without forfeiture though it were probyyt that the freeholde myght not be gyuen in mortmayn. But that is put away by the statute of Rycharde the second. And somtyme they were made to defraud the lordes of wardes/ relyefs/ harryots/ and of the landes od theyr vylleyns/ but those poyntes be put away by dyuers statutes made in the tyme of kynge Henry the vii. Somtyme they were made to auoyde execucyons vpon statutes staple/ statute marchaunte/ and recognysaunce/ and remedye is prouyded that that a man shall haue execucion of all suche landes as any persone ys seased of to the vse of hym that is soo bounde at the tyme of execucion suyd in the .xix. yere of kyne Henry the .vii. And yet remayne feoffementes/ fynes/ and recoueryes in vse for many other causes/ in maner as many as there dyd before the sayde estatutes/ and one cause why they be yet used ys to put away tenancy by curtesy and tytles of dower. Another cause ys for that landes in vse shall not be put in execucion vppon a statute staple/ statute marchant/ nor recognysaunce/ but suche as be in the handes of the recognysour tyme of the execucion sued. And somtyme landes be put in vse that they sholde not be put in execucion vpon a wrytte of extendi facias ad valenciam. And somtyme suche uses be made that he to whose vse .&c. may declare hys wyll theron/ and somtyme for suretye of dyuers couenauntes in indentures/ of maryage/ & other bargeins/ & these two last artycles be the chyef & pryncypall causes why so moche lande is put in vse. Also landes in vse be no asses neyther in a formedone nor in an accyon of det agaynst the heyre: ne they shal not be put in execucion by an elegit sued vpon a recouery as some men say and these be the verye chyefe causes*

attribuire, mediante vendita o donazione, beni, normalmente immobili, ad un soggetto che li amministrasse e li trasferisse successivamente ad una o più persone designate dall'iniziale proprietario.

In entrambi i casi si manifestava un rilevanza fiscale: in diritto romano, col ricorso al *fideicommissum* si evitava che il fisco facesse propri i beni destinati a chi non poteva ricevere; nel diritto inglese, costituita in *use* una *tenure*, il beneficiario non era tenuto ad alcuna prestazione verso il *Lord* del fondo⁶⁸.

Strumenti, dunque, sia lo *use* che il *fideicommissum*, destinati ad operare al di là dei divieti e dei limiti posti dal diritto, ma non per questo considerati strumenti illeciti⁶⁹. La similarità di scopi tra le due figure non è mai stata negata dagli studiosi inglesi:

as I now remembre why soo moche lande standeth in vse as there dothe/ and all the sayd uses be reserued by the intente of the partyes vnderstande or agreed bytwene theym/ and that many tymes dyrectely agaynste the wordes of the feoffement/ fyne/ or recouerye/ and that ys done by the lawe of reason as is aforesayd". Sul contenuto di questo dialogo vedi A.W. SCOTT, W.F. FRATCHER, *The Law of Trust*, 4th ed., vol. I, Boston-Toronto 1987, p. 18.

⁶⁸ Così M. LUPOI, *Origine civilistica dei Trusts* cit., p. 77.

⁶⁹ Così B.F. BROWN, *The Ecclesiastical Origin of the Use* cit., p. 354 ss.; cfr. E.W. IVES, *The Genesis of the Statute of Uses*, in *Eng. Hist. Rev.* (1967), p. 673; S. DEVINE, *Ecclesiastical Antecedents to Secular Jurisdiction over the Feoffment to the Uses to be Declared in Testamentary Instructions*, in *30 Am. J. Legal Hist.* (1986), p. 295.

Va osservato che l'ambito applicativo del fedecommissio romano è stato progressivamente attratto entro i confini del *ius civile* testamentario e ciò al fine precipuo di proteggere l'integrità stessa del diritto civile. Si sa, infatti, che durante l'età classica, i non cittadini furono i primi ad essere esclusi dal novero dei beneficiari di fedecommissio e successivamente anche i nati dopo la morte del testatore. Il Sc. Pegasiano regolò la capacità di alcuni individui di ricevere per fedecommissio facendo applicazione delle medesime regole previste dal *ius civile* per il legato: cfr. Gai. 2, 285-288.

In Inghilterra, mentre le Corti di *Equity* erano attente ad evitare abusi in questa giurisdizione, al fine anche di evitare le critiche delle Corti di *Common Law*, non è dato riscontrare pressioni paragonabili a quelle esercitate dal *ius civile* sul fedecommissio, per portare il *trust* in linea con le rigorose regole della *Common Law*. Sul punto, vedi D.W.M. WATERS, *Institution of the Trust in Civil and in Common Law* cit., p. 141-142.

“These ‘Uses’ the Chancery would enforce as binding on the conscience, and the bequests of uses of land which it supported, and which enabled testators to evade the feudal rule of the indevisability of land, were akin to the Roman *fideicommissa*”⁷⁰.

Anzi qualcuno, proprio facendo leva sul comune (originario) intento fraudolento, si è spinto sino ad ipotizzare una diretta derivazione dello *use* dal fedecommissario romano, attraverso l’opera di mediazione svolta del clero: gli ecclesiastici inglesi, al fine di aggirare i divieti di legge che impedivano loro di essere intestatari di beni e trovando all’uopo ispirazione nel diritto romano, avrebbero creato lo *use* e lo avrebbero introdotto prima nel diritto canonico e di qui poi nel diritto inglese⁷¹.

Del resto, le potenzialità elusive del *fideicommissum* romano erano ben note ai religiosi del continente, come conferma un breve passaggio di una famosa lettera di San Girolamo indirizzata al sacerdote Nepotiano:

“Pudet dicere: sacerdotes idolorum, mimi et aurigae et scorta hereditates capiunt; solis clericis et monachis hoc lege prohibetur, et prohibetur non a persecutoribus, sed a principibus Christianis. Nec de lege conqueror, sed doleo cur meruerimus hanc legem. Cauterium bonum est, sed quo mihi vulnus ut indigeam cauterio? Provida severaque legis cautio, et tamen nec sic refrenatur avaritia. Per *fideicommissa* legibus inludimus et, quasi maiora sint imperatorum scita quam Christi, leges timemus, evangelia contemnimus. Sit heres, sed mater filiorum, id est gregis sui, Ecclesia, quae illos genuit, nutrit et patit. Qui nos inserimus inter matrem et liberos? gloria episcopi est pauperum opibus providere. Ignominia omnium sacerdotum est propriis studere divitiis. Natus in paupere domo et in tugurio rusticano, qui vix milio et cibario pane rugientem saturare ventrem poteram, nunc similam et mella fastidio; novi et genera et nomina piscium, in quo litore conca lecta sit calleo, saporibus, avium discerno provincias, et ciborum me raritas ac novissime damna ipsa dilectant”⁷².

Nel descrivere lo stile di vita clericale, San Girolamo deplorava l’atteggiamento di quanti, monaci e sacerdoti, si facevano beffe dei divieti

⁷⁰ T.E. SCRUTTON, *Roman Law Influence in Chancery* cit., p. 218.

⁷¹ Così V.R. VASEY, *Fideicommissa and Uses* cit., p. 202.

⁷² HIERONYMUS, *Ep.* 52, 6, CSEL 54, 425-426; PL 22, 532-533. Cfr. anche AMBROSIIUS, *Ep.* 18, 13.

imperiali che impedivano loro di beneficiare di lasciti *mortis causa*⁷³, eludendone l'applicazione proprio attraverso il ricorso allo strumento del *fideicommissum*⁷⁴. Queste proibizioni di legge, che colpivano soprattutto

⁷³ La legislazione cui si riferisce S. Girolamo fa parte di quella reazione che contraddistingue i decenni successivi all'emanazione del c.d. editto di Milano nel 313 d.C. di Costantino e Licinio che ha dato origine ad un fiume di leggi in favore della Cristianità. L'imperatore cristiano Valentiniano, mostrando un atteggiamento neutrale in materia religiosa, criticò quell'iniziale tendenza ad esagerate concessioni al clero: C.Th. 16, 2, 20: "*Impp. Valentinianus, Valens et Gratianus AAA. ad Damasum Episcopum Urbis Romae. Ecclesiastici aut ex ecclesiasticis vel qui continentium se volunt nomine nuncupari, viduarum ac pupillarum domos non adeant, sed publicis exterminerentur iudiciis, si posthac eos ad fines earum vel propinqui putaverint deferendos. censemus etiam, ut memorati nihil de eius mulieris, cui se privatim sub praetextu religionis adiunxerit, liberalitate quacumque vel extremo iudicio possint adipisci et omne in tantum inefficax sit, quod alicui horum ab his fuerit derelictum, ut nec per subiectam personam valeant aliquid vel donatione vel testamento percipere. Quin etiam, si forte post admonitionem legis nostrae aliquid isdem eae feminae vel donatione vel extremo iudicio putaverint relinquendum, id fiscus usurpet. ceterum si earum quid voluntate percipiunt, ad quarum successionem vel bona iure civili vel edicti beneficiia adiuvantur, capiant ut propinqui, Lecta in Ecclesiis Romae III Kal. Aug. Valentiniano et Valente II A. Conss. (370 Iul. 30)*". Il divieto di ricevere legati per gli appartenenti al clero sopravvisse dal 370 al 455 d.C., quando l'imperatore Marciano concesse a donne e diaconi il diritto di lasciare beni a chi essi desiderassero, quindi non solo a chiese, ma anche a vescovi, sacerdoti e al clero in genere: Marcian., *Novellae*, Tit. V: "*Nuper quum de testamento clarissimae memoriae hypatiae, quae inter alios virum religiosum anatolium presbyterum in portione manifesta bonorum suorum scripsit heredem, amplissimo senatu praesente tractaret pietas mea, et dubium videretur, an vere esse deberent hae voluntates viduarum, quae testamento suo aliquid his clericis relinquunt, qui sub praetextu religionis huius modi feminarum domus adeunt, quum lex divinae memoriae Valentiniani et Valentis et Gratiani ecclesiasticos, vel eos, qui continentium se volunt nomine nuncupari, nihil quacumque liberalitate viduarum extremo iudicio permittat adipisci, contra haec autem divinae memoriae Valentiniani, Theodosii et Arcadii constitutio legeretur: insipientibus et aestimantibus nobis latoris animum visum est, iusta ac rationabili poenitentia priorum constitutionum vigorem antiquare voluisse. Nam quum in prima lege viduarum tantummodo mentio facta sit., in secunda autem tantummodo diaconissarum, intellegitur, eam constitutionem, quae viduarum et diaconissarum meminit. De lege utraque dixisse*".

⁷⁴ Non è dato sapere come avvenisse tale elusione di legge col ricorso al fedecommissio, posto che il divieto colpiva anche i lasciti disposti per interposta

i monaci, miravano in prevalenza a frenare gli abusi commessi da alcuni religiosi che, entrati nelle grazie di qualche vedova, con la scusa di aiuti agli asceti, carpivano, in realtà, ricche eredità, così alimentando le accuse di avidità nei riguardi del mondo clericale⁷⁵.

Alcuni autori hanno richiamato l'attenzione sull'ampia diffusione di questa lettera tra gli ecclesiastici inglesi nel corso del Medioevo: in particolare, V.R. Vasey ricorda che Graziano nella sua *Concordantia discordantium Canonum* (1150) cita questa lettera ben 6 volte, a proposito del dovere del clero di staccarsi dai beni terreni. Anche John Salisbury, avvocato e amico dell'arcivescovo di Canterbury Thomas Beckett, dimostra di conoscere bene le lettere di San Girolamo⁷⁶. Questa tesi, confermata anche da altri studi⁷⁷, comproverebbe la familiarità del clero inglese del XII-XIV secolo – cui *per communis opinio* si fa risalire l'introduzione dello *use* – dello strumento del *fideicommissum*, usato dai religiosi del continente per aggirare le restrizioni di legge in ordine all'acquisto di legati. Ciò lascerebbe

persona (“...*nec per subiectam personam valeant*”), tra cui rientra anche lo schema del fedecommissio. Cfr. PL., 22, 532, nt (f) su HIERONYMUS, *Ep.* 52, 6: “*neque per subiectam personam clerici aut monachi aliquid vel donationi vel testamento percipere, et tamen adhuc quod mirum est, per fideicommissum legibus illud Hieronymus queritur*”.

⁷⁵ Sulle finalità di questa legislazione cfr. BARONIUS, *Annales Ecclesiastici*, vol. XII, Antwerp 1653, IV, p. 217-273: “*equidem verosimile est, ipso Damaso id agente, ab iisdem Imperatoribus eiusmodi fuisse editam sanctionem adversus divinorum decretorum contemptores, ad demoliendam clericorum et monachorum eiusmodi questuariam et sordidam officinam: et qui contemnerent sancta Evangelii praecepta, et pro nihil ducerent sacros Conciliorum canones, ipsorumque Romanorum Pontificum decreta quaelibet deriderent; sic saltem eidem procaces ab ipso Imperatore Valentiniano compescerentur quem constat in ceteris iura ecclesiastica sarta tectaque servari voluisse*”. Sui possibili risvolti antimonacali della riforma vedi G.D. GORDINI, *L'opposizione al Monachesimo a Roma nel IV secolo*, in *Dalla Chiesa antica alla Chiesa Moderna. Miscellanea per il 50° della Facoltà di storia ecclesiastica della Pontificia Università Gregoriana*, Roma 1983, p. 35.

⁷⁶ V. R. VASEY, *Fideicommissa and Uses* cit., p. 212-214.

⁷⁷ Vasey cita tra gli altri gli studi di C.H. HASKINS, *The Renaissance of the Twelfth Century*, Cambridge 1971, p. 72, 77, 79, 113; H. LIEBESCHUETZ, *Medieval Humanism in Life and Writings of John of Salisbury*, Liechtenstein 1968, *passim*. Più recentemente cfr. A. AVINI, *The Origins of the Modern English Trust*, in 70 *Tulane Law Rev.* (1995-1996), p. 1148 s.

spazio per ipotizzare che nelle intenzioni dei religiosi inglesi lo *use* tenesse il luogo del fedecommesso.

5. Natura della posizione giuridica del beneficiario.

Uno dei punti nodali e problematici nella comparazione tra fedecommesso e *trust* riguarda proprio l'esatta natura del diritto creato in capo al beneficiario e, in conseguenza, l'individuazione degli strumenti di tutela cui questo può ricorrere nei confronti del fiduciario.

Il diritto romano e quello inglese – riconosce il Waters⁷⁸ – concordano nel riconoscere al beneficiario della disposizione un'azione personale contro l'ontrato per la violazione del patto fiduciario, ma sarebbero distanti proprio laddove al *beneficiary trust*, a differenza del fedecommissario classico, è concessa un'*actio in rem*⁷⁹ contro la terza parte o contro il *trustee*, rispettivamente, per il recupero dello specifico bene conferito in *trust* o del profitto ricavato dalla sua vendita⁸⁰. Infatti è noto che, qualora il *trustee*,

⁷⁸ D.W.M. WATERS, *Institution of the Trust in Civil and in Common Law* cit., p. 145.

⁷⁹ Si parla di *actio in rem* nel senso che per effetto della condanna del terzo acquirente la titolarità dei beni oggetto del trasferimento viene direttamente imputata all'attore vittorioso. Sul punto vedi L. SANTORO, *Il negozio fiduciario* cit., p. 175; D.W.M. WATERS, *The Common law trust in the modern world*, in *Forum internationale* 3 (1984), p. 4.

⁸⁰ Per vero nel corso degli anni si sono contrapposte differenti tesi circa la natura della posizione giuridica del beneficiario del *trust*: da un lato, vi è chi sostiene la natura reale di tale diritto e che conseguentemente arriva ad individuare l'essenza del *trust* nel dualismo *legal ownership* – *equitable interest*; dall'altro, alcuni studiosi considerano la situazione del *beneficiary* come meramente obbligatoria, mentre la proprietà dei beni in *trust* spetterebbe interamente al *trustee*; altri ancora configurano questo diritto come *sui generis*, non perfettamente inquadrabile nella dicotomia *iura in rem* – *iura in personam*. Favorevoli alla tesi della natura reale della pretesa del *beneficiary* A.W. SCOTT, *The Nature of the Rights of the Cestui que Trust*, in 17 *Columbia Law Rev.* (1917), p. 269 ss., per il quale “*in respect ... of the acquisition of rights of third parties in it, the interest of the cestui que trust has certainly come to be regarded as a property interest and not a mere obligation*”. Cfr. anche W.F. FRATCHER, *Trust*, in *Intern. Enc. Comp. Law*, vol. VI, Tubingen 1973, cap. 11, par. 1 ss., il quale conclude che “*because both the trustee and the benefi-*

contravvenendo alle prescrizioni del *truster*, disponga dei beni in *trust* in favore di un terzo o al di fuori degli scopi del *trust*, il beneficiario gode di un rimedio specifico nei confronti del terzo acquirente, il c.d. *tracing*; con esso il beneficiario ottiene una tutela più ampia rispetto a quella risarcitoria, ossia appunto la riconsegna dei beni originari o quelli ottenuti tramite l'investimento dei primi da parte dei terzi acquirenti⁸¹.

È certo che il diritto romano non conosceva la dottrina del *tracing* come concepita dagli inglesi, così come non conosceva la distinzione tra i vari tipi di *estate*; ma al di là delle diverse categorie concettuali, le quali pos-

ciary have, concurrently, in rem interests in the same subject matter, the creation of a trust normally involves a splitting of ownership of the subject matter between the trustee, who has some or all of the powers of a proprietor, and the beneficiary, who has beneficial ownership of the subject matter". Contrario alla *dual ownership* come caratteristica coesenziale del *trust* è B. RUDDEN, *Things as Things and Things as Wealth*, in 14 *Oxford Law Journal* (1994), p. 88 ss., ove si legge che "... it seems misleading to explain the trust by speaking of the trustee's legal ownership. Although trustees are far more than agents and hold more than a merely obligational claim in relation to the property; they cannot with impunity destroy or convert it... nor is the property available to their creditors".

Sostengono, invece, l'opposta tesi della natura personale della posizione del beneficiario tra gli altri F.W. MATTLAND, *Lectures on Equity*, Cambridge 1922, III, p. 29-30: "The right of *cestui que use* or *cestui que trust* begins by being a right in *personam*. Gradually it begins to look somewhat like a right in *rem*. But it never has become this; no, not even in the present day"; H. STONE, *The Right of the Cestui que Trust*, in 17 *Columbia Law Rev.* (1917), p. 467. A favore della natura *sui generis* del diritto del *cestui que trust* si sono espressi P.H. PETIT, *Equity and the Law of Trust*, 7 ed., London- Dublin-Edinburgh 1993, p. 76; H. HANBURY, J.E. MARTIN, *Modern Equity*, 15 ed., London 1997, p. 19. Neppure nella giurisprudenza inglese pare esservi unanimità di vedute: cfr. *Baker v. Archer-Shee* (1927, A.C. 844); *Tinsley v. Milligan* (1993, 3 All. E R 65 a 86, HL), ove si è affermato che "the owner of a equitable estate has a right in *rem* not merely a right in *personam*"; in maniera diversa però *El Ajou v. Dollar Land Holdings* (1993, 3 All ER 717). Sulle differenti teorie cfr. A. NERI, *Il Trust e la tutela del beneficiario*, Milano 2005, p. 1 ss.

⁸¹ In argomento L. SMITH, *The Law of Tracing*, Oxford 1997, p. 6-14; P. MATTHEWS, *Tracing through the back door? The doctrine of Propriety [sic] Substitution*, in 3 *T & T* (1997), n. 11, p. 18; S. EVANS, *Rethinking Tracing and the Law of Restitution*, in 115 *Law Quarterly Rev.* (1999), p. 470; M. LUPOI, *Truts*, 2ª ed., Milano 2001, p. 48 ss.; L. SANTORO, *Il negozio fiduciario cit.*, p. 174; R. MONTINARO, *Trust e negozio di destinazione allo scopo*, Milano 2004, p. 89 ss.

sono risultare fuorvianti se applicate in sistemi tra loro assai diversi come sono quello romano classico e quello del Medioevo inglese⁸², e guardando piuttosto all'evoluzione storica della tutela apprestata al beneficiario, è dato riscontrare ancora indubbie analogie tra le due esperienze giuridiche.

Per tutto il XIV secolo non era chiaro cosa fosse lo *use*⁸³, o meglio non era chiaro se il beneficiario dello *use* potesse far valere il suo diritto solo contro chi riceveva *to use*, ovvero anche contro il terzo che acquistasse il bene dal fiduciario infedele⁸⁴.

⁸² Si noti che l'impiego della dicotomia *in rem-in personam* deriva dal diritto romano, che distingueva tra *actio in rem* e *actio in personam* a seconda che l'azione fosse volta a recuperare una *res* oggetto di proprietà contro chiunque violasse il diritto del soggetto sulla medesima ovvero l'azione fosse diretta contro una persona individuata in ragione dell'obbligo di questa di tenere un certo comportamento nei confronti di un altro soggetto per contratto o per delitto: Gai. 4, 2-3: "*In personam actio est, qua agimus [quotiens] cum aliquo, qui nobis vel ex contractu vel ex delicto obligatus est, id est cum intendimus 'dare facere praestare oportere'*. *In rem actio est, cum aut corporalem rem intendimus nostram esse, aut ius aliquod nobis competere, veluti utendi aut utendi fruendi, eundi agendi aquamve ducendi vel altius tollendi prospiciendive*". Questa distinzione è stata poi trasposta sul piano sostanziale dei diritti soggettivi, distinguendosi al riguardo tra diritti *in rem*, strettamente connessi negli ordinamenti di *civil law* con il concetto di proprietà assoluta derivata dal *dominium* romano, e diritti *in personam*, coincidenti con i diritti di credito. Diversa è la concezione negli ordinamenti di *common law* ove si distingue tra *actio in rem* e *actio in personam* non avendo riguardo al tipo di pretesa fatta valere (se reale o personale), ma al tipo di rimedio che si intende ottenere, ossia restituzione in natura nel primo caso, risarcimento del danno nel secondo. In tema cfr. A. GUARNIERI, *Diritti soggettivi (categorie di)*, in *Digesto. Discipline privatistiche – sez. civ.*, V, Torino 1989; A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, 3ª ed., Milano 2001, p. 80 ss.

⁸³ Gli studiosi inglesi si sono a lungo interrogati sulla natura reale o personale dei diritti creati dallo *use* e la questione sembra essersi riproposta anche con riferimento al *trust*. Sul punto è intervenuta di recente una pronuncia della Corte di Giustizia delle Comunità Europee del 17 maggio 1994 n. 294/92 in caso *Webb v. Webb*, ove si legge che "l'azione volta a far constatare che una persona detiene un bene immobile in qualità di *trustee* e ad ottenere che le sia ingiunto di compiere atti necessari affinché l'attore diventi titolare della *legal ownership* non è azione reale ai sensi dell'art. 16, punto 1, della Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968".

⁸⁴ Prima dell'intervento del Cancelliere, il *feoffor* poteva vedersi riconosciuta una tutela in base alla *Common Law* per il caso in cui il *feoffee* tradisse la sua fiducia, solo agendo per violazione della condizione: cioè solo se veniva provato che

Quale fosse la posizione della *Common Law* al riguardo si evince chiaramente da un noto passaggio dello *Statute of Uses* del 1536:

“... the use is nothing in law but is a confidence; the which trust might be broken, and for the same reason the use altered; for the common law doth never favour the use; for an use is not a right, nor is any

l'originaria concessione al *feoffee* configurava un'ipotesi di lascito condizionale. Ciò permetteva al *feoffor*, nel caso in cui i *feoffee* non avessero rispettato gli accordi, di riottenere i propri beni. Per contro, il beneficiario non riceveva tutela alcuna, non essendo considerato parte del rapporto fiduciario. Al riguardo si consideri il caso riportato in W.P. BAILDON (a cura di), *Select cases in Chancery, 1364 to 1471*, in *Seld. Soc.*, vol. 10, London 1896, n. 123: “*Supplie humblement Johan Horsmonger qe come vn Johan Pecham enfeffa Reynald Pympe et Walter Judde entre autres en certains terres et tenements en la Countee de Kent sur certains condicions, entre queux il est contenuz qe la volente du did johan Pecham fuist qe qaunt les ditz terres furent venduz celluy qi fuist prochein del sang du dit Johan Pecham, au quel le heritage des terres et tenementz descenderoit, auroit xl li. pur releur son estat; les quelles terres et tenementz sount ore venduz par les ditz feffez pur VC marcz, la quel some le dit Reynald ad en sa propre garde; Et [com]bien qe le dit suppliant come cousin et heir au dit John pecham, c'est assauoir, fitz Thomas Horsmonger, fitz Thomas Horsmonger, fitz Anneys, iadys femme a Geffrey Horsmonger, soer a Thomas Pecham, piere au dit Johan Pecham, le dit suppliant ad souent foitz requis le dit reynald de luy paier et deliuerer les ditz xl li, solonque la volente du dit Johan Pecham; nientmains il ne voet paier a luy nulle denier de ces, a graund damage du dit suppliant: Et soit il, tres reuerent [seignur], qe le dit suppliant ne purra auoir remedie celle partie par la ley de Seinte Esglise ne par la comune ley de la terre: Please a vostre tres gracios seignurie, al boneur de Dieu et en accompt de droiture, grauntier briefs de faire venir deuaunt vous le dits Walter et Reynald en la Chauncellerie du Roy, q'est court de Conscience, pur respoundre ent illoeques come reson et conscience, demandent, ou autrement le dit suppliant est et serra saunz remedie, qe Dieu defende*”. Ad avviso del BEAN, *The Decline of English Feudalism* cit., p. 160 istanze di questo tipo dovevano essere comunque piuttosto rare, frapponendosi degli ostacoli alla configurazione di *uses* di tal tipo: “*First, if the cestui que use died leaving an heir under age, the existence of a common law condition would make it easier for a feudal lord to argue and prove collusion. Second, the assistance which the courts of common law could give in such cases was a limited one, since only the original feoffor or his heirs had any right of action and others beneficiaries would be helpless*”.

In argomento cfr. R.H. HELMHOLZ, *The Early Enforcement of Uses*, in 79 *Columbia L. Rev.* (1979), p. 1507; J.L. BARTON, *The Medieval Use* cit., p. 566. Da ultimo anche V. BERTORELLO, *Un'ipotesi intorno all'origine dei trust* cit., p. 154-155.

action given in law, if a man be deforced of it, by which he may recover it; for it an inconvenience and an impossibility in law, that two men [should have simultaneous, yet distinct, rights of ownership in the same individued freehold]”⁸⁵.

Dunque per la *Common Law* lo *use* non creava diritti né legittimava all'esercizio di azioni a tutela dell'interesse del *cestui que use*, nel caso che il *feoffee*, venendo meno alla fede che era stata riposta in lui abusasse della sua posizione di *owner* legittimo. D'altro canto, la *Common Law* non solo era del tutto estranea a questi rapporti fiduciari, ma, come detto, “li guardava con ostilità, come quelli che da un lato miravano ad eludere le proprie disposizioni, dall'altro, ponevano in essere delle situazioni in aperta contraddizione con quelli che erano i presupposti stessi dell'ordinamento giuridico, in quanto colui che era proprietario pieno, secondo la *Common Law* non lo era anche in base allo *use*”⁸⁶.

Quando il *writ of subpoena* fu creato e dunque il Cancelliere poté costringere il *feoffee* ad amministrare i beni trasmessigli, a beneficio del *cestuy que use*⁸⁷, quello che prima era un obbligo di coscienza divenne un'obbli-

⁸⁵ 27 Hen. VIII, c. 10 (1535). Cfr. *Lord Dacre's Case*, in Y.B. Pasch 27 Hen. VIII, pl. 22, f. 7, riportato anche in J.H. BAKER (a cura di), *The Reports of Sir John Spelman*, vol. I, in 93 *Selden Society* (1976), p. 229-230: “...et Spilman iustice de banke le roy Shelly fitzh[erbert] iusticez de comen banke [et] fitziamen chiefe iustice de banke le roy fueront de contrary opinio quar tiel voluntate est vn declaration de le trusts. vn monstranz a le feffe de son intent coment le feffe fra et le feffe fuit oblige in conscience de performer ceo et le deuse nauera nul remedie per le ley de luy compeller deperformer le volunte et rienz il don per sa volunte de la terre mez solement son vse et le state le feffe nient enpaier en ascun point mez pur ceo que le vse est chaunge hors de cestui que vse a cestui a que il ad ceo don per sa volunte il poit entre et faier feffement per lestatut de R. le 3”. La *Common Law* nel XIV-XV secolo non era in grado di riconoscere e tutelare gli *uses*, in quanto la sua concezione della proprietà non era conciliabile con le ripetitive posizioni ed interessi del *cestui que use* e del suo *feoffee*. Sul punto cfr. J.M.W. BEAN, *The Decline of English Feudalism* cit., p. 157.

⁸⁶ R. FRANCESCHELLI, *Il “Trust” nel diritto inglese* cit., p. 60.

⁸⁷ Il Cancelliere, non potendo citare il fiduciario dinnanzi ai tribunali di diritto comune, mancando all'uopo un *writ* (ossia romanisticamente una formula) per agire in tale sede, iniziò a convenirli avanti a se stesso; e se riteneva fondata la petizione, emetteva un particolare tipo di *writ*, che imponeva al convenuto di comparire sotto pena di una determinata ammenda, per cui fu detto *writ of subpoena*.

gazione giuridica vera e propria⁸⁸. Così dapprincipio il *Lord Chancellor*, che interveniva a ragione di coscienza, essendo appunto contrario all'*equity* contravvenire ai propri obblighi, esercitava la propria giurisdizione nei confronti del solo fiduciario, proprietario legale del bene: si trattava di un rimedio esperibile contro la persona di questi e non già contro qualunque terzo che acquistasse dal *feoffee* infedele. D'altra parte, se al fiduciario si riconosceva un proprietà piena, solamente limitata nei rapporti interni da un'obbligazione di trasferire a un terzo o allo stesso fiduciante, l'eventuale abuso del *feoffee* non poteva in alcun modo incidere sull'acquisto del terzo, sebbene questi al momento del compimento dell'atto fosse a conoscenza del vincolo esistente tra il proprio dante causa e il fiduciante.

Nelle mani del Cancelliere, però, la pretesa del *beneficiary* venne ad assumere gradatamente le caratteristiche di un *ius in rem*, pur non arrivando mai completamente ad acquisire tale natura, come ricorda Holdsworth:

“it was wholly unique form of ownership which the Chancellor had thus developed from conscientious obligation of a very personal kind. It was not a true Jus in rem because it was not available against the whole world. There were or might be many persons against whom it could not be asserted. Then although it rested on the Chancellor's power to proceed against the person whose conscience was affected by notice of the use, it was far more than a mere jus in personam”⁸⁹.

Già alla metà del XV secolo, l'interesse del *cestui que use*, oltre che contro il *feoffee* infedele e il suo erede⁹⁰, trovò tutela, in ragione di una

In presenza delle parti, il Cancelliere istruiva la causa, avvalendosi di strumenti probatori non riconosciuti nelle corti di *Common Law* e se alla fine il Cancelliere convinceva della fondatezza delle dichiarazioni del ricorrente e dunque della esistenza di un *pactum fiduciae*, imponeva al *feoffee*, pur riconosciuto legal owner, di rispettarlo, sotto la minaccia di punirlo *by putting him in prison*. In tema cfr. R. FRANCESCHELLI, “Trust” e “Trustee”, in *Nuovo Digesto italiano*, vol. XII, p. II, Torino 1940, p. 572; G. LEPORE, *Trust nel modello inglese e nel modello internazionale: cenni sulle origini storiche*, in AA.VV., *Trust*, Torino 2007, p. 11.

⁸⁸ Cfr. R. FRANCESCHELLI, *Il “Trust” nel diritto inglese* cit., p. 61; G.C. CHESHIRE, *Il concetto del “Trust” secondo la Common Law inglese* cit., p. 8.

⁸⁹ W.S. HOLDSWORTH, *A History of English Law* IV cit., p. 433-434.

⁹⁰ Cfr. Y.B. 8 Edw. IV, Trin. f. 6, pl. 1: “And it was moved whether a subpoena would lie against the excutor or against the heir [of feoffee to use]. And Choke said,

situazione che si prestava a frodi, anche nei confronti del terzo, ma solo se questo avesse acquistato il bene *to use* in mala fede, ossia fosse stato a conoscenza dell'affidamento del bene in *trust*:

“If I enfeoff a man in order to perform my last will, and he enfeoffs someone else, I may not have a subpoena against the second feoffee because he is a stranger. But, by opinion of Yelverton [J.K.B.] and Kyrkby M.R., I shall have a subpoena against my feoffee and recover damages for the value of the land. And on the same occasion Kyrkby said that if my feoffee in trust enfeoffs someone else of the same land upon trust, and dies, I shall in this case have a subpoena against the second feoffee; but it is otherwise where he enfeoffs him in good faith, for there I am remediless. And so it was adjudges in the case of the cardinal of Winchester, in a subpoena in Chancery”⁹¹.

Dunque, perchè l'acquisto del bene in *use* (come poi in *trust*) potesse dirsi opponibile al beneficiario le regole dell'*equity* richiedevano che la terza parte fosse in buona fede, avesse pagato un reale prezzo (non si trattasse, dunque, né di donazione o né di acquisto per un prezzo irrisorio) e ignorasse l'esistenza del *trust*. Ricorrendo queste circostanze al *cestui que use* non rimaneva che rivolgersi al *feoffee*, onde ottenere da lui la restituzione del prezzo o i beni ottenuti dalla vendita. Analoga tutela era accordata al beneficiario nei rapporti con i creditori personali del *trustee*⁹²: egli era

that he on one occasion sued out a subpoena against the heir of a feoffee to uses, and the matter was discussed at great length. And the opinion of the Chancellor and of the Justices was that it did not lie against the heir, wherefore he sued out a bill in Parliament. Fairfax: Cest matter est bon store pur disputer apres quant le auters veignent” (translation of K.E. DIGBY, *An Introduction to the History* cit., p. 326, nt. 5). Vedi anche Y.B. 22 Edw. IV, Pasch. f. 6, pl. 18, su cui K.E. DIGBY, *An Introduction to the History* cit., p. 326, nt. 5; J.M.W. BEAN, *The Decline of English Feudalism* cit., p. 174; J.H. BAKER, *An Introduction to English Legal History* cit., p. 251.

⁹¹ *Cardinal Beaufort Case* (1453), in J.H. BAKER, S.F.C. MILSOM, *Sources of English Legal History. Private Law to 1750*, London 1986, p. 95. Questa regola si trova chiaramente espressa anche in Y.B. 5 Edw. IV, Mich., f. 7, pl. 16: “If J. enfeoffed A. to his own use, and A. enfeoffed R., although he purchased for valuable consideration, if A. gave R. notice of the intent of the first feoffment, he (R.) is bound under pain of a writ of subpoena to perform the will of J.” (translation of K.E. DIGBY, *An Introduction to the History* cit., p. 327, nt. 1).

⁹² Da qui si svilupperà la nozione di *trust* come “patrimonio separato”, sot-

preferito a questi nel godimento dei beni in *trust* e poteva avvalersi, per il caso in cui il fiduciario avesse confuso i propri beni personali con quelli in *trust*, di una tutela tipicamente reale, in quanto diretta al recupero del bene anche presso il terzo creditore⁹³.

Non è difficile trovare nel diritto romano dei fedecommissi qualcosa di simile al potere del *beneficiary* di recuperare il bene in *trust* presso il terzo⁹⁴.

Come per lo *use*, anche la pretesa del fedecommissario non nasce come *ius in rem*. Il *dominium* romano sul bene è unico e spetta al fiduciario, il quale ha solo l'obbligo di ritrasferirlo in capo all'onorato. In quest'ottica la tutela della pretesa fedecommissaria è affidata ad un'*actio in personam*, c.d. *petitio fideicommissi*, esercitabile nei confronti del solo soggetto onerato, onde ottenere l'adempimento dell'obbligazione fiduciaria.

A partire dalla tarda età classica, però, le fonti danno conto di un cambiamento intervenuto nella concezione tradizionale del fedecommissato, re-sosi progressivamente indipendente dall'adempimento dell'onerato⁹⁵. Tale cambiamento sarebbe da ascrivere all'introduzione di un provvedimento

tratto alle pretese vantate dai creditori personali del *trustee*. Se pure al *trustee* spetta la *legal estate* o *legal interest* sui beni conferiti in proprietà fiduciaria, gli stessi costituiscono un patrimonio "segregato", da conservare nell'interesse altrui o comunque vincolato allo scopo fissato nell'atto costitutivo. Al riguardo cfr. P. LEPAULLE, *Traité théorique et pratique des trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, Paris 1932; M. LUPOI, *Trusts*, in *Enc. giur.* XXV, Roma, s.d., p. 472 ss.; M. GRAZIADEI, *Diritti nell'interesse altrui. Undisclosed agency e trust nell'esperienza giuridica inglese*, Trento 1995, p. 391 ss.; W.F. FRATCHER, *Trust*, in *Intern. Enc. Comp. Law*, vol. II, Tübingen 1969, p. 31.

⁹³ I primi precedenti di questa regola risalgono al XVII secolo: *Burgh v. Francis* (1670); *Medley v. Martin* (1673); *Bennet v. David* (1725). Più recentemente si veda l'*Insolvency Act* del 1986.

⁹⁴ Cfr. D. JOHNSTON, *The Roman Law of Trust* cit., p. 227 ss.

⁹⁵ L'intervento del pretore, al pari di quello delle corti di *Equity*, si giustifica in considerazione dell'esigenza di proteggere in massimo grado le aspettative del beneficiario, spesso frustrate dal pieno diritto riconosciuto in capo al fiduciario. In quest'ottica i provvedimenti del pretore, in maniera non dissimile dai rimedi del *Lord Chancellor* rispetto alla *Common Law*, servivano a rimediare alle manchevolezze del *ius civile*. Sull'analogia tra *equity* e diritto pretorio cfr. E. BETTI, *La creazione del diritto nella "iurisdictio" del pretore romano*, in *Studi in onore di Chio-venda*, Padova 1927, p. 65 ss.; J.N. POMEROY, *A Treatise on Equity Jurisprudence*, vol. I, Rochester 1918, p. 2 ss.

magistratuale di immissione nel possesso, di cui per vero si sa ben poco⁹⁶,

⁹⁶ Le fonti giustiniane conservano il ricordo dell'applicazione di un rimedio di *missio in rem* per i fedecommissi, rimedio che l'imperatore stesso poi abolì: C. 6, 43, 1, pr.-1: "*Imp. Iustinianus A. Demostheni pp. Cum ii, qui legatis vel fideicommissis honorati sunt, personalem plerumque actionem habere noscuntur, quis vel vindicationis vel sinendi modo aliorumque generorum legatorum subtilitatem prono animo admittet, quam posteritas optimis rationibus usa nec facile suscepit nec inextricabiles circuitus laudavit? quis in rem missionis scrupolosis utatur ambagibus?* 1. *Rectius igitur esse censemus in rem quidem missionem penitus aboleri, omnibus vero tam legatariis quam fideicommissariis unam naturam imponere et non solum personalem actionem praestare, sed etiam in rem, quatenus eis liceat easdem res, vel per quodcumque genus legati vel per fideicommissum fuerint derelictae, vindicare in rem actione instituenda, et insuper utilem Servianam (id est hypothecariam) super his quae fuerint derelicta in res mortui prestare*"; cfr. Nov. 39 praef.: "...Ἰσμεν γὰρ, ὡς καὶ πρῶν ἔστασιάζετο τὰ περὶ τῶν ἀποκαταστάσεων, καὶ εἰ συνέβη τινὰς ὑποθήκας ὑποθέσθαι τοὺς βαρυνομένους, πολλῆς τὸ πρᾶγμα ταραχῆς ἦν, εἴτε δέοι καὶ τὰ ἀποκαταστῆναι κελευσθέντα πράγματα κινδυνεύειν εἴτε μόνα τὰ τοῦ βεβαρημένου τῇ ἀποκαταστάσει· καὶ πολλή τις ἦν καὶ περὶ αὐτὴν τὴν τῶν ῥημάτων διαφορὰν ζήτησις, εἴτε ὁ τελευτῶν διατάξαιτο τὰ περιτεύοντα πρὸς τῇ τελευτῇ τοῦ βεβαρημένου τῇ ἀποκαταστάσει πράγματαδεῖν ἀποκαταστῆναι, εἴτε καὶ ἀπλῶς ἀποκαταστῆναι τὸ καταλειφθὲν μετὰ τὴν παρακατάσχεσιν τοῦ νομίμου μέρους κελεύσειε· καὶ εἰσῆγοντο καὶ fideicommissou persecuciones, καὶ ἐξ ἀπορίας αἱ in rem missiones, καὶ οἱ πολλοὶ τε ἐκεῖνοι καὶ ποικίλοι· καὶ ἀνέκλυτοι σχεδὸν τῆς ῥηθείσης in rem missionος κύκλοι. καὶ ὡς ἡμεῖς πρῶν ταῦτα ἰώμενοι νόμον ἐγράψαμεν, καθάπαξ κωλύοντες τὰ ἀποκαταστάσει βεβαρημένα πράγματα μὴ ἐκποιεῖσθαι ἢ ὑποτίθεσθαι, ἀλλὰ μετὰ τῆς οἰκείας ὁδεύειν τύχης, καὶ πᾶρ' ὧπερ ἂν γένοιτο, μὴ μένειν ἰσχυρῶς, ἀλλ' ἐπανιέναι πρὸς τὸν ᾧ δοθῆναι προσετάχθη. Dalle citate fonti non molto si può arguire sulla portata e sulle funzioni della '*in rem missio*'. Proprio a causa delle scarse notizie, l'istituto rimane ancora piuttosto oscuro. Il problema della natura della '*in rem missio*' fu posto, per la prima volta, almeno a quanto ci risulta, dal Cuiacio (*Expositio Novellae XXIX; Comm. In tit. XLIII libri VI Cod.*) e già nella successiva dottrina non mancarono dissensi sulla portata, sui presupposti e addirittura sulla natura stessa della '*in rem missio*', che taluni interpreti ritennero di dover identificare con le altre *missiones* e, più in particolare, con la '*missio fideicommissorum servandorum causa*' (così LÖHR, *Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung* 4, I (1820), p. 95; V. V. BACHOFEN, *Das römische Pfandrecht*, Basel 1847, p. 322 ss.). A partire dal Seuffert e dal Salkowsky, prevalse la tesi di quanti riconoscevano alla '*in rem missio*' natura autonoma: sarebbe

ma che stando alle scarse testimonianze in argomento, avrebbe consentito

stato, infatti, quanto mai assurdo credere che Giustiniano, dopo aver abolito espressamente tale *missio*, avesse inteso dedicarvi un intero titolo del Digesto (cfr. C. SALKOWSKY, in F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette* 30-32, vol. II, Milano 1901, p. 497, nt. 66). In ogni caso, all'argomento non è mai stato dedicato grande spazio. Brevi sono i cenni, talora addirittura posti solo in nota, che gli studiosi fanno dell'istituto e della storia della sua abolizione, messa in correlazione, in termini più o meno espliciti, con la concessione della tutela reale per il fedecompresso e, quindi, con la stringente pretesa di efficacia del fedecompresso nei confronti dei terzi.

Quanto alla funzione di tale *missio*, osservò Ferrini che "quell'antica *missio in rem* teneva in certo modo il luogo della *rei vindictio* rispetto al fedecompresso: era efficace anco verso i terzi e non si riferiva che all'oggetto del fedecompresso" (C. FERRINI, *Teoria generale dei legati e dei fedecompressi*, Milano 1889, r.a. 1976, p. 414-415). Più netta la posizione assunta dal Biondi, per il quale tale provvedimento magistratuale "ebbe la precipua funzione di attribuire effetti reali al fedecompresso" (B. BIONDI, *Successione testamentaria. Donazioni*, Milano 1943, p. 370). In termini analoghi si espresse anche Pasquale Voci, ad avviso del quale questa *missio* assicurerebbe all'onorato un diritto di seguito, con ciò superandosi la situazione di un rapporto che vale unicamente tra creditore e debitore (P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, vol. II (parte speciale), 2^a ed., Milano 1963, p. 233, nt. 40).

Per trovare, in tempi più o meno recenti, un'approfondita indagine in argomento dobbiamo risalire sino all'Impallomeni e ai suoi scritti in tema di efficacia del fedecompresso pecuniario, ove, sulla scorta di un'attenta analisi esegetica di taluni passi tratti dal *Corpus Iuris*, egli intese dimostrare l'origine classica dell'istituto, contro l'opinione di quanti, soprattutto in passato, avevano bollato il provvedimento come frutto di erronee costruzioni postclassiche, conservatesi fino a Giustiniano. Secondo l'A., la '*in rem missio*' si differenziava dalle altre *missiones* che, in genere, attribuivano la mera detenzione e tendevano ad una indiretta coartazione del soggetto passivo ad un determinato comportamento oppure rappresentavano una fase transitoria di una particolare procedura. "La *in rem missio* doveva, invece, essere fine a se stessa, e risolversi nell'attribuzione all'impresso di un possesso definitivo, tutelato *erga omnes*, paragonabile, se non addirittura identificabile, con la c.d. proprietà bonitaria" (G. IMPALLOMENI, *L'efficacia del fedecompresso pecuniario nei confronti dei terzi. La in rem missio*, in *BIDR* 60 (1967), p. 73-74).

Di tutela bonitaria parla anche Francesco Arcaria, ma non più in termini di semplice analogia: "Questa seconda *missio* avveniva *in singulam rem* ed il fedecommissario impresso nel possesso poteva esercitare l'*actio Publiciana* e poi, per mezzo dell'*usucapio*, acquistare il *dominium*; aveva inoltre effetti reali, giacché era accordata anche nel caso che la cosa fosse stata scientemente acquistata da un terzo, adempiendo così ad una funzione più esecutiva che cautelare-conservativa come

al fedecommissario di recuperare il bene fedecompresso anche presso il terzo avente causa dell'onerato⁹⁷:

la *missio in possessionem fideicommissorum servandorum causa*" (F. ARCARIA, 'Missio in possessionem' e 'cognitio' fedecommissaria, in *BIDR* 89 (1986), p. 255-256).

Più recentemente questa interpretazione è stata accolta da Lucetta Desanti, nei suoi scritti in tema di sostituzione fedecommissaria e di fedecommissi da restituirsi *post mortem*: l'A. arriva, infatti, a supporre che questa *missio*, esplicante effetti reali con riferimento a singoli beni, non attribuisse la semplice detenzione, bensì un possesso *ad usucapionem*, direttamente tutelato dall'*actio Publiciana* (L. DESANTI, *La sostituzione fedecommissaria. Per un corso di esegesi delle fonti del diritto romano*, Torino 1999, p. 13; ID., *Restitutionis post mortem onus*, Milano 2003, p. 118). In argomento vedi da ultimo anche M. TALAMANCA, *L'aequitas nelle costituzioni imperiali del periodo epiclassico*, in «Aequitas» *giornate in memoria di Paolo Silli. Atti del Convegno – Trento*, 11-12 aprile 2002, Padova 2006, p. 263 ss.

⁹⁷ Nonostante l'intervenuta soppressione all'interno del Digesto di ogni riferimento alla '*in rem missio*', è dato rinvenire, nella casistica giurisprudenziale in tema di atti di disposizione compiuti sulla *res fideicommissa*, alcune tracce della precedente applicazione di tale rimedio.

Per lo più si tratta di testimonianze in cui siffatta applicazione è ricavabile, potremmo dire, solo *a contrario*. Infatti, in linea di massima, la prospettiva adottata dai giuristi è quella della responsabilità: l'atto di disposizione del bene fedecompresso viene fatto salvo, ferma restando la responsabilità dell'onerato. Al riguardo, svariati elementi vengono presi in considerazione: ora la buona fede, ora il fatto del defunto, ora ancora l'interesse obiettivo dell'eredità. Così è valida la vendita compiuta dall'erede ignaro del fedecompresso in favore del terzo in buona fede (D. 31, 89, 7 Scaev. 4 *resp*).

Parimenti valida è la costituzione di pegno per liberare la cosa già pignorata dal *de cuius* (D. 32, 38 *pr.* Scaev. 19 *dig.*; D. 31, 89, 4 Scaev. 4 *resp.*): rileva qui la tutela di un diritto reale, sorto precedentemente al fedecompresso. È, altresì, consentita la vendita compiuta per soddisfare i creditori ereditari, allorché non vi siano altri beni disponibili (D. 32, 38 *pr.* Scaev. 19 *dig.*; D. 30, 114, 14 Marcian. 8 *inst.*); in quest'ultimo caso non entrano in gioco preesistenti diritti reali del terzo, ma altri fattori: la garanzia generale che il creditore ereditario già vantava sull'intero patrimonio del disponente e che perdura nonostante l'apertura della successione; la facoltà di utilizzare in proposito, prima del proprio, il patrimonio ereditario, alla cui sorte è legata quella delle disposizioni a titolo particolare. Dunque, mancando beni ereditari cui ricorrere, l'erede bene aliena l'oggetto fedecompresso e altrettanto bene il terzo lo acquista. Il consenso dell'onorato alla vendita, invece, importando rinuncia al lascito, escluderebbe addirittura la responsabilità dell'erede alienante (D. 30, 120, 1 Ulp. 2 *resp*; cfr. D. 31, 77, 27 Pap. 8 *resp.*). Nel

P.S. 4, 1, 15: "Rem fideicommissam si heres vendiderit eamque sciens compararit, nihilo minus in possessionem eius fideicommissarius mitti iure desiderat".

Il testo rende chiaro, da un lato, la disponibilità di un rimedio contro il terzo acquirente e, dall'altro, il fatto che, per accedervi, il terzo doveva essere comunque a conoscenza del vincolo sul bene⁹⁸. Ciò che in altri ter-

fedecommeso di famiglia, poi, se l'onorato, a sua volta onerato della restituzione, alienasse a terzi la propria quota dell'oggetto vincolato, perdebbe l'azione da fedecommeso per eventuali successive inadempienze degli altri coonerati (D. 31, 77, 27 Pap. 8 *resp.*).

La ricorrenza di queste particolari circostanze, atte a giustificare il compimento dell'atto di disposizione sul bene, induce a credere che in loro assenza la pretesa del fedecommissario sulla *res* potesse in qualche modo prevalere rispetto ai diritti del terzo acquirente o del creditore pignoratizio. E in tal senso non mancano espliciti riferimenti: in D. 31, 89, 7 (Scaev. 4 *resp.*) il compratore mostra di temere il retratto della vendita per opera dei fedecommissari e il giurista ammette, sia pur indirettamente, l'impossessamento del bene da parte dell'onorato, a cui non sia stato pagato il *pretium*; in C. 6, 42, 11 l'imperatore Gordiano, nello stabilire l'intangibilità della vendita attuata da coloro che avrebbero potuto aspirare alla *petitio fideicommissi* oppure da alcuni di essi con l'assenso di altri, riconosce che l'*auctoritas contractus* possa talora risultare infirmata dalla preesistenza del vincolo fedecommissario sul bene compravenduto.

⁹⁸ La dottrina ha interpretato il riferimento paolino alla *missio in possessionem* in termini di *missio in rem*, quella stessa richiamata dalle costituzioni giustinianee. Invero questa *missio*, destinata ad insistere sul singolo bene fedecommeso ed intervenendo in una situazione di violazione dell'obbligo fedecommissario, serviva a realizzare coattivamente la pretesa dell'onerato, il che importava riconoscere in capo all'immeso non già una situazione di detenzione (al pari delle altre *missiones in possessionem*), quanto di possesso vero e proprio. Perciò è probabile che in Sent. 4, 1, 15, Paolo facesse riferimento ad uno strumento di tutela del fedecommeso del tutto peculiare, con caratteristiche sue proprie, che valevano a differenziarlo dalle altre missiones. In argomento cfr. K. A. VANGEROW, *Lehrbuch der pandekten* II, Marburg und Leipzig 1876, p. 460-461; C. SALKOWSKI, in F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette* 30-32, II cit., p. 496 ss.; L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians* 1, Leipzig 1908, p. 88; F. KLINGMÜLLER, *Ius ad rem?*, in ZSS 44 (1924), p. 211-223; B. BIONDI, *Successione testamentaria* cit., p. 292, nt. 3; E. LEVY, *West Roman Vulgar Law. The Law of Property*, Philadelphia 1951, p. 232; G. GROSSO, *I legati* cit., p. 393; G. IMPALLOMENI, *L'efficacia del fedecommeso pecuniario* cit., p. 8-10. Secondo il BRANCA, «*Missio in possessionem*» cit.,

mini valeva a circoscrivere la portata del rimedio magistratuale ai soli casi di acquirente in mala fede, in maniera non dissimile da quanto sopra visto a proposito dell'azione di *tracing* nel *trust* inglese.

L'applicazione di detta regola trova poi riscontro in un noto passo di Quinto Cervidio Scevola:

D. 31, 89, 7 (Scaev. 4 resp.): “Maritus uxorem ex asse heredem instituit, cuius post mortem codicillos aperiri testator praecepit: praedium hereditarium uxor infructuosum rationi suae existimans vendidit: emptor quaerit, an retractari haec venditio possit post mortem mulieris ab his, quibus codicillis per fideicommissum hereditas data deprehenderetur, an vero solum quantitas pretii ab herede uxoris fideicommissariis debeatur. respondit propter iustam ignorantiam tam mulieris quam emptoris heredem mulieris, ut fundus apud emptorem remaneat, fideicommissario pretium dare debere”.

Il frammento non contiene un richiamo esplicito al provvedimento di immissione nel possesso, ma il fatto che il terzo acquirente si rivolga al giurista (*... emptor quaerit*), temendo che il bene acquistato dalla donna possa essergli sottratto dagli eredi di costei in forza del fedecommissato a loro imposto dalle previsioni codicillari (*...an retractari haec venditio possit...*), legittima l'idea che il fideicommissario potesse in qualche modo far valere la propria pretesa sulla *res* anche nei confronti dell'acquirente, sottraendo a questi il possesso e vanificando in tal modo gli effetti della vendita. Il giuri-

p. 487, siffatta supposizione non sarebbe contraddetta dalla terminologia impiegata nelle *Pauli Sententiae*: il verbo *'possidere'* è in genere schivato, sia nell'Editto che nei passi giurisprudenziali, per quelle *missiones* che comportavano mera detenzione. Al riguardo, Paolo polemizza con Q. Mucio, escludendo che in tali ipotesi l'immeso possedesse: D. 41, 2, 3, 23 (Paul. 54 *ad ed.*): “*Quod autem Quintus Mucius inter genera possessionum posuit, si quando iussu magistratus rei servandae causa possidemus, ineptissimum est: nam qui creditorem rei servandae causa vel quia damni infecti non caveatur, mittit in possessionem vel ventris nomine, non possessionem, sed custodiam rerum et observationem concedit: et ideo, cum damni infecti non cavente vicino in possessionem missi sumus, si id longo tempore fiat, etiam possidere nobis et per longam possessionem capere praetor causa cognita permittit*”. Per converso, la locuzione *'missio in possessionem'*, qui ricorrente senza ulteriori specificazioni, potrebbe essere stata impiegata per designare una situazione non già di mera detenzione, bensì di vero e proprio possesso *ad usucapionem*. Di questo avviso è G. IMPALLOMENI, *L'efficacia del fedecommissato pecuniario* cit., p. 9.

sta nel prospettare la soluzione, pone l'accento proprio sulla condizione di *'iusta ignorantia'* della donna onerata e del compratore: ossia proprio per la loro incolpevole ignoranza, la persecuzione del bene da parte dei fedecommissari poteva essere evitata con il pagamento del prezzo del bene⁹⁹. Se ne ricava *a contrario* che, per il caso di mala fede dell'acquirente, sarebbe stato possibile per l'onorato pretendere la restituzione del bene. Si scopre così, che il diritto romano ha anticipato la posizione della moderna *equity*¹⁰⁰ in ordine alla tutela della posizione del *beneficiary trust*.

Ben nota ai Romani era anche la regola – antecedente storico del moderno concetto di “segregazione” del patrimonio fiduciario – che pone il divieto di azioni esecutive sui beni fedecommessi da parte dei creditori personali dell'onerato¹⁰¹:

⁹⁹ Dunque la situazione di buona fede in cui era maturata la vendita non valeva a giustificare l'irresponsabilità del fiduciario ma a fondare un diverso contenuto dell'obbligo del fiduciario, quello appunto di versare al fedecommissario il controvalore in denaro del bene fedecompresso.

¹⁰⁰ Così D. JOHNSTON, *The Roman Law of Trust* cit., p. 232. Per converso non ci sono testimonianze che confermino che in diritto romano il beneficiario potesse recuperare il bene fedecompresso anche nella differente forma in cui il terzo lo avesse eventualmente convertito. In tal caso la pretesa del fedecommissario avrebbe potuto trovare soddisfazione agendo nei confronti dell'onerato sulla somma da questi percepita per la vendita. Al riguardo cfr. D.W.M. WATERS, *Institution of the Trust* cit., p. 145.

¹⁰¹ Cfr. art. 11, 2° comma della Convenzione sulla legge applicabile ai *trusts* e sul loro riconoscimento, adottata all'Aja il 1° luglio del 1985, la quale espressamente prevede che i beni in *trust* siano separati dai beni personali del *trustee*.

Diversa è l'ipotesi in cui si tratti di creditori del disponente. In tal caso il trasferimento fiduciario del bene non poteva servire a sottrarlo alla garanzia di questi ultimi, e ciò sia nel caso di fedecompresso romano che nell'ipotesi di *feoffment to use* in danno dei creditori del *settlor*. Il principio è plasticamente affermato per quanto riguarda i fedecommessi in un passo di Papiniano: D. 31, 78, 4 (Pap. 9 resp.): “*Si creditor ab eo qui testamentum fecit domum acceptam iure pignoris vendidit, contra emptorem fideicommissi causa, tametsi voluntatem defuncti non ignoravit, nihil decernetur*”. Dunque il fedecommissario non solo non poteva pretendere la restituzione del bene da parte del creditore pignoratizio, ma neppure poteva impedire che costui, nella misura in cui il suo debito non fosse stato soddisfatto, esercitasse il *ius vendendi*. Per converso, il terzo acquirente nulla doveva temere dalla contemporanea presenza della disposizione fedecommissaria, anche qualora sapesse della sua esistenza. La regola ritorna, in termini più generali,

D. 36, 4, 11, 1 (Herm. 4 iur. epit.): “Si rei servandae causa in possessionem missus esset proprius creditor heredis et rei per fideicommissum mihi relictæ adeptus fuerit, nihil me per eum laedi oportere convenit, non magis quam si ab ipso herede eam rem pignori accepisset”.

Il testo riporta due casi, in entrambi l'onerato risulta indebitato: nel primo, il creditore ha ottenuto dal pretore un provvedimento cautelare di *missio in possessionem* nei beni del debitore, tra cui anche quello fedecompresso; nel secondo, egli è creditore con diritto di pegno su detto bene. In entrambe le ipotesi il giurista decide che il diritto del fedecommissario alla restituzione (immediata) della *res fideicommissa* abbia la meglio sulla pretesa del creditore immesso/pignoratorio. Laddove l'obbligo di restituzione al fedecommissario non fosse immediato, ma legato alla morte del primo onerato-onorato, come nel caso di fede-

in un noto passo di Marciano: D. 30, 114, 14: “*Divi Severus et Antoninus rescripserunt eos, qui testamento vetant quid alienari nec causam exprimunt, propter quam id fieri velint, nisi invenitur persona, cuius respectu hoc testatore dispositum est, nullius esse momenti scripturam, quasi nudum praeceptum reliquerint, quia talem legem testamento non possunt dicere: quod si liberis aut posteris aut libertis aut heredibus aut aliis quibusdam personis consulentes eiusmodi voluntatem significarent, eam servandam esse, sed haec neque creditoribus neque fisco fraudi esse: nam si heredis propter testatoris creditores bona venierunt, fortunam communem fideicommissarii quoque sequuntur*”: se anche il disponente avesse manifestato la volontà di lasciare dei beni ai discendenti o ai liberti o ai familiari in genere, ciò non poteva comunque ledere le ragioni dei creditori o del fisco. Conclude così il giurista: nel caso di *bonorum venditio*, l'aspettativa del fedecommissario seguirebbe quella propria degli altri beni ereditari, cioè anch'essa sarebbe destinata ad estinguersi del tutto, per non pregiudicare le pretese dei creditori del *de cuius*. Sul tema cfr. G. IMPALLOMENI, *L'efficacia del fedecompresso pecuniario* cit., p. 34 ss.; D. JOHNSTON, *The Roman Law of Trusts* cit., p. 233.

Dinanzi al frequente impiego di *uses* in frode ai creditori del *feoffor*, uno *Statute* del 1376 (50 Edw. III, c. 6) riconobbe loro il diritto di soddisfarsi su beni mobili ed immobili del debitore che “*do give their tenements and chattels to their friends, by collusion thereof to have the profits at their will*” (*Statute* I. 398). Uno successivo *statute* (1 Ric. II, c. 9) statuí che nel caso in cui il debitore avesse donato o trasferito i suoi possedimenti a lord o ad altri importanti uomini del regno, contro i quali i creditori non avrebbero agito, temendo ritorsioni, tali trasferimenti fossero nulli ed inefficaci (*Statutes* II. 3-4). In argomento cfr. J.M.W. BEAN, *The Decline of English Feudalism* cit., p. 125.

commesso da restituirsi in *familia*, sembra invece essere prevalsa una soluzione più favorevole all'interesse dei creditori, come testimonia un passo delle *Quaestiones* di Papiniano:

D. 31, 69, 1 (Pap. 19 quaest.): Praedium, quod nomine familiae relinquitur, si non voluntaria facta sit alienatio, sed bona heredis veneant, tamdiu emptor retinere debet, quamdiu debitor haberet bonis non venditis, post mortem eius non habiturus quod ex heres praestare cogeretur.

Secondo Papiniano, ove il fondo lasciato alla *familia* fosse rimasto coinvolto nella *bonorum venditio* provocata dai debiti dell'erede, il *bonorum emptor* avrebbe avuto titolo per trattenere e godere del bene per tutto il tempo in cui avrebbe potuto farlo l'erede onerato in assenza di *venditio*: con la morte di questo, egli avrebbe dovuto restituirlo entro la cerchia onorata, come sarebbe stato costretto a fare qualsivoglia erede estraneo a cui fosse pervenuto il bene¹⁰².

La stabilità della destinazione dei beni acquistati o conservati nell'interesse altrui, tanto per il fedecommissario romano che per il moderno *trust*, è dunque garantita dalla costituzione di un vincolo reale di destinazione sui beni stessi: vincolo che si traduce, da un lato, nell'attribuzione al beneficiario del potere di recuperare la cosa trasferita dal fiduciante in violazione degli obblighi assunti – ove si tratti di acquisto a titolo oneroso e il terzo sia a conoscenza del vincolo sul bene – e, dall'altro, nella opponibilità dei diritti del beneficiario ai creditori del fiduciario.

6. Differenze tra *fideicommissum* e *trust*: la distinzione tra proprietà legale e proprietà di equità.

Le differenze tra *trust* e *fideicommissum* sono ben note, ma spesso sono state esagerate¹⁰³. Ne è un esempio la nota distinzione tra proprietà legale

¹⁰² Così D. JOHNSTON, *Perpetuities and Fideicommissary Substitutions*, in RIDA 5 (1958), p. 277; ID., *The Roman Law of Trusts* cit., p. 235 ss.

¹⁰³ Cfr. D. JOHNSTON, *Trusts and Trust-like Devices in Roman Law*, in *Itinera fiduciae* cit., p. 56.

Per un'analisi delle differenze tra fedecommissario e *trust* si veda il caso *Abdul*

(*legal ownership*) e proprietà di equità (*equitable ownership*), tipica del diritto inglese del *trust*, ma sconosciuta al diritto romano¹⁰⁴.

Si tratta di una distinzione che si rinviene in germe negli schemi adoperati dal *Lord Chancellor* per assicurare tutela al beneficiario di *uses*: infatti, si è osservato che “dal dire che una cosa, pur appartenendo *at law* ad un subbietto, deve essere amministrata in *equity* nell’interesse ed a vantaggio di un altro, al dire che, in *equity*, la cosa appartiene a, è di quest’ultimo il passo è breve”¹⁰⁵.

Hameed Sitti Kadija v. De Saram [1946] A.C. 208, 217: in esso il *Privy Council*, facendo propria l’analisi proposta dal professor R.W. LEE, *Introduction to Roman – Dutch Law*, 3rd ed., Oxford 1931, p. 372, individuò tre particolari aspetti distintivi: (1) la distinzione tra *legal* e *equitable estate* è tipica del *trust*, mentre è del tutto estranea al fedecommissio; (2) in un *trust* la *legal ownership* del *trustee* e la *equitable ownership* del *beneficiary* concorrono e spesso coesistono, mentre nel fedecommissio la proprietà del fedecommissario ha inizio allorché termina quella del fiduciario; (3) nel *trust*, l’interesse del *beneficiary*, sebbene sia descritto in termini di *equitable ownership*, è propriamente ‘*ius neque in rem neque ad rem*’, rimane paralizzato e inefficace contro l’acquirente di buona fede; nel fedecommissio il fedecommissario ha un diritto che può essere fatto valere contro qualunque terzo, diritto che il fiduciario non può in alcun modo distruggere o limitare col vendere il bene a terzi. In tema cfr. G.W. KEETON, L.A. SHERIDAN, *The Law of Trusts* cit., p. 21; ID., *The Comparative Law of Trusts in the Commonwealth and the Irish Republic*, II part, ch. IV; D.W.M. WATERS, *Institution of the Trust in Civil and Common Law* cit., p. 162 s.

¹⁰⁴ Questa distinzione tra la persona che detiene la titolarità della proprietà (*legal estate*) e la persona che ha l’esclusivo diritto di godere della proprietà (*equitable estate*) è un aspetto che contraddistingue il sistema di *common law*. L’assenza di questa distinzione negli ordinamenti di *civil law* è in parte dovuta al fatto che, specialmente nel sistema francese, i diritti di proprietà non sono mai stati visti come divisibili tra più soggetti. Sulla distinzione tra proprietà legale e proprietà equitativa cfr. P.H. PETIT, *Equity and the Law of Trust* cit., p. 23; J. SALMOND, *Jurisprudence*, 12 ed., London 1966, p. 284. L’idea di una proprietà sostanziale, contrapposta ad una formale o fiduciaria è ben nota alla dottrina e alla giurisprudenza che si occupano di negozi fiduciari. Sul tema, tra gli altri, G. GRASSETTI, *Trust anglosassone, proprietà fiduciaria e negozio fiduciario*, Milano 1936, p. 550; M. BUONINCONTRO, *Trust e civil law*, in *Riv. dir. civ* 5 (1959), p. 682-683; S. PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta* cit., p. 317; C. CASTRONOVO, *Il Trust nel diritto civile italiano* cit., p. 1338; L. RAGAZZINI, *Trust “interno” e ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. not.* 1999, p. 282.

¹⁰⁵ R. FRANCESCHELLI, “*Trust*” e “*Trustee*” cit., p. 573, il quale richiama sul

L'idea di una proprietà equitativa nasce in relazione all'esigenza di garantire un'adeguata tutela all'interesse del beneficiario del *trust*, interesse, come detto, non riconosciuto dalla *Common Law*. La distinzione tra le due proprietà rileva, dunque, su un piano pratico-processuale, quello dei rimedi concessi rispettivamente al *trustee* e al *beneficiary*: a colui che era riconosciuto proprietario legale, ossia al fiduciario, era dato agire davanti ai Tribunali di diritto comune, mentre la proprietà equitativa in capo al beneficiario dava luogo ad azioni proponibili solo nella Corte di Cancelleria¹⁰⁶.

La distinzione non sembra, invece, incidere sul piano sostanziale, cioè quanto al contenuto dei diritti rispettivamente riconosciuti ai soggetti del rapporto fiduciario: infatti – è stato osservato – non si verifica uno sdoppiamento vero e proprio del diritto dominicale, ma una mera scissione all'interno del contenuto romanisticamente inteso del diritto di proprietà tra le facoltà di amministrazione e di disposizione¹⁰⁷, da un lato, attribuite

punto il pensiero di JENKS (*Short History*, p. 97-98): “*it is merely a question of time when the equitable ownership of land shall assume the character of a definite and recognized system, alongside of the older system of legal estates*”.

¹⁰⁶ Sul rilievo processuale della distinzione cfr. L. SANTORO, *Il negozio fiduciario* cit., p. 163. Questo sdoppiamento di diritti, pur basandosi sull'esistenza di due separati sistemi giudiziari, ha conservato il proprio significato anche dopo l'unificazione del sistema delle Corti, che è avvenuta in Inghilterra con i *Judicature Acts* del 1872-1875 e negli Stati Uniti nel 1848 con il *Code of Civil Procedure* dello Stato di New York e poi successivamente con le *Federal Rules of Civile Procedure for the U.S. District Courts*, emanate il 29 dicembre del 1948 ed entrate in vigore il 20 ottobre 1949. In tema cfr. A.P. SERENI, *L'“equity” negli Stati Uniti*, in *Studi di diritto comparato*, vol. I. *Diritto degli Stati Uniti*, Milano 1965, p. 143, il quale conferma che la fusione tra *law* e *equity* non ha eliminato la distinzione tra *legal rights* e *equitable rights* e che ora l'*equity*, che prima aveva un carattere supplementare e integrativo, pervade l'intero sistema, per cui l'*equitable relief* tende a divenire uno strumento normale e abituale di tutela giudiziaria.

¹⁰⁷ Le obbligazioni del *trustee* possono avere ad oggetto l'amministrazione in senso stretto del patrimonio o anche il compimento di atti di disposizione sui diritti che lo compongono a seconda che il *settlor* costituisca il *trust* in vista della conservazione di determinati beni e del successivo trasferimento dei medesimi ai soggetti designati ovvero si sostanzi nelle gestione di un dato patrimonio: nel primo caso, i beni verranno custoditi e successivamente trasmessi ai beneficiari; nel secondo, invece, il *trustee* sarà tenuto a compiere atti dispositivi. In argomento cfr. M. ZACCHEO, *Gestione fiduciaria e disposizione del diritto*, Milano 1991, p. 42 ss.; R. CORSI, *Il concetto di amministrazione nel diritto privato*, Milano 1974, p.

in via tendenziale al *trustee*, e le facoltà di godimento, dall'altro, spettanti al *cestui que trust*¹⁰⁸. Le due posizioni giuridiche rivestite sono tra loro nettamente separate ed autonome, ma funzionalmente collegate, essendo il fiduciario chiamato ad esercitare le proprie facoltà per la realizzazione dell'interesse del beneficiario.

Tutto ciò spiega perché gli studiosi tendano a ridimensionare l'importanza della distinzione tra i due tipi di *ownership*: essa riveste un indubbio rilievo dal punto di vista storico della progressiva giuridicizzazione degli interessi coinvolti sul piano dell'*Equity*, ma non ne costituisce un carattere essenziale ed ineliminabile nella costruzione del *trust*¹⁰⁹. Perciò il fatto che

1 ss.; G. MOFFAT, *Trust Law. Text and Materials*, 2nd ed., London 1994, p. 344; P.H. PETTIT, *Equity and the Law of Trusts* cit., p. 337.

¹⁰⁸ R. FRANCESCHELLI, "Trust" e "Trustee" cit., p. 573; ID., *Il Trust nel diritto inglese* cit., p. 33-34. Al riguardo si ricorre al concetto di *estate*, originariamente inteso come insieme di diritti sulla terra che potevano essere venduti, trasferiti e goduti separatamente dalla titolarità del diritto di proprietà.

Sul tema cfr. F.H. LAWSON, *The creative use of legal conception*, in 32 *N.Y.U.L.Q. Rev.* (1957), p. 909-917; M. BUONINCONTRO, *Trust e civil law* cit., p. 680 ss.; G.C. CHESHIRE, *Modern law of real property*, 11th ed., London 1972, p. 31 ss.; F. POLLOCK, F.W. MAITLAND, *The History of English Law II* cit., p. 10.

¹⁰⁹ Prova ne è il fatto che altri ordinamenti in cui opera l'istituto del *trust* (Scozia, Quebec, Ceylon) non conoscono la dottrina dell'*estate* e della distinzione tra proprietà legale e di equità. Una recente sentenza scozzese (*Sharp v. Thomson* del 1995) ha negato l'esistenza di uno sdoppiamento del diritto di proprietà in capo al *trustee* e al beneficiario, asserendo che "*it is not part of the law of Scotland that there exists in the trustee and beneficiary concurrent rights of ownership in the property which is the subject of the trust*". Sulla sentenza, cfr. M. LUPOI, *Trusts* cit., p. 451, nt. 217; L. SANTORO, *Negozi fiduciari* cit., p. 163, la quale conclude al riguardo che "non ha senso, dunque, valutare il rapporto costituito con il *trust* in prospettiva statica e, conseguentemente, operare una scissione tra il diritto che compete al *trustee* e quello che compete al *truster* ovvero ad altro beneficiario. A conferma di ciò si può rilevare che la giuridicizzazione dell'interesse del *truster* in *equitable estate* è avvenuta soltanto in un secondo momento, come l'analisi storica dell'istituto ha rivelato, quando il meccanismo del *trust* era già nato ed operante, per esigenze di ordine pratico-processuale di tutela dell'interesse del *truster* posto alla base del rapporto".

Anche la Convenzione dell'Aja del 1985 ha scelto di non adottare questa distinzione, optando per una terminologia il più possibile neutra, che prescinda da ogni distinzione fra elementi reali ed obbligatori. Soprattutto vi è l'attenzione ad

siffatta costruzione concettuale non trovi un parallelo nel diritto romano non esclude che vi sia una corrispondenza sostanziale tra le posizioni del *trustee*/onerato e del *beneficiary*/fedecommissario¹¹⁰.

D'altra parte vi è anche chi ha ravvisato una certa somiglianza fra la distinzione *legal/equitable rights* della *Common Law* e i due fondamentali tipi di proprietà conosciuti dal diritto romano, ossia *dominium ex iure Quiritium* e *in bonis habere*¹¹¹.

La somiglianza, a mio avviso, è meramente apparente.

Il dominio romano e la proprietà bonitaria identificano, dal punto di vista sostanziale, una medesima situazione di appartenenza del bene: cioè sia il proprietario quiritario che colui che ha i beni *in bonis* hanno rispetto a questi le medesime facoltà, quelle di un pieno proprietario, ciò che d'altro canto è reso possibile da una pressoché totale coincidenza dei rimedi posti a loro tutela.

Per contro l'interesse del *cestui que trust*, per quanto se ne ammetta la natura reale, non identifica un diritto di proprietà analogo e concorrente rispetto a quello del *trustee*. Non si verifica nel *trust*, come già detto, una clonazione del contenuto del diritto di proprietà (come tradizionalmente inteso dai civilisti) in due distinti domini esercitati in modo indipendente su uno stesso bene. In questo senso, il linguaggio adottato dai giuristi, che

evitare qualsiasi riferimento a termini o concetti tipici dell'istituto di *common law* e ciò nonostante il preambolo del testo faccia riferimento al *trust* quale istituzione tipicamente creata dalle corti dell'*Equity* nei paesi di *common law* ("The State signatory to the present Convention, considering that the trust, as developed in courts of equity in common law jurisdictions and adopted with some modifications in other jurisdictions is a unique legal institution..."). In argomento cfr. D.W.M. WATERS, *Institution of the Trust in Civil and Common Law* cit., p. 215.

¹¹⁰ Con riguardo alle differenti categorie concettuali impiegate rispettivamente per *trust* e fedecommissario si leggano le osservazioni di D.W.M. WATERS, *Institution of the Trust in Civil and Common Law* cit., p. 162: "The distinction made between legal and equitable estates on the one hand and substitution on the other carries us no further than would the explanation of the difference between a car and farm wagon that points out that a car is a four-wheeled vehicle powered by a engine, and a farm wagon is a four-wheeled vehicle that is drawn by a horse. Since they are both vehicles for the transportation of persons and goods, one is bound to ask what significance that observation has".

¹¹¹ Cfr. K.E. DIGBY, *An Introduction to the History* cit., p. 317; M. CRANKTHORPE, *The Uses of Legal History* cit., p. 345; M. BUONINCONTRO, *Trust e civil law* cit., p. 681-682.

distingue tra due tipi di *ownership*, quindi di proprietà, è da considerarsi ambiguo. È da preferire l'opinione di quanti¹¹², in una prospettiva di analisi storica del *trust*, credono che in esso si attui una coesistenza di due diritti reali dal diverso contenuto, in maniera non dissimile al rapporto tra nuda proprietà ed usufruttuario negli ordinamenti di *civil law*.

D'altro canto tra la posizione del *trustee* e quella del *beneficiary* è dato rinvenire un nesso di funzionalità causale, che non trova corrispondenza nei rapporti tra proprietario quiritario e proprietario bonitario del diritto romano, ma che si spiega in ragione della relazione di fiduciarietà sottesa al *trust*.

7. Natura di atto *mortis causa* del *feoffment to use*.

Si è inoltre obiettato che il fedecommesso è disposizione *mortis causa*, a differenza del *trust*, che accanto a forme testamentarie (*testamentary trust*), conosce atti istitutivi tra vivi¹¹³. David Johnston ha replicato a questa obiezione osservando che:

“the *fideicommissum* to a large extent freed itself from the restraints of the Roman law of wills and inheritance and developed a role as an extra-testamentary means of disposing of property. While it is true that this remained a function exercised only *mortis causa*, the fact that the *fideicommissum* in no way depended on a will shows that

¹¹² G. CASSONI, *Il “Trust” anglosassone quale istituzione sconosciuta nel nostro ordinamento*, in *Giur. civ. e comm.* (1986), I, p. 757; A.L. DIAMOND, *The Trust in English Law*, in *Riv. Dir. Int. Priv. e Proc.* (1981), p. 292 ss.; M. LUPOI, *Il trust nell'ordinamento giuridico italiano dopo la Convenzione dell'Aja del 10 luglio 1985*, in *Vita not.* (1989), p. 975, il quale osserva che “di diritto reale se ne deve vedere uno solo, perché l'*equity* proprio per questo può intervenire, per tutelare chi (l'originario disponente od i beneficiari) diritti reali non può vantarne, se potesse vantarli, ci penserebbe la *common law* a proteggerlo”.

¹¹³ Modernamente, con riferimento in particolare ai *trust* creati per espressa manifestazione di volontà (*express trusts* o *direct trusts*, contrapposti ai *implied trusts*), la dottrina è solita distinguere tra *living trusts* e *testamentary trust*, appunto a seconda che il *trust* venga costituito con atto *inter vivos* o *mortis causa*. Tra i *testamentary trusts* si distingue ulteriormente tra *secret trust* e *half secret trust*, su cui vedi *infra* p. 119, nt. 167.

its confinement to applications mortis causa was to some degree an artificial restriction”¹¹⁴.

Le fonti non confortano l'idea di questo “ruolo extra-testamentario” del fedecommesso romano. L'istituto nasce e si sviluppa in una condizione di accessorietà rispetto alla delazione ereditaria, testamentaria o non¹¹⁵, senza la quale non può esistere. Sotto questo profilo deve, dunque, dirsi insuperabile la distanza rispetto alla moderna figura di *trust*, di cui ben note sono le applicazione per atto tra vivi.

Se però consideriamo, ancora una volta, lo sviluppo storico del *trust*, ci renderemo conto che anche questa differenza va in un certo qual modo ridimensionata.

È, infatti, noto che le prime e storicamente più numerose applicazioni di *uses* vennero in esistenza proprio per testamento¹¹⁶, al cui interno il disponente vi dedicava previsioni separate rispetto a quelle dispositive dei *chattels* o altrimenti rinviava ad un altro documento¹¹⁷. E furono proprio i

¹¹⁴ D. JOHNSTON, *Trusts and Trusts-like Devices in Roman Law* cit., p. 56.

¹¹⁵ Gai. 2, 270: “*Item intestatus moriturus potest ab eo ad quem bona eius pertinent fideicommissum alicui relinquere; cum alioquin ab eo legare non possit*”; Ep. Ulp. 25, 4: “*Fideicommissum relinquere possunt, qui testamentum facere possunt, licet non fecerint. nam intestato quis moriturus fideicommissum relinquere possunt*”; cfr. anche D. 30, 114, 2 (Marcian. 8 inst.): “*Qui intestato decedit et scit bona sua ad fiscum perventura vacantia, fidei fisci committere potest*”; D. 29, 7, 8, 1 (Paul. sing. de iure cod.): “*Sed id eo fideicommissa dari possunt ab intestato succedentibus, quoniam creditur pater familias sponte sua his relinquere legitimam hereditatem*”.

¹¹⁶ La dottrina inglese è attenta a distinguere tra il termine ‘*testamentum*’ e ‘*will*’. La parola ‘*testamentum*’, riferita ad un atto destinato a disporre della proprietà per dopo la morte del disponente, venne in uso in Inghilterra gradatamente e quando apparve, non venne inteso nel senso romanistico di *testamentum*, in quanto, si è osservato “*...it did refer to a dispositive act rather than to a deed or charter, witness to a donation inter vivos*” (M.M. SHEEHAN, *The Will in Medieval England*, Toronto 1963, p. 139). Il termine ‘*will*’ o ‘*canonical will*’ è stato usato, fin dai tempi di Bracton, per indicare quelle manifestazioni, unilaterali e revocabili, della volontà del disponente, destinate a valere per dopo la sua morte. In tema cfr. F. POLLOCK, F.W. MAITLAND, *The History of English Law* II cit., p. 323; W.S. HOLDSWORTH, *A History of English Law* III cit., p. 535 ss.; T.F.T. PLUCKNETT, *A Concise History of the Common Law* cit., p. 738-740.

¹¹⁷ Cfr. W.S. HOLDSWORTH, *A History of English Law* IV cit., p. 422. Rileva il

casi di inadempimento delle obbligazioni fiduciarie nascenti da testamento i primi a ricevere una qualche tutela per effetto dell'intervento, prima ancora che del Cancelliere, dei Tribunali ecclesiastici, chiamati a garantire il rispetto delle ultime volontà della persona¹¹⁸.

Talora, poi, anche alcuni casi di *uses* creati *inter vivos* rivestivano di fatto un ruolo quasi testamentario¹¹⁹.

Accadeva spesso, infatti, che il *feoffor* affidasse i propri beni ad amici o parenti perché li tenessero “*to his own use*”, finché costui fosse in vita, e dopo la sua morte a vantaggio di coloro che il disponente nominava nel proprio testamento¹²⁰.

fatto che la disposizione di *feoffment to uses*, al pari del *fideicommissum* romano, trovasse normale collocazione in un documento separato dal testamento, destinato a tale scopo (c.d. *last will* o *ultima voluntas*). In argomento vedi M.W. BEAN, *The Decline of English Feudalism* cit., p. 149.

¹¹⁸ Sull'intervento di Tribunali ecclesiastici a tutela della dei diritti dei beneficiari cfr. F. POLLOCK, F.W. MAITLAND, *History of England* II cit., p. 232; S.W. DEVINE, *Ecclesiastical Antecedents to Secular Jurisdiction* cit., p. 298 ss.; R.H. HELMHOLZ, *The Early Enforcement* cit., p. 1503 ss.; ID., *Trusts in English Ecclesiastical Courts 1300-1640*, in *Itinera Fiduciae* cit., p. 153 ss.; V. BERTORELLO, *Un'ipotesi intorno all'origine dei trust* cit., p. 159 ss., la quale osserva che “il fondamento per l'intervento del giudice ecclesiastico in relazione alla violazione di obbligazioni fiduciarie la sfera secolare risiedeva nel fatto che era considerato un peccato infrangere un giuramento” (p. 160 nt. 54). Il giudice ecclesiastico ordinava l'esecuzione in forma specifica dell'obbligazione promessa, spesso accompagnata da una pena pubblica: sul punto vedi R.H. HELMHOLZ, *Assumpsit and Fidei Laesio*, in 91 *Law Quarterly Rev.* (1975), p. 424.

¹¹⁹ Così S.W. DEVINE, *Ecclesiastical Antecedents to Secular Jurisdiction* cit., p. 297

¹²⁰ S.F.C. MILSOM, *Historical Foundation of the Common Law* cit., p. 206-208; J.H. BAKER, *An introduction to English History* cit., p. 211-212. Gli esempi al riguardo sono assai numerosi: tra tutti si veda un *grant* del tempo di Enrico VIII riportato in *A descriptive Catalogue of Ancient Deeds in the Public Record Office*, vol. I, London 1890, p. 458 (C. 738), con cui il grantor concede dei possedimenti ai propri feoffee “*to hold on the trusts of the schedule annexed*”, scheda ove si legge: “*the above feoffees were to stand possessed of the premises to the use of the grantor for life, and after his decease to pay annuities to his wife and his daughter Isabella (...) and subject thereto to the use of the heirs male of the grantor's body (...)*. Cfr. anche *Ibidem*, p. 412 (C. 273): “*Deed poll by which John Cheyne, esquire, directs Walter lord Hungerford, Philp Courtney, knight, John Fortescue, Walter Sargeaunt, John*

In alternativa, il *feoffment* poteva avvenire più genericamente “*to the use of the will*”¹²¹, cioè secondo le istruzioni contenute nel testamento, ciò che importava che finché il testamento non diveniva efficace, cioè finché il *feoffor* rimaneva in vita, egli riteneva ogni diritto beneficiario (c.d. *resulting use*)¹²².

In entrambi i casi i *wills* contenevano delle mere istruzioni dirette ai *feoffees* del testatore, ma di fatto, con tale *escamotage*, i *feoffors* ottenevano il risultato voluto, ossia disporre dei propri beni *mortis causa*, ciò che altrimenti era vietato dalla *Common Law*.

È, dunque, vero che simili disposizioni producevano effetti immediatamente, mentre era ancora in vita il disponente, ma rinviando esse ad

Long, priest, and John Sargeant, John Long, priest, and John Mayne, feoffees of his manor of Nortonbauteville, with lands, & c., in Somersetshire, and also of ‘the Halvyndell’ of the manor of Hulpryngton, and lands, & c., in Wiltshire, to receive the rents and profits of the premises after his death, and pay them to his executors for the purposes of his will (...)”.

¹²¹ In un *will* del 1531 leggiamo che il *feoffor* aveva specificato all’atto di infeudare i suoi *feoffees* che essi avrebbero tenuto i beni “*to the use and performance of my last will*”. Il *feoffor* tratteneva, dunque, il godimento della proprietà mentre era in vita e solo alla morte, secondo quanto previsto nel suo testamento, i profitti dei fondi sarebbero stati attribuiti ai *beneficiaries*, in questo caso individuati nei Frati di York (*Testamenta Eboracensia*, Publication of Surtees Society 1884, vol. V, n. 219 (6 Dec. 1531). Sul caso cfr. S.W. DEVINE, *Ecclesiastical Antecedents to Secular Jurisdiction* cit., p. 309-310. In un caso della metà del XV secolo (1432-1443), richiamato tra i *Select cases in Chancery* A.D. 1364 to 1471 cit., p. xxxviii, il padre dell’esponente aveva trasmesso ad alcune persone determinati beni “*to the uses of his will*”, che successivamente egli aveva indicato in separato documento essere il figlio più giovane (l’esponente) e l’intero gruppo degli eredi. Dopo la morte del padre, il figlio più anziano (fratello dell’esponente), subentrato come erede legittimo, “*enfeoffed the defendants to the uses of his will, which he declared in a letter to be that an estate should be made to the plaintiff according to the will of their father*” (*ibidem*).

¹²² Cfr. Y.B. 5 ED. IV Mich. pl. 20: “*Si homme enfeoffa autre sans limit entent, et il ferra volunte apres, le darrein volunte serra observe, men si feoffment fuit fait a ascun entent certain, ce serra observe tantum sans varians, sinon que l’entent soit al use le feoffor et ses haires, il poet varier et sans novel volunte, pur ce que estranger n’ad pouvoir entrer*”. In tema vedi J.H. BAKER, *An introduction to English History* cit., p. 213; W.S. HOLDSWORTH, *A History of English Law* IV cit., p. 423.

istruzioni contenute nei *wills*, di fatto esplicavano la propria efficacia solo al momento della morte del testatore e fino a tale momento conservavano la propria revocabilità; aspetto quest'ultimo che le rendeva sicuramente più appetibili rispetto alle forme, pur conosciute, di *uses* espressi contestualmente al trasferimento dei beni in capo ai *feoffees*, queste ultime assolutamente irrevocabili¹²³.

Anche le altre originarie forme di *feoffment to use*, pur non contenute in *wills* o non rinviando ad ulteriori istruzioni testamentarie, configuravano vere e proprie disposizioni *mortis causa*.

È il caso degli *uses* costituiti per la gestione delle terre durante il periodo di assenza del legittimo titolare, altrimenti definiti in dottrina *uses attivi*¹²⁴. In queste ipotesi si rendeva necessario affidare temporaneamente i beni, senza però alienarli definitivamente, a terzi, potendo contare sulla loro integrale restituzione, nel caso che il legittimo titolare facesse ritorno. In via esemplificativa, riporto di seguito un breve stralcio di un *record* del 1235:

“Sciunt praesentes et futuri quod ego Magister Johannes de Allespath’ (...) dedi et concessi et hac presenti carta mea confirmavit Thome de Haitel’ servienti meo totam terram illam cum pertinentiis juxta quadrivium que jacet inter feudum comitis et inter terram quam Rogerus de Allespath’ quondam tenuit in longitudine et latitudine sicut terra proportat et carta domini Ricardi de Aula exinde confecta designat si contingat me in p(ar)tibus cismarinis vel ultra

¹²³ Così osserva al riguardo S.W. DEVINE, *Ecclesiastical Antecedents to Secular Jurisdiction* cit., p. 297-298: “Like any use, the feoffment to use to be declared in the feoffor’s will had to have present effect – the feoffees took full rights in the freehold at the time of their enfeoffment – but, like any will, the will declaring the uses to which feoffes were to put the freehold in question was fully revocable until death. This was a feature attractive even to those feoffors who did not mind giving up the present enjoyment of their land; for when the purposes of a feoffment to uses were expressed at the time of the enfeoffment, they were irrevocable”.

¹²⁴ Sulla contrapposizione di *uses* attivi e passivi vedi W.F. FRATCHER, *Uses of Uses*, in 34 *Mo.L. Rev.* 39 (1969), p. 59: “Most medieval uses were passive; the only duties of the feoffees to uses were those imposed by law: (1) to permit the *cestui que uses* to occupy the land and enjoy the rents and profits; (2) to defend the title in actions at law by and against third parties; and (3) to convey the land as directed by *cestui que use*. Active trusts to provide efficient management of property were relatively rare but they had existed from the inception of the use devise for such purposes as managing land while the beneficial owner was absent on crusade”.

mare antequam ad Conventr' de Roma rev(er)tar d(e)bitum universae carnis exsolv(er)e; habendam et ad tenendam sibi et heredibus suis et cui illam assignare voluerit libere quiete et honorifice reddendo inde annuatim dicto Ricardo et heredibus suis viginti sex denar(ios) pro omni servicio exactione consuetudine et demanda ad quatuor terminos anni secundum usum Covintr', ita tamen quod si voluntas divina permittat me ad Covintr' reverti liceat mihi sine contradictione et impedimento quorumcumque in jus et poss(essi)o(ne)m predictae terre ingredi. Et ipse Thomas et heredes sui mihi deced(e)nti vel vita(m) mutanti in plenum jus succedant siv(e) rev(er)tar siv(e) non (...)”¹²⁵.

John de Alspath, in vista di un imminente viaggio oltre mare, aveva trasferito le sue intere proprietà al proprio vassallo Thomas de Haitel, per il caso in cui morisse prima di aver fatto ritorno in patria. Il vassallo, i suoi eredi ed aventi causa avrebbero potuto tenere per sé i beni e goderne appieno (*'habendam e tenendam sibi et heredibus suis e cui illam assignare voluerit libere quiete et honorifice'*), con l'intesa, però, che, nel caso in cui il disponente facesse rientro sano e salvo, gli sarebbero stati restituiti *'sine contradictione et impedimento quorumcumque'*. Thomas e i suoi eredi sarebbero stati comunque chiamati a succedergli in via definitiva.

L'attribuzione delle terre è qui compiuta in ragione di un viaggio oltre mare, ossia in considerazione del pericolo imminente di morte del dispo-

¹²⁵ P.R. COSS (a cura di), *Early Records of Medieval Coventry. Records of Social and Economic History*, new series, vol. 11, New York 1986, n. 708 (1235).

In un Close Roll del 1268, a proposito di una spedizione in Terra Santa, si legge: “...Hugh Neville, son of John Neville, before his departure from England to the Holy Land, put in his place Hawisia Neville, his mother and John Neville, his Brother, to let to farm all the lands and tenements of Hugh ... to whomsoever they wished in so far as they saw it to be to the advantage (ad opus) of Hugh, and to receive to the same use the lands which the Lord King granted to anyone by occasion of the enmity conceived against Hugh, if it happened that they be restored to him” (*Calendar of Close Rolls*, 1264-1268, p. 254). In altri casi, il fiduciario era chiamato a tenere il bene non per il beneficio del donante, ma *to the use* di terzi, che erano spesso i familiari dello stesso disponente: cfr. F.W. MAITLAND (a cura di), *Bracton's Note Book*, vol. II, London 1887, n. 999 (1224) “... Robertus post mortem patris sui tenuit eandem terram de eadem domo et habuit filios et iuit in terram sanctam, et commisit terram illam custodiendam Wydoni fratri suo ad opus puerorum suorum”. Per altri casi vedi M.W. BEAN, *The Decline of English Feudalism* cit., p. 107-111 e J. BIANCALANA, *Medieval Uses*, in *Itinera Fiduciae* cit., p. 114, nt. 30.

nente, pericolo che concretizzandosi avrebbe importato l'acquisto definitivo dei beni in capo al fiduciario; in caso contrario, sarebbe sorto per questo l'obbligo di restituzione.

Si tratta di un trasferimento fiduciario della proprietà assai simile alle ipotesi di *donatio mortis causa* del diritto romano¹²⁶, ove il donante, si dice, preferisce tenere per sè la cosa piuttosto che darla al donatario, ma sceglie che essa vada a lui piuttosto che a suoi eredi¹²⁷.

La costituzione dello *use* avviene qui per atto tra vivi, ma in vista del-

¹²⁶ In diritto preclassico e classico la *donatio mortis causa* si attuava normalmente mediante il trasferimento *inter vivos* della proprietà dei singoli beni dal donante al donatario; in essa, però, la *causa donationis* si accompagnava ad una *causa mortis*, ossia alla funzione di arricchire immediatamente il donatario in vista di un imminente pericolo di vita del donante e in considerazione della prevedibile premorienza di quest'ultimo al donatario: cfr. D. 39, 6, 3 (Paul. 7 *ad Sab.*): "*Mortis causa donare licet non tantum infirmæ valetudinis causa, sed periculi etiam propinquæ mortis vel ab hoste vel a praedonibus vel ab hominis potentis crudelitate aut odio aut navigationis ineundæ*". Per il pensiero di Giuliano in D. 39, 5, 1 (Iul. 17 *dig.*), la *donatio mortis causa* rientrava nel più vasto concetto di *mortis causa capiones*, comprensivo di ogni acquisto a causa di morte che non derivi da eredità, legato o fedecommissio: cfr. D. 39, 6, 31 *pr.* (Gai. 8 *ad ed. prov.*): "*Mortis causa capitur, cum propter mortem alicuius capiendi occasio obvenit, exceptis is capiendi figuris quæ proprio nomine appellantur. certe enim et qui hereditario aut legati aut fideicommissi iure capit, ex morte alicuius nascitur capiendi occasionem, sed quia proprio nomine hæc species capiendi appellantur, ideo ab hac definitione separantur*". Tra la vasta bibliografia in argomento cfr. S. DI PAOLA, *Donatio mortis causa*, Catania 1950, p. 17 ss.; M. AMELOTI, *La «donatio mortis causa» in diritto romano*, Milano 1953, p. 1 ss.; P. SIMONIUS, *Die Donatio Mortis Causa im klassischen römischen Recht*, Basel 1958, p. 31 ss.

¹²⁷ D. 39, 6, 1 (Marcian. 9 *inst.*): "*Mortis causa donatio est, cum quis habere se vult quam eum cui donat magisque eum cui donat quam heredem suum (...)*"; D. 39, 6, 35, 2-3 (Paul. 6 *ad leg. Iul. et Pap.*): "*Sed mortis causa donatio longe differt ab illa vera et absoluta donatione, quæ ita proficiscitur, ut nullo casu revocetur. et ibi qui donat illum potius quam se habere mavult: at is, qui mortis causa donat, se cogitat atque amore vitæ recepisse potius quam dedisse mavult: et hoc est, quare vulgo dicatur: 'se potius habere vult, quam eum cui donat, illum deinde potius quam heredem suum'. Ergo qui mortis causa donat, qua parte se cogitat, negotium gerit, scilicet ut, cum convalescit, reddatur sibi: nec dubitaverunt Cassiani, quin conditione repeti possit quasi re non secuta propter hanc rationem, quod ea quæ dantur aut ita dantur, ut aliquid facias, aut ut ego aliquid faciam, aut ut Lucius Titius, aut ut aliquid optingat, et in istis condictione sequitur*".

la morte del disponente, che costituisce causa stessa dell'affidamento temporaneo dei beni e del successivo eventuale acquisto definitivo in capo al *feoffee*. L'evento morte, entrando nel meccanismo causale del negozio, lo qualifica come *mortis causa*, per cui prima della morte non vi è una situazione giuridica oggetto di tutela, né una aspettativa di diritto¹²⁸.

8. Fedecommissi e *uses* come strumenti di conservazione della ricchezza familiare.

È interessante notare che sia *uses* che fedecommissi venivano assai di frequente impiegati allo scopo di conservare intatto, attraverso le generazioni successive, il patrimonio familiare, in specie quello immobiliare.

Nel mondo romano variegato era il panorama di questo tipo di lasciti, che di fatto consentivano di aggirare il divieto, derivante dal principio '*semel heres, semper heres*', di designazione di un secondo erede destinato a subentrare dopo la morte del primo¹²⁹.

L'intento fondamentale era quello di provvedere in favore di uno o più congiunti, devolvendo gli stessi beni – *post mortem eorum* – ad ulteriori discendenti, per cui deceduto colui che per primo li aveva ricevuti, un ulteriore soggetto sarebbe subentrato al suo posto, con possibilità che il vincolo si protraesse anche oltre, in favore di nuovi chiamati. L'effetto che ne derivava era in ogni caso quello di vincolare il patrimonio, garantendone la trasmissione alla propria discendenza e ciò in ragione del comprensibile desiderio di prolungare nel tempo il "dominio" sulle proprie sostanze, determinandone la destinazione oltre la vita del disponente e anche di colui che per primo le avesse ricevute¹³⁰.

¹²⁸ Va ricordato che nei negozi *mortis causa*, l'evento morte non rappresenta un termine di efficacia del negozio, bensì il fondamento giuridico e la giustificazione causale. Detto altrimenti, la morte non è termine a partire dal quale il negozio avrà efficacia, ma è il fondamento giustificativo del negozio stesso.

¹²⁹ La categoria non si esaurisce nei c.d. fedecommissi di famiglia, ma riguarda anche quelle disposizioni lasciate al termine della morte dell'onerato ("*cum morietur*" o "*post mortem eius*"), o sottoposte a condizione sospensiva variamente riferita al suo decesso ("*si impubes decesserit*", "*si intra vicesimum annum moreretur*" o "*si sine liberis decesserit*", "*si intestato decesserit*", "*si sine nuptiis decesserit*"). Per una rassegna delle diverse ipotesi cfr. L. DESANTI, *Restitutionis post mortem onus* cit., p. 1 ss.

¹³⁰ Così ID., *Restitutionis post mortem onus* cit., p. 2-3.

Si pensi al caso di fedecommissi disposti a carico di alcuni figli e a favore dei loro fratelli, solitamente sottoposti alla condizione *‘si sine liberis decesserit’*, in modo che se qualcuno di essi fosse morto senza figli avesse l’obbligo di restituire in tutto o in parte l’eredità al fratello o ai fratelli superstiti:

D. 30, 123 pr. (Marcell. l. sing. resp.): “Lucius Titius cum duos filios heredes relinqueret, testamento ita cavit: ‘quisquis mihi liberorum meorum heres erit, eius fidei committo, ut si quis ex his sine liberis decedat, hereditatis meae bessem cum morietur fratribus suis restituat’”¹³¹.

Talora il testatore imponeva al proprio figlio o figlia di restituire il patrimonio, al momento della morte, ai loro stessi figli:

D. 31, 77, 10 (Pap. 8 resp.): “A filia pater petierat, ut cui vellet ex liberis suis praedia, cum moreretur restitueret...”¹³².

¹³¹ Cfr. anche D. 36, 1, 3, 4 (Ulp. 3 fideic.): “*Quidam liberis suis, ex disparibus partibus institutis, datis praeceptionibus, ut ipse maximam partem patrimonii inter liberos ita dividisset, rogavit eum, qui sine liberis decederet, portionem suam fratribus restituere ...*”; D. 36, 1, 79 (77) pr.-1 (Scaev. 20 dig.): “*Heredibus institutis filiis utriusque sexus singulos rogavit, ut qui sine liberis decederet partem suam hereditatis sorori fratrive restitueret aut, si frater sororve non esset, matri suae...*”; D. 36, 1, 59 (57), 1 (Pap. 8 resp.): “*... ‘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*”; C. 2, 3, 16 (a. 286): “*Cum proponas filios testamento scriptos eximeretur, alteri portionem hereditatis restitueret, quoniam precariam substitutionem fratrum consensu remissam adseris, fideicommissi persecutio cessat*”; C. 2, 4, 11 (a. 255): “*De fideicommisso a patre inter te et fratrem vicissim dato, si alter vestrum sine liberis excesserit vita...*”; cfr. anche D. 25, 4, 4 (Scaev. 20 dig.); D. 36, 1, 18 (17), 5 (Ulp. 2 fideic.); D. 32, 27, 1 (Paul. 2 decr.); C. 2, 3, 1 (a. 200), C. 6, 42, 21 (a. 293); C. 6, 50, 8 (a. 233), C. 6, 50, 10 (a. 241).

¹³² Cfr. anche D. 31, 77, 4 (Pap. 8 resp.): “*Hereditatem filius cum moreretur filiis suis vel cui ex his voluisset restituere fuerat rogatus...*”; D. 31, 77, 25 (Pap. 8 resp.): “*‘Rogo, filia, bona tua quandoque distribuas liberis tuis, ut quisquis de te meruit’*”; D. 32, 11, 9 (Ulp. 2 fideic.): “*... ‘te, fili, rogo, ut praedia, quae ad te pervenerint, pro tua diligentia diligas et curam eorum agas, ut possint ad filios tuos pervenire’*”.

In altri casi ancora il disponente riservava singoli beni, specie immobili¹³³, più genericamente alla cerchia familiare¹³⁴: in quest'ultimo caso, a differenza che nei lasciti in favore del congiunto o dei congiunti prescelti, la cerchia onorata coincideva con l'intero gruppo familiare complessivamente considerato (c.d. fedecommissi di famiglia):

D. 31, 69, 3 (Pap. 19 qu aest.): "Fratre herede instituto petit, ne domus alienaretur, sed ut in familia relinqueretur. si non paruerit heres vo-

¹³³ Circa lo stretto collegamento tra fedecommissi di famiglia e proprietà fon-
diarie cfr. J. DECLAREUIL, *Quelques notes sur certains types de fidéicommiss*, in *Mélanges Gérardin*, Paris 1907, p. 152; P. VOCI, *Diritto ereditario romano* II cit., p. 245; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, II p. 554; D. JOHNSTON, *The Roman Law of Trusts* cit., p. 77 ss.; ID., *Prohibitions and perpetuities* cit., p. 222. Di contrario avviso altra parte della dottrina che, muovendo da una più ampia concezione di fedecommissi di famiglia, arriva a sostenere che possa essere oggetto della disposizione l'intera eredità o una sua parte: in questo senso cfr. B. BIONDI, *SucceSSIONE testamentaria* cit., p. 498; G. GROSSO, *I legati* cit., p. 125; F. LONGCHAMPS DE BERIER, *Il fedecommissi universale* cit., p. 217.

¹³⁴ Beneficiari in questo caso erano tutte quelle persone legate al disponente da un particolare vincolo: dunque, non soltanto i congiunti, ma anche i liberti, talora anche gli schiavi e i gentili. Sul polivalente significato del termine 'familia' in seno al diritto privato romano si legga D. 50, 16, 195, 1-4 (Ulp. 46 ad ed.). Sul tema numerosi sono gli studi, tra gli altri quelli di R.P. SALLER, *Familia*, 'domus', and the Roman Conception of the Family, in *Phoenix* 38 (1984), p. 336-355; ID., *Patriarchy, Property and Death in the Roman Family*, Cambridge 1994, p. 74 ss.; C. MASI DORIA, *Bona libertorum. Regimi giuridici e realtà sociali*, Napoli 1996, p. 27 ss.; ID., "Libertinas" e successione gentilizia, in *Index* 27 (1999), p. 260 ss.; M. TALAMANCA, *Cic. "De orat." 1.176 ed i "bona liberti"*, in *Index* 27 (1999), p. 165-249; G. FRANCIOSI, *Clan gentilizio e strutture monogamiche: Contributo alla storia della famiglia romana*, 6^a ed., Napoli 1999, p. 299 ss. Ancora in argomento vedi K.R. BRADLEY, *Discovering The Roman Family: Studies in Roman Social History*, New York 1991, *passim*; G. FRANCIOSI, *Famiglia e persone in Roma antica. Dall'età arcaica al principato*, 2^a ed., Torino 1992, p. 53 ss.; B. RAWSON, *The Roman Family*, Baltimore-London 1992, p. 1 ss.; C. FAYER, *La famiglia romana. Aspetti giuridici ed antiquari*, Roma 1994, p. 1 ss.; P. GALLIVAN, P. WILKINS, *Familial Structures in Roman Italy: A Regional Approach*, in B. RAWSON (a cura di), *The Roman family in Italy: status, sentiment, space* (edited by and Paul Weaver), Oxford 1997, p. 239-255; G. HANARD, *Familia, domus, dot ou l'insaisissable famille romaine. Des origines aux Sévères*, in *Mélanges Fritz Sturm* I, Liège 1999, p. 215 ss.; A.E. HANSON, *The Roman Family*, in D.S. POTTER, D.J. MATTINGLY, *Life, Death and Entertainment in the Roman Empire*, 4^a ed., Arbor 2002, p. 19-66.

luntati, sed domum alienaverit vel extero herede instituto decesserit, omnes fideicommissum petent qui in familia fuerunt. quid ergo si non sint eiusdem gradus? ita res temperari debet, ut proximus quisque primo loco videatur invitatus. nec tamen ideo sequentium causa propter superiores in posterum laedi debet, sed ita proximus quisque admittendus est, si paratus sit cavere se familiae domum restitutum. quod si cautio non fuerit ab eo, qui primo loco admissus est, desiderata, nulla quidem eo nomine nascetur condictio, sed si domus ad exterum quandoque pervenerit, fideicommissi petitio familiae competit. cautionem autem ratione doli mali exceptionis puto iuste desiderari, quamvis nemo alius ulterior ex familia supersit”.

Il disponente aveva istituito erede il fratello e lo aveva pregato di non alienare una certa casa ereditaria, ma di conservarla in *familia*. La *quaestio* del giurista concerneva essenzialmente il profilo dell’inadempimento, facendosi il caso che l’erede, contravvenendo alla *voluntas defuncti*, alienasse la casa o istituisse erede un estraneo.

La prescrizione di non alienare (*‘ne domus alienaretur’*) precludeva la possibilità di disporre del bene fedecompresso tramite atti *inter vivos*, mentre le parole *‘ut in familia relinqueretur’* comportavano l’ulteriore obbligo di restituirlo, al momento della morte, in *familia*¹³⁵: si creava, cioè, un

¹³⁵ Se vi erano più congiunti, di uguale o di diverso grado, all’interno della famiglia del disponente, perché il fedecompresso potesse dirsi adempiuto era sufficiente che fosse lasciato ad uno solo: D. 31, 67, 2 (Pap. 19 *quaest.*): “Itaque si, cum forte ex familia essent eius, qui fideicommissum reliquit, eodem vel dispari gradu, satis erit uni reliquisse: nam postquam paritum est voluntati, ceteri condicione deficiunt”. In più l’erede che fosse onerato di fedecompresso in favore dei familiari del disponente era tenuto a scegliere a chi *ex familia* lasciare il bene: D. 31, 67 pr. (Pap. 19 *quaest.*): “Unum ex familia propter fideicommissum a se cum moreretur relictum heres eligere debet: ei quem elegit frustra testamento suo legat quod, posteaquam electus est, ex alio testamento petere potest. utrum ergo non constitit quod datur, quasi creditori relictum, an, quamdiu potest mutari voluntas, non recte creditori comparabitur? sive tamen durat electio, fuisse videtur creditor, sive mutetur, ex neutro testamento petitio competit. Ad avviso di Papiniano, se la scelta dell’onorato fosse perdurata, l’*electus* sarebbe risultato creditore a titolo di fedecompresso in forza del primo testamento; se, invece, la scelta fosse mutata, egli nulla avrebbe potuto esigere *ex neutro testamento*, ossia né in forza di fedecompresso, visto che poi la scelta era ricaduta su di un altro, né in forza del legato, che in siffatte circostanze si considerava disposto all’unico fine di realizzare l’*electio*, per cui una

persistente vincolo sopra il bene, destinato a perpetuarsi oltre la morte del primo onorato e sino a che la *familia* non si fosse estinta. La fuoriuscita del bene dalla cerchia onorata legittimava ogni membro di essa a rivendicare immediatamente il fedecommesso (salvo che vi fossero parenti di diverso grado, nel qual caso la legittimazione ad agire – dice Papiniano – era riconosciuta in ragione del più stretto legame di parentela rispetto al *de cuius*).

Anche lo *use* inglese venne impiegato come strumento di conservazione e di trasmissione della ricchezza immobiliare tra generazioni: anzi, questa applicazione è stata, a detta degli studiosi inglesi, quella socialmente più rilevante e storicamente più numerosa di *feoffment to use*¹³⁶. I c.d. *intergenerational uses* consentivano al *feoffor* di controllare e preservare i propri beni, destinandone liberamente i proventi, in spregio agli *incidents*, alle future necessità della propria vita e di quella dei membri della propria famiglia¹³⁷.

Essi trovarono diffusione grazie alla pratica, già sviluppata nel corso del XIV secolo, di fare testamento e di nominare al suo interno degli *executores*: così avveniva che il *feoffor*, per aggirare le rigide regole della *primogeniture*¹³⁸ e spinto dal comune sentimento di affetto nei confronti dei propri cari,

volta mutata la scelta, si intendeva revocato. Sul punto cfr. J. CUJACIUS, *Commentarius in Lib. XIX Quaestionum Aemilii Papiniani, ad D. 31, 67 pr.*, in *Opera omnia*, Par. Fabrot. edit., vol. IV, Prati 1837, col. 1345 s. La scelta, pur qualificata come '*facultas*', veniva però descritta in termini di comportamento doveroso ('... *heres eligere debet... facultas necessariae electionis*'), ciò che induce a credere che essa rispondesse ad una precisa necessità, come d'altronde lasciano intuire le parole di Papiniano: una volta adempiuta la volontà del defunto, gli altri onorati non avrebbero potuto esigere alcunché ('... *satis erit uni reliquisse: nam postquam paritum est voluntati, ceteri condicione deficiunt*'). Detto altrimenti, l'esercizio della facoltà di scelta, nell'attribuire il bene fedecommesso ad uno solo della cerchia degli onorati, precludeva l'esperimento dell'azione *ex fideicommissio* agli altri familiari, spesso molto numerosi. Ciò permetteva di conservare l'unità e l'integrità del bene fedecommesso, in quei casi in cui il bene non fosse divisibile o, comunque, suscettibile di uso comune, o ancora fosse tale per cui un eccessivo frazionamento ne avrebbe importato la perdita di utilità. Sul punto cfr. L. DESANTI, *Restitutionis post mortem onus* cit., p. 278 e nt. 314.

¹³⁶ Per l'impiego di questa terminologia vedi J. BIANCALANA, *Medieval Uses* cit., p. 112 ss.

¹³⁷ Così ID., *Medieval Uses* cit., p. 123.

¹³⁸ La regola della *primogeniture* importava il passaggio dell'eredità solo al primo figlio maschio con esclusione dei fratelli minori e delle figlie. Perciò, in mancanza di figli maschi, i possedimenti erano destinati a tornare al *lord*. In tema

istruisse il proprio *feoffee* o *executor*¹³⁹ di provvedere in favore di soggetti diversi dagli eredi, a cui voleva riservare un beneficio dopo la sua morte¹⁴⁰.

Frequenti sono le disposizioni *mortis causa* in favore della vedova o delle figlie:

“... I will that my feoffees stand seised of my castle and manors of Sheriff Hoton, East Lilling, West Lilling, and Raskelf, to the use of my wife during her life” [10 May 1458]¹⁴¹.

cfr. J.H. BAKER, *An Introduction to English Legal History* cit., p. 265 ss., in particolare p. 267-268; W.S. HOLDSWORTH, *A History of English Law* III cit., p. 172 ss.

¹³⁹ In ordine al rapporto tra il ruolo del *feoffee to use* e quello dell'*executor* vale la pena riportare il pensiero di Bean: “... a *feoffee to use* came to be viewed as an *executor* who handled on behalf of the deceased, not *chattels*, but *lands*. There was, both in practice and in law, a distinction between the functions of the *executor* and those of the *feoffee to uses*. The *executor* undertook a trust which began after the death of the deceased, and carried out his duties by virtue of the probate of the testament by the ecclesiastical authorities. The position of *feoffee* was more complicated. Owing to the rules of feudal law on this point it was not possible for the land to pass to him by virtue of the death of the deceased. If, therefore, he was to handle the lands thereafter, he had to receive *seisin* in the lifetime of the deceased” (Id., *The Decline of English Feudalism* cit., p. 131). Più recentemente, J. BIANCALANA, *Medieval Uses* cit., p. 118-119, si è spinto sino ad affermare la sostanziale coincidenza tra le due figure (“the distinction between *executors* and *feoffees* is sharper in the minds of historians than in the minds of 14th century landholders”, p. 119), e ciò argomentando, in particolare, da un caso riportato negli *Year Books* del tempo di Edoardo III (Y.B. Rolls Series 12-13 Edw. III, p. 172, pl. 4, 1339).

¹⁴⁰ Il testatore, laddove avesse figli minori di età, provvedeva a lasciare il residuo dei suoi beni alla moglie per il mantenimento dei figli, così privando il suo *lord* del potere di *wardship*: *Testamenta Erboracensia*, vol. I, London 1836, p. 6-7 (William Percy, 1344): “... item lego totum residuum bonorum meorum apud Ryton, Hildingleye, ac omnia bona mea ubicumque fuerint inventa qualiter cumque mihi debita Agneti uxori ad sustinendum filios filiasque mihi”; p. 21 (William de Gathorne, 1346); p. 52-53 (Thomas Pickering, 1348); p. 138 (William Aldeburgh, 1390); p. 254-255 (Philip Darcy, 1399). Sul rapporto tra *uses* e *wardship* cfr. J.M.W. BEAN, *The Decline of English Feudalism* cit., p. 136-137; R. PALMER, *English Law in the Age of the Black Death 1348-1381*, North Carolina 1993, p. 116-118; J. BIANCALANA, *Medieval Uses* cit., p. 131 ss.

¹⁴¹ N.H. NICOLAS (a cura di) *Testamenta Vetusta*, vol. 1, London 1826, p. 286-288 (Richard Earl of Salisbury).

"... I may see and know that she [daughter Katherine] be surely purveyed of in my life, if may conveniently so soon be done, or else that such estate be made to my said daughter, or to her use immediately after my decease" [28th Sept. 1480]¹⁴².

L'impiego di *intergenerational uses* permetteva al *feoffor* di godere del *land* in vita, per poi trasferirlo nelle mani dei *feoffees* che lo tenevano per un certo periodo di tempo prima di restituirlo definitivamente agli eredi del *feoffor*¹⁴³.

Si è osservato che *uses* di questo tipo originavano spesso dall'adattamento di *grant-regrant transactions*¹⁴⁴, con cui colui che riceveva la con-

¹⁴² ID., *Testamenta Vetusta*, 357-362 (Elizabeth Lady Latimer).

¹⁴³ L'assenza di espressi divieti di alienazione in caso di *feoffment to uses* non vale, sotto tale profilo, a distinguere lo *use* dalla struttura del fedecomesso di famiglia, in quanto anche in esso si realizzava una perfetta forma di interposizione reale, per cui al *feoffee* non era dato disporre liberamente dei beni a lui trasferiti in *use*. La figura del *trustee* che può liberamente disporre dei beni in *trust* risale ad epoca più tarda ed è frutto dell'elaborazione giurisprudenziale successiva.

¹⁴⁴ Questi *intergenerational uses* nascevano dalla concessione di un *estate* limitato, spesso una *life estate*, alla cui scadenza veniva attribuito un'altro *estate* (in *fee simple* o in *fee tail*) ad un diverso soggetto (cd. '*life estate-remainder settlement*'). In via esemplificativa, si riportano dei brevi passaggi di alcuni *wills* raccolti in A. GIBBON (a cura di), *An Abstract of the Wills & Administrations recorded in the episcopal registers of the old diocese of Lincoln (1280-1547)*, Lincoln 1888, p. 30-31 (John de Beaumont, 1396): "My feoffes of the manor of Byker in Holland...to enfeoff Katherine my wife for her life, with remainder to my right heirs for ever"; p. 82 (Roger de Trumpyngton, 1379): "...My feoffes of the Manor of Reston to enfeoff my wife for life ..., with remainder to my heirs"; p. 164 (John Sapcote, 1434): (Ultima Voluntas) "My feoffees to enfeoff Johan my wife of all my lands for her life, with remainder ... to my son John in tail". Sul tema cfr. S.F.C. MILSOM, *Historical Foundation of the Common Law* cit., p. 205; J.L. BARTON, *The Medieval Use* cit., p. 566-588; J.M.W. BEAN, *The Decline of English Feudalism* cit., p. 113; W.F. FRATCHER, *Uses of Uses* cit., p. 52 ss.; A.W. SCOTT, W.F. FRATCHER, *Law of Trusts I* cit., p. 1 ss., spec. p. 4-5. Da ultimo vedi anche J. BIANCALANA, *Medieval Uses* cit., p. 119 ss., il quale osserva che: "The difference between a life estate-remainder settlement and an intergenerational use was the presence in a use of feoffee (executor?) between the functional equivalent of a life estate in the feoffor and the functional equivalent of a remainder in his heir. From a technical or conveyancer's point of view, an intergenerational use broke the life estate- remainder into two parts and inserted

cessione di un *estate* era poi chiamato a restituirlo al *grantor* o ad altri soggetti¹⁴⁵. Numerosi sono i casi di questo tipo riportati nei *Reports* del XVI secolo. Ne riporto solo alcuni:

“... The said Alexander ... enfeoffed one Robert Woodale and Robert Fletcher of the said land in fee to the use of this [three younger sons], one part to him in tail [with remainder] over to the other sons ...”¹⁴⁶.

“A husband makes a feoffment at the present day to the use of his wife for the term of her life, and after her decease to the use of the right heirs of the bodies of the husband and wife begotten...”¹⁴⁷.

Attraverso successivi *remainder* a favore dei familiari del disponente, si creava di fatto un vincolo tendenzialmente perpetuo di incommerciabilità sui beni che ne erano oggetto¹⁴⁸. L'impiego di clausole di questo tipo

an executor /feoffee between the two parts”. Queste disposizioni si presentano molto simili ai *strict settlements*, nozione questa che si fece strada in Inghilterra tra il XVII e il XX e che registra una successione di *legal interests*, assoluti o limitati a seconda della natura e del *quantum* di *estate* che viene trasferito, in cui il *legal estate holder* è tenuto a garantire che la proprietà sia disponibile al successore. In tema di *strict settlement* cfr. S.F.C. MILSOM, *Historical Foundation of the Common Law* cit., cap. 8.

¹⁴⁵ Cfr. S.F.C. MILSOM, *Historical Foundation of the Common Law* cit., p. 205 ss.; J. BIANCALANA, *Medieval Uses* cit., p. 119.

¹⁴⁶ J.H. BAKER, *Reports of Cases by John Caryll*, part. II (1501-1522), in *Seld. Soc.*, London 2000, p. 502 (B).

¹⁴⁷ J.H. BAKER (a cura di), *Reports from the lost Notebooks of Sir James Dyer*, vol. II, in *Seld. Soc.*, London 1994, p. 400, n. 2 (Heir of living person, 1554); vedi anche p. 407, n. 25 (Uses, 1555): “A man enfeoffed a husband and wife and two other to the use of the husband and wife for the lives, with remainder to the heirs of their two bodies begotten, and if they should chance to die without issue then the two other feoffees and their heirs should be seised to the use of the performace of the last will of the survivor of the husband and wife”; p. 426, n. 85 (Dower, 1560): “A husband, after the espousals, enfeoffed certain persons in fee to the use of the himself for term of his life, remainder to his son in tail, remainder to the right heirs of the husband...”

¹⁴⁸ Venivano in uso anche delle specifiche clausole di perpetuità nella forma ‘to A and the heirs of his body until he attempted to alienate, and then over to another’: nel 1517, John Fitzherbert aveva escogitato una clausola che nel caso di

fu in un primo periodo tollerato dalle corti, in coincidenza con la diffusione di disposizioni di *feoffment to use*¹⁴⁹, ma con il passaggio alle forme di *trust*, tra la fine del XVI e l'inizio del XVII secolo, il loro utilizzo venne sempre più osteggiato¹⁵⁰, sino ad arrivare all'introduzione di rigide regole contro la *perpetuity*¹⁵¹.

Anche talune ipotesi di fedecommesso romano creavano, in termini non dissimili, il problema della durata del vincolo sui beni: veniva, in particolare, in rilievo il problema di porre un limite al potere del disponente di determinare i diritti delle future generazioni sul patrimonio ereditario o

alienazione o *mortgage* dell'*estate*, lo *use* sarebbe passato al successivo erede di sesso maschile (J.P. Cooper in *Family and Inheritance*, edited by Goody and others, 1978, p. 192, n. 201).

¹⁴⁹ In via esemplificativa, vedi *Scholastica's Case* (1571) 2 Plowd 403.

¹⁵⁰ Cfr. *Cholmeley v. Humble* (1595) (J.H. BAKER, S.F.C. MILSOM, *Sources of English Legal History* cit., p. 160-161); *Germyn v. Arscott* (1595) (p. 159), *Corbett v. Corbett* (1600) (p. 158-162); *Mildamy v. Mildamy* (1602) (p. 163-164); *Hethersal v. Mildamy* (1605) (p. 164-166). Nel noto *case* *Child v. Baylie*, Lord Nottingham ebbe ampiamente a denunciare gli inconvenienti delle *perpetuities*: "*A perpetuity is a thing odious in law and destructive to the commonwealth: it would put a stop to commerce and prevent the circulation of the riches of the kingdom; and therefore is not to be countenanced in equity. If in equity you should come nearer to a perpetuity, than the rules of common law would admit, all men, being desirous to continue their estate in their families, would settle their estate by way of trust; which might indeed make well for the jurisdiction of the court, but would be destructive to the commonwealth*" (D.E.C. YALE (a cura di), *Lord Nottingham's Chancery Cases*, vol. II, in *Seld. Soc.*, London 1961, p. lxxxix).

¹⁵¹ La prima e più risalente regola è quella che riguarda qualsiasi attribuzione di diritti a soggetti diversi da coloro in favore dei quali è avvenuto il primo trasferimento e che pone un termine entro il quale qualsiasi *estate* deve avere un titolare certo: è la regola che nei termini della giurisprudenza di common law, prevede che il *trust* sia nullo se il diritto è acquisito oltre il termine di ventuno anni dalla morte di una persona in vita o anche solo concepita al momento della costituzione del *trust*. Più ampiamente sul tema cfr. M. LUPOI, *Appunti sulla Real Property e sul trust nel diritto inglese*, Milano 1971, p. 124 ss.; Id., *Trusts* cit., p. 180 ss.; R.H. MAUDSLEY, *The Modern Law of Perpetuities*, London 1979, *passim*; J.H.C. MORRIS, W.B. LEACH, *The Rule against Perpetuities*, 2nd ed., London 1962. Più in generale sulla storia della legislazione volta a reprimere i vincoli alla libera circolazione della *real property* cfr. M. GRAZIADEI, B. RUDDEN, *Il diritto inglese dei beni e il trust: dalle res al fund*, in *Quadrimestre* 1992, p. 458, §§ 9-12.

su singoli beni, per evitare una situazione di perpetua indisponibilità degli stessi¹⁵². Ed è interessante notare che, al pari degli *uses*, anche i fedecommessi, almeno originariamente, valevano senza limiti di sorta, non essendo assoggettati al divieto, applicato ai legati, di onorare le *incertae personae*¹⁵³, ossia soggetti non facilmente identificabili e determinabili da parte del testatore.

Solo a partire dal II secolo d.C.¹⁵⁴, questo divieto fu esteso anche ai fedecommissi, circoscrivendo così la portata del *fideicommissum familiae nomine relictum* solo a coloro che appartevano al *nomen* del defunto al tempo della sua morte ed a coloro che erano stati procreati da questi ultimi in primo grado¹⁵⁵.

¹⁵² Così D.W.M. WATERS, *Institution of the Trust* cit., p. 144.

¹⁵³ Gai. 2, 238-242: "*Incertaine personae legatum inutiliter relinquitur. Incerta autem videtur persona, quam incertam opinionem animo suo testator subicit, veluti cum ita legatum sit: 'qui primus ad funus meum venerit ei heres meus x (milia) dato'. Idem iuris est, si generaliter omnibus legaverit: 'quicumque ad funus meum venerit'. In eadem causa est, quod ita relinquitur: 'quicumque filio meo in matrimonium filiam suam conlocaverit, ei heres meus x milia dato. Illud quoque [in eadem causa est], quod ita relinquitur: 'qui post testamentum (scriptum primi) consules designati erunt', aequae incertis personis legari videtur. Et denique aliae multae huiusmodi species sunt. Sub certa vero demonstratione incertae personae recte legatur, veluti: 'ex cognatis meis qui nunc sunt qui primus ad funus meum venerit, ei x milia heredes meus dato'. Cfr. Ep. Ulp. 22, 4; 24, 18; Paul. Sent. 3, 6, 13.*

¹⁵⁴ Gai. 2, 287: "*Item 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*". Le parole di Gaio consentirebbero, peraltro, di intravedere una connessione tra il divieto di onorare le *incertae personae* e i *postumi alieni*: entrambe le prescrizioni, infatti, perseguono il fine comune di escludere dal lascito i nati delle generazioni future, sia che si trattasse di nascituri, ossia *postumi alieni*, sia che si trattasse di persone non ancora concepite. In argomento cfr. G. GROSSO, *I legati* cit., p. 191 ss.; P. VOCI, *Diritto ereditario* I cit., p. 413 ss.

¹⁵⁵ D. 31, 32, 6 (Mod. 9 reg.): "*In fideicommisso quod familiae relinquitur hi ad petitionem eius admitti possunt, qui nominati sunt, aut post omnes eos extinctos qui ex nomine defuncti fuerint eo tempore, quo testator moreretur, et qui ex his primo gradu procreati sint, nisi specialiter defunctus ad ulteriores voluntatem suam extenderit*".

Il *postumus suus* non rientrava tra le *incertae personae* ed era pienamente ca-

La possibilità di creare disposizioni fedecommissarie perpetue, resa possibile dalla successiva rimozione di questo divieto, voluta dall'imperatore Giustiniano¹⁵⁶, pare sia stata scongiurata dall'introduzione di un'ulteriore

pace di ricevere per fedecompresso (a differenza del *postumus alienus*); era, quindi, verosimilmente ricompreso nell'ambito dei discendenti, dei *cognati* o della *familia*. Nell'ambito dei liberti, sono contemplati sia quelli già affrancati in vita del disponente, sia i manomessi nel suo testamento, sia anche gli onorati di libertà fedecommissaria. Quindi, non soltanto coloro che appartenessero già alla cerchia dei liberti, *mortis tempore*, ma anche coloro che ricevessero la libertà solo in quel momento o, semplicemente, risultassero destinati ad acquistarla per volontà del disponente medesimo: D. 31, 77, 11 (Pap. 8 resp.): “*Fidei heredum meorum committo, ne fundum Tusculanum alienent et ne de familia nominis mei exeat. secundum voluntatem eos quoque invitatos intellegendum est, quibus heredes extranei fideicommissam libertatem reddiderunt*”.

¹⁵⁶ È difficile inquadrare la portata di questa riforma voluta da Giustiniano, a causa della perdita della costituzione greca che formava il titolo 48 del libro sesto del Codice e di cui si conservano solo il sommario tipucitano e qualche generica notizia in I. 2, 20, 25-28 e in I. 3, 9 *pr.*, oltre a taluni passi escerpti dall'Indice di Taleleo. L'edizione di P. KRÜGER, *Corpus Iuris Civilis II, Codex Iustinianus*, 11^a ed., Berlin 1954 (rist. Hildesheim 1997) tiene conto, essenzialmente, della ricostruzione del testo effettuata da Heimbach, sulla scorta di Tip. 44, 18, 30 (=29) (ed. HOERMANN, SEIDI, IV, Lib. XXXIX- XLVIII, Città del Vaticano 1955, p. 200 ss.), di Bas. 44, 18, 29 (HEIMB., IV, p. 437 ss.; cfr. H. J. SCHELTEMA, N. VAN DER WAL, A VI, p. 2045, ad Bas. 44, 18, 30); inoltre, per quanto riguarda i §§ 10 e 15-16, di Nomoc. 2, 1. Sulla ricostruzione del contenuto della costituzione vedi C. W. E. HEIMBACH, *Über Justinians Constitution de incertis personis* cit., p. 1 ss. Ad ogni modo, il senso complessivo della riforma sembrerebbe essere consistito, se non proprio nella generale rimozione del divieto di onorare le *incertae personae*, quanto meno nel suo sostanziale svuotamento in molte fattispecie considerate. In particolare, stando a quanto risulta dal § 27, era mantenuta la nullità nelle ipotesi semplificate da Gai. 2, 238, così come rimaneva invalida la designazione di un tutore a persone incerte (§ 29) o di un *tutor incertus* (I. 2, 20, 27). Conservativa della lezione delle Istituzioni è la lettura della costituzione offerta da C. FERRINI, *Teoria generale* cit., p. 160, per il quale “il concetto generale della costituzione giustiniana è quello, che l'incertezza subbiettiva del testatore non debba nuocere, quando poi i futuri avvenimenti indichino con certezza la persona dell'onorato; la relazione diversa del Tipucito cede naturalmente di fronte a quella ben più autonoma delle Istituzioni”. Secondo G. GROSSO, *I legati* cit., p. 193, invece, “i dati sommari desunti dalle fonti bizantine mostrerebbero che per gli esempi addotti da Gaio nel brano riferito, Giustiniano avrebbe conservato la nullità; chè d'altra parte lo stesso rinvio

riforma, sempre per opera dell'imperatore Giustiniano, diretta ad introdurre il limite massimo delle quattro generazioni, trascorse le quali, sarebbe cessata la possibilità di esigere il lascito¹⁵⁷.

9. Il ruolo del fiduciario.

Le testimonianze sopra richiamate ci conducono al cuore del problema della comparazione tra fedecommissio romano e *trust*, quello del ruolo del fiduciario.

Le fonti romane non lasciano dubbi sul fatto che l'erede gravato da fedecommissio avesse il diritto di percepire i frutti maturati prima della restituzione¹⁵⁸ e, nel caso di fedecommissio universale, il diritto di ritenere

alle norme specifiche della costituzione, contenuto in I. 2, 20, 27 dimostra che Giustiniano non ha compiuto una soppressione generale del divieto...". Più restrittive le posizioni di B. BIONDI, *Successione testamentaria* cit., p. 113 e di P. VOCI, *Diritto ereditario* I cit., p. 408 ss.

¹⁵⁷ Questa è l'interpretazione comunemente viene offerta della Novella 159: al riguardo cfr. B. BRUGI, s.v. *Fedecommissio* (*Diritto romano, intermedio, odierno*), in *Digesto italiano*, vol. XI, parte I, Torino 1895, p. 662; Id., *Istituzioni di diritto privato giustiniano. II Rapporti giuridici di obbligazione, di famiglia, di successioni ereditarie*, Padova 1911, 2ª ed., § 133, p. 414; J. DECLAREUIL, *Quelques notes* cit., p. 154; S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, II, Roma, 1928, 2ª ed., p. 714; J.A. THOMAS, *Perpetuities and Fideicommissary Substitutions*, in RIDA V (1958), p. 586; G. GROSSO, *I legati* cit., p. 125; P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, Torino 1966, 10ª ed., p. 667; W.W. BUCKLAND, *A Text-book of Roman Law* cit., p. 363; J. IGLESIAS, *En torno al fideicomiso familiar catalan*, Madrid 1968, p. 167; A. SÖLLNER, *Zur Rechtsgeschichte des Familienfideikommisses*, in *Festschrift für M. Kaser*, München 1976, p. 659. Di diverso avviso è D. JOHNSTON, *The Roman Law of Trusts* cit., p. 115, il quale, partendo dall'idea che la costituzione *de incertis personis* non abbia radicalmente innovato la precedente disciplina, ha sostenuto che la Nov. Iust. 159 abbia semplicemente apportato dei correttivi rispetto alla precedente disciplina classica, in modo da precludere, comunque, la esigibilità del fedecommissio in futuro nonostante vi fossero ancora dei familiari legittimati ad esigerlo. L'opinione del Johnston è stata in parte accolta, non nelle sue premesse, ma in parte nelle sue conclusioni da L. DESANTI, *Restitutionis post mortem onus* cit., p. 331 ss., in particolare nt. 481.

¹⁵⁸ Il regime ordinario dei frutti in tema di fedecommissio universale è compendiato in un frammento di Ulpiano: D. 36, 1, 19 (18) *pr.*-2 (Ulp. 15 *ad Sab.*):

per sè un quarto dei beni, la cosiddetta quarta Pegasiana¹⁵⁹, alla quale di regola i frutti venivano imputati¹⁶⁰. In altri termini, l'onerato era conside-

"In fideicommissaria hereditatis restitutione constat non venire fructus, nisi ex mora facta est, aut cum quis specialiter fuerit rogatus et fructus restituere. Plane fructus in quartam imputantur, ut est et rescriptum. Quotiens quis rogatur hereditatem restituere, id videtur rogatus reddere, quod fuit hereditatis: fructus autem non hereditati, sed ipsis rebus accepto feruntur". Cfr. Gai. 2, 280; D. 32, 26 (Paul. 2 ad Ner.). Dunque i frutti maturati fino al giorno della restituzione dell'eredità spettavano all'erede onerato, se questi non fosse in mora o se il testatore non avesse diversamente disposto e sarebbero stati imputati alla quarta. Cfr. anche *infra* nt. 160.

¹⁵⁹ Così detta dal Senatoconsulto Pegasiano, emanato sotto Vespasiano, che estese ai fedecommissi il regime della *retentio* previsto per i legati dalla *lex Falcidia*: 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 exstinguebantur 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 relinquuntur, eadem retentio permissa est..."*; cfr. I. 2, 23, 4-9. Da notare che la *retentio* della quarta ex Pegasiano fu accordata solo all'erede e non ad altri possibili onerati di fedecommissio ed riguardava, almeno originariamente, il solo erede testamentario; solo successivamente fu estesa anche a quello *ab intestato* (cfr. D. 35, 2, 18 pr. Paul. 11 *quaest.*). Giustiniano, nel sopprimere le previsioni del Senatoconsulto Pegasiano, sostituite da quelle del Trebelliano, attribuì a quest'ultimo le disposizioni sulla *retentio* contenute nel primo: I. 2, 23, 7: *"Sed quia stipulationes ex senatus consulto Pegasiano descendentes et ipsi antiquitati displicuerunt et quibusdam casibus captiosas eas homo excelsi ingenii Papinianus appellat et nobis in legibus magis simplicitas quam difficultas placet, ideo omnibus nobis suggestis tam similitudinibus quam differentiis utriusque senatus consulti placuit exploso senatus consulto pegasiano, quod postea supervenit, omnem auctoritatem Trebelliano senatus consulto praestare, ut ex eo heres ex voluntate testatoris quartam sive plus sive minus sive penitus nihil, ut tunc, quando vel nihil vel minus quarta apud eum remaneat, liceat ei vel quartam vel quod deest ex nostra auctoritate retinere vel repetere solutum quasi ex Trebelliano senatus consulto pro rata portione actionibus tam in heredem quam in fideicommissarium competentibus..."*.

¹⁶⁰ La regola che vuole i frutti computati nella quarta Pegasiana è considerata di origine giustiniana. Diversamente i giuristi classici, per calcolare la quarta, tenevano conto del patrimonio ereditario presente al momento della morte del disponente (cfr. D. 35, 2, 73 pr. Gai. 18 *ad ed. prov.*). Quindi i frutti non erano considerati come parte del patrimonio e perciò spettavano all'erede: D. 35, 2, 30

rato usufruttuario del compendio ereditario da restituire. Proprio queste regole sono state viste come un reale impedimento a qualsivoglia tentativo di accostare il *trust* al fedecommissio romano, atteso che al *trustee* non è consentito trattenere alcuna porzione dei beni a lui trasferiti in *trust*. Detto altrimenti, rispetto all'onerato di fedecommissio, che ha sia la titolarità formale dei beni sia i diritti patrimoniali corrispettivi all'onere che il *de cuius* gli ha accollato, al *feoffee*, per contro, difetterebbe non tanto il *titulus* (si parla, infatti, di *legal ownership*), ma solo il *commodum*.

Anche negli *uses* testamentari, il ruolo degli *executores*, su cui il testatore riponeva la propria fiducia per la piena e corretta esecuzione delle sue ultime volontà¹⁶¹, talora anche rimettendosi alla loro discrezionalità e buon senso¹⁶², era alquanto diverso da quello degli eredi onerati di fedecommissio: l'esecutore testamentario era, infatti, chiamato ad amministrare i beni del testatore, ad eseguire i suoi voleri, ora pagando i debiti¹⁶³, ora provve-

pr. (Maec. 8 *fideic.*): "... *ad heredis lucrum pertinent fructus, partus ancillarum et quae per servos acquisita sunt, ut stipulationes, rerum traditiones, legata hereditatesve his datae, ceterae donationes, item servitutes, quibus liberata praedia pretiosiora fierent, actionesque acquisitae, ut furti damni iniuriae similesque, quorum nihil in rationem legis Falcidiae cadit*". In tema cfr. B. BIONDI, *Successione testamentaria* cit., p. 353 s.; ID., *La compensazione nel diritto romano*, in *Annali del Seminario della Regia Università di Palermo*, XI (1923), p. 456 ss.

¹⁶¹ Cfr. *Testamenta Eboracensia*, I, p. 24-28, n. 19 (Magister Thomas Beek): "... *Hujus autem testamenti mei executores seu administratores ordino facio et constituo ... ut ipsi bene et fideiliter de bonis meis disponant et voluntatem meam exequantur prout in testamento meo superius est expressum*".

¹⁶² *Testamenta Vetusta*, II, p. 249-253 (Cardinal Beaufort, 1446): "*I will that the residue of my goods not disposed of the applied to works of charity and pious uses, according to the discretions and consciences of my executors, such as relieving poor religious-houses marryng poor maidens succouring the poor and needy, and in the other similar works of piety, such as they may most deem will tend to the health of my soul*". Cfr. *Testamenta Eboracensia* I, p. 113-116, n. 83 (William de Latymer, 1381); p. 223-239, n. 174 (Princeps John de Gaunt).

¹⁶³ *Testamenta Eboracensia* I, p. 5, n. 6 (Christina Rous, 1342): "... *Et totum residuum Amiciae sorori meae ita quod solvat omnia legata pariter ac debita meae. Item constituo executores meos Amiciam sororem meam ...*"; cfr. *Testamenta Vetusta* I, p. 47 (William Marshall, Earl of Pembroke, 1219); p. 122-123 (Richard Lord Poynings, 1387); p. 184-186 (Joan Lady Scales, 1414).

dendo alla sepoltura¹⁶⁴ e al bene dell'anima del defunto¹⁶⁵, ma senza ritenere alcunché. Egli infatti era incaricato di rimettere puramente i beni a lui fiduciariamente affidati, non potendo ritrarre alcun beneficio né in termini di reddito, né in termini di assegnazione di beni (a meno che il testamento non contenesse specifiche disposizioni in senso contrario)¹⁶⁶.

Anche questo argomento andrebbe, però, forse rimeditato.

Recenti studi hanno, infatti, richiamato l'attenzione su alcuni testi giurisprudenziali classici dai quali sembra emergere una nuova concezione di fedecomesso, più vicina a quell'idea di fiducia testamentaria che è alla base della figura dell'*heres fiduciarius* di diritto comune: in essi l'erede onerato della restituzione figura come mero tramite della trasmissione patrimoniale *mortis causa*, non potendo profittare in alcun modo dei beni a lui trasmessi; un ruolo questo che corrisponde perfettamente a quello rivestito dal *feoffee* nello *use* medievale e che torna anche a proposito del più moderno *trust*, nelle diverse forme del *trust* segreto o semisegreto¹⁶⁷. Tale corrispondenza

¹⁶⁴ *Testamenta Vetusta* I, p. 50-51 (William de Beauchamp, 1268), p. 52 (William de Beauchamp, Earl of Warwick, 1296), p. 53-54 (Guy de Beauchamp, Earl of Warwick, 1315).

¹⁶⁵ *Testamenta Eboracensia* I, p. 4-5, n. 5 (Magister Thomas de Yarom): "...*Item volo quod totum residuum bonorum meorum in presenti testamento non legatorum in dispositione executorum meorum ad faciendum pro anima mea; hos constituo executores meos Walterum de Esingwald et Willelmum de Marton clericos*"; cfr. *Testamenta Vetusta* I, p. 50-51 (William de Beauchamp, 1268). Talora l'*executor* era chiamato ad assolvere a più compiti: *Testamenta Eboracensia* I, p. 52-53, n. 41 (Thomas filius Ricardi Pikeryng, 1348): "...*Item do et lego residuum omnium bonorum meorum Margaretae uxori meae, ita quod debita mea persolvantur et quod disponat et ordinet pro anima mea, et pro pueris meis et in omnibus meliori modo quo sciverit et poterit, per visum et considerationem Ricardi de Pikering patris mei, Johannis de Pert, et Thomae de Marton*"; cfr. anche *Testamenta Eboracensia* I, p. 128-129, n. 96 (Johannis Bygod Militis, 1389).

¹⁶⁶ Così M. LUPOI, *Origine civilistica dei Trust* cit., p. 69.

¹⁶⁷ Si ha *trust* segreto ("*secret trust*") quando esso non risulta dalla scheda testamentaria, ma il testatore comunica privatamente al fiduciario che certi beni gli perverranno per via testamentaria o per successione legittima e che lui dovrà impiegarli per una certa finalità o in favore dei determinati soggetti. Si parla, invece, di *trust* semisegreto ("*half-secret trust*"), se la relativa disposizione appare nella scheda testamentaria, ma non vi è indicazione alcuna dei beneficiari o delle condizioni che lo regolano. Entrambe queste tipologie di *trust* testamentario, presuppongono l'esistenza di intese tra il defunto e il fiduciario, ora in ordine alla

trova poi espressione in quella insensibilità dei beni pervenuti al fiduciario rispetto alle sue proprie obbligazioni pecuniarie, ossia nel carattere di “segregazione” che, come visto, connota tipicamente il *trust*¹⁶⁸.

Si tratta di brani giurisprudenziali, quelli a cui si accennava poc’anzi, non numerosissimi, ma “importantissimi proprio perché forniscono il substrato per la costruzione e la stabilizzazione della figura giuridica dell’erede fiduciario lungo tutta l’età intermedia e moderna”¹⁶⁹.

Alcune di queste testimonianze confermano la possibilità di compri-
mere, sino ad annullare del tutto, il diritto dell’erede fiduciario di ritenere i
frutti maturati anteriormente alla restituzione del bene: infatti, a parte i casi
di fedecommissio puro – che, importando un obbligo di restituzione im-
mediato, escludono il concretizzarsi di detta facoltà – anche nell’ipotesi di
fedecommissio sottoposto a termine o a condizione, in cui trascorre sempre
un certo tempo in cui l’erede possiede i beni, può accadere che il fedecom-
missario abbia il diritto di pretendere la restituzione, oltre che della cosa o
del capitale, anche dei frutti maturati nell’intervallo e fatti propri dall’one-
rato. Si consideri, al riguardo, un passo di Pomponio:

D. 31, 43, 2 (Pomp. 3 ad Q. M.): “Pegasus solitus fuerat distinguere,
si in diem fideicommissum relictum sit, veluti post annos decem,
interesse, cuius causa tempus dilatum sit, utrumque heredis, quo
casu heredem fructum retinere debere, an legatarii, veluti si in tempus
pubertatis ei qui impubes sit fideicommissum relictum sit, tunc enim

dichiarazione di *trust* nel suo complesso, ora in ordine ad una valida e chiara de-
signazione del beneficiario. Sull’argomento cfr. J.E. MARTIN, *Modern Equity*, 15th
ed., London 1997, p. 147-153; R.P. MEAGHER, W.M.C. GUMMOW, *Jacobs’ Law of
Trusts in Australia*, 5th ed., Butterworths 1986, p. 106-117; D.W.M. WATERS, *Law
of Trusts in Canada*, 2nd ed., Toronto 1984, p. 215-238; M. LUPOI, *Trusts* cit.,
p. 188-195. Da notare che anche il Digesto conosce forme di fedecommissio in
cui il defunto affida al proprio confidente, sia esso l’erede o il beneficiario della
disposizione, la rivelazione del segreto relativo all’identità del beneficiario: cfr. D.
34, 5, 25 (26) (Cel. 22 dig.): “*Quem heredi meo dixero velle me liberum esse, liber
esto. Cui ut dare damnas sit heres meus, dixero, ei heres meus dare damnas est’.*
*Testatoris voluntas, si quibusdam argumentis apparebit, de quo dixit, adimplenda
est*”. Dunque, la validità di simili disposizioni è subordinata alla sussistenza di indizi
che ne confortino in qualche modo l’attendibilità.

¹⁶⁸ Vedi *supra* p. 91.

¹⁶⁹ F. TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis*, Perugia 2002, p. 106.

fructus prestandos et antecedentis temporis. Et haec ita intellegenda sunt, si non nominatim adiectum est, ut cum incremento heres fideicommissum praestet”.

Pomponio avverte che la pura e semplice apposizione di un termine alla disposizione fedecommissaria non basta ad escludere che il testatore abbia voluto un mero erede fiduciario. Infatti – spiega il giurista, richiamando il pensiero di Pegaso – anche nel fedecommissato *ad certum tempus* è necessario verificare a vantaggio di chi il testatore abbia differito il termine per la restituzione. Emblematico è il caso di fedecommissato lasciato all’impubere: in ipotesi siffatte si può fondatamente presumere che il testatore abbia inteso far ricorso al fedecommissato proprio a causa dell’impubertà del reale destinatario del lascito e che, dunque, abbia voluto servirsi dell’erede onerato solo come depositario o amministratore temporaneo del patrimonio in attesa che il beneficiario diventi capace¹⁷⁰. A tale conclusione, del resto, perviene anche Scevola in un brano dei suoi *Digesta*:

D. 36, 1, 80 (78), 12 (Scaev. 21 dig.): “Heredum fidei commisit, ut, quidquid ex parte tertia hereditatis pervenerit ad eos, id redderent Gaio Maevio alumno testatoris, cum fuerit annis quindicem, et subiunxit haec verba: ‘interim ex refectum 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

¹⁷⁰ Ricorrente anche nelle fonti medievali inglesi è il caso del lascito disposto nell’interesse del figlio minore: *Testamenta Eboracensia*, vol. I (n. 5), p. 4-5 (Magister Thomas de Yarum): “Item do et lego Waltero filio meo quinque libras argenti cum omnibus libris meis, ita quod Walterus de Esingwald et Magister Willelmus de Marton habeant custodiam eorundem, quousque ad legitimam pervenerit aetatem”; *Calendar of Inquisitions post mortem*, vol. VI, London 1910, (n. 353), p. 212 (Gibert son of Gilbert Pecche): “Writ 26 June, 15 Edward II. ...The manor was demised twenty years ago by the said Gilbert to Hugh le Belter and Adam le Chamrman of Riclyngg, to hold to them their heirs and assigns, rendering 30l. yearly to the said Gilbert his heirs and assigns after the end of six years now to come”. In un caso del 1317 si legge che Jhon Knoville, le cui eredi erano due figli minori, molto tempo prima della sua morte trasferì una delle sue terre a due persone “to hold to them anothier heirs” (*Ibidem*, vol. VI, n. 5, n. 16, John de Knovil alias de Knoville). In tema, cfr. J.M.W. BEAN, *The Decline of English Feudalism* cit., p. 119 ss.

alimenta multo minora praestiterint heredes scripti, quam usurae summae redactae competebant, an et residuas praestare compelli debeas 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 redditu et mercede servorum restituenda sensisse”.

Il testatore raccomanda alla fede dei propri eredi di restituire al suo pupillo, allorchè questi abbia raggiunto l'età di quindici anni, tutto ciò che fosse loro pervenuto dalla terza parte dell'eredità, impiegando nel frattempo i frutti maturati per il mantenimento del pupillo. Interpretando le parole del testatore, Scevola riconosce l'obbligo per gli eredi onerati di restituire anche i frutti e gli interessi (in specie i salari o gli interessi maturati sul valore dei servi) maturati prima della restituzione e che non fossero stati spesi per il mantenimento del pupillo¹⁷¹.

La considerazione dell'effettiva direzione volitiva del testatore può spingersi sinanco a sacrificare il diritto dell'erede all'eredità, nel caso di premorienza del fedecommissario. Un esempio è riportato in un brano di Giavoleno:

D. 36, 1, 48 (46) (Iav. 11 ep.): “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 impleteret annos, defunctus est: nunc Mallius Seneca, qui se avunculum Seii Oceani dicit, proximitatis nomine haec bona petit,

¹⁷¹ Un altro caso in cui la deroga voluta dal testatore, destinata ad accrescere l'utilitas del fedecommissario, è ricavabile in via interpretativa è riportato da Celso in D. 36, 1, 33 (32): “*Ballista filium familias heredem instituit ita: ‘Rebillianus si caverit coloniae Philippensium, si sine liberis morietur, quantacumque pecunia ex hereditate deve bonis meis ad eum pervenit, eam pecuniam omnem ad coloniam Philippensium perventuram’*. Respondi: *ex his verbis quae proponis, id est pecuniam, existimo etiam fructus, quos ex hereditate percepit, restituere eum debere, perinde quasi specialiter hoc testator expressisset*”. Il giurista, interpretando l'espressione ‘pecunia’ ricorrente nel testamento, opina che l'erede debba restituire anche i frutti, dovendosi ritenere che il testatore non abbia voluto lasciare nulla all'onerato, chiamato a rivestire un ruolo di mero intermediario. Sul passo cfr., in particolare, F. TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis* cit., p. 109.

Maximus autem trierarchus sibi ea vindicat ideo, quia defunctus est is cui restituere iussus 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 impleteret 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 constituisset videatur”.

L'arcigovernatore della flotta britannica, Seio Saturnino, aveva istituito erede fiduciario nel suo testamento il trierarca Valerio Massimo, al quale era stato richiesto di restituire il lascito al figlio Seio Oceano, quando questi avesse raggiunto l'età di sedici anni. Ma Oceano muore prima di aver raggiunto questa età e, dunque, prima del termine fissato per la restituzione dei beni. A questo punto era sorta controversia tra Valerio Massimo, che pretendeva di trattenere per sé i beni e l'erede legittimo (e zio materno di Oceano), Mallio Seneca.

Il giurista, focalizzando l'attenzione sulla reale intenzione del testatore, opina nel senso che l'eredità non possa rimanere a Valerio Massimo, incaricato di un mero obbligo di custodia e di restituzione dei beni al fedecommissario: infatti – precisa Giavoleno – col prorogare il termine per l'adempimento, il testatore non aveva inteso apporre un *dies incertus*¹⁷², ma semplicemente affidare la tutela e la gestione interinale del patrimonio ereditario all'erede, espressamente definito fiduciario (*...si prorogando tempus solutionis tutelam magis heredi fiduciario permisisset, quam incertum diem fideicommissi constituisset videatur*); detto altrimenti, il figlio Oceano aveva acquistato il diritto al fedecommissato già al momento dell'apertura della

¹⁷² Per vero, il tenore della disposizione fedecommissaria lascerebbe intendere che si tratti di un lascito sottoposto a termine, della tipica specie *incertus an, certus quando*: infatti era certo quando Oceano avrebbe compiuto i sedici anni, ma non che sarebbe vissuto fino a quel giorno. Nel caso di *dies incertus*, a differenza dell'ipotesi di *dies certus*, il fedecommissario avrebbe acquistato solo alla scadenza del termine, verificandosi uno spostamento del *dies cedens*; in caso di premorienza del fedecommissario rispetto al termine incerto, il lascito non si sarebbe trasmesso al suo erede, ma sarebbe rimasto in capo all'erede onerato.

successione del padre, risultandone per contro differita solo la materiale restituzione dell'eredità, destinata, dunque, a ricadere nella successione del fedecommissario. Perciò, il giurista accorda ragione alle pretese dell'erede legittimo del fedecommissario premorto.

Si delinea così la figura di un fedecommissario 'fiduciario', distinto dal fedecommissario (condizionale o a termine) ordinario, in cui l'onerato solo formalmente viene nominato erede dal testatore, mentre sostanzialmente egli ricopre un ruolo di mero intermediario, chiamato a gestire (verosimilmente in maniera gratuita) il patrimonio ereditario nell'interesse del fedecommissario, il vero istituito, senza che a lui spetti alcun diritto sull'eredità. Sotto questo profilo l'equiparazione con il *trustee* è perfetta: nè l'uno né l'altro possono trarre profitto dai beni pur ad essi trasmessi in proprietà¹⁷³.

Come detto, la figura dell'*heres fiduciarius* riemerge in maniera preponderante nelle fonti dell'età intermedia, ove, in analogia con la caratterizzazione propria dell'esecutore testamentario¹⁷⁴, è definito *nudus minister, custos*

¹⁷³ Così M. LUPOI, *Origine civilistica dei Trusts* cit., p. 84-87.

¹⁷⁴ La casistica offerta dalle fonti suggerisce che la finalità perseguita da tale tipo di fedecommissario fiduciario fosse la stessa cui tende in astratto la figura dell'esecutore testamentario, con la rilevante differenza, però, che l'erede (come il legatario di fiducia) vantavano pur sempre, rispetto all'esecutore testamentario, un formale titolo a succedere. Ad avviso di parte della dottrina, le fonti romane del I-II secolo d.C. offrirebbero anche esempi di veri e propri esecutori testamentari: tra queste, in particolare, cfr. D. 33, 4, 14 (Scaev. 15 dig.): "*Theopompus testamento facto duas filias et filium aequis partibus instituit heredes et codicillis ita cavuit: 'Τὴν θυγατέρα μου Κρισπίναν, ἣν ἡὐχόμεν ἐκδοῦναι, ᾧ ἂν οἱ φίλοι μου καὶ οἱ συγγενεῖς δοκιμάσωσι, προνοήσῃ ἐκδοθῆναι Πολλιανὸς εἰδῶς μου τὴν γνώμην ἐπὶ τοῖς ἴσοις, ἐφ' οἷς καὶ τὴν ἀδελφὴν αὐτῆς ἐξέδωκα'*". *Pollianus a marito puellae iuratus scripsit voluisse patrem eandem quantitatem in dotem accipere etiam minorem filiam, quam maior accepisset. Quaero, an eandem summam dotis nomine coheredes extra partem hereditatis minori filiae praestare debeant. Respondit eum cuius notio est aestimaturum, ut eadem quantitas ex communi praecipua minori filiae dotis nomine detur*". Qui Polliano non è istituito erede, nè è puro fiduciario intermediario della trasmissione della ricchezza; egli figura piuttosto come l'esecutore e testimone della volontà del testatore, espressa nei codicilli. Altrove la persona dell'esecutore testamentario, inteso come persona di fiducia del testatore chiamato a far rispettare le sue volontà e a dare esecuzione alle singole disposizioni, senza avere alcun diritto successorio, è diversamente qualificato come *curator* (D. 26, 3, 11 Scaev. 20 dig.), *minister* (D. 31, 17 pr. Marcell. 10 dig.), *specialiter designatus* (C. 1. 3, 28, 1) Su questa casistica cfr. B. BIONDI, *Successione testamentaria* cit.,

del patrimonio ereditario, privo dei *commoda* ordinariamente spettanti all'erede gravato di fedecommeso¹⁷⁵. Si legga, al proposito, la celebre definizione di '*heres fiduciarius*', contenuta nella Glossa a margine di D. 36, 1, 48 (46):

"Fiduciarius haeres dicitur, qui non iustus et absolutus est heres, sed velut depositarius, hoc est, cuius fidei credita est haereditas alteri

p. 606, nt. 3; R. ZIMMERMANN, *Heres fiduciarius? Rise and Fall of the Testamentary Executor*, in *Itinerariae Fidei cit.*, p. 267 ss., spec. p. 271-273. Va comunque evidenziato che la dottrina prevalente esclude che il diritto romano abbia conosciuto la figura dell'esecutore testamentario, nota semmai solo a livello di prassi: cfr. B. KÜBLER, *Testamentvollstrecker*, in A. PAULY, G. WISSOWA, *Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*, 2. R., IX, München 1934, cc. 1010-1016; F. SCHULZ, *Classical Roman Law*, Oxford 1951, p. 333; M. AMELOTTI, *Il testamento romano attraverso la prassi documentale. I. Le forme classiche di testamento*, Firenze 1966, p. 149 ss.; T. SACCHI LODISPOTO, *L'esecuzione testamentaria nel diritto romano e nel barbarico*, in *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda pel XXV anno del suo insegnamento*, V, Napoli 1906, p. 311-339. Convinto delle origini romane dell'esecutore testamentario è M. ROBERTI, *Le origini dell'esecutore testamentario nella storia del diritto italiano*, Modena 1913, p. 21 ss. Vedi ancora, E.F. BRUCK, *Zur Entwicklungsgeschichte des Testamentsvollrecker im römischen Recht*, in *Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart*, XL (1914), p. 533-574.

¹⁷⁵ Tra le numerose definizioni valgono le seguenti: ACCURSIO, Gl. *Utpote cum iure* alle parole "*in fideicommissum cadit*" di D. 36, 1, 19 (18), 3, *ad senatus consultum Trebellianum*, l. *In fideicommissaria*, § *Si legatum*: "*magis ut custos, quam heres: et ideo cetera omnia restituit cum fructibus etiam non retenta aliqua quarta*"; Alex in I. *Seius Saturninus*: "*in terminis huius legis [si riferisce a D. 36, 1, 48] iste erat fiduciarius haeres qui censetur esse custos et non habet sentire commodum. Unde videmus, quod non lucratur fructus perfectos quos alii haeredes lucrantur*, l. *in fideic.* § *cum Pollidius ff. de usur. nec quartam trebellianicam detrahit*"; Rota Romana, dec. 648, cor. Olivato: "*Fiduciarius neque se habeat ad instar Arbitri Executoris et Ministri, sed potius ad instar Testis, cuius fides a Testatore probata sit, qui cum iuramento voluntatem communicatam patefacere debet*". Sulla differenza tra fedecommeso fiduciario (o fiducia testamentaria) e fedecommeso ordinario vale qui la pena riportare un brano di un celebre consulente genovese del Seicento: "*Differt fideicommissum fiduciarium a simplici fideicommisso quia haeres fiduciarius tenetur restituere hereditatem sibi relictam una cum fructibus perceptis a die mortis testatoris, ita ut ex ea nullum commodum consequatur. Nam quando quis instituitur haeres contemplatione alterius, tunc utilitas et emolumentum hereditatis non acquiritur ei, qui fuit scriptus haeres in testamento, sed personae a testatore contemplatae*" (Benielli, cons. 64, nn. 51 e 53).

restituenda, qui et fideicimmissarius dicitur, qua forma dicitur et possessio quaedam fiduciaria, de qua Budaeus ff. de ori(gine) iu(ris), l.2, § Initium fuisse”¹⁷⁶.

Questa figura dell’erede fiduciario troverà diffusione in tutta l’Europa e comparirà anche in Scozia proprio allorquando i giuristi scozzesi saranno alle prese con il *trust*¹⁷⁷: “una corrispondenza, questa – si è osservato – della quale non può sfuggire l’importanza per la comprensione civilistica dei *trusts*”¹⁷⁸.

10. Conclusioni.

L’indagine storico-comparativa dei rapporti tra fedecommeso romano e *use* ha permesso di cogliere e di meglio comprendere le numerose corrispondenze tra i due istituti, corrispondenze che, come si è cercato di evidenziare, non riguardano solo il momento genetico e funzionale, ma investono la struttura stessa del rapporto giuridico nascente da tali disposizioni: una struttura trilaterale in cui paiono combaciare tanto la posizione del

¹⁷⁶ *Pandectarum, seu Digestorum Iuris Civilis (...) Cum Accursi Commentariis, et doctissimorum vivorum annotationibus*, Venetiis 1569.

¹⁷⁷ I contatti della Scozia con l’Europa continentale furono assai intensi e, specie nel periodo di formazione del diritto scozzese, notevole fu l’influenza della dottrina del diritto comune, anche per quanto riguarda il sistema delle fonti. In argomento cfr. A.E. ANTON, *Medieval Scottish Executors and the Courts Spiritual*, in 67 *Iur. Rev.* (1955), p. 129; W.M. GORDON, *Roman Law in Scotland*, in R. EVANS-JONES, *The Civil Law Tradition in Scotland*, Edinburgh 1995; P. BIRKS, *The Foundation of Legal Rationality in Scotland*, in R. EVAN-JONES, *The Civil Law Tradition in Scotland* cit., p. 81; cfr. anche G. GRETTON, *Scotland: The Evolution of the Trust in a Semi-Civilian System*, in *Itinerae Fuduciae* cit., p. 510, ad avviso del quale “... Scots private law is “mixed” in the sense that it derives both from the *ius commune* and from the English traditions, the degree of mixture varies from area to area, and Scots property law, both moveable and immovable, is for the most part unmixed, and belongs to the *ius commune*”. In particolare, l’origine del diritto scozzese dei *trust* è stata assai spesso ricondotta al fedecommeso e all’influenza del *ius commune*: tra gli altri cfr. J. VISCOUNT OF STAIR, *The Institutions of the Law of Scotland*, ed. D.M. Walker 1981, in part. vol. IV, 6, 2 e 45, 21.

¹⁷⁸ M. LUPOI, *Origine civilistica dei Trusts* cit., p. 88.

fiduciario, quanto quella del beneficiario, nonché gli stessi rimedi approntati a tutela dell'affidamento.

La vicinanza tra i due istituti è confermata dall'analisi storica della fiducia in età intermedia, rilevando una linea di continuità storica tra l'età romana e quella successiva.

Questo tipo di comparazione non può, però, spingersi al di là delle prime forme di *uses* e di *trust*. Il moderno *trust* – quello con cui ci confrontiamo oggi – è un istituto di gran lunga più comprensivo (esteso non solo a tutti i tipi di beni, ma anche ad oggetti estranei alla proprietà e a molte attività umane) ed assai più elaborato di quanto non fosse lo *use*. La storia degli ultimi decenni ha portato ad una estensione dei poteri e dei doveri dei fiduciari, ad una molteplicità di figure in corrispondenza con nuove esigenze e, dunque, alla formazione di un complesso di norme che non è sicuramente raffrontabile alla pratica dell'originario *use*¹⁷⁹. Del resto, gran parte delle funzioni originarie del *trust* sono venute man mano a mancare o per il venir meno del bisogno che le aveva determinate (si pensi al dissolversi dell'organizzazione feudale della società e all'abolizione degli *incidents of tenure*)¹⁸⁰ ovvero per il sorgere di istituti che vennero progressivamente ad occupare parte delle posizioni che prima erano del *trust* e, in genere, per le mutate condizioni economiche, sociali e politiche¹⁸¹. Di talchè una seria indagine comparatistica deve fare i conti con le difficoltà di raffrontare realtà così diverse come il fedecomesso romano e il *trust*, accontentandosi talora anche di formulare delle mere ipotesi in ordine a possibili collegamenti tra queste due figure.

¹⁷⁹ Così G.C. CHESHIRE, *Il concetto del "Trust"* cit., p. 22-24.

¹⁸⁰ I motivi che originariamente esercitarono un'innegabile influenza sulla genesi del fenomeno vennero progressivamente meno: così il divieto di disporre per testamento delle *realties*, abolito nel 1540; i diritti feudali di *wardship* e *marriage*, soppressi dall'*Abolition of Military Tenures Act* del 1660; i diritti di *curtesy* e di *dower*, l'*escheat* e le *frankalmoin tenures*, tutti aboliti dall'*Administration of Estate Act* (1925); così ancora la *forfeiture* for felony, eliminata dal *Forfeiture Act* del 1870; infine, il *gavelkind* e il *burgage*, trasformati in *tenures in socage* dell'art. 128, comma 3 del *Law of Property* del 1922. Degli antichi *incidents of tenure* sopravviveranno per effetto del *Law of Property* del 1922 sono solo la *fealty* (obbligo di fedeltà) e quegli *incidents* inerenti alle *tenures by grand serjeanty* e *by petit serjeanty*, ormai considerati come segni di distinzione e di onore. Sul tema cfr. R. FRANCESCHELLI, *Il "Trust" nel diritto inglese* cit., p. 58-59.

¹⁸¹ R. FRANCESCHELLI, *"Trust" e "Trustee"* cit., p. 571.

Invero, l'origine del *trust* è destinato a rimanere uno degli argomenti più oscuri e problematici della storia giuridica.

Certamente un valido supporto allo studio è offerto, come sopra verificato, dal linguaggio impiegato nei documenti dell'epoca. Si è già parlato della ricorrenza nelle fonti quattro-cinquecentesche, accanto o in luogo della parola '*trust*', del termine '*confidence*' o '*confidentia*', di chiara ascendenza romana (da '*fides*'), divenuto termine tecnico del diritto comune europeo in relazione alla figura del *fideicommissum fiduciarium*, legato a frasi come '*testamentum confidentiale*'¹⁸² '*confidentialis haeredis institutio*'¹⁸³, '*haeres fiduciarius seu confidentialis*'¹⁸⁴. Analogamente nei testamenti inglesi si legge che il *trustee* nominato dal testatore riceve un "*commodum alterius*", termine quest'ultimo impiegato nel diritto comune per definire l'erede fiduciario "*qui non sentit commodum*"¹⁸⁵ e ancora prima ricorrente nelle fonti romane classiche in tema di legatario *nudus minister*, fiduciarmente investito di rimettere il bene al fedecommissario, *sine aliquod commodum*¹⁸⁶.

È dato poi riscontrare nei *wills* e codicilli inglesi del XIV-XV secolo l'impiego pressoché costante, nelle formule di *feoffment to use*, di *verba* quali '*volo*' o '*commendo*' (in contrapposizione alle disposizioni '*do et lego*', generalmente riferite ai *chattels*), secondo una terminologia corrispondente a quella tipica del fedecommissario romano¹⁸⁷ e che tralattivamente si è trasmessa alle epoche successive.

Esiste, dunque, una struttura civilistica di diretta derivazione romana, rappresentata dal fedecommissario (fiduciario), che ben può aver ispirato la creazione dello *use* inglese e, dunque, del successivo *trust*, anche se è certo che sia stata la *Common Law* a generalizzarlo ed a portarlo a compimento¹⁸⁸.

¹⁸² Cfr. Rota romana, dec. 616 cor. Buratto 1622.

¹⁸³ Vedi il titolo dell'opera di Carlo Antonio De Luca (*De confidentiali haeredis institutione et substitutione*, Neapoli 1697).

¹⁸⁴ Così si legge in Rota romana, dec. 381, cor. Cavalerio 1616.

¹⁸⁵ Gl. *Cum alicui* in D. 31, 17 pr., *de legatis et fideicommissis secundo*, l. *Si quis Titio*. Cfr. Alex in l. *Seius Saturninus* (v. *supra* p. 125, nt. 175).

¹⁸⁶ In tema di legatario onerato di fedecommissario cfr. D. 31, 17 pr.; D. 24, 1, 49 (Marc. 7 dig.); D. 30, 108, 12 (Afric. 5 quaest.); D. 31, 17 pr. (Marcell. 10 dig.).

¹⁸⁷ Cfr. Gai. 2, 249; Ep. Ulp. 24, 1; 25, 1; 25, 2; Paul. Sent. 4, 1, 5-6.

¹⁸⁸ Così G. 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*, vol. I, Torino 2007, p. 7.

D'altronde, è difficile credere che il diritto romano non abbia esercitato alcuna influenza sul nascente diritto inglese¹⁸⁹: l'impero romano ha dominato la Britannia per tre secoli e mezzo e i legionari romani stazionarono colà anche dopo, almeno fino al 410 d.C. Al dominio politico e militare si accompagnò l'attività di importanti giureconsulti romani, del calibro di Papiniano, che fu prefetto della contea di York, e Paolo e Ulpiano che operarono come assessori in altre parti dell'isola. Nella seconda metà del XII secolo, quando nel continente tornò allo splendore lo studio del diritto romano attraverso la scuola bolognese, nuovi insegnamenti di diritto civile e canonico, interessarono l'Inghilterra. Vi sono ampie testimonianze del fiorire di scuole di diritto a Exeter, Hereford, Lincoln e ad Oxford. Proprio ad Oxford insegnò il famoso maestro italiano Vacario, immigrato in Inghilterra al seguito dell'arcivescovo di Canterbury, che vi introdusse l'insegnamento dei glossatori bolognesi¹⁹⁰. La sua scuola attirò in breve un gran numero

¹⁸⁹ In ordine all'influenza esercitata dal diritto romano sulla formazione del sistema inglese cfr. tra gli altri W.W. BUCKLAND, *Equity in Roman Law*, London 1911, p. 14 ss.; W.S. HOLDSWORTH, *A History of English Law* IV cit., p. 220 ss.; T.E. SCRUTTON, *Roman Law Influence in Chancery, Church Courts, Admiralty and Law Merchant* cit., p. 208 ss.; W.L. BURDICK, *The Principles of Roman Law and their Relation to Modern Law*, New York 1938, p. 56 ss.; P. STEIN, *Roman Law, Common Law and Civil Law*, in *Tulane Law Review* 66 (1992), p. 1591 ss.

¹⁹⁰ Vacario nacque intorno al 1120 e studiò *ius civile* a Bologna, dove conseguì il titolo di *Magister*. Intorno al 1143 l'arcivescovo Teobaldo lo portò con sé in Inghilterra, ove poi si trasferì al servizio dell'arcivescovo di York. Alla fine del XII secolo l'insegnamento di Vacario era così fiorente e popolare ad Oxford da attirare l'opposizione del potere pubblico e delle classi feudali: il re Stefano I ordinò la chiusura della sua scuola ad Oxford ed Enrico III nel 1234, proibì l'insegnamento del diritto romano a Londra. Sui motivi di tale avversione osserva F. CALASSO, *Medio Evo del Diritto. I – le fonti*, Milano 1954, p. 619: "Il diritto romano era, per eccellenza, il diritto imperiale: dava noia al monarca, perché poteva esserne dedotta una *subiectio* del regno all'Impero (...); non era gradito ai grandi feudatari, perché faceva temere un assolutismo regio, violatore dei loro privilegi; era guardato con sospetto dal mondo della cultura, perché con le sue suggestioni minacciava di soffocare «*reliquas scientias*»". Sulla figura e sull'insegnamento di Vacario, cfr. F. DE ZULUETA, P. STEIN, *Vacarius and the Civil Law in England*, in *The Teaching of Roman Law in England around 1200*, London 1990, p. xxii; R.W. SOUTHERN, *Master Vacarius and the Beginning of an English Academic Tradition*, in J.J.G. ALEXANDER, M.T. GIBSON (a cura di), *Medieval Learning and Literature: essay for R.W. Hunt*, Oxford 1976, *passim*.

di allievi, per i quali realizzò un manuale, il c.d. *Liber pauperum*, che costituisce una *summa* dei primi nove libri del Codice di Giustiniano¹⁹¹.

L'influenza del diritto romano si manifestò anche nell'opera di due grandi personalità della scienza giuridica inglese, Ranolfo di Glanvill¹⁹² ed Enrico di Bracton¹⁹³, espositori delle *leges et consuetudines Angliae*, in due

¹⁹¹ Oltre alla presenza sul suolo inglese di giuristi continentali, anche giovani inglesi, al fianco di spiccate personalità del clero, vennero attirati dallo studio del diritto canonico di grandi scuole, quali Bologna e Parigi: nella città francese di Chartres fiorì una scuola di diritto nei primi anni del XI secolo, in cui compirono i loro studi Ivo di Chartres, autore di opere sul diritto canonico e John Salisbury, ce fece ritorno in Inghilterra al seguito di Thomas Beckett, arcivescovo di Canterbury, il quale si era recato a Bologna a studiare nella prima metà del XII secolo; nel 1160 lo stesso vescovo di Londra, Gilbert Foliot inviò due arcidiaconi e i suoi nipoti, oltre ad altri protetti, a studiare nel celebre *Studium* bolognese.

¹⁹² Ranulph de Glanville fu autore del "*Tractatus de Legibus et Consuetudinis Regni Angliae*", un breve trattato di procedura c.d. romano-canonica, composto tra il 1187 e il 1189. Al suo interno numerosi sono i riferimenti al diritto civile e al diritto canonico: si è osservato, in particolare, che l'introduzione di questo libro è modellata sulla *praefatio* delle Istituzioni di Giustiniano e in numerosi luoghi del volume egli porrebbe a confronto l'allora attuale diritto inglese con il diritto romano e canonico. Tra l'ampia bibliografia in tema si vedano T.E. SCRUTTON, *The Influence of the Roman Law on the Law of England*, Cambridge 1885, p. 77; F. POLLOCK, F.W. MAITLAND, *History of English Law*, 2nd ed., vol. I, Cambridge 1952, p. 143 ss.; P. WINFIELD, *Chief Sources of English Legal History*, Cambridge 1925, p. 257; H. LÉVY-ULLMANN, *The English Legal Tradition – its sources and history*, London 1935, p. 129; W.L. BURDICK, *The Principles of Roman Law* cit., p. 70-71; A.W.B. SIMPSON (a cura di), *Biographical Dictionary of the Common Law*, London 1984, s.v. *Glanvill*, p. 208; R.V. TURNER, *The English Judiciary in the Age of Glanvill and Bracton*, Cambridge 1985, p. 22 ss.

¹⁹³ Henri de Bracton, vissuto sotto il regno di Enrico III, compose un trattato su "*Laws and Customs of England*", altra sistemazione scientifica della *Common Law*, il cui impianto e il cui contenuto presenta indubbie somiglianze con le raccolte del diritto romano. Il metodo di Bracton, come quello di Azo di Bologna, dal quale questi ha largamente attinto, è lo stesso delle Istituzioni di Giustiniano e numerosi passaggi tratti dal Digesto e dal Codice sono sparsi in queste pagine. Egli si avvale anche della *Summa de matrimonio* di Tancredi e della *Summa decretalium* di Bernardo da Pavia. In argomento cfr. F.W. MAITLAND, *Bracton and Azo*, in *Seld. Soc.*, vol. 8, London 1895; K. GÜTERBOCK, *Bracton and His Relation to the Roman Law*, Philadelphia 1866; S.E. THORNE, *The Text of Bracton's De Legibus Angliae*, in *Id.*, *Essay in English Legal History*, London 1985, p. 102-104.

tractatus che costituirono la prima sistemazione scientifica della *Common Law* inglese, alla cui base è ampiamente rinvenibile lo studio della dottrina romanistica.

Da non sottovalutare poi il ruolo svolto dal diritto canonico come importante strumento di romanizzazione, che mai perse il proprio contatto con Roma.

Ad avviso di alcuni studiosi è proprio nel diritto canonico, il quale liberamente attinse al diritto romano, e soprattutto nella presenza di canonisti in Inghilterra¹⁹⁴, che andrebbe ravvisata la persistente influenza del diritto romano sul sistema inglese, più che non nel puro *civil law*¹⁹⁵.

L'individuazione di una struttura romana anteriore all'introduzione del *trust* inglese dovrebbe indurre a rimeditare le attuali incomprensioni civilistiche rispetto a questo istituto, nonché a superare le molteplici difficoltà frapposte alla sua introduzione negli ordinamenti continentali.

¹⁹⁴ Uno dei primi e più noti canonisti in Inghilterra fu l'italiano Lanfranco, già maestro di diritto della scuola longobarda di Pavia nei primi decenni del XI secolo, il quale, dapprima emigrato in Normandia dove resse l'abazia di Bec, passò in Inghilterra al seguito di Guglielmo il Conquistatore, di cui divenne primo ministro e principale collaboratore e consigliere, soprattutto in campo legislativo, e che gli conferì l'arcivescovado di Canterbury. Secondo alcune testimonianze, Lanfranco avrebbe portato con sé in Inghilterra molti volumi di diritto canonico, collezioni di decreti papali e canoni, da cui prendeva spunto nell'esercizio del suo ufficio. In argomento cfr. D.J. SEIPP, *Roman Legal Categories in Early Common Law*, in T.G. WATKIN (a cura di), *Legal Record and Historical Reality*, p. 9 ss.; Z.N. BROOKE, *The English Church and Papacy University Press*, Cambridge 1931, p. 59 ss.; W.L. BURDICK, *The Principles of Roman Law* cit., p. 65.

¹⁹⁵ Così P.H. WINFIELD, *The Chief Sources of English Legal History*, N.Y. 1925; W.W. BASSETT, *Canon Law and the Common Law* cit., p. 1383 ss.

PIERFRANCESCO ARCES

LA RILEVANZA DELLA COMPONENTE FIDUCIARIA
NELLE DISPOSIZIONI MORTIS CAUSA NEL DIRITTO ROMANO
ARCAICO E CLASSICO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Testamento e istituzione di erede. – 3. La componente fiduciaria nella configurazione più antica della *mancipatio familiae*. – 4. Interventi giurisprudenziali sul formulario e natura dell'atto a cui esso accede. – 5. Simmetria di sviluppo nelle forme più antiche di fedecommesso. – 6. Conclusioni.

1. Premessa.

L'apprezzamento della vastità del fenomeno fiduciario nel diritto romano gode da lungo tempo di un'ampia considerazione tra gli studiosi¹,

¹ Per i riferimenti essenziali cfr. A. MAGDELAIN, *Essai sur les origines de la sponsio*, Paris 1943, p. 125 ss.; L. LOMBARDI, *Dalla «fides» alla «bona fides»*, Milano 1961, p. 3 ss., 23 ss., 32 ss., 38 ss., 100 ss., 133 ss.; A. NICOLETTI, sv. 'Fides', in «NNDI.», VII, Torino 1968, p. 293 ss., A. BURDESE, sv. «Fiducia (diritto romano)», in «NNDI.», VII, Torino 1968, p. 294 ss.; G. GROSSO, sv. «Fiducia (diritto romano)», in «ED.», Milano 1968, p. 384 ss.; R. TRIFONE, sv. «Fedecommesso (diritto romano)», in «NNDI.», VII Torino 1968, p. 188 ss.; É. BENVENISTE, *Le Vocabulaire des institutions indo-européennes*, I, *Économie, paranté, société*, Paris 1969; trad. it. M. LIBORIO, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee*, I, *Economia, parentela, società*, Torino ri. st. 2001, p. 85 ss.; P. BOYANCÉ, *Fides et le Serment* (1962), ora in ID., *Études sur la religion romaine*, Roma, 1972, p. 91 ss.; ID., *Fides Romana et la vie internationale* (1962), ora ivi, p. 105 ss.; ID., *La main de fides* (1964), ora ivi, p. 121 ss.; ID., *Le Romains, peuple de la fides* (1964), ora ivi, p. 135 ss.; B. ALBANESE, *Premesse allo studio del diritto privato romano*, Palermo 1978, p. 114 ss., 124 ss. e nt. 102 e 103; A. CARCATERRA, *Dea fides e 'fides' storia di una laicizzazione*, in «SDHI.», L, 1984, p. 199 ss.; G. FREYBURGER, *Fides. Études sémantique et religieuse depuis les origines jusqu'à l'époque augustéenne*, Paris 1986, p. 15 ss., 29 ss., 49 ss., 99 ss., 134 ss., 229 ss.; D. NÖRR, *Die Fides in römischen Völkerrecht*, Heidelberg 1991, p. 42 ss.; P. FREZZA, *A proposito di 'fides' e 'bona fides' come valore normativo in Roma nei rapporti dell'ordinamento interno e internazionale*, in «SDHI.», LVII, 1991, p. 297

i quali, sulla base dei dati desumibili dalle fonti, hanno mostrato consapevolezza della sua estensione anche alla materia successoria². In particolare, è proprio l'esposizione dello sviluppo storico – quale raffigurato da Gaio nelle sue *Institutiones* – del *testamentum per aes et libram*³ e dello stadio più

ss.; A. CASTRESANA, *Fides, bona fides: un concepto para la creación del derecho*, Madrid 1991, p. 9 ss., 14 ss., 32 ss., 96 ss.; A. CALORE, «Per Iovem lapidem», alle origini del giuramento. *Sulla presenza del «sacro» nell'esperienza giuridica romana*, Milano 2000, p. 69 ss. e nt. 96, ove ulteriore bibliografia; F. GALLO, *Bona fides e ius gentium*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, II, Padova, 2003, p. 131 ss., 151 ss.; L. KOFANOV, *Il carattere religioso-giuridico della fides romana nei secoli V-VII a.C.: sull'interpretazione di Polibio* 6, 56, 6-15, ivi, p. 333 ss.; L. PEPPE, *La vastità del fenomeno fiduciario nel diritto romano: una prima riflessione*, in M. LUPOI (a cura di), *Le situazioni affidanti*, Torino 2004, p. 15 ss.; ID., *Alcune considerazioni circa la fiducia romana nei documenti della prassi*, in L. PEPPE (a cura di) *Fides, fiducia, fidelitas. Studi di storia del diritto e di semantica storica*, Padova 2008, p. 173 ss.; F. BERTOLDI, *Alcune osservazioni sulla fiducia nella letteratura romanistica*, in *Le situazioni affidanti* cit., p. 101 ss.; ID., *La fiducia cum amico*, in *Fides, fiducia, fidelitas*, cit., p. 47 ss.; EAD., *Il negozio fiduciario nel diritto romano classico*, Modena 2012, p. 11 ss.; C. BEDUSCHI, *I profili giudiziali della fides*, ivi, p. 1 ss., 11 ss., 14 ss.; G. SANTUCCI, *La diligentia quam in suis come criterio di responsabilità del fiduciario*, ivi, p. 243 ss. Una più ampia prospettiva di analisi, che trascende l'aspetto giuridico della questione per debordare nei campi antropologico e sociologico è offerta da E. RESTA, *Il rischio della fiducia*, ivi, p. 201 ss., e da N. LUHMANN, *Vertrauen. Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität* 4, Stuttgart 2000; trad. it. L. Burgazzoli, Bologna 2002, p. 5 ss., 15 ss., 29 ss., 35 ss., 49 ss., 66 ss., 95 ss., 103 ss.

² Cfr. F.C. CONRADI, *De pacto fiduciae exercitationes duae* (1722-23), ora in ID., *Scripta minora* (ed. L. PERNICE), Halis 1823, p. 187 ss.: si tratta dell'esempio più interessante di quell'atteggiamento dottrinario che riservava un'attenzione agli ambiti di applicazione della *fiducia* decisamente più ampio e articolato di quanto non farà la dottrina successiva alla scoperta del «Gaio veronese», come illustrato da F. BERTOLDI, *Alcune osservazioni* cit., p. 101 ss. e 115 ss.; ID., *Il negozio fiduciario* cit., p. 11 ss., 113 nt. 26.

³ Gai., *inst.* 2.102: *Accessit deinde tertium genus testamenti, quod per aes et libram agitur: qui enim neque calatis comitiis neque in procinctu testamentum fecerat, is, si subita morte urgebatur, amico familiam suam, id est patrimonium suum, mancipio dabat eumque rogabat, quid cuique post mortem suam dari vellet. quod testamentum dicitur per aes et libram, scilicet quia per mancipationem peragitur. [103.] Sed illa quidem duo genera testamentorum in desuetudinem abierunt; hoc vero solum, quod*

antico dei fedecommissi⁴ a rappresentare un interessante documento rela-

per aes et libram fit, in usu retentum est. Sane nunc aliter ordinatur, quam olim solebat; namque olim familiae emptor, id est, qui a testatore familiam accipiebat mancipio, heredis locum optinebat, et ob id ei mandabat testator, quid cuique post mortem suam dari vellet; nunc vero alius heres testamento instituitur, a quo etiam legata relinquuntur, alius dicis gratia propter veteris iuris imitationem familiae emptor adhibetur. [104.] Eaque res ita agitur: qui facit testamentum, adhibitis, sicut in ceteris mancipationibus, V testibus civibus Romanis puberibus et libripende, postquam tabulas testamenti scripserit, mancipat alicui dicis gratia familiam suam; in qua re his verbis familiae emptor utitur: FAMILIAM PECUNIAMQUE TUAM ENDO MANDATELA TUA CUSTODELAQUE MEA ESSE AIO, EAQUE, QUO TU IURE TESTAMENTUM FACERE POSSIS SECUNDUM LEGE PUBLICAM, HOC AERE, et ut quidam adiciunt, AENEAQUE LIBRA, ESTO MIHI EMPTA; deinde aere percutit libram idque aes dat testatori velut pretii loco; deinde testator tabulas testamenti manu tenens ita dicit: HAEC ITA UT IN HIS TABULIS CERISQUE SCRIPTA SUNT, ITA DO ITA LEGO ITA TESTOR, ITAQUE VOS, QUIRITES, TESTIMONIUM MIHI PERHIBETOTE; et hoc dicitur nuncupatio: nuncupare est enim palam nominare, et sane quae testator specialiter in tabulis testamenti scripserit, ea videtur generali sermone nominare atque confirmare. [105.] In testibus autem non debet is esse, qui in potestate est aut familiae emptoris aut ipsius testatoris, quia propter veteris iuris imitationem totum hoc negotium, quod agitur testamenti ordinandi gratia, creditur inter familiae emptorem agi et testatorem; quippe olim, ut proxime diximus, is, qui familiam testatoris mancipio accipiebat, heredis loco erat; itaque reprobaturum est in ea re domesticum testimonium. [106.] Unde et si is, qui in potestate patris est, familiae emptor adhibitus sit, pater eius testis esse non potest; ac ne is quidem, qui in eadem potestate est, velut frater eius. Sed et si filius familias ex castrensi peculio post missionem faciat testamentum, nec pater eius recte testis adhibetur nec is, qui in potestate patris est. [107.] De libripende eadem, quae et de testibus, dicta esse intellegemus: nam et is testium numero est. [108.] Is vero, qui in potestate heredis aut legatarii est, cuiusue heres ipse aut legatarius in potestate est, quique in eiusdem potestate est, adeo testis et libripens adhiberi potest, ut ipse quoque heres aut legatarius iure adhabeantur. Sed tamen quod ad heredem pertinet quique in eius potestate est cuiusve is in potestate erit, minime hoc iure uti debemus.

⁴ Gai., inst. 2.246. Nunc transeamus ad fideicommissa [247.] Et prius de hereditatibus videamus. [248.] Inprimis igitur sciendum est opus esse, ut aliquis heres recto iure instituitur eiusque fidei committatur, ut eam hereditatem alii restituat; alioquin inutile est testamentum, in quo nemo recto iure heres instituitur. [249.] Verba autem utilia fideicommissorum haec [recte] maxime in usu esse videntur: PETO, ROGO, VOLO, FIDEI COMMITTO, quae proinde firma singula sunt, atque si omnia in unum congesta sint. [250.] Cum igitur scripserimus: LUCIUS TITIUS

tivo alla rilevanza della componente fiduciaria nella realizzazione, mediante impieghi innovativi della *mancipatio*, delle disposizioni *mortis causa* nell'età arcaica e classica.

2. Testamento e istituzione di erede.

In quanto al testamento librale, è noto che la storia dell'istituto viene tradizionalmente distinta in due fasi⁵, l'esposizione delle quali si uniforma alla duplice configurazione riferita da Gaio, riscontrabile anche nel passo dei *Tituli ex corpore Ulpiani*⁶ che fa riferimento ad esso: inizialmente vi sarebbe stata solo la *mancipatio familiae*, e cioè la vendita fittizia (o fiduciaria), tramite *mancipatio*, ad un acquirente fidato del proprio patrimonio (la '*familia*') da parte di colui il quale intendesse disporre di esso per il periodo successivo alla propria morte. Il *familiae emptor* veniva contestualmente incaricato della distribuzione del patrimonio stesso tra i beneficiari, dopo la

HERES ESTO, *possumus adicere*: ROGO TE, LUCI TITI, PETOQUE A TE, UT CUM PRIMUM POSSIS HEREDITATEM MEAM ADIRE, GAIO SEIO REDDAS RESTITUAS. *Possumus autem et de parte restituenda rogare; et liberum est vel sub condicione vel pure relinquere fideicommissa vel ex die certa.* [251.] *Restituta autem hereditate is, qui restituit, nibilo minus heres permanet; is vero, qui recipit hereditatem, aliquando heredis loco est, aliquando legatarii.* [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 fuisset sive quid alias bona fide dedisset, eo nomine indemnus 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 exequi.*

⁵ Cfr. F. MILONE, *op. cit.*, p. 5.

⁶ 20.9: *In testamento, quod per aes et libram fit, duae res aguntur, familiae mancipatio et nuncupatio testamenti. Nuncupatur testamentum in hunc modum: tabulas testamenti testator tenens ita dicit: 'haec ut in his tabulis cerisve scripta sunt, ita do lego, ita testor; itaque vos, quirites, testimonium perhibetote'. Quae nuncupatio et 'testatio' vocatur.*

morte del disponente, e secondo le indicazioni di quest'ultimo⁷: non si è mancato di parlare dell'atto in questione come di «una specie di *mancipatio cum fiducia*»⁸.

Il *familiae emptor*, dunque, svolgendo una funzione che oggi parrebbe essere quella tipica di chi eserciti l'ufficio di esecutore testamentario⁹, non avrebbe mai assunto il ruolo di erede, e pur tuttavia ne avrebbe in qualche modo tenuto il posto, contribuendo così a realizzare la successione *in singulas res*, e quindi i *desiderata* del disponente, che Gaio, nella sua esposizione, chiama costantemente '*testator*', lasciando così intendere che l'atto compiuto sarebbe, anche nella sua configurazione più antica, un testamento.

Secondo una recente lettura¹⁰, peraltro, l'espressione '*familiae mancipatio*' indicherebbe solo la prima parte di cui si componeva l'atto in età classica, e non anche, come ritenuto generalmente dalla dottrina, la sua configurazione arcaica: ad essa si è comunque riconosciuta una «natura testamentaria», sostanzialmente coincidente con la «richiesta di testimonianza», o «dichiarazione innanzi a testimoni» nella quale si condenserebbe l'originario profilo ontologico dell'atto, a discapito dell'*heredis institutio*, e della sua essenziale correlazione col *testamentum*, quale risultante dall'analisi delle definizioni di quest'ultimo contenute in fonti di età classica.

L'introduzione del *tertium genus testamenti* viene dunque presentata come una riproposizione in forma privata delle due più antiche forme pubbliche *calatis comitiis* e *in procinctu*¹¹, da cui mutua parte del formulario. La

⁷ Già a partire dalla più diffusa manualistica istituzionale, l'atto è comunemente qualificato come «fiduciario»: cfr. B. ALBANESE, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, Palermo 1982, p. 50 ss. e nt. 79; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, p. 717 ss., M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano* 3, Palermo 2006, p. 610; E. CANTARELLA, *Diritto romano. Istituzioni e storia*, Milano 2010, p. 439.

⁸ G. CARLE, *op. cit.*, p. 185 nt. 1.

⁹ La questione, invero, è dibattutissima: un esaustivo quadro dello stato della dottrina sul punto è offerto da F. TERRANOVA, *Ricerche sul testamentum per aes et libram*, I, *Il ruolo del familiae emptor (con particolare riguardo al formulario del testamento librare)*, Torino 2011, p. 36 ss., 413 ss. Della medesima autrice si veda, inoltre, la relazione *Il ruolo del familiae emptor nel testamentum per aes et libram*, tenuta in questo Convegno.

¹⁰ F. TERRANOVA, *Sulla natura 'testamentaria' della cosiddetta mancipatio familiae*, in «AUPA.», LIII, 2009, p. 333.

¹¹ Gai., *inst.* 2.101.

sua origine deriverebbe, secondo quanto illustrato nel manuale istituzionale gaiano, dalla necessità di fornire un rimedio a chi, temendo una morte imminente¹², non avesse fatto testamento nelle due antiche forme conosciute,

¹² F. MILONE, *Il fedecommesso romano nel suo storico svolgimento*, Napoli 1896, p. 6, rileva che, comunque, «se ne possono ammettere ancor altri motivi», con ciò volendo richiamare, tra l'altro, quella che mi è sembrata una discutibile (se non proprio inammissibile) «via plebea» per spiegare l'introduzione della *mancipatio familiae*, intesa quale strumento di disposizione *mortis causa* riservato appunto alla plebe, in quanto ritenuta non ammessa a partecipare ai comizi in cui si celebrava l'antico testamento pubblico: cfr. P. ARCES, *Studi sul disporre mortis causa. Dall'età decemvirale al diritto classico*, Milano 2013, p. 102 ss. Questo convincimento, che si rinviene ancora in letteratura più recente – si veda, per tutti, M. AMELOTI, *Il testamento romano* (1988), ora in ID., *Scritti giuridici*, a cura di Livia Migliardi Zingale, Torino 1996, p. 404 – era molto diffuso all'epoca in cui Milone scriveva: ad esempio, J. MUIRHEAD, *Historical Introduction to the Private Law of Rome*, Edinburgh 1886, p. 65 ss. parlava della *mancipatio familiae* presentandola come una (p. 66) «*mortis causa but inter vivos alienation*», ed indicandola come il precedente storico («forerunner») del *testamentum per aes et libram*, introdotto proprio per supplire all'asserita impossibilità per i plebei di testare *calatis comitiis* (p. 65 ss.): «To the introduction of mancipation is also due a device resorted to by the plebeians for disposing of their estates in contemplation of death. Their elevation to the rank of citizens did not apparently give them admission to the comitia of the curies; and, as it was many years after the assassination of Servius before that of the centuries was ever convened, they had still no means of making testament unless perhaps in the field on the eve battle. So here again the expedient of mancipation was taken advantage of, not indeed to make a testament instituting an heir, and to take effect only on the death of the testator, – the form of the transaction, as an instant acquisition in exchange for a price real or nominal, could not lend itself to that without statutory intervention, – but to carry the transferer's *familia* [...] to a friend, technically *familiae emptor*, or trust to let the former have the use of it while he survived [...], and on his death to distribute according to his instructions whatever the transferee was not authorized to retain for himself [...]. Like so many others of the transactions of the early law, it was legally unprotected so far as the third parties were concerned whom the transferer meant to benefit; they had no action against the trustee to enforce the trust; their sole guarantee was in his integrity and respect for Fides». Le due antiche forme di testamento vengono dunque presentate come caratteristiche e proprie della «Roma patrizia» (p. 166 ss.), nella quale «A plebeian was not qualified in the regal period to make a testament in the comitia; so, instead, he transferred his estate to a friend on whom he could rely (...), with instructions how to distribute it on his death»: i testi citati rimangono sostanzialmente invariati

o comunque non fosse ammesso a partecipare ai comizi nei quali esso poteva celebrarsi oppure, ancora, non facesse parte dell'esercito¹³. Si è pertanto parlato della *mancipatio familiae* – e cioè della configurazione più antica dell'istituto in esame – «als Surrogat der Erbeinsetzung»¹⁴.

La raffigurazione dell'originario profilo ontologico dell'atto quale desumibile dai riferiti passi del manuale istituzionale gaiano, tuttavia, è strettamente correlata proprio all'istituzione di erede. In questa prospettiva, sono

nella terza edizione del volume (London 1916 – rev. et ed. A. GRANT – p. 60 ss.), dalla quale verranno effettuate le citazioni successive. Analoga posizione è sostenuta in quegli stessi anni da G. CARLE, *Le origini del diritto romano. Ricostruzione storica dei concetti che stanno a base del diritto pubblico e privato di Roma*, Torino 1888, p. 184 ss.

¹³ È particolarmente notevole segnalare sin da ora che proprio questo «espediente» viene presentato come «la prima forma di fedecommissio» da R. TRIFONE, *op. cit.*, p. 188; in precedenza G. CARLE, *op. cit.*, p. 184 ss., facendo riferimento alla *fiducia*, osserva che in seno ad essa «dovette svolgersi quel modo semplicissimo di fare testamento, che ci venne più tardi ancora descritto da Gaio nelle sue forme primitive ed arcaiche, e che doveva servire più tardi come base al testamento quiritario per *aes et libram*, per cui il plebeo, che muore senza figliuolanza, affida ad un amico il suo patrimonio e le sue sostanze, indicandogli la maniera in cui dovrà poi distribuirli, quando egli sarà morto. Del resto è questo il modo che ancora oggidi torna opportuno all'emigrante, che, trovandosi in pericolo di vita ed essendo lontano dalla patria e dalla famiglia, affida ad un amico, che avrà la fortuna di tornare in patria, tutto ciò, che egli ha potuto risparmiare, perché lo riporti a coloro, che gli sono cari. Che anzi, dacché siamo nella ricostruzione di quest'ordine di idee, parmi che a questo modo primitivo di fare testamento si rannodi senz'alcun dubbio quella istituzione del fedecommissio, che, mantenutasi per certo nel costume, senza poter penetrare nella cerchia rigida del diritto civile romano, finì tuttavia per trionfare negli inizi dell'impero e trionfò, perché *populare erat*»; il riferimento alla *fiducia* come strumento per permettere al plebeo di disporre *mortis causa* ritorna espressamente (p. 506 ss.). G. GUGINO, *Istituzioni di diritto romano comparato al diritto civile patrio*, I, Napoli 1873, p. 301, aveva affermato che bastava «un semplice raffronto tra il concetto del testamento per *aes et libram* e il concetto del fedecommissio, per iscoprirne l'identità». F. MILONE, *op. cit.*, p. 5 ss. aveva parlato dell'espediente in esame qualificandolo come una forma primitiva di fedecommissio, che tiene comunque distinta da quella «vera» e «storica»: avrò modo di tornare sul punto più avanti, nella parte di questa esposizione più specificamente dedicata proprio al fedecommissio.

¹⁴ E. HÖLDER, *Beiträge zur Geschichte des Römischen Erbrechtes*, Erlangen 1881, p. 57.

altresì particolarmente rilevanti, oltre all'indicazione contenuta nel riferito § 103 del Secondo Commentario, quattro passi – sui quali tornerò più avanti nel corso dell'esposizione – rispettivamente in tema di validità del testamento¹⁵, di valida disposizione di legati¹⁶, fedecommissi¹⁷ e di invalida istituzione di erede per mezzo di codicilli¹⁸. Questi reiterati richiami mi sembrano sintomatici dell'attenzione alla riproposizione di un principio che affondava le sue radici nel diritto più antico: si tratta di un aspetto relativo alla tecnica di scrittura delle *Institutiones* – oggetto di approfondimento di un più ampio studio che ho in corso¹⁹ – in forza del quale l'istituzione di erede rappresentava il contenuto tipico del testamento (più precisamente: di ogni atto che fosse inteso come un testamento), a differenza delle altre disposizioni, in relazione alle quali, a partire dagli stessi legati, si è discusso della stessa ammissibilità nelle più antiche forme testamentarie²⁰. Rispetto a tale profilo la richiesta di testimonianza e la dichiarazione innanzi ai testimoni, pur necessari per la valida procedura di svolgimento dell'atto, assumono una posizione subordinata, e mi portano a ritenere che la reiterata attenzione a tale precisazione consegua ad un'esigenza di differenziazione, volta a distinguere la clausola «originaria» (e dunque più antica, ossia l'istituzione di erede), da sempre necessaria e sufficiente a caratterizzare il testamento e la sua natura giuridica, da tutte le altre disposizioni *mortis causa*, qualificabili come meramente eventuali. È proprio in forza del raffronto con queste ultime (e, in particolare, in sede di esposizione della disciplina di legati e fedecommissi), che verrà intesa, e ripetutamente precisata, la radi-

¹⁵ Gai., *inst.* 2.116: *Sed ante omnia requirendum est, an institutio heredis sollemni more facta sit; nam aliter facta institutione nihil proficit familiam testatoris ita venire testesque ita adhibere et ita nuncupare testamentum, ut supra diximus.*

¹⁶ Gai., *inst.* 2.229: *Ante heredis institutionem inutiliter legatur, scilicet quia testamenta vim ex institutione heredis accipiunt, et ob id velut caput et fundamentum intellegitur totius testamenti heredis institutio.*

¹⁷ Gai., *inst.* 2.248: *Inprimis igitur sciendum est opus esse, ut aliquis heres recto iure instituatur eiusque fidei committatur, ut eam hereditatem alii restituat; alioquin inutile est testamentum, in quo nemo recto iure heres instituitur.*

¹⁸ Gai., *inst.* 2.273: *Item codicillis nemo heres institui potest neque exheredari, quamvis testamento confirmati sint.*

¹⁹ Una prima elaborazione può leggersi in P. ARCES, *La disciplina dei legati e la tecnica di scrittura nelle Istituzioni di Gaio*, in «RDR», XIII, 2013, p. 1 ss. (estr., consultabile sul sito internet di tale rivista).

²⁰ Cfr. P. ARCES, *Studi cit.*, p. 194 ss.

cale diversità della *heredis institutio*: in questo senso intendo l' '*intellegitur*' che si riferisce ad essa in Gai., *inst.* 2.229.

Il collegamento che, nelle sue Istituzioni, Gaio ripetutamente opera tra la «forza» di un testamento e l'istituzione di erede pone in evidenza la natura giuridica del primo e implicitamente lo distingue, differenziandolo, dagli eventuali altri atti che di tale istituzione fossero privi, ferma restando l'idoneità di questi ultimi a permettere di disporre *mortis causa*. L'accostamento della *mancipatio familiae* al *testamentum* (*calatis comitiis* o *in procinctu*) comporta, dunque, non solo la considerazione di un insieme di atti distinti, accomunati in quanto alla causa e differenti in quanto a natura giuridica, ma spinge anche ad immaginare la raffigurazione di un quadro ancora più composito di quello rappresentato da Gaio, che testimonia la precoce abilità creativa ascrivibile alla giurisprudenza pontificale: in forza di essa, nell'alveo di un ardito «sperimentalismo» negoziale, ed attraverso una serie di prove ed adattamenti dell'impiego «atipico» del *gestum per aes et libram*, si determinerà lo sviluppo storico dell'istituto in esame.

Continua tuttavia a non sembrarmi opportuno attribuire «natura testamentaria» alla *mancipatio familiae* (o comunque alla configurazione più antica di quello che sarà il *testamentum per aes et libram*) se intesa secondo la rappresentazione tradizionalmente offerta, in forza della quale (a differenza della forma più evoluta) essa non sarebbe idonea a realizzare il fenomeno che oggi individuiamo nella successione a titolo universale. Proprio perché priva (e nei limiti in cui era priva) del requisito della *heredis institutio*, ritengo più opportuno qualificarla come l'idoneo atto *mortis causa*, privo della predetta natura testamentaria, con cui il *civis* avrebbe potuto stabilire la sorte delle proprie sostanze per il tempo in cui avesse cessato di vivere²¹.

3. La componente fiduciaria nella configurazione più antica della *mancipatio familiae*.

La ricostruzione effettuata a tal proposito da Gaio permette di affermare che la configurazione del *testamentum per aes et libram* in epoca classica coincide col riconoscimento come *ius receptum* dell'utilizzo più completo del predetto *gestum*, o, in ogni caso, di quell'impiego di esso inclusivo an-

²¹ Cfr. P. ARCES, *Studi cit.*, p. 122 ss.

che dell'*heredis institutio* nel formulario a cui si ricorreva per disporre *mortis causa*. Questa soluzione, di certo più antica della sua «stabilizzazione» nel diritto classico, sarà individuata dalla giurisprudenza, mediante quel modo di argomentare che si insinua «con effetti molteplici»²² nel pensiero giuridico, all'esito di una selezione dall'evidentemente più ampia serie di tentativi sperimentati per saggiare le potenzialità dell'atto librare, e dei quali l'esposizione conservata nelle *Institutiones* gaiane deve considerarsi un riassunto. Ho infatti già rilevato che nei riferiti §§ 102-104 del Secondo Commentario si afferma espressamente di parlare della celebrazione di un testamento, tanto con riguardo alla descrizione dello stadio più antico della procedura quanto in relazione all'illustrazione di quella più recente. Sulla base di questa osservazione si dovrebbe allora logicamente sostenere che la «natura testamentaria» della *mancipatio familiae* sarebbe stata la stessa del *testamentum per aes et libram*, anche in considerazione del fatto che l'esito finale dell'*iter* evolutivo manteneva inalterato l'antico formalismo del rito librare: ancora ai tempi di Gaio, infatti, il *familiae emptor*, ormai svincolato dal suo «tener luogo dell'erede», figurava «ad imitazione del diritto antico»²³, e continuavano altresì ad esser presenti il *libripens*, «come nelle altre mancipazioni»²⁴ ed i testimoni, i quali, unitamente alla gestualità del *mancipio accipiens*, contribuivano alla sua riproposizione.

Detta esposizione, tuttavia, non permette all'interprete di affermare con certezza se il considerato sviluppo storico comportò la «trasformazione» da una forma più antica di atto privo di natura testamentaria alla forma classica di testamento librare, o l'evoluzione da una forma testamentaria «primitiva» ad una più evoluta: non permette, cioè, di affermare se all'evoluzione in esame fu associato un cambiamento di natura giuridica o meno. L'analisi della sequenza in esame delle *Institutiones*, infatti, più che fornire argomenti a

²² L'espressione è di M. BREONE, *Soliloquio sul diritto antico. La filosofia di una tecnica*, Lecce-Brescia 2013, p. 34.

²³ Cfr. J. MUIRHEAD, *op. cit.*, p. 154 ss., il quale, con riguardo al formulario del *familiae emptor* riproposto nella versione più recente dell'istituto osserva che «The meaning of the words "in my keeping" (*endo custodelam meam*) is not quite obvious; they may have been remnants of an older style. Certain it is that they no more imported a real custody than a real property in the *familiae emptor*; for the testator remained so entirely master of his estate that the very next day if he pleased he might mancipate it anew to a different purchase and nuncupate fresh testamentary writings».

²⁴ Cfr. Gai., *inst.* 2.103.

favore dell'una o dell'altra ipotesi appena formulate, sembra piuttosto suggerire l'idea dell'esposizione, da parte di Gaio, di una sintesi del più ampio ed articolato fenomeno rappresentato dal ricorso alla sperimentazione creativa che la giurisprudenza pontificale dovette effettuare nella pratica, al fine di introdurre nuovi istituti volti a soddisfare le esigenze concrete dei *cives*. Tali istituti, secondo la dinamica tipica della produzione di nuovo diritto tramite la *receptio moribus*, non nacquero in forma compiuta e matura, ma si affermarono in forza di una serie di tentativi ed adattamenti.

Si tratta di un'ipotesi ricostruttiva fondata sui dati desumibili dallo stesso manuale istituzionale, a partire dalla notizia relativa al ricorso, ai fini della celebrazione del rito, alla *mancipatio*²⁵, che in questo caso risulta adattata – sulla base dell'intento delle parti, ed in particolar modo del disponente – per il conseguimento di effetti negoziali diversi rispetto a quelli suoi tipici descritti in Gai., *inst.* 1.119.

La lettura parallela col passo contenuto in Gai., *inst.* 2.102 fa risaltare, anche dal punto di vista testuale, l'uso che della *mancipatio* viene effettuato per permettere al *mancipio dans* di disporre dei propri beni, senza la necessità di ricorrere ad una delle due forme pubbliche di testamento all'epoca conosciute, grazie ad una vera e propria «torsione» di quel rigido formalismo che si insegna essere tipico degli atti del più antico diritto romano²⁶. In questo caso, risulta particolarmente notevole l'aspetto per cui il raggiungimento degli effetti (o, meglio, della maggior parte degli effetti) del tipico negozio *mortis causa* avviene per il tramite dell'utilizzo «atipico» di un atto *inter vivos*, peraltro a struttura bilaterale e ad efficacia immediata: e ciò si

²⁵ Il cui svolgimento è descritto in Gai., *inst.* 1.119: *Est autem mancipatio, ut supra quoque diximus, imaginaria quaedam venditio: quod et ipsum ius proprium civium Romanorum est; eaque res ita agitur: adhibitis non minus quam quinque testibus civibus Romanis puberibus et praeterea alio eiusdem condicionis, qui libram aeneam teneat, qui appellatur libripens, is, qui mancipio accipit, rem tenens ita dicit: HUNC EGO HOMINEM EX IURE QUIRITIIUM MEUM ESSE AIO ISQUE MIHI EMPTUS ESTO HOC AERE AENEAQUE LIBRA; deinde aere percutit libram idque aes dat ei, a quo mancipio accipit, quasi pretii loco.*

²⁶ In termini analoghi, cfr. E. RABEL, *Nachgeformte Rechtsgeschäfte. Mit Beiträgen zu den Lehren von der Injurrezession und vom Pfandrecht*, in «ZSS.», XXVII, 1906, p. 290 ss. e XXVIII, 1907, p. 311 ss.; A. CORBINO, *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana* 2, Torino 2006, p. 16 ss.; S. RANDAZZO, *Leges mancipii. Contributo allo studio dei limiti di rilevanza dell'accordo negli atti formali di alienazione*, Milano 1998, p. 40 ss.

realizza per mezzo dell'innovativo intervento sul formulario negoziale da parte della giurisprudenza.

In base a questa constatazione si sono esaminati gli «innesti», sul negozio solenne della *mancipatio*, delle dichiarazioni, provenienti dal disponente e volte al raggiungimento degli effetti desiderati, che avrebbero rappresentato l'antecedente funzionale di quella *nuncupatio testamenti* tramite cui sarà possibile istituire l'erede ed, eventualmente, procedere ad effettuare le ulteriori disposizioni attributive a causa di morte.

La presenza di dichiarazioni provenienti anche dal *mancipio dans*, inoltre, costituisce senz'altro una notevole difformità rispetto alla severa rigidità dell'atto²⁷ (nel quale, come è noto, a parlare è il solo *mancipio accipiens*) e rappresenta un passaggio evolutivo nell'impiego del *gestum per aes et libram*, il quale verrà così reso idoneo a disporre *mortis causa*, per poi essere finalmente ed in maniera indiscussa dotato di natura testamentaria, una volta divenuta *ius receptum* la particolare modalità del suo utilizzo implicante un formulario inclusivo dell'*heredis institutio*, come attestato nella configurazione definitiva del *testamentum per aes et libram* conosciuto all'epoca di Gaio.

La riferita procedura impiegava peraltro come «controparte negoziale» non un *extraneus* o un *quivis de populo*, ma un '*amicus*': il che implica un'indiscutibile allusione al rapporto di fiducia che doveva preesistere tra il *mancipio dans* e il *familiae emptor* ai fini della corretta esplicazione di effetti dell'intero rito e della sua stessa causa. Agli «incarichi» finalizzati alla distribuzione del patrimonio mancipato tra i beneficiari – da effettuarsi parte del predetto *familiae emptor* – Gaio fa riferimento una volta utilizzando il verbo '*rogare*'²⁸, e un'altra, subito dopo, il verbo '*mandare*'²⁹, «quasi come se avessero valore intercambiabile, alla stregua di due sinonimi»³⁰: anche questo uso «improprio»³¹ dei due segni è stato correlato al primitivo fondamento dell'istituto sulla *fides*³², il che contribuisce ad illuminare particolarmente la

²⁷ Così come presentato nel già riferito Gai., *inst.* 1.119.

²⁸ Cfr. Gai., *inst.* 2.102.

²⁹ Cfr. Gai., *inst.* 2.103.

³⁰ F. TERRANOVA, *Ricerche cit.*, p. 308.

³¹ F. TERRANOVA, *op. cit.*, p. 61.

³² A. NICOLETTI, *op. cit.*, p. 294 osserva che «*Fides* sembra esprimere proprio quel vincolo che è di soggezione, ma non di schiavitù, ed appare frutto della magia di un particolare simbolismo [...]. È una virtù magica del capo legata in certa misura al suo *imperium*». Cfr. P. BOYANCÉ, *Les Romains cit.*, p. 139 ss.; B. ALBANESE,

rilevanza di quest'ultima al fine della corretta realizzazione del programma negoziale.

4. Interventi giurisprudenziali sul formulario e natura dell'atto a cui esso accede.

L'attenzione rivolta dalla giurisprudenza alla portata delle dichiarazioni (e cioè del formulario) del *mancipio dans* e del *familiae emptor* opererà un progressivo adattamento: detto formulario, oltre ad essere evidentemente modificato nella prospettiva di una destinazione *mortis causa* dell'atto, arriverà, una volta esteso e recepito nel suo più compiuto utilizzo, a mutare proprio la natura giuridica dell'atto medesimo, rendendolo idoneo strumento di disposizione testamentaria³³: in particolare, in questo caso, il menzionato formulario della *mancipatio* riceve in sé l'innesto di quello riservato alle antiche forme pubbliche di testamento, e tipico di esse.

È il sapiente impiego della parola – potremmo parlare di «tecnologia della parola» nel senso precisato da Walter J. Ong³⁴ – che riesce a piegare

Premesse cit., p. 101, oltre a ricordare che «la *fides* in quanto fonte di capacità di dar sicurezza è, in primo luogo, dote della divinità; [...] anzi, la *Fides* fu concepita come divinità essa stessa; o, nel caso di *Dius Fidius*, come attributo qualificante una divinità», rileva altresì (p. 124 nt. 101) «la rilevanza della *fides* (in quanto dote che qualifica chi ne è titolare ad essere, in vari modi, fonte di sicurezza per chi entra in rapporto con lui) nell'ambito del diritto romano privato, fin da epoca remota», F. TERRANOVA, *Ricerche cit.*, p. 289 ss. e nt. 629, con ampia bibliografia sul ruolo della *fides* nel diritto romano, in particolar modo di età arcaica, p. 276 ss., 416. Gaio procede ad illustrare il rito, così come svolto al suo tempo (cfr. *inst.* 2.104), riportando le solenni dichiarazioni del disponente (la cui derivazione dal formulario delle antiche forme pubbliche di testamento è generalmente ammessa, restando oggetto di discussione la maggiore o minore fedeltà testuale della derivazione medesima) oltre che del *familiae emptor*, specificando che esse vanno ricondotte alla nozione di '*nuncupatio*', e premurandosi altresì di spiegare la portata del verbo *nuncupare*: '*generalis sermone nominare atque confirmare*'. La volontà del testatore, dunque, si manifesta e si formalizza in una *nuncupatio*, e cioè una dichiarazione solenne, precisa e alla presenza dei testimoni, che accede al testamento.

³³ '*Quo tu iure testamentum facere possis*' è scritto in Gai., *inst.* 2.104, imprimendo il suggello funzionale alla nuova destinazione dell'atto.

³⁴ *Orality and Literacy. The Technologizing of the Word* 3, London-New York,

la rigidità del *gestum* per il raggiungimento di effetti diversi rispetto a quelli suoi tipici: si tratta di un fenomeno di notevole interesse, soprattutto se considerato in rapporto ad un'epoca in cui si è soliti ripetere essere il diritto improntato ad un esasperato formalismo. L'opera della giurisprudenza pontificale permette, invece, di realizzare quelle «linee e sdoppiamenti»³⁵ di cui si è efficacemente parlato in letteratura, e che saranno essenziali nello sviluppo del diritto romano in generale³⁶.

Nello specifico caso in esame, la spregiudicatezza e la libertà con cui la giurisprudenza pontificale fu in grado di modificare proprio il formulario del rito librale – modellandone i *verba* nella prospettiva del raggiungimento degli effetti desiderati, ed a tal fine attingendo eventualmente anche da quello delle antiche forme di testamento – configurarono, di volta in volta, il menzionato *gestum* come un atto per disporre *mortis causa* in alternativa al testamento oppure – in tutte quelle ipotesi in cui non furono riconosciuti ostacoli all'inclusione della formula dell'*heredis institutio* – come un vero e proprio testamento. Nei termini così riferiti, il quadro della fase più antica della storia del testamento librale³⁷ si presenta decisamente più composito, implicando un impiego diversificato ed oscillante dell'atto *per aes et libram*³⁸: il che è evidente indice di diritto in formazione, e necessiterà dei tempi lunghi della recezione *moribus* per stabilizzarsi definitivamente. In età decemvirale, dunque, sarà qualificato «testamento» l'atto validamente dotato di un'istituzione di erede, ma esso non esaurirà il novero degli strumenti tramite i quali si potrà disporre *mortis causa*. A questi ultimi, inoltre, se privi della *heredis institutio*, non si potrà in alcun modo attribuire

2012; trad. it. A. CALANCHI, *Oralità e scrittura. Le tecnologie della parola*, Bologna 2014, p. 41 ss., 77 ss.

³⁵ L'espressione è stata efficacemente utilizzata da M.T. FÖGEN, *Römische Rechtsgeschichten. Über Ursprung und Evolution eines sozialen Systems* 2, Göttingen 2003; trad. it. A. Mazzacane, Bologna 2005, p. 172 ss.

³⁶ Se è vero che quella fornita da Gaio in relazione all'uso *mortis causa* della *mancipatio familiae* è la descrizione più completa dell'adattamento del rituale al fine di raggiungere effetti diversi da quelli suoi propri, è anche vero che nelle stesse *Institutiones* si rinvencono altri passi in cui il meccanismo viene riproposto: è il caso di Gai., *inst.* 2.29, in tema di servitù rustiche, e 1.113, in tema di *coemptio*.

³⁷ Che, alla luce dell'insegnamento tradizionale, risulta dunque correlata in maniera riduttiva alla *mancipatio familiae*.

³⁸ Che, a seconda delle ipotesi considerate, arrivava a mutarne la stessa natura giuridica, ferma restando comunque la causa della disposizione.

«natura testamentaria», nonostante l'indiscutibile identità di causa che essi condividono con il testamento.

In sintesi, la *mancipatio familiae mortis causa* avrà natura «testamentaria» solo nel momento in cui l'inclusione della *heredis institutio* nel relativo formulario diverrà *ius receptum*. Ciò non esclude comunque che, nel frattempo, si siano sperimentati impieghi «testamentari» del menzionato *gestum* tutte quelle volte in cui un giurista avrà suggerito (ed un *civis* avrà utilizzato), per disporre *mortis causa*, la soluzione «aggregativa» dell'*heredis institutio* e dell'atto librare, per quanto non ancora generalmente riconosciuta. L'assenza dell'istituzione di erede da un atto al quale, su indicazione della giurisprudenza pontificale, si ricorreva per disporre *mortis causa*, pertanto, doveva comportare la mancata considerazione di quest'ultimo come di un testamento, facendo contemporaneamente emergere la formidabile «efficacia correttiva» della *fides* nel suo concorrere alla realizzazione degli effetti desiderati³⁹: a tal proposito, è particolarmente notevole rilevare

³⁹ Si è visto nel testo come, in parallelo con il più maturo sviluppo ed utilizzo degli istituti, quantomeno all'epoca di Cicerone, il vincolo creato dalla *fides*, se pur ancora sentito, non poteva dirsi così stringente come nelle epoche più antiche. È appena il caso di ricordare che Gaio, ancora parlando del fedecommissario (*inst.* 2.248), dopo avere nettamente affermato la necessità della corretta istituzione di erede dell'onere, precisando altresì che la formula fedecommissaria è validamente inserita dopo l'istituzione medesima, pur illustrando la struttura degli istituti ormai compiutamente sviluppati, reitera l'ammonimento per cui sarebbe disposto invano un testamento nel quale nessuno fosse regolarmente istituito erede: e mi sembra che, così facendo, riporti una regola valida da sempre. La comparazione di queste dinamiche appare inequivocabilmente sintomatica dell'esistenza di un momento originario comune ad istituti la cui rispettiva evoluzione seguirà poi percorsi autonomi e distinti, non facendo comunque loro perdere del tutto i caratteri dell'originaria stretta correlazione reciproca. Per utilizzare l'efficace espressione della Fögen, da tale momento prenderanno corpo, nella materia oggetto del nostro interesse, «linee e sdoppiamenti» evolutivi. Nel suo resoconto, Gaio semplifica, riassumendole, complesse dinamiche, e segue la linea più consona al tenore della sua esposizione, con la quale presenta quella, tra le varie vie battute dalla giurisprudenza e dai successivi interventi autoritativi, che, di volta in volta, ha portato alla netta individuazione degli istituti, così come conosciuti al tempo in cui egli scrive. Non ha interesse a fornire una trattazione più dettagliata, o non è in grado di farlo: del già ricordato «sperimentalismo», ormai lontanissimo nel tempo, e nel cui alveo si è evidentemente mossa la creatività della giurisprudenza pontificale al servizio delle esigenze concrete dei *cives* che di volta in volta si presentavano, egli si limita a

come una certa letteratura, soprattutto anglosassone, parli di «*mortis causa trust*» riferendosi allo stadio più antico della storia del testamento librare, fornendone una illustrazione ampiamente sovrapponibile (se non del tutto coincidente) con la storia primitiva dei fedecommessi⁴⁰.

5. Simmetria di sviluppo nelle forme più antiche di fedecommesso.

La rilevanza della componente fiduciaria, unitamente a quella della torsione degli effetti operata dalla «tecnologia della parola» sul rigido formalismo del *gestum per aes et libram* possono infatti apprezzarsi anche con riguardo alla disciplina del fedecommesso⁴¹, così come illustrata nelle *Institutiones* gaiane, e all'esito della rivalutazione della lettura fornita dalla

far conoscere l'*iter* che ha portato alla netta individuazione degli istituti medesimi, così come conosciuti nella sua epoca.

⁴⁰ Cfr. J. MUIRHEAD, *op. cit.*, p. 152 ss.

⁴¹ È noto che l'istituto riceverà riconoscimento giuridico in epoca decisamente posteriore, con Augusto (cfr. *Iust. Inst.* 2.23.1 e 2.25.pr.), e si è soliti spiegarne l'origine facendo riferimento tanto all'estrema libertà di forma che, caratterizzandolo, avrebbe permesso di evitare le conseguenze pregiudizievoli derivanti dalla mancata osservanza delle forme prescritte per l'istituzione di erede e la disposizione dei legati, quanto, soprattutto, alla possibilità di evitare, tramite il ricorso ad esso, le conseguenze della carenza di *testamentifactio* passiva in capo ai beneficiari. In tal senso risulta orientata un'ipotesi formulata dallo stesso Gaio nel corso della sua trattazione istituzionale: in Gai., *inst.* 2.285, il caso del *peregrinus* (difettante di *testamenti factio* passiva) viene presentato come possibile origine dell'istituto stesso, alla spiegazione della quale si cerca di pervenire, da parte di Gaio, sulla base di ipotesi. Di certo il fedecommesso, ponendosi in un certo senso al di fuori dell'ambito del formalismo giuridico, permetteva di evitarne l'eccessivo rigore, così come le possibili strettezze ed asperità, e risultava anche strumento idoneo a realizzare ciò che oggi chiameremmo negozi in frode alla legge: cfr. M. KASER, *Das Römische Privatrecht*, II, München, 1971, p. 392 ss.; E. GENZMER, *La genèse du fidéicommiss comme institution juridique*, in «RHD.», XL, 1962, p. 319 ss.; P. VOGLI, sv. «Fedecommesso (diritto romano)», in «ED.», Milano 1968, p. 103 ss.; A. WATSON, *The Early History of fideicommissa* (1970), ora in Id., *Legal Origins and Legal Change*, London 1991, p. 181 ss.; F. LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Il fedecommesso universale nel diritto romano classico*, Warszawa 1997, p. 35, ha peraltro rilevato che «tutte le fonti indicanti l'esistenza del *fideicommissum* prima dell'impero di Augusto risalgano solo all'ultimo secolo della repubblica», ritenendo così difficile parlare di *fideicom-*

pandettistica⁴² che aveva in qualche modo intuito i fortissimi collegamenti tra la *mancipatio familiae* e l'istituto ora in esame⁴³, l'esposizione della cui disciplina è contenuta nei §§ 246-252 del Secondo Commentario⁴⁴, seguendo immediatamente l'illustrazione dei *genera legatorum*.

La formulazione del paragrafo di esordio richiama quanto già illustrato nel § 229 dello stesso Commentario nella parte in cui, esponendo l'argomento immediatamente precedente, Gaio si era diffuso sull'importanza dell'istituzione di erede. Ho già fatto cenno alla significatività della reiterazione di tale ammonimento, osservando come gli aspetti della rilevanza e della solennità (oltre che della priorità logica e funzionale) dell'istituzione di erede ai fini della valida confezione del testamento ritornino con una certa frequenza nel manuale istituzionale gaiano, evidenziando un'attenzione del maestro antoniniano costantemente orientata a sottolineare quella che mi sembra essere l'indissolubile ed originaria correlazione tra *testamentum* ed *heredis institutio*, la quale viene indirettamente ribadita anche nel luogo delle *Institutiones* in cui si rammenta che istituzione di erede e diseredazione non erano inseribili nei codicilli, nemmeno se confermati nel testamento⁴⁵. Ciò mi porta altresì ad escludere l'ipotesi di una loro «saldatura» compiutasi in età successiva, in coerenza con la nozione che dell'istituzione di erede risultava ampiamente affermata in età classica⁴⁶. E così, in conclusione del §

missum prima del II secolo a.C.: tuttavia, credo di aver dimostrato l'opportunità dell'accostamento che mi accingo ad operare: cfr. P. ARCÉS, *Studi cit.*, p. 203 ss.

⁴² Cfr. L. PEPPE, *op. cit.*, p. 19 ss.

⁴³ In questo senso depone anche la lettura di C. FERRINI, *Teoria generale dei legati e dei fedecommissi secondo il diritto romano con riguardo all'attuale giurisprudenza*, Milano 1889, p. 33 ss. Va peraltro richiamata la già riferita lezione di R. TRIFONE, *op. cit.*, il quale afferma con nettezza (p. 188 ss.) che, «Presso i Romani la prima forma di fedecommissio si ebbe quando, non volendosi o non potendosi disporre dei propri beni con le solite forme di testamento (*calatis comitiis* o *in procinctu*), si ricorse alla *mancipatio familiae* in favore di un amico, al quale si affidava la propria volontà». Come già accennato (cfr. *supra*, nt. 13), in precedenza osservazioni analoghe erano state svolte da F. MILONE, *op. cit.*, p. 8, il quale, parlando dell'antica *familiae mancipatio* la presentava come «una prima figura di fedecommissio, non dichiarato tale dalle fonti, ma che dai dati che esse forniscono si può con sufficiente probabilità arguire ed ammettere».

⁴⁴ Cfr. *supra*, nt. 4.

⁴⁵ Riporto nuovamente il testo di Gai., *inst.* 2.273: *Item codicillis nemo heres institui potest neque exheredari, quamvis testamento confirmati sint*.

⁴⁶ Cfr., in senso contrario F. WIEACKER, *Hausgenossenschaft und Erbeinsetzung*.

248, anche introducendo il tema delle disposizioni fedecommissarie si rammenta nuovamente la necessaria priorità di essa, mediante l'ammonizione per cui sarebbe inutilmente fatto un testamento, se privo di una corretta istituzione di erede. In questo caso l'elemento ulteriore e caratterizzante è costituito dall'espressione '*fidei committatur*' presente nel menzionato § 248: essa rappresenta una componente direi «psicologica» della fattispecie; il testatore, infatti, potrà soltanto confidare nella lealtà dell'erede istituito⁴⁷, affinché costui dia corso alle preghiere rivoltegli immediatamente dopo l'istituzione, secondo il formulario esemplificativo⁴⁸ che viene riportato nei §§ 249 e 250.

L'affidamento compiuto dal testatore doveva avere la stessa pregnante intensità che caratterizzava quello con cui il disponente mancipava la propria *familia* all'*amicus*. Esso poteva quindi essere malriposto: in letteratura non si manca, infatti, di rilevare come il tema dell'«instabilità» della *fides* (intesa in senso ampio) fosse sentito e acquisito al punto da costituire oggetto di precisi riferimenti in Plauto⁴⁹, e come presso alcuni popoli fosse sconosciuta la nozione stessa di *fides*⁵⁰. Nella progressivamente crescente consapevolezza di tale instabilità, talora i testatori arrivavano a escogitare meccanismi volti a fornire una maggiore spinta

Über die Anfänge des römischen Testaments, in *Festschrift der Leipziger Juristen-fakultät für dr. Heinrich Siber zum 10. April 1940*, I, Leipzig 1941, p. 39 ss.; M. KASER, *Das Altrömische 'ius'*. Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer, Göttingen 1949, p. 159 ss., S. SOLAZZI, *Una data per il testamento romano?* (1953), ora in ID., *Scritti di diritto romano*, V, Napoli 1972, p. 423 ss., e M. D'ORTA, *Saggio sulla 'heredis institutio'*. Problemi di origine, Torino 1996, p. 3 ss.

⁴⁷ Indifferentemente nella totalità o solo in una quota, come si precisa in Gai., *inst.* 2.259: *Nihil autem interest, utrum aliquis ex asse heres institutus aut totam hereditatem aut pro parte restituere rogetur, an ex parte heres institutus aut totam eam partem aut partis partem restituere rogetur. nam et hoc casu de quarta parte eius partis ratio ex Pegasiano senatus consulto haberi solet.*

⁴⁸ Dal quale si apprende che la preghiera potrà riguardare la restituzione della totalità della massa ereditaria, ma anche solo di una sua parte, e che tale preghiera potrà essere formulata tanto puramente e semplicemente quanto con l'apposizione di una condizione o di un termine.

⁴⁹ Cfr. A. CASTRESANA, *op. cit.*, p. 23 ss.; F. BERTOLDI, *Il negozio fiduciario cit.*, p. 21 ss.

⁵⁰ Più in generale, sulla fragilità della lealtà tra amici cfr. S. MARINO, «Sublesta fide». *Un amico di 'dubbia lealtà' tra Menandro e Plauto*, in «Index», XLII, 2014, p. 85 ss., p. 93 e nt. 46.

vincolante all'impegno morale richiesto, come si apprende da Cicerone con riferimento alla narrazione della successione testamentaria di Publio Trebonio⁵¹. All'epoca di Cicerone, comunque, non sembravano ancora sussistere adeguati rimedi al tradimento della *fides*: il vincolo sul quale riposavano simili richieste informali del testatore all'erede (o, comunque, a un beneficiario di disposizione testamentaria) era ancora squisitamente metagiuridico, al punto da non potersi prevedere una corretta realizzazione dei *desiderata* dell'ereditando se non alla luce dell'onestà e della lealtà dimostrate dall'onerato, una volta apertasi la successione e rese eseguibili le disposizioni testamentarie⁵². Si trattava dunque di esiti incerti, per fortuna non sempre frustrati dalla mancata collaborazione dello stesso onerato rivelatosi poi infedele⁵³.

⁵¹ Cfr. Cic., *Verr.* 2.1.123-124. Ho esaminato più diffusamente l'episodio, e quelli ricordati nelle successive nt. 48 e 49 in P. ARCES, *Studi cit.*, p. 206 ss.: il testatore aveva proprio fatto affidamento sulla bontà ed onestà degli eredi istituiti, affinché questi aiutassero il suo fratello proscritto Aulo Trebonio, prevedendo peraltro che costoro giurassero di impegnarsi a fargli pervenire non meno della metà della quota a ciascuno di essi spettante: ma solo il liberto istituito erede in quel testamento mantenne fede agli impegni, dando così corso a una accesa disputa. In proposito, si veda anche F. TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis. Esegesi e sistema nella formazione del testamento fiduciario*, Napoli 2002, p. 40, il quale, proprio in relazione alla vicenda descritta nel passo ciceroniano, rileva la «tenuità del *vinculum fidei* che lega in questo episodio gli eredi al *de cuius*. Oltre a non trovare riscontro testuale nelle espressioni adoperate per ordinare il fedecommesso, la fiducia, cioè il personale affidamento del testatore nell'impegno morale dell'incaricato, è qui almeno in parte esclusa dal fatto stesso che il testatore abbia sentito il bisogno di ricorrere alla promessa sotto giuramento per ottenere l'adempimento del mandato», il che aveva portato in precedenza V. GIODICE-SABBATELLI, *La tutela giuridica dei fedecommessi tra Augusto e Vespasiano*, Bari 1993, p. 59, addirittura ad escludere trattarsi in questo caso di fedecommesso.

⁵² come apprendiamo dalla descrizione di un'altra vicenda, costituente un ricordo giovanile dell'Arpinate, che riguardava l'istituzione d'erede di Publio Sestilio Rufo nel testamento di Quinto Fadio Gallo, il quale l'aveva pregato di far pervenire tutta la sua eredità a Fadia, figlia del testatore: Cfr. Cic., *fin.* 2.55.

⁵³ Si deve rammentare che ancora nella tarda repubblica e sino al principato rivestivano un certo peso quei rapporti, relazioni e pratiche personali, individuate dal segno '*coniunctiones*', e derivanti dall'intreccio tra *officium*, *beneficium*, *amicitia*, *necessitudo*, che riconducono ad una nozione ampia, ma pressante e stringente, di '*vinculum*', nella quale appunto far rientrare quegli impegni e doveri che, pur

6. Conclusioni.

Appurata la rilevanza della «tecnologia della parola» nel processo di evoluzione del diritto, in particolar modo di quello arcaico con riguardo agli impieghi innovativi, già nell'età decemvirale, del *gestum per aes et libram*, si deve comunque osservare che, al fine della realizzazione degli intenti negoziali, da sola essa non era sufficiente: quando espone le linee di sviluppo storico del fedecommesso, infatti, Gaio sottolinea che, anticamente, il beneficiario della restituzione dell'eredità, più che dell'erede o del legatario, teneva il luogo del compratore, rammentando, ed illustrandone la casistica, come tra l'erede onerato e colui al quale si restituiva l'eredità si interponevano le medesime stipulazioni reciproche che si solevano interporre tra venditore e compratore di eredità. Si deve allora ritenere che – tanto nel caso della descrizione del fedecommesso, quanto in quello dell'esposizione dell'impiego *mortis causa* della *mancipatio familiae* – si assiste alla presentazione della fase più antica di schemi successori in cui, rispettivamente, sia l'erede istituito e contestualmente pregato di procedere alla restituzione, sia il compratore considerato (alla stregua di un) erede ricevevano incarichi finalizzati alla distribuzione di cespiti ere-

nell'assenza di strumenti tecnico-processuali che costringono all'adempimento, in qualche modo tendono a provocarlo, secondo l'immagine efficace e suggestiva della compensazione della mancanza di *actio* con la presenza di *fides* e *pudor* quali stimoli interiori all'adempimento, come può rilevarsi dalla prosecuzione della lettura dell'opera da ultima citata dello stesso Cicerone, che contrappone al comportamento infedele di Publio Sestilio Rufo quello di Sesto Peducèo: nominato erede da Gaio Plozio, illustre cavaliere romano di Norcia, si presentò dalla moglie del *de cuius* e spontaneamente consegnò a costei l'eredità ricevuta, senza che nessuno, nemmeno la vedova, sapesse delle richieste informali rivoltegli dal testatore in tal senso: cfr. Cic. *fin.*, 2.58. Con particolare riguardo al *beneficium*, L. BELTRAMI, *Dono e amicizia. Sezione II. Lo spazio dell'amicitia*, in M. BETTINI e W.M. SHORT (a cura di), *Con i Romani. Un'antropologia della cultura antica*, Bologna 2014, rileva come esso «possieda un intrinseco potere metamorfico, che si manifesta sin dalla sua prima comparsa: tale pratica, infatti, modifica la condizione iniziale, nel senso che «aggancia» un individuo al quale non si sia già legati da un vincolo di *necessitudo*, facendolo uscire – rispetto all'*ego* – dal territorio delle non-relazioni e creando una relazione positiva, sostanzialmente un nuovo vincolo di *necessitudo* [...]; può però anche accrescerne, intensificarne una già esistente, a seconda della situazione. Insomma, un *beneficium* apre, ma anche nutre, sostanza, un'*amicitia*».

ditari: nell'ipotesi della *mancipatio familiae* priva dell'istituzione di erede (e quindi di natura testamentaria) si dovrebbe più precisamente parlare di «distribuzione paraereditaria» del patrimonio del defunto da parte del *familiae emptor*.

L'accostamento dei due distinti meccanismi pone in evidente risalto ulteriori fortissime analogie: abbiamo infatti, da un lato, un acquirente considerato alla stregua di un erede⁵⁴ e, dall'altro, il beneficiario della disposizione fedecommissaria che, non potendo per i più diversi motivi essere istituito direttamente erede nel testamento, è considerato, sempre con riguardo alla fase più antica dell'istituto preso in esame, un compratore dell'eredità⁵⁵. È francamente difficile sostenere, come pure in dottrina si è fatto con estremo convincimento⁵⁶, che le richieste rivolte all'erede onerato e al *familiae emptor* non trovassero il loro comune fondamento nella *fides*: per quanto riguarda il fedecommissario, tale affermazione trova giustificazione, oltre che nella sua stessa denominazione e nella considerazione della sua evoluzione storica almeno sino ad Augusto, anche nel formulario utilizzato per disporlo validamente⁵⁷.

Per quel che riguarda la *mancipatio familiae*, invece, è nella descrizione contenuta in Gai., *inst.* 2.102 che si rinviene la connessione con la *fides*, allorché si precisa che chi, non essendo ricorso ad una delle forme pubbliche di testamento, temesse una morte imminente, avrebbe potuto *dare in mancipio* il proprio patrimonio ad una persona di fiducia, incaricandola della futura distribuzione tra i beneficiari. Ho peraltro già rilevato come non mi sembri casuale il ricorso alla parola '*amicus*' per indicare il *familiae emptor*: costui non è inteso semplicemente come «un terzo», «un *civis* qualunque», «un *quivis de populo*», ed opportunamente viene inteso come un «acquirente fiduciario».

Quale sia la funzione della *fides* tanto nel caso della *mancipatio familiae* quanto in quello del fedecommissario è evidente: permettere di raggiungere comunque il risultato distributivo-attributivo *mortis causa*

⁵⁴ Cfr. Gai., *inst.* 2.103: [...] *Namque olim familiae emptor, id est qui a testatore familiam accipiebat mancipio, heredis locum optinebat.*

⁵⁵ Cfr. Gai., *inst.* 2.251: [...] *is vero qui recipit hereditatem aliquando heredis loco est, aliquando legatarii.* [252.] *Olim autem nec heredis loco erat nec legatarii, sed potius emptoris.*

⁵⁶ Cfr. F. LONGCHAMPS DE BÉRIER, *op. cit.*, p. 35 ss.

⁵⁷ Cfr. Gai., *inst.* 2.249.

perseguito anticamente con la celebrazione dei testamenti pubblici⁵⁸,

⁵⁸ In almeno un'altra occasione, peraltro, nelle *Institutiones* ricorre in maniera espressa l'accostamento tra il ricorso alla componente fiduciaria, l'impiego del gesto librile e l'esigenza di fare testamento: cfr., infatti Gai., *inst.* 1.115a: *Olim etiam testamenti faciendi gratia fiduciaria fiebat coemptio; tunc enim non aliter feminae testamenti faciendi ius habebant, exceptis quibusdam personis, quam si coemptionem fecissent remancipataeque et manumissae fuissent; sed hanc necessitatem coemptionis faciendae ex auctoritate divi Hadriani senatus remisit*. Si tratta del passo in cui, nel Primo Commentario, Gaio rende conto della possibilità per la donna di ricorrere ad una *coemptio fiduciaria* per fare testamento. Ora, è noto che la *coemptio* era una delle modalità di acquisto della *manus* sulla donna (Gai., *inst.* 1.109: [...] *in manum autem feminae tantum conveniunt*. [110.] *Olim itaque tribus modis in manum conveniebant, usu farreo coemptione*. Cfr. B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979, p. 289 e nt. 371, 297 ss.), e proprio Gaio, pochi paragrafi prima di quello riferito in apertura di questa nota, ci rammenta che la sua realizzazione avveniva mediante il ricorso alla *mancipatio* (Cfr. Gai., *inst.* 1.113: *Coemptione vero in manum conveniunt per mancipationem, id est per quandam imaginariam venditionem; nam adhibitis non minus quam V testibus civibus Romanis puberibus, item libripende, emit vir mulierem, cuius in manum convenit*), distinguendone un impiego *matrimonii causa* da uno *fiduciae causa*: il primo, fatto dalla donna col marito, permetteva a quest'ultima di essere '*apud eum filiae loco*'; il secondo, realizzabile '*alterius rei causa*' tanto col marito quanto con un terzo estraneo, le avrebbe permesso di conseguire diversi effetti: come ad esempio quello di evitare la tutela (Cfr. Gai., *inst.* 1.114: *Potest autem coemptionem facere mulier non solum cum marito suo, sed etiam cum extraneo; scilicet aut matrimonii causa facta coemptio dicitur aut fiduciae; quae enim cum marito suo facit coemptionem, ut apud eum filiae loco sit, dicitur matrimonii causa fecisse coemptionem; quae vero alterius rei causa facit coemptionem aut cum viro suo aut cum extraneo, velut tutelae evitandae causa, dicitur fiduciae causa fecisse coemptionem*), secondo la procedura descritta nel § 115 del Primo Commentario (*Quod est tale: si qua velit quos habet tutores deponere et alium nancisci, illis auctoribus coemptionem facit; deinde a coemptionatore remancipata ei, cui ipsa velit, et ab eo vindicta manumissa incipit eum habere tutorem, a quo manumissa est; qui tutor fiduciarius dicitur, sicut inferius apparebit*), che, già dalla formulazione dell'*incipit* ('*Quod est tale*'), lascia intendere la sua attualità ancora al tempo di Gaio, a differenza dell'utilizzo riferito nel paragrafo immediatamente successivo (introdotto dal segno '*olim*'), nel quale si informa anche in merito al senatoconsulto emanato su sollecitazione di Adriano che abrogò l'antica necessità, per la donna che volesse fare testamento, di ricorrere al *gestum per aes et libram* per vendere se stessa ad una persona di fiducia, che l'avrebbe poi contestualmente rimancipata al tutore fiduciario, dal quale sarebbe stata infine manomessa: anche in questo caso, dunque, si tratta dell'esposizione di istituti particolarmente antichi,

sia pure mediante un impiego ancora non del tutto maturo dei relativi atti negoziali.

interessati dal fenomeno della desuetudine, oltre che di espressi interventi normativi di abrogazione e riforma, come appunto avvenuto nel caso del senatoconsulto di età adrianea. Lo stesso Gaio, peraltro, si occupa in un'altra sua opera di un negozio fiduciario *inter vivos* finalizzato alla produzione degli effetti finali dopo la morte del disponente: è il caso dell'alienazione, tramite *mancipatio*, del proprio servo ad un terzo affinché questi lo manometta dopo la morte del *dominus* cedente, ricordato in D. 17.1.27.1 (Gai. 9 *ad ed. prov.*): *Si servum ea lege tibi [tradidero] <mancipio dederō>, ut eum post mortem meam manumitteres, constitit <fiduciae> obligatio: potest autem et in mea quoque persona agendi causa intervenire, veluti si paenitentia acta servum recipere velim*. Su questo passo, cfr. F. BERTOLDI, *Il negozio fiduciario* cit., p. 134 ss.

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 di 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 Gojoso, 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*⁴, (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. Egesi 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 IUBEО, 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 fedecompresso 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 fedecommissi*, 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 fedecompresso*, 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 fedecompresso*, 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 tuttavia 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 absenti 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 Pompeo, 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 fedecommissario nacque soprattutto per beneficiare gli stranieri²⁷ che non avevano *testamenti factio*²⁸.

Prima che il fedecommissario avesse una tutela giuridica, si realizzava comunque un piccolo effetto giuridico, in quanto se l'erede dava il bene oggetto di fedecommissario 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 fedecommissari fossero rivendicati dal fisco. Cfr.: LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Il fedecommissario*, 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 πάντα πάντα ὑπῆρχε τὰ fideicommissa· οὐδεὶς γὰρ ἄκων ταῦτα κατέβαλεν ἐκεῖ νοῖς οἷς ἡξιώθη 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 ἡδύνατο αὐτῷ λεγέσθαι κληρονόμος ἐκ διαθήκης εὖνουν ὄντα καὶ πιστὸν ἐσόμενον, καὶ αὐτὸν μὲν ἔγραφε κληρονόμον, ἡξίου δὲ αὐτὸν ἐκτὸς τῆς διαθήκης, ὥστε ἡ πᾶσαν τὴν κληρονομίαν ἢ μέρος αὐτῆς ἢ καὶ ῥητὰ πράγματα τῷδε τῷ peregrinῷ ἀποκαταστασθῆσαι, 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 cogeatur, 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 fiducie*, 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; VOCI, *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 fideicommisso* 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 fedecom-messo⁴⁴.

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

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

³⁶ LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Il fedecom-messo*, cit., 43; 81.

³⁷ LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Il fedecom-messo*, 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 fedecom-messo*, 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 fedecom-messo*, cit., 84.

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

ce dovere morale basato sulla *fides*⁴⁵ in obbligo giuridico⁴⁶. Ciò permise al fedecompresso 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 fedecompresso 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 ἡξιώθη παρασχεῖν. ἐπενοήθη δὲ ἐντεῦθεν τὰ fideicommissa. συνέβαινε πολλάκις ῥωμαῖον τελευτᾶν ἔχοντα συγγενεῖς peregrinus. οἷς οὐδὲ κληρονομίαν οὐδὲ ληγάτα καταλιμπάνειν ἐξῆν διὰ τὸ διαφόρου πολιτείας εἶναι. ἐκάλει τοίνυν οὗτος ῥωμαῖόν τινα, ὃς ἡδύνατο αὐτῷ λεγέσθαι κληρονόμος ἐκ διαθήκης εὖνουν ὄντα καὶ πιστὸν ἐσόμενον, καὶ αὐτὸν μὲν ἔγραφε κληρονόμον, ἡξίου δὲ αὐτὸν ἐκτὸς τῆς διαθήκης, ὥστε ἡ 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. ...) Si veda: MILONE, *Il fedecompresso romano*, cit., 14.

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

⁴⁸ BIONDI, *Successione*, cit., 296.

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

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

Il fedecommissio universale non è necessariamente sinonimo di frode o illiceità, anche se non bisogna trascurare che il fedecommissio, 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 fedecommissio*, 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 fedecommissio*, 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 fedecommissio*, 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 cau<sa> caduca fiunt*. Come dice Gaio, la capacità di ricevere fedecommissi fu tolta dal *senatusconsultum Pegasianum*. Cfr: LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Il fedecommissio*, 152.

grini⁵⁵, ai postumi alieni, alle personae incertae⁵⁶, alle civitates, ai municipia⁵⁷ 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 adquirere. sed qua ratione senatus censuit, ut restitui eis ex Trebelliano hereditas possit: qua ratione alio senatus consulto heredibus eis institutis a liberto adquirere 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 fiducie*, 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 ἐπερωτήσεις ἐγίνοντο μεταξύ τοῦ κληρονόμου καὶ τοῦ fideicommissarii, καὶ ἐγένοντο αἱ ἐπερωτήσεις 'emptae venditae hereditatis'. ἐπερώτα γὰρ ὁ κληρονόμος τὸν fideicommissarium οὕτως: 'ὁμολογεῖς ὡς fideicommissarie εἶναι ἀπαιτηθῆ 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 fedecompresso 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 fedecompresso universale, sono intervenuti due importanti provvedimenti autoritativi: il *senatusconsultum Trebellianum* e il *sentausconsultum 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, ὦ κληρονόμε, ἐὰν ἀπαιτήσης hereditation debitora δίδοναι μοι τοῦτο ἡγουν καὶ ἐκχωρεῖν μοι τὰς ἀγωγὰς ὥστε δυνηθῆναί με procuratorio nomine κινήσαι ταύτας'; (τίς δέ ἐστι 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 incidebat, conveniebatur enim ab hereditario creditore et rursus cum fideicommissario ei agendum erat ex stipulatu, ut ea quae praestasset reciperaret). Cfr. LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Il fedecompresso*, 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 fiducie*, 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 fidéicommiss 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 fidéicommiss 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*, I, Berlin, 1896, 243; MILONE, *Il fedecommissio 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., *Fedecommissio*, cit., 107; TORRENT, *Fideicommissum*, cit., 12; CÁMARA LAPUENTE, *La fiducia sucesoria*, cit., 74; LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Il fedecommissio*, cit., 97 ss.

⁶⁷ GIODICE-SABBATELLI, *La tutela giuridica*, cit., 166; LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Il fedecommissio*, 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 fedecommissio*, 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 restitutae hereditatis adiuvare vel summoheri 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 fidéicommissis*, 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 fideicommissum 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 exstinguebantur 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 fideicommissum 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 fedecommeso⁸², 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 fedecommeso*, 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 fedecommeso romano*, cit., 45; AMBROSINI, *Disposizioni di ultima volontà fiduciarie*, cit., I, 36; BIONDI, *Successione*, cit., 483; VOCI, *Diritto ereditario*, cit., II, 346; ID., *Fedecommeso*, cit., 107; TORRENT, *Fideicommissum*, cit., 13; MAFREDINI, *La volontà oltre la morte*, cit., 101; CÁMARA LAPUENTE, *La fiducia sucesoria*, cit., 74; LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Il fedecommeso*, 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 fedecommeso 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 fedecommeso*, cit., 5; LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Il fedecommeso*, cit., 126.

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

paci a succedere, previsti dalla *lex Iulia et Papia*, l'*incapacitas* di ricevere per fedecommeso⁸³.

4. La distinzione tra fiducia e fedecommeso in Probo.

Una volta vista l'evoluzione del fedecommeso universale, ci si è può chiedere se vi è stata una derivazione del fedecommeso 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 fedecommeso 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 fedecommeso 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 fedecommeso 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 fedecommeso*, 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 beneficata, 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 fiducie*, 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 constitatur: 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 fidéicommiss*, cit., 41.

⁹⁹ La sostituzione fedecommissaria originerà in seguito il fedecommissio *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 fidéicommiss. 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 fedecommissio 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 fedecommissio 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 fidéicommissis*, 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[] [ναι δ] π[ι]π[ρά]σκειν μηδὲ ὑποτίθεσθαι, ἀλλ'εἴ τι <<ἐάν>> ἀν[θ]ρώπιν[ο]ν π[ά]θῃ Μαρκέλλ[α] ἢ προγεγραμμένη, τότε τὸ μέρος τῆς κληρονομίας ἐαυτῆς [] πρὸς 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: ... 'Εάν δέ [...] [...] ἀνθρώπ[ι]νον, [δ] οἱ θεοὶ μὴ [π]οιῇσαι σα.....η []. σθερ. το ...[κλ]ηρο[vacat]νόμων ... καὶ χωρὶς τέκνων ἀπογένηται, υἱ[ι]οῦ [] ημο[] ἐπὶ τοὺς παρόντας [[τέκν[α]] υἱοὺς με[τ]ελθεῖν || θέλω. ...; P.L. Bat. XIII 14 ll. 23-25: ...'Εάν δέ τι ἀνθρώπινο(ν) πάθῃ ὁ προγεγραμμένος [] ...[μ]ὴ τέκνα γεννήσας τὸ μέρος αὐτοῦ ἐπὶ τὸν δεῖνα καταστήσας θέλω, τέκνα δέ 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 τοῖς] αὐτοῖς ἀφήλιξί μου υἱοῖς
τὸν ἡμέτερον γαμβρὸν Αὐρήλιον Ἀχιλλίωνα Κορνη|λιανοῦ
πρυτανεύσαντα τῶν αὐτόθι, πᾶσαν πίστειν μέλλοντα ἀπο-
σώζειν τοῖς αὐτοῖς| παισί[ν] μου καὶ κληρονόμοις. πρὸς τε ἡλικί-
ας αὐτῶν γενομένων ἀποκατασταθῆναι ἐκάστω|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 ἐαυτῇ πρὸς ... καταντῆσαι θέλω’ è usata di frequente per disporre fedecommissari. Le parole ‘εἴ τι ἐν ἀνθρώπινον πάθῃ’, 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 VOCI, *Diritto ereditario*, cit., II, 618.

¹⁰⁹ BGUI 326 ll. 15-17 (FIRA III n. 50): ... Μάρκον Σεμπρόνιον Ἡρακλιανὸν φίλον καὶ ἀξιόλο[γ]ον ἐποίησα ἐπίτροπον τῇ 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 fiduciari cave malum.

¹¹⁴ AE 1912, 188: ... *heres fiduciarius f(aciendum) c(uravit)*; WZ 1892, 281: ... *f(iduciarius) h(eres) ex t(estamento) f(aciendum) c(uravit)*; AE 1973, 54: ... *h(eres) fiduciari(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 fiduciarius*.

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 fiduciarius introit(um) hab(eat)* ...; Si veda: KÜBLER, *Fideicommissum* cit., 75; KASER, *Zum römisches Grabrecht*, in ZSS, 95(1978), 47, n. 143; KURYŁOWICZ, *Heres fiduciarius*, cit., 190 s.

¹¹⁶ MIGLIARDI ZINGALE, *In tema di heres*, cit., 445. Cfr. KURYŁOWICZ, *Heres fiduciarius*, 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 *fideicomm.*): *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 condicatur. 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 impleteret 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 impleteret, decessit, fiduciaria hereditas ad eum pertinet, ad quem cetera bona Oceani pertinerint, quoniam dies fideicommissi vivo Oceano cessit, scilicet si prorogando tempus solutionis tutelam magis heredi fiduciario permisisse, 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, *Fedecompresso 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 fedecommissario 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 fedecommissario¹³⁴. 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 BREONE, *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 (BREONE, *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 debitum. 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: COSSE, *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 fedecommissso '*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'onore¹⁴⁹. 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 fedecommissso 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 fedecommissso 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 fedecommissso 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 fedecommissso*, cit., 106, n. 36.

¹⁵¹ DESANTI, *Il fantasma del fedecommissso*, 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 impleisset 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 quaesiit, 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 fedecompresso*, cit., 210.

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

¹⁵⁶ MANNINO, *Il calcolo della quarta hereditatis*, cit., 136; DESANTI, *Fedecompresso 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 refectu 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 redditu 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 fedecompresso 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 commodum cedit, non heredis, nisi dumtaxat ut ministerium 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 premuova 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 fedecompresso*, cit., 107, n. 37.

¹⁶⁴ DESANTI, *Il fantasma del fedecompresso*, 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 fedecompresso, 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 fedecompresso*, 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 fedecompresso*, 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 fedecomesso nelle forme del fedecomesso *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 SCHULTZE, *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 *Treuhand* 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, *Salmansschaft, 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 *gisel* 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 *Treuhander* nel diritto germanico²¹⁶, aveva un'ampia sfera di applicazione che coinvolgeva sia gli atti di alienazione *inter vivos*, che quelli *mortis causa*; con la *Treuhand mortis causa*, tutto o parte del patrimonio veniva trasferito dal disponente ad un fiduciario intermedio 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 *Treuhand*, 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 *Treuhander*, *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 Treuhand*, cit., 5 ss.; COING, *Die Treuhand*, 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 fedecomesso. Egli non comprende che il titolo è solo strumentale all'acquisizione e alla gestione dei beni²³⁸.

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

Viceversa l'erede (o il legatario) nella situazione fiduciaria, in mancanza di caducazione del fedecomesso, 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 fideicommissi*, 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, *Medioval 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 fiduciaryische Treuhand. 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, Caie, 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 fedecompresso²⁸⁸; 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 fedecompresso²⁹¹ 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 fedecompresso 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 fedecommissato 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 receptarum 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 appositae. ...*; CUIACIUS, *In libr. IV Codicis. Recitationes sollemnae. 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 remanipandi, post solutam omnem pecuniam, ...*

³¹² In altri luoghi Cuiacius parla della fiducia nelle applicazioni del diritto di famiglia, come per esempio: CUIACIUS, *Recitationes sollemnae. 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 remaniparet, & revenderet manumittendum. Sed hodie fiduciarii 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 fiduciarii 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 initio vocavit 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 & effectum, quodammodo heres est, l. 5. §. 1. D. quod cum eo, &c. Fiduciarius autem heres is tantum dicitur, qui rogatus est: nam & hic obligatur jure ordinario, veluti ex cautione quasi contracta fiducia ac fide testatori data restituendae hereditatis. Alii fideicommissarii extra ordinem obligantur ex nuda voluntate defuncti: qua de cuassa 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 fructio. Porro in d. l. 46 proponitur archigubernos trierarchum fiduciarium heredem reliquisse fide 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 fedecommissio nell'Ancien Droit Français.

A questo punto è necessario analizzare il fedecommissio che, nell' "Ancien Droit", era del tutto simile a quello delineato da Giustiniano, che aveva operato l'unificazione tra fedecommissio e legato³¹⁸. Il fedecommissio 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 fedecommissio, 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 fedecommissio, 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, jugées 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 fedecommissario 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^e 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, faite 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 fedecompresso da un altro istituto, vale a dire la *fiducie*³³⁷.

17. Le origini della *fiducie*.

Nonostante il fedecompresso 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 fedecompresso 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'Aout 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 fedecommissio 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 connoissance 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 fedecommissario 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 *Treuhand*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 fideicommissarii praebuerit causam dilationis, quia impubes vel alter male dispositus, sic clare deducitur ex illis iuribus, & sic notarunt Ang. Imola, Paul. & Alexand. in d. l. Seius, in l. 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 iura 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 fedecommissi che non prevedessero di beneficiare il fiduciario³⁵⁴; ne consegue che il gravato di fedecommissso risultava essere un mero intermediario³⁵⁵.

Il secondo³⁵⁶ invece interpretava gli atti di *fiducie* in senso restrittivo, vale a dire i fedecommissi 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 inconvénients 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 fidéicommiss*, 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 legataire". 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 THIERIET DE LUYTON, *Des fideicommiss*, 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 fidéicommiss*, cit., 126 ss.; ZISU, *Des fidéicommiss*, 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 fidéi-commissaire. – 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'égales 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 Fidéicommiss*, 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 Fidéicommiss*, 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 fidéicommissaires*, cit., 127 s.; OLIVIER, *Du fidéicommiss 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 Française*, 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 paraissait 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 fedecompresso³⁸³. 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 “*mini-stre*” 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’Aja³⁹², 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 *Treuhand* germanica⁴⁰⁹, si giunse a contrapporre la fiducia cd. "romanistica" a quella "germanistica".

La *Treuhand* 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 *Treuhand* 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 surtêts 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, *Treuhandtheorie 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 fedecomesso. 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 Treuhand*, cit., 104. Cfr: HOFER, *Treuhandtheorie*, cit., 406 ss.

⁴⁰⁹ COING, *Die Treuhand*, cit., 17.

⁴¹⁰ SCHULTZE, *Die langobardische Treuhand*, cit.

⁴¹¹ BEYERLE, *Die Treuhand im Grundriss des deutschen Privatrecht*, Weimar, 1932, 5 ss.; CARIOTA-FERRARA, *I negozi fiduciari*, Padova, 1933, 10 ss.; COING, *Die Treuhandtheorie 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 Treuhandverhältniss*, 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. Conformamente 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*, I^o, 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.

FRANCESCA TERRANOVA

IL RUOLO DEL FAMILIAE EMPTOR
NEL TESTAMENTUM PER AES ET LIBRAM

Il tema scelto si colloca all'interno di una più vasta ricerca, ancora *in itinere*, concernente lo studio dell'evoluzione del *testamentum per aes et libram*.¹

Come si evince dal titolo dell'intervento, mi concentrerò in particolare su un controverso problema, che riguarda la ricostruzione del ruolo del *familiae emptor* nel *testamentum per aes et libram*.² Intendo trattare di tale questione muovendo da un particolare angolo visuale che prende le mosse dai problemi posti dalla ricostruzione e restituzione dei *verba* del formulario della *familiae mancipatio*, soffermandomi in particolare sul senso da attribuire ad alcuni termini contenuti in tale formula.

Anticipo subito che privilegiare tale prospettiva trova fondamento, come tra breve vedremo, in stringenti ragioni di ordine metodologico. A tali ragioni se ne aggiunge invero un'altra: sono appena trascorsi dieci anni dalla scomparsa del Prof. Albanese, il quale a più riprese nel corso della sua vita è tornato sui temi dei quali mi accingo a trattare e che proprio ai problemi del formulario della *familiae mancipatio* ha dedicato uno dei suoi ultimi lavori, pubblicato negli Annali del Seminario giuridico dell'Università degli

¹ Di tale ricerca ho pubblicato alcuni risultati in *Ricerche sul testamentum per aes et libram*, I. *Il ruolo del familiae emptor (con particolare riguardo al formulario del testamento librato)*, Torino 2011, al quale sarò costretta, mio malgrado, di volta in volta a rinviare, avendo approfonditamente trattato in quella sede del tema oggetto del presente intervento.

² Ho lasciato pressoché invariato il testo della relazione da me presentata ad Urbino nell'ambito del convegno intitolato 'Dalla fiducia (attraverso il *trust*) verso gli affidamenti' (16-17 Ottobre 2014), aggiungendo soltanto alcune note esplicative: ciò spiega il tono talora più colloquiale e l'uso della prima, in luogo della terza, persona.

Studi di Palermo nel 2002.³ Dunque, attraverso la scelta di tale prospettiva di indagine intendo anche ricordare il Maestro.⁴

Mi preme subito sottolineare che ricostruire l'evoluzione della posizione del *familiae emptor* all'interno del testamento librale è questione che ritengo cruciale nel tentativo di tracciare i passaggi evolutivi dell'istituto. Tuttavia, è appena il caso di ricordare che stabilire quale fosse originariamente il ruolo del *familiae emptor* nel *testamentum per aes et libram* è tutt'altro che agevole, non solo per l'esiguità delle fonti e il notevole divario temporale che separa quest'ultime dall'istituto oggetto di studio, ma anche per la non facile lettura di un'attestazione di rilievo centrale per l'indagine, la sola che fornisce informazioni più complete e dettagliate rispetto alle altre sull'evoluzione storica del *testamentum per aes et libram*.⁵ Mi riferisco al notissimo brano del palinsesto veronese delle Istituzioni di Gaio che espo-

³ V. B. ALBANESE, *Brevi Studi di diritto romano* (III), VI. *Sul formulario della 'mancipatio familiae'* in Gai 2.104, in AUPA 47 (2002), p. 68-76 = (a cura di) G. FALCONE, *Scritti giuridici*, IV, Torino 2006, p. 936-944.

⁴ Frequentavo l'ultimo anno del corso di Laurea in Giurisprudenza quando il Prof. Albanese si è spento, il 14 Ottobre 2004. L'ho conosciuto quasi esclusivamente attraverso i suoi scritti e la memoria dei suoi allievi, nondimeno gli sono debitrice sia per gli innumerevoli spunti di indagine rinvenibili nella sua vasta produzione scientifica già dal suo primo lavoro monografico dedicato al tema de *La successione ereditaria in diritto romano antico* [AUPA 20 (1949), p. 127-488] sia per l'esempio di rigore e onestà nella ricerca, che limpidamente traspare dai suoi scritti e non è mai venuto meno, nemmeno negli ultimi anni, a prescindere dai singoli risultati conseguiti, dai quali si è liberi di dissentire. Su tale libertà di dissentire dal proprio Maestro, esercitando «la scienza in piena indipendenza e sovranità di giudizio», quale lascito, tra i più preziosi e rari, di Albanese ai suoi allievi v., nella premessa al suo ultimo lavoro monografico, G. ARICÒ ANSELMO, *Antiche regole procedurali e nuove prospettive per la storia dei comitia*, Torino 2012, p. 30-32.

⁵ Invero, sul punto preziosa è anche la Parafrasi di Teofilo alle Istituzioni di Giustiniano (spec. PT. 2.10.1-10) che nel trattare dei *genera testamentorum* è più vicina al manuale gaiano di quanto lo siano le Istituzioni di Giustiniano. Mi permetto in proposito di rinviare alla letteratura riferita nelle mie *Ricerche sul testamentum per aes et libram*, I, cit., spec. p. 31 nt. 36. È bene, del resto, ricordare che prima della scoperta del palinsesto veronese delle Istituzioni di Gaio, la trattazione di Teofilo del *testamentum per aes et libram* costituiva l'unica fonte che accennasse alla descrizione più antica dell'istituto e dalla quale, dunque, potevano desumersi notizie anche per quanto concerne la posizione giuridica rivestita *ab origine* dal

ne la classificazione dei *testamenta* in *genera*, l'unico testo tra l'altro che, com'è noto, tramanda la formula della *familiae mancipatio* pronunciata dal *familiae emptor*.⁶ A tal proposito, si leggano dunque i §§ 102 e 103 del II commentario gaiano:

Gai 2.102-103: [102.] Accessit deinde tertium genus testamenti, quod per aes et libram agitur. Qui neque calatis comitiis neque in procinctu testamentum fecerat, is si subita morte urgebatur, amico familiam suam, id est patrimonium suum, mancipio dabat, eumque rogabat quid cuique post mortem suam dari vellet. Quod testamentum dicitur per aes et libram, scilicet quia per mancipationem peragitur. [103.] Sed illa quidem duo genera testamentorum in desuetudinem abierunt; hoc vero solum, quod per aes et libram fit, in usu retentum est. Sane nunc aliter ordinatur, quam olim solebat. Namque olim *familiae emptor*, id est qui a testatore familiam accipiebat mancipio, heredis locum optinebat, et ob id ei mandabat testator, quid cuique post mortem suam dari vellet; nunc vero alius heres testamento instituitur, a quo etiam legata relinquuntur, alius dicis gratia propter veteris iuris imitationem *familiae emptor* adhibetur.⁷

familiae emptor nel testamento librare (*Ricerche sul testamentum per aes et libram*, I, cit., p. 51 e nt. 72 con bibliografia).

⁶ In PT. 2.10.1 (che cito dalla recente edizione realizzata da J.H.A. LOKIN, R. MEIJERING, B.H. STOLTE, N. VAN DER WAL, *Theophili Antecessoris Paraphrasis Institutionum, with a translation by A.F. MURISON*, Chimaira-Groningen 2010) si legge che il *familiae emptor* pronunciava dei *verba solemnia*, che tuttavia il Parafraste ritiene superfluo riportare: 'λέγων τινὰ ῥήματα τυπικὰ ἃ νῦν περιττόν ἐστι λέγειν'.

⁷ Riferisco il testo nell'edizione curata da G. Baviera riportata nei *Fontes iuris Romani antejustiniani*², II, Florentiae 1968. È bene tenere conto in proposito anche dell'altra fonte che, come poc'anzi ricordato (nt. 5), tratta insieme alle Istituzioni di Gaio delle due configurazioni strutturali storicamente assunte dal *tertium genus testamenti*, ossia PT. 2.10.1: ...διὰ τοῦτο ἐπενοήθη τρίτον γένος, ὅπερ ἐλέγετο PER AES ET LIBRAM, τουτέστι διὰ χαλκοῦ καὶ ζυγοῦ. ἐγίνετο γὰρ κατὰ EMANCIPATIONA. EMANCIPATION ΔΕ ἔστιν εἰκονικὴ προᾶσις, ἐπράττετο δὲ τοῦτον τὸν τρόπον. παρεγίνοντο πέντε μάρτυρες καὶ ζυγοστάτης, πολῖται Ῥωμαῖοι ἐφηβοί, καὶ παρόντων αὐτῶν ἐκεῖνος ὃς ἡμελλε γίνεσθαι διάδοχος τοῦ τελευτήσαντος ἡγόραζε τὴν τοῦ μέλλοντος τελευτᾶν περιουσίαν, λέγων τινὰ ῥήματα τυπικὰ ἃ νῦν περιττόν ἐστι λέγειν, καὶ ἐπεδίδου λόγῳ τιμήματος εἰκονικοῦ νοῦμμον τῷ δεσπότῃ τῆς περιουσίας· καὶ ἐλέγετο ὁ ἀγοράζων FAMILIEMPTOR. καὶ λοιπὸν ὁ μέλλων τελευτᾶν

Nelle Istituzioni di Gaio sono, in effetti, descritte due differenti configurazioni strutturali assunte nel tempo dal *tertium genus testamenti*.⁸ Da quanto può a mio avviso desumersi dall'esposizione gaiana, la prima, quella più antica, in vigore un tempo (*olim*), più che ridursi a un'unica *res* – la sola *mancipatio familiae*⁹ – pare avere struttura complessa e, per così dire,

διετυποῦτο τί ὀφείλει δοθῆναι μετὰ τὴν αὐτοῦ τελευτήν. ἔλεγε γὰρ τῷ FAMILIEMPTORI ἦτοι τῷ κληρονόμῳ ὅτι: «βούλομαι σε τῷδε δοῦναι ἀγρόν, τῷδε οἰκίαν, τῷδε ἑκατὸν νομίσματα.» καὶ τούτου ἐπινοηθέντος τοῦ γένους τὰ πρότερα ἐκεῖνα δύο γένη, τὸ CALATIS COMITIIS καὶ τὸ PROCINCTU, ἐκ πλείστων τῶν χρόνων εἰς ἀσυνήθειαν ἐχώρησεν. καὶ αὐτὸ δὲ τὸ PER AES ET LIBRAM κατεφρονήθη κατὰ μικρόν. ἐπειδὴ γὰρ ὁ FAMILIEMPTOR αὐτὸς ἦν καὶ κληρονόμος καὶ ἐντεῦθεν δὴ λοιπὸν γινώσκων ὅτι αὐτὸς ἔσται ὁ διάδοχος ἐπεβούλευε τῷ δεσπότη τῆς περιουσίας, διὰ τοῦτο κατὰ μὲν τὸ ἀρχαῖον σχῆμα παρελαμβάνετο FAMILIEMPTOR ὅστις εἰκονικῶς ἠγόραζε τὴν τοῦ μέλλοντος τελευτᾶν ὑπόστασιν, ὁ δὲ διατιθέμενος ἰδίᾳ ἔγραφεν ἐν δέλοις ἢ ἐν χάρταις ὃν ἠβούλετο ἔσεσθαι αὐτοῦ κληρονόμον.

⁸ Rinvio in proposito alla letteratura da me riferita in *Sulla natura 'testamentaria' della cosiddetta mancipatio familiae*, in AUPA 53 (2009), p. 308-309 nt. 15.

⁹ È noto che per indicare l'archetipo del *testamentum per aes et libram* gli studiosi discutano di esso in termini di '*mancipatio familiae*'. In alcuni miei precedenti lavori [precipuamente, *Sulla natura 'testamentaria'*, cit., p. 301 ss.; brevi cenni possono rinvenirsi anche in *Osservazioni su Gai 2.108*, in AUPA 52 (2007-2008), p. 285 nt. 7] mi sono interrogata sulla questione se tale primigenia configurazione dell'atto, comunemente denominata dagli studiosi *mancipatio familiae*, possa essere considerata '*testamentum*', dato che in effetti nell'esposizione gaiana (esposizione, a sua volta, ragionevolmente derivata da un modello più antico, dal quale Gaio ha attinto tali informazioni) anch'essa è a ben vedere così qualificata (2.102: *Accessit deinde tertium genus testamenti, quod per aes et libram agitur*) distinguendosi dalla sua forma evoluta (vigente al tempo in cui il giurista scrive) solo per il diverso modo in cui è strutturata (2.103: *...hoc vero solum, quod per aes et libram fit, in usu retentum est. Sane nunc aliter ordinatur, quam olim solebat*). Di tale, a mio avviso, evidente dato delle fonti gli studiosi si erano già invero resi conto: a titolo esemplificativo v., in particolare, B. ALBANESE, *La successione ereditaria*, cit., spec. p. 418 ss. (e ivi p. 419 nt. 1), il quale sottolinea che Gaio qualifica «espressamente *tertium genus testamenti*» la *mancipatio familiae*, per cui è «indubitabile ... che nel pensiero gaiano anche mediante la *mancipatio familiae* si ha il fenomeno per cui – tanto per servirci dello stesso linguaggio gaiano – *hereditas nobis obvenit*» (dell'A. v. anche *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, Palermo 1982, p. 47 s. e ivi nt. 65; altra letteratura sul problema è stata da me citata in *Sulla natura 'testamentaria'*, cit., p. 301-303 nt.

duale, constando di *familiae Mancipatio* e ulteriori istruzioni del *Mancipio* dans-testatore al *Mancipio accipiens-familiae emptor* in ordine a 'ciò che il disponente volesse fosse dato a ciascuno dopo la sua morte'.¹⁰ La seconda configurazione strutturale, quella più recente, aggiuntasi in seguito (*deinde*) e ancora vigente al tempo nel quale Gaio scrive, consta di *familiae Mancipatio* e *nuncupatio* o *verba nuncupationis*.¹¹

2). Di recente, hanno espresso un orientamento contrario a tale ipotesi, sebbene tra loro con diverse sfumature di pensiero, P. ARCÉS, *Sulla "natura fedecommissaria" del "gestum per aes et libram" utilizzato per disporre "mortis causa"*, in RDR 11 (2011), *passim* [dell'A. si vedano anche *La matrice genetica comune nell'introduzione del testamento librare e del fedecommissario*, in RDR 12 (2012), *passim* e *Studi sul disporre mortis causa. Dall'età decemvirale al diritto classico*, Milano 2012, spec. p. 175 ss.]; G. NICOSIA, *Quasi pretii loco*, in *Iura* 60 (2012), spec. p. 15 ss.; G. COPPOLA, *Rec. di F. TERRANOVA, Ricerche sul testamentum per aes et libram, I. Il ruolo del familiae emptor (con particolare riguardo al formulario del testamento librare)*, Torino 2011, in *Iura* 62 (2014), p. 484 ss.

¹⁰ Tale dualità strutturale dell'istituto emerge ben due volte nell'esposizione gaiana come si evince dall'impiego della proposizione interrogativa '*quid cuique post mortem suam dari vellet*', impiegata al § 102 e ripetuta letteralmente al § 103, retta, nel primo caso, dal verbo *rogo*, nel secondo caso, dal verbo *mando* (v. 2.102: '*Qui ... testamentum fecerat, is ... amico familiam suam, id est patrimonium suum, Mancipio dabat, eumque rogabat quid cuique post mortem suam dari vellet*' e 2.103 '*olim familiae emptor, id est qui a testatore familiam accipiebat Mancipio, heredis locum optinebat, et ob id ei mandabat testator, quid cuique post mortem suam dari vellet*'). In proposito, rinvio a quanto già sostenuto sia in *Sulla natura 'testamentaria'*, cit., p. 323 ss. sia in *Ricerche sul testamentum per aes et libram*, I, cit., spec. p. 304 ss. Concordo con Nicosia quanto all'ipotesi che la ripetizione letterale della proposizione interrogativa in questione possa essere indizio del fatto che si tratta «di formulazione risalente, che il giurista si limita (forse con un certo imbarazzo) a riferire tale e quale, nonostante qualche difficoltà di collegamento sintattico» del verbo *mando*, al quale non è in effetti «collegabile un'interrogativa indiretta» (così G. NICOSIA, *Quasi pretii loco*, cit., p. 17 nt. 35 e 18 nt. 36).

¹¹ Mi sembra pacifico tra gli studiosi [mi sia permesso, ancora una volta, rinviare sia a *Sulla natura 'testamentaria'*, cit., p. 315 ss. sia, nella sola letteratura più recente, a P. ARCÉS, *Sulla "natura fedecommissaria"*, cit., p. 10 ss.; ID., *La matrice genetica comune*, cit., p. 5; ID., *Studi sul disporre mortis causa*, cit., p. 181; G. NICOSIA, *Quasi pretii loco*, cit., spec. p. 25 ss.; G. COPPOLA, *Ancora qualche precisazione sul formulario del testamentum per aes et libram*, in *Iura* 62 (2014), p. 250 s.] che l'istituto in età classica si componga di *familiae Mancipatio* e *verba nuncupationis*

Dalla trattazione gaiana si evince che a mutare in tali due diverse configurazioni strutturali dell'istituto fosse proprio la posizione rivestita dal *mancipio accipiens-familiae emptor*.¹² Nel *testamentum per aes et libram* di età classica, secondo quanto ricorda Gaio, il *familiae emptor* partecipava ormai al *negotium dicis gratia* e *propter veteris iuris imitationem* e, di conseguenza, l'acquisto della *familia* da parte del *familiae emptor* non si verificava affatto, in quanto al tempo in cui il giurista scrive un altro era istituito erede col testamento (2.103: '*alius heres testamento instituitur*'). In età classica, rilievo centrale avevano, infatti, i *verba nuncupationis* o *nuncupatio testamenti* con il rinvio alle *tabulae* contenenti le ultime volontà del testatore. Se, dunque, gli studiosi sono abbastanza concordi quanto all'interpretazione del ruolo del *familiae emptor* all'interno del *testamentum per aes et libram* di età classica, ruolo considerato simbolico e fittizio, non altrettanto pacifica si presenta l'identificazione delle sue caratteristiche nell'età più antica e sono state al riguardo suggerite interpretazioni differenti della sua posizione.

Piuttosto dibattuta, infatti, è l'individuazione degli effetti che avrebbe prodotto originariamente nei confronti del *familiae emptor* il testamento librare di età arcaica, in entrambe le *res* di cui esso si compone, ossia *familiae mancipatio* e ulteriori incarichi affidati al *familiae emptor*. In che senso egli era parte della *familiae mancipatio*? Acquistava realmente nel ruolo di *mancipio accipiens* la *familia* (o *familia pecuniaque*) del *mancipio dans*-testatore?

(o *nuncupatio testamenti*), come del resto, oltre a desumersi da Gai 2.104, è esplicitamente attestato da numerose fonti: v., in particolare, Gai 2.109, 2.115-116, 119, 121, 149a; Tit. Ulp. 20.3, 20.9 e 28.6, gli unici testi quest'ultimi nei quali, come in altra sede ho rilevato (*Sulla natura 'testamentaria'*, cit., p. 301 ss., per l'esame delle fonti in questa nota citate v. p. 315 ss.), ricorre l'espressione *familiae mancipatio*, in riferimento a uno dei due atti che compongono il *testamentum per aes et libram* in età classica. I problemi sorgono piuttosto quanto alla ricostruzione della struttura del *tertium genus testamenti* in età risalente: in particolare, assai arduo in mancanza di attestazioni è riuscire a tracciare i passaggi evolutivi che avrebbero determinato la trasformazione in *nuncupatio* (o *nuncupationes*) degli incarichi la cui esecuzione è rimessa nelle mani (*manum-do*, da cui *mandatela*) del *familiae emptor* nonché, in via pregiudiziale, il connesso problema dell'originaria natura giuridica di tali incarichi.

¹² In tal senso già B. ALBANESE, *Gli atti negoziali*, cit., p. 49: «La *mancipatio familiae* (*testamentum per aes et libram*) ebbe, nel suo svolgimento storico, due configurazioni assai diverse, in quanto ... l'acquisto della *familia* da parte del *familiae emptor* dapprima fu effettivo; poi, non si verificò affatto».

E se sì, tale acquisto si realizzava immediatamente o al momento della morte del testatore? E, ancora, il *familiae emptor* può essere considerato alla stregua di un erede fiduciario? Cosa si intende per *fiduciarius*? Tale termine ricorre nelle fonti in un'accezione univoca? E come qualificare la natura degli incarichi affidati dal *mancipio dans*-testatore al *mancipio accipiens-familiae emptor*? E, infine, se il *familiae emptor* fosse venuto meno al suo ruolo di *amicus*, se non avesse dunque provveduto *sua sponte* a dare esecuzione alla morte del *mancipio dans*-testatore alle disposizioni affidategli da quest'ultimo, avrebbe potuto esservi vincolato? Era giuridicamente coercibile? E se sì, come? ¹³

Tutti questi interrogativi (ed è il caso di sottolineare che mi sono limitata a indicare soltanto quelli principali) sorgono sia dalla controversa ricostruzione ed esegesi dei *verba* del formulario della *familiae mancipatio* riferiti nel palinsesto veronese sia dalle differenti possibili interpretazioni dei termini impiegati nelle Istituzioni di Gaio per qualificare la posizione del *familiae emptor* nel *testamentum per aes et libram* di età arcaica. In merito a questi ultimi, si pensi, in particolare, ai dubbi quanto al senso da attribuire all'espressione *heredis loco* (Gai 2.103 e 105), al possibile valore dei verbi *mando* e *rogo* impiegati per descrivere la natura degli incarichi affidati dal *mancipio dans*-testatore al *mancipio accipiens-familiae emptor* (2.102-103), nonché, da ultimo, al possibile significato della qualifica di *amicus* che il *familiae emptor* parrebbe rivestire nel solo testamento librare di età più risalente (2.102).

Purtroppo, la quantità e complessità dei problemi che ho solo brevemente lumeggiato, non mi consente in questo contesto di dare conto come vorrei della mia posizione in merito a ciascuno di essi perché finirei per risultare nelle mie affermazioni apodittica. Nondimeno, ritengo che qualche parola possa essere spesa riguardo al formulario della *familiae mancipatio*, la cui ricostruzione – come ho già anticipato – è molto controversa, in parte a causa dello stato del palinsesto veronese delle Istituzioni di Gaio, in parte per le note discordanze grammaticali di alcune sue parti. La scelta di partire dal formulario per tentare di ricostruire i profili sostanziali del testamento librare risponde, a mio avviso, a un'opportunità di ordine metodologico

¹³ Ho tentato di fornire un quadro di sintesi delle principali interpretazioni degli studiosi sul ruolo rivestito dal *familiae emptor* all'interno dell'archetipo del *testamentum per aes et libram* in *Ricerche sul testamentum per aes et libram*, I, cit., p. 50 ss., con letteratura ivi nelle note discussa e citata.

dalla quale non si può prescindere nel lavoro di *interpretatio* per tentare di attenuare quanto più possibile un rischio al quale è soggetto qualsiasi interprete, e dunque anche il giurista e lo storico del diritto, quello di lasciarsi influenzare – spesso in modo inconsapevole – dalle proprie precomprensioni e intuizioni di fondo sulla possibile ricostruzione sostanziale di un istituto a tal punto da ‘correggere’ il dato testuale in modo da renderlo conforme ad esse.¹⁴

Al § 104 del II commentario Gaio riporta i *verba* della *familiae Mancipatio*, così come si svolgeva al suo tempo, quando dunque tale *mancipatio* era *imaginaria*, dunque fittizia:¹⁵

Eaque res ita agitur: qui facit <testamentum>, adhibitis, sicut in ceteris mancipationibus, v testibus civibus Romanis puberibus et libripende, postquam tabulas testamenti scripserit, mancipat alicui dicis gratia familiam suam; in qua re his verbis familiae emptor utitur FAMILIAM PECVNIAQVE TVAM ENDO MANDATELA TVAM [Bluhme: TVTAM] CVSTODELAQVE MEA QVO TV IVRE TESTAMENTVM FACERE POSSIS SECVNDVM LEGEM PVBLICAM, HOC AERE, et ut quidam adiciunt AENEAQVE LIBRA, ESTO MIHI EMPTA;¹⁶ deinde aere percutit libram, idque aes dat testatori velut pretii loco rell.

Vi sono, tuttavia, svariati indizi che, a mio avviso, farebbero propendere per una sopravvivenza nella formula di elementi risalenti a un periodo storico più antico di quello in cui Gaio scrive, ovvero un tempo nel quale il *familiae emptor* era a tutti gli effetti parte attiva della *familiae Mancipatio*.¹⁷ Da

¹⁴ In letteratura, si discute in proposito in termini di «latente circolarità di ogni interpretazione». Così M. LA MATINA, *Il testo antico. Per una semiotica come filologia integrata*, Palermo 1994, p. 41. Sulla pregiudizialità dell'analisi dei *verba* del formulario della *familiae Mancipatio* per la ricostruzione dei profili sostanziali del *testamentum per aes et libram* di età più risalente rinvio alle riflessioni svolte in *Ricerche sul testamentum per aes et libram*, I, cit., p. 73 ss.

¹⁵ Nella sola letteratura più recente, sul punto, rinvio sia a G. NICOSIA, *Quasi pretii loco*, cit., spec. p. 20 s. sia a G. COPPOLA, *Ancora qualche precisazione sul formulario*, cit., p. 250 ss.

¹⁶ Quanto al testo della formula pronunciata dal *familiae emptor* (Gai 2.104) seguo le restituzioni dei due apografi del palinsesto veronese delle Istituzioni di Gaio (sulle quali v. tra breve il prospetto riportato nel testo), senza le emendazioni e integrazioni suggerite nelle successive edizioni di fonti.

¹⁷ In tal senso mi ero già espressa in *Ricerche sul testamentum per aes et libram*,

una parte, a mio avviso, depone a favore di tale orientamento l'arcaicità di alcuni termini, tra cui, di sicuro, la preposizione 'endo', notoriamente parola arcaica per 'in', attestata anche in alcuni versetti decemvirali, nonché l'impiego dei due sostantivi 'mandatela' e 'custodela'.¹⁸ Dall'altra, può addursi a sostegno della suddetta ipotesi il notorio «conservatorismo romano»,¹⁹ in campo sia religioso sia giuridico, dal quale discende dunque anche la «presumibile viscosità dei formulari antichi». ²⁰ Nel caso della formula della *familiae Mancipatio*, a tacer d'altro, è ad esempio innegabile indizio del perpetuarsi di alcuni *verba* proprio la circostanza che la preposizione 'endo' della formula non sia stata ammodernata nel tempo e sostituita con 'in'.²¹

I, cit., p. 73 ss., con letteratura sul problema riferita in particolare alla nt. 119. Per un diverso orientamento si vedano E. LAMBERT, *La tradition romaine sur la succession des formes du testament devant l'histoire comparative*, Paris 1901, p. 58 (e ivi nt. 2); S. SOLAZZI, *Diritto ereditario romano. (Anno accademico 1931-1932)*, Napoli 1932, p. 49 nt. 4; R. AMBROSINO, 'In iure cessio hereditatis'. *Spunti per la valutazione della hereditas*, in *SDHI* 10 (1944), p. 40 nt. 97, per il quale «nulla prova che la formula» riferita in Gai 2.104 «si sia formata nel primo periodo e non nel secondo». Più di recente v. inoltre G. COPPOLA, *Ancora qualche precisazione sul formulario*, cit., p. 250 ss., la quale, muovendo dalla circostanza che «Tutto il § 104 ... si riferisce al nuovo rituale, come si desume chiaramente dall'affermazione iniziale con cui il paragrafo si apre» (*op. cit.*, p. 254), ipotizza che entrambe le formule del *testamentum per aes et libram*, sia quella della *familiae Mancipatio* pronunciata dal *familiae emptor* sia quella della *nuncupatio* adoperata dal testatore «non solo quindi la seconda, sono ... da collegare al nuovo tipo di testamento» (*op. cit.*, p. 252), in uso al tempo in cui Gaio scrive.

¹⁸ Rinvio sul punto alla letteratura da me citata in *Ricerche sul testamentum per aes et libram*, I, cit., p. 145 nt. 263, 183 nt. 367.

¹⁹ V. B. ALBANESE, "Res repetere" e "bellum indicere" nel rito feziale (*Liv.* 1,32,5-14), in *AUPA* 46 (2000), p. 9 (= *Scritti in onore di A. Pensavecchio Li Bassi*, I, Torino 2004, p. 25-62 = *Scritti giuridici*, IV, a cura di G. FALCONE, Palermo 2006, p. 721).

²⁰ Così B. ALBANESE, *Sul formulario della 'Mancipatio familiae'*, cit., p. 74 = *Scritti giuridici*, IV, cit., p. 942. Peraltro, è attestato nelle stesse fonti romane che i formulari religiosi e giuridici erano perpetuati e recitati, sebbene non se ne comprendesse più il senso. Così Quint., *Inst. orat.*, 8.2.12: *At obscuritas fit verbis iam ab usu remotis, ut si commentarios quis pontificum et vetustissima foedera et exoletos scrutatus auctores id ipsum petat ex his, quae inde contraxerit, quod non intelleguntur* rell.

²¹ Quanto appena sostenuto nel testo in ordine all'arcaicità di alcuni termini della formula non comporta, a mio avviso – è appena il caso di sottolinearlo – che il tenore del formulario così come tramandato in Gai 2.104 sia stato sempre lo

Si prendano, dunque, in considerazione le principali ricostruzioni del testo del formulario della *familiae mancipatio* prospettate dai vari editori delle Istituzioni di Gaio a partire dai due apografi del palinsesto veronese, apografi sulle cui ricostruzioni si sono a loro volta basate quasi tutte le edizioni di fonti successive.

Apografo di Böcking (1866):²²

Apografo di Studemund (1874):²³

fol. 99^v, ll. 23-24

23^v FAM...AMPECUNIAMQUETUAMENDOMANDATELATU
24^v TAMCUSTODELAQUEMEAQ̄TUIURETESTAMENTUM

23 FAMILIAMPPECUNIAMQUETUAMENDOMANDATELATU
24 AMCUSTODELAQUEMEAQ̄TUIURETESTAMENTUM

fol. 40^r, ll. 1-3

1^r FACEPEPOSSISSECUNDUMLEGEMPUBLICAMHOC
2 ERRETUTQUIDAMADICIUNTAEAEQ̄LIBRAESTOMI
3 HIEMPTA

1 FACEPEPOSSISSECUNDUMLEGEMPUBLICAMHOC
2 ERRETUTQUIDAMADICIUNTAEAEQ̄LIBRAESTOMI
3 HIEMPTA

Dal confronto tra i due apografi emerge anzitutto che tutt'altro che concordi sono le restituzioni di alcuni *verba* contenuti nel formulario.²⁴ Inoltre,

stesso dalle origini dell'istituto fino ai tempi in cui Gaio lo riferisce. Alcune parti della formula sono state, secondo gli studiosi, aggiunte in un periodo successivo: così, ad esempio, secondo molti l'inciso '*quo tu iure testamentum facere possis secundum legem publicam*' (per riferimenti bibliografici sul punto v. le mie *Ricerche sul testamentum per aes et libram*, I, cit., p. 210 nt. 439), nonché l'endiadi che si trova in apertura del testo della formula, '*familiam pecuniamque*', che avrebbe sostituito l'originaria presumibile presenza tra i *verba* della formula del solo termine '*familia*' (v. *op. cit.*, p. 191 nt. 389 con letteratura, *cui adde* sul punto, più di recente, G. NICOSIA, *Quasi pretii loco*, cit., p. 30 nt. 65; G. COPPOLA, *Ancora qualche precisazione sul formulario*, cit., p. 257 s.).

²² E. BÖCKING, *Gai Institutiones, Codicis Veronensis Apographum ad Goescheni Hollwegi Bluhmii schedas*, Lipsiae 1866.

²³ G. STUEMUND, *Gaii Institutionum commentarii quattuor, Codicis Veronensis denuo collati Apographum confecit*, Leipzig 1874, rist. Osnabrück 1965.

²⁴ Nell'apografo curato da Böcking, in nota al fol. 99^v, ll. 23-24, sono riportate le diverse letture di Göschen e di Bluhme relative all'inciso contenente i termini *mandatela* e *custodela*. Mi sia consentito in proposito rinviare ancora una volta alle mie *Ricerche sul testamentum per aes et libram*, I, cit., spec. p. 81 s. e ivi ntt. 139-145. Sulle prime trascrizioni del palinsesto veronese delle Istituzioni gaiane e sulla successiva opera di revisione di Studemund rinvio ai recentissimi contributi sul tema di Mario Varvaro e alla letteratura ivi nelle note citata e discussa dall'Autore

il testo non appare coordinato dal punto di vista grammaticale. Com'è noto, la formula si apre con un accusativo iniziale, '*familiam pecuniamque tuam*', che non può essere retto dal verbo '*esto empta*', che presupporrebbe invece un nominativo. Un problema di desinenze si pone, inoltre, per l'aggettivo possessivo '*tuam*' (peraltro, secondo la lettura di Bluhme, '*tutam*' e non '*tuam*')²⁵ che la maggior parte degli studiosi, specie da Studemund in poi, legge con una certa sicurezza tra la fine della l. 23 e l'inizio della l. 24 del fol. 99^u, ricollegandolo al precedente ablativo '*mandatela*', retto da '*endo*'.

La molteplicità delle ipotesi proposte dagli studiosi rende, a mio avviso, opportuno considerare separatamente il problema della coordinazione tra i tre termini all'accusativo che si trovano in apertura della formula (*FAMILIAM PECVNIAQVE TVAM*) e il verbo finale (*ESTO EMPTA*) e quello della restituzione dell'inciso contenente i due termini *mandatela* e *custodela*. Per risolvere il primo problema gli studiosi sono stati costretti ad emendare, talora anche «pesantemente»,²⁶ il testo. Le principali restituzioni proposte possono così schematicamente riassumersi:

- a) *FAMILIA PECVNIAQVE TVA ... HOC AERE ... AENEAQVE LIBRA ESTO MIHI EMPTA*;
- b) *FAMILIAM PECVNIAQVE TVAM ... <RECIPIO, EAQVE> ... HOC AERE ... AENEAQVE LIBRA ESTO MIHI EMPTA*;
- c) *FAMILIAM PECVNIAQVE TVAM ... <ESSE AIO, EAQVE> ... HOC AERE ... AENEAQVE LIBRA ESTO MIHI EMPTA*;
- d) *FAMILIAM PECVNIAQVE TVAM ... <EX IVRE QVIRITIVM ESSE AIO, EAQVE> ... HOC AERE ... AENEAQVE LIBRA ESTO MIHI EMPTA*;
- e) *FAMILIAM PECVNIAQVE TVAM ... <EX IVRE QVIRITIVM MEAM ESSE AIO, EAQVE> ... HOC AERE ... AENEAQVE LIBRA ESTO MIHI EMPTA*.

Quanto al tratto della formula ove sono riportati i due sostantivi *mandatela* e *custodela*, l'inciso è stato restituito in letteratura, fondamentalmente, secondo le seguenti diverse varianti:

[Der *Gaius der Preußen*, in ZSS 128 (2011), p. 239 ss.; Wilhelm Studemund e il «martire illustre della paleografia», in SCDR 25 (2012), p. 281 ss.; *Le istituzioni di Gaio e il Glücksstern di Niebuhr*, Torino 2012, *passim*; *Le prime trascrizioni del palinsesto di Gaio e il presunto «mistero» delle schede veronesi* (BCapVr, Cod. DCC-CIX), in IAH 6 (2014), p. 77 ss.].

²⁵ Cfr. E. BÖCKING, *Gai Institutiones, Codicis Veronensis Apographum*, cit., fol. 99^u, l. 24.

²⁶ Così G. NICOSIA, *Quasi pretii loco*, cit., p. 22.

- f) ENDO MANDATELA TVA CVSTODELAQVE MEA;
- g) ENDO MANDATELAM TVAM CVSTODELAMQVE MEAM;
- h) ENDO MANDATELA ~~TVAM~~ CVSTODELAQVE MEA;
- i) ENDO MANDATELA TVTELA CVSTODELAQVE MEA.²⁷

Tralascierò, in questa sede, di affrontare le ragioni di ordine paleografico che possono addursi a favore o contro ciascuna di tali proposte di restituzione dei *verba* della formula²⁸ e mi concentrerò solo su quelle di ordine sostanziale, soffermandomi, in modo particolare, sul problema del senso da attribuire all'inciso contenente i due termini *mandatela* e *custodela*. Dalla presenza di tali termini, infatti, molti studiosi traggono spunto per avallare l'ipotesi che il *familiae emptor* fosse un mero 'esecutore testamentario' delle disposizioni affidategli dal testatore.²⁹

Ora, è noto che la desinenza finale *-ela* indica che le parole in questione hanno natura durativa, caratteristica quest'ultima che accomuna anche altri termini latini in uso nel lessico giuridico.³⁰ Che si tratti di termini «d'im-

²⁷ Richiami bibliografici su ciascuna di tali proposte di restituzione del testo della formula della *mancipatio familiae* possono rinvenirsi nelle mie *Ricerche sul testamentum per aes et libram*, I, cit., p. 85 ss., spec. ntt. 150, 162, 163, 164, 165, 173, 174, 175.

²⁸ Discuto di tali ragioni al cap. II delle mie già citate *Ricerche sul testamentum per aes et libram*, I, p. 84 ss.

²⁹ Nella letteratura più recente, ipotizza che il *familiae emptor* possa considerarsi alla stregua di un esecutore testamentario, tuttavia non nella prima configurazione strutturale dell'istituto bensì nella seconda, vigente al tempo in cui Gaio scrive, G. COPPOLA, *Ancora qualche precisazione sul formulario*, cit., p. 250 ss., spec. 259 s.: «...il *familiae emptor* conservava ancora in questa *mancipatio* fittizia un suo, seppur attenuato, ruolo attivo: quello che in termini moderni chiameremmo di un "esecutore testamentario", anche se con poteri più blandi, non essendo possessore dei beni ereditari, come un tempo, quando a lui passava addirittura la proprietà della *familia*, ma semplicemente garante della loro devoluzione a chi di diritto, ruolo che s'impegnava ad assumere con una dichiarazione che lui solo poteva pronunciare, essendo l'unico soggetto che nel rito mancipatorio poteva parlare, avvalendosi delle parole: "per tuo incarico la tua *familia* e la tua *pecunia* (<prendo>?) in mia custodia perché tu possa fare validamente testamento secondo la legge pubblica, e sia a me acquistata con questo rame – e come alcuni aggiungono – con questa bilancia di bronzo"».

³⁰ Si pensi, a titolo esemplificativo, ai termini *curatela*, *clientela*, *querela*, *tutela*.

pronta arcaica»³¹ è testimoniato dal fatto che *mandatela* sia adoperato in un altro luogo soltanto, ossia in un elenco lessicografico riferito nella *Institutio de arte grammatica* di Prisciano.³² È dunque ragionevolmente un arcaismo. Il termine *custodela* è attestato in più fonti rispetto a *mandatela* (sebbene anche in questo caso si tratta di attestazioni sporadiche: sono rinvenibili infatti solo altre tredici ricorrenze del termine in Plauto, Festo, Apuleio e Prisciano).³³

Mandatela presenta la medesima radice etimologica del più recente termine *mandatum*³⁴ ed è inequivoca la sua connessione con il verbo *mando*. Il dato etimologico è particolarmente significativo ai fini della presente indagine. *Mando* secondo gli studiosi deriva verosimilmente da **manum-dhō*³⁵ e, come è del resto attestato in diverse fonti, indicherebbe l'affidare nelle mani di un amico un affare, un interesse o anche solo una persona.³⁶ Il verbo farebbe, quindi, riferimento all'atto di porgere la mano affinché venga stretta, gesto che in effetti richiama con una certa evidenza l'atto di affidamento di un soggetto, mediante la *manus*, a un altro.³⁷

Sui termini con suffisso in *-ela* rinvio alla bibliografia da me citata in *Ricerche sul testamentum per aes et libram*, I, cit., p. 146 nt. 265.

³¹ Così, riguardo ai termini *mandatela* e *custodela* presenti nel formulario della *familiae Mancipatio*, M. BRUTTI, *Il diritto privato nell'antica Roma*², Torino 2011, p. 394.

³² Prisc., *Inst.*, 2.120.8-9 (GL, Keil): ...*'mandatum mandati mandatēla'*...

³³ Plaut., *Capt.*, 456-457; *Merc.*, 232-233; *Most.*, 406; *Rud.*, 624-625; *Rud.*, 694-696; Fest., v. *Custodelam* (Lindsay 44.19); Prisc., *Inst.*, 2.120.8 (GL, Keil); Apul., *Metamorph.*, 2.22; 7.13; 9.1; 9.17; 10.14.

³⁴ Così, del resto, esplicitamente Prisc., *Inst.*, 2.120.8-9 (GL, Keil), testo più sopra riportato alla nt. 32.

³⁵ In proposito, rinvio alla letteratura citata in un recente contributo da M. DE SIMONE, *Una congettura sull'arcaico filiam abducere*, in *AUPA* 55 (2012), spec. p. 336 nt. 47.

³⁶ Sul punto rinvio in particolare a L. LOMBARDI, *Dalla «fides» alla «bona fides»*, Milano 1961, p. 84, spec. 175 nt. 24: «Il mandato si ricollega non già a un *manum dare* promissorio ma all'idea di un 'mettere in mano' un affare (una persona, una cosa) a un amico, di un affidarsi a lui per il disbrigo di esso», nonché, più di recente, S. RANDAZZO, *Mandare. Radici della doverosità e percorsi consensualistici nell'evoluzione del mandato romano*, Milano 2005, p. 7 s., con ulteriori richiami bibliografici.

³⁷ Può ritenersi in fondo implicito nell'etimologia stessa del verbo *mando* (e, dunque, del sostantivo *mandatela*) il richiamo al valore della *fides* e al connesso ri-

Tale valore del verbo *mando* e del sostantivo *mandatela* è particolarmente significativo ai fini della ricostruzione della posizione del *familiae emptor* nella prima configurazione assunta dal *tertium genus testamenti*, specie se lo si legge alla luce della qualifica di *amicus* attribuita da Gaio al *familiae emptor* nel solo testamento librale di età arcaica.³⁸ Nella sua risalente accezione il verbo parrebbe, inoltre, caratterizzato da un accentuato profilo di unilateralità, secondo alcuni espressione di un comando, secondo altri più vicino a una preghiera.³⁹ Anche questo dato è degno di nota se letto alla luce dell'utilizzo da parte di Gaio del verbo *rogo* per qualificare gli incarichi affidati dal testatore al *familiae emptor-amicus* nella primigenia struttura del *testamentum per aes et libram*.⁴⁰

tuale della *dextrarum iunctio*. In proposito oltre alla letteratura sul tema da me citata in *Ricerche sul testamentum per aes et libram*, I, cit., p. 149 nt. 277 rinvio a quella riferita da M. DE SIMONE, *Una congettura sull'arcaico filiam abducere*, cit., p. 342 nt. 73.

³⁸ V. Gai 2.102: *...Qui neque calatis comitiis neque in procinctu testamentum fecerat, is si subita morte urgebatur, a m i c o familiam suam, id est patrimonium suum, mancipio dabat, eumque rogabat quid cuique post mortem suam dari vellet...* Si noti che, nel prosieguito dell'esposizione, quando Gaio descrive la seconda configurazione strutturale dell'istituto, vigente al suo tempo, il *familiae emptor* non viene più qualificato come *amicus*: 'qualsiasi' soggetto poteva essere ormai chiamato a comparire nel *testamentum per aes et libram*. Si legga sia Gai 2.103 (*...nunc vero alius heres testamento instituitur, a quo etiam legata relinquuntur, a l i u s dicis gratia propter veteris iuris imitationem familiae emptor adhibetur*) sia 2.104 (*Eaque res ita agitur: qui facit <testamentum> ... postquam tabulas testamenti scripserit, mancipat a l i c u i dicis gratia familiam suam...*). In proposito rinvio alle mie *Ricerche sul testamentum per aes et libram*, I, cit., spec. p. 297 e ivi ntt. 641 e 643, 331 ss., 416 s. nonché, più di recente, G. NICOSIA, *Quasi pretii loco*, cit., p. 21 e ivi nt. 46, ove lo studioso rileva che la modalità con cui il giurista si esprime nel descrivere lo svolgimento della *familiae mancipatio* al § 104 del suo secondo commentario lascerebbe verosimilmente trapelare «che ormai la *mancipatio familiae* viene fatta, appunto *dicis causa*, 'a qualcuno', vale a dire a chi sia disposto ad assumere quel ruolo di mera comparsa (mentre *olim* veniva fatta non a uno qualunque, ma all'*amicus*, cui si mancipava la *familia* e si affidava il compito di eseguire le indicazioni ricevute)», cui adde anche P. ARCÉS, *Studi sul disporre mortis causa*, cit., p. 191. Sulla rilevanza giuridica dell'*amicitia* e sulle sue connessioni con l'istituto della *fides* e con l'arcaico *mandare* si vedano i richiami bibliografici rinvenibili in M. DE SIMONE, *Una congettura sull'arcaico filiam abducere*, cit., spec. p. 335 ntt. 45 e 46 e 341 nt. 70.

³⁹ In tal senso L. LOMBARDI, *Dalla «fides» alla «bona fides»*, cit., p. 175 nt. 24.

⁴⁰ V. Gai 2.102: *...Qui ... testamentum fecerat, is si subita morte urgebatur,*

Custodela deriva invece da *custos*. È notoriamente attestato che la parola è forma arcaica per *custodia*.⁴¹ Il termine ricorre nelle fonti con svariate accezioni e in letteratura è dibattuto se sia più antica l'accezione, per così dire, 'volgare' di *custodela*, nel senso quindi di vigilanza, protezione, salvaguardia, oppure l'accezione del termine corrispondente a un potere su persone o cose, vicino semanticamente a una *potestas rei*.⁴² Tuttavia, secondo molti studiosi, nell'età più antica non vi era una così netta scissione tra le due accezioni del termine, *custodela*-vigilanza e *custodela*-potere.⁴³

Quanto appena rilevato sul valore con il quale i due termini – *mandatela* e *custodela* – ricorrono nelle fonti consente di scartare alcune ipotesi ricostruttive della porzione di testo da *endo* a *mea* presente nella formula della *familiae Mancipatio*, in particolare le restituzioni che ho poc'anzi indicato con le lettere h) ed i): quelle cioè che espungono del tutto dal testo l'aggettivo possessivo '*tuam*' e quelle che suppongono la presenza del termine '*tutela*' all'interno del formulario.

In questa sede, mi soffermerò in particolare a discutere delle ragioni di ordine sostanziale che, a mio avviso, si oppongono precipuamente alla prima ipotesi di restituzione dell'inciso contenente i due termini *mandatela*

amico familiam suam, id est patrimonium suum, Mancipio dabat, eumque r o g a b a t quid cuique post mortem suam dari vellet... Mi sia permesso, ancora una volta, rinviare alle considerazioni svolte nelle mie *Ricerche sul testamentum per aes et libram*, I, cit., spec. p. 296 ss.

⁴¹ Si leggano in proposito sia Fest., v. *Custodelam* (Lindsay 44.19): *Custodelam dicebant antiqui, quam nunc dicimus custodiam* sia Prisc., *Inst.*, 2.120.8 (GL, Keil): *... 'custos custodi custodēla'...*

⁴² Rinvio sul punto alla letteratura citata e discussa nelle mie *Ricerche sul testamentum per aes et libram*, I, cit., p. 152 ss. ntt. 287-290.

⁴³ Ciò parrebbe evincersi, in modo particolare, dalla lettura di alcuni passi tratti da commedie plautine: Plaut., *Capt.*, 456-457 (Naudet): 456. *Servate istum, soltis, intus, servi; ne quoquam pedem* 457. *Ecferat sine custodela...*; Merc., 232-233: 232. *...visus sum* 233. *in custodelam simiae concredere*; Most., 406: *In tuam custo<de>lam meque et meas spes trado*, Tranio; Rud., 624-625: 624. *ferre suppetias qui Veneri Veneriaequae antistitae* 625. *more antiquo in custod<e>lam suum commiserunt caput*; Rud., 694-696: 694. *...Venus alma ...* 696. *in custodelam nos tuam ut recipias et tutere*. Dai testi può, in effetti, desumersi che in età arcaica il profilo riguardante l'esercizio di un'attività di sorveglianza e protezione su persone e cose discendeva dalla sussistenza di un potere in capo al *custos*, necessario al fine di realizzare l'attività di custodia affidatagli. Sul punto rinvio, in particolare, a A. METRO, *L'obbligazione di custodire nel diritto romano*, Milano 1966, p. 84 nt. 195.

e *custodela* [e che, come si vedrà, valgono del resto anche per la restituzione della formula che poc' anzi ho indicato con la lettera i)], seguendo la quale il primo sostantivo andrebbe riferito non all'attività posta in essere dal *mancipio dans*-testatore ('*ENDO MANDATELA TVA*') ma a quella rientrante nella sfera di attribuzione del *familiae emptor* ('*ENDO MANDATELA CVSTODELAQVE MEA*').⁴⁴ Va subito rilevato che tale congettura si pone, in effetti, in contrasto con il valore originario del verbo *mando*, dal quale il termine *mandatela* sarebbe derivato, che pone maggiormente l'accento sull'atto posto in essere da chi dà l'incarico (*manum do*).⁴⁵ Sarebbe, quindi, in contrasto con tale accezione presumibilmente originaria del verbo la circostanza che il *familiae emptor* nel formulario si riferisse a una *mandatela* posta in essere da lui stesso, e non dal *mancipio dans*-testatore.⁴⁶ Quanto detto porta dunque a propendere per

⁴⁴ Riguardo all'ipotesi di restituzione dell'inciso contenente i termini *mandatela* e *custodela* che suppone una presunta emendazione dell'aggettivo possessivo '*tuam*' in '*tutela*' o '*tutelam*' ('*ENDO MANDATELA TVTELA CVSTODELAQVE MEA*'; '*ENDO MANDATELAM TVTELAM CVSTODELAMQVE MEAM*'), va sottolineato che ad essa, oltre alle ragioni di ordine sostanziale già formulate in un'altra sede (*Ricerche sul testamentum per aes et libram*, I, cit., p. 156 ss.) che, come si vedrà nel testo, sono in parte le stesse che valgono per quanti restituiscono la formula espungendo dal testo l'aggettivo possessivo *tuam* e facendo rientrare e *mandatela* e *custodela* nella sfera di attribuzione delle attività poste in essere dal *familiae emptor*, vi si oppongono, a mio avviso, anche (e in primo luogo) stringenti ragioni di ordine paleografico. Rinvio al tal proposito a quanto già evidenziato in *Ricerche sul testamentum per aes et libram*, I, cit., p. 81 nt. 141, 97 s. e ivi spec. nt. 173 e 175, ove ho messo in luce che in effetti è dalla lettura proposta da Bluhme (*tutam*, in luogo di *tuam*) e accolta, in seguito, da Göschen nella sua *editio secunda* delle Istituzioni di Gaio che hanno, a mio avviso, tratto spunto tutti quegli editori (ivi citati a p. 97 nt. 175) che ipotizzano la presenza nella formula del termine *tutelam* (o, secondo altri, *tutela*).

⁴⁵ Non a caso si è in proposito rilevato che *mandatela* «actus est mandantis, ut tutela tuentis, custodela custodientis, querela querentis, loquela loquentis est sic deinceps». Così TH. MOMMSEN, *Emendationes Gaianae. Epistola critica*, che cito da *Gesammelte Schriften*, II, Berlin 1905, p. 42.

⁴⁶ In proposito v. precipuamente quanto rilevato da B. ALBANESE, *Sul formulario della 'mancipatio familiae'*, cit., p. 71 s. (= *Scritti giuridici*, IV, cit., p. 939 s.): «... il *tuam* del palinsesto non può espungersi a cuor leggero. L'espunzione ha l'effetto di attribuire la *mandatela* allo stesso *familiae emptor* (*endo mandatela mea*), cosa che presuppone l'attribuzione a *mandatela* d'un valore corrispondente, non alla situazione di chi ha ricevuto l'incarico altrui, bensì alla situazione di chi svolge un'attività connessa alla propria situazione di persona incaricata. E ciò è artificioso,

la restituzione indicata con la lettera f): 'ENDO MANDATELA TVA CVSTODELAQVE MEA', emendando dunque il *tuam* del palinsesto veronese in *tua*.⁴⁷

Le riflessioni che ho brevemente svolto sui termini *mandatela* e *custodela* consentono inoltre di avanzare qualche ipotesi anche in merito alla ricostruzione – ben più controversa e dibattuta – degli altri *verba* del formulario [le cui diverse restituzioni sono state più sopra da me indicate con le lettere da a) ad e)].

Si noti infatti che, a tacer d'altro, la presenza all'interno della formula della *familiae Mancipatio* dell'inciso contenente i termini *mandatela* e *custodela* è difficilmente conciliabile, a mio modo di vedere, con la proposta di restituzione del testo del formulario che ho più sopra indicato con la lettera a).⁴⁸ Come non si è mancato di rilevare in letteratura,⁴⁹ presenta notevoli

mi sembra, e del tutto improbabile, specie in un linguaggio tecnico arcaico». Più di recente, vedi G. NICOSIA, *Quasi pretii loco*, cit., p. 23 nt. 48.

⁴⁷ Non mi soffermo in questa sede a ragionare sulle implicazioni che derivano dall'accettazione dell'altra restituzione del testo dell'inciso contenente i termini *mandatela* e *custodela* proposta da Bluhme (parimenti probabile, a ben vedere, allo stato attuale delle fonti di cui disponiamo) che, come poc'anzi ricordato nel testo, leggeva 'tutam' in luogo di 'tuam'. Mi sia consentito sul punto di rinviare ancora una volta alle mie *Ricerche sul testamentum per aes et libram*, I, cit., p. 197 ss.

⁴⁸ Si tratta della restituzione proposta per primo da Lachmann (*Gaii Institutionum commentarii quattuor ex recensione et cum commentariis Iob. Frid. Lud. Goeschenii opus Goeschenii morte interruptum absolvit Carolus Lachmannus*, Bonnae 1841, in *Corpus iuris Romani anteiustiniani, consilio professorum Bonnensium E. Böckingii ... aliisque*, Bonnae 1841, p. 46 s., e ivi nt. 18; Id., *Gaii Institutionum commentarii quattuor ex membranis deleticiis Veronensis Bibliothecae Capitularis eruit Io. Frid. Lud. Goeschen accedit veteris iurisconsulti de iure fisci fragmentum ex aliis eiusdem Bibliothecae membranis transcriptum, Carolus Lachmannus ad schedas Goeschenii Hollwegii Blumii recognovit, Giescheniana editio tertia cum tabulis aeri incis, Berolini 1842*, p. 131 s.; per ulteriori richiami bibliografici v. le mie *Ricerche sul testamentum per aes et libram*, I, cit., p. 85 nt. 150), in base alla quale la chiusa finale 'ESTO MIHI EMPTA' andrebbe riferita direttamente ai termini iniziali emendati da accusativi in nominativi: 'FAMILIA PECVNIAQVE TVA'.

⁴⁹ Mi riferisco in particolare al contributo di Albanese al quale ho accennato in apertura del mio intervento, ovvero *Sul formulario della 'mancipatio familiae'*, cit., p. 74 (= *Scritti giuridici*, IV, cit., p. 942), ove lo studioso rileva che un «riferimento a una situazione di *mandatela custodelaque*..., proprio per la connotazione durativa già accennata dagli antichi sostantivi..., non può affatto accordarsi con un atto singolo di acquisto (*emere*) che in sé si concluda (salvo sviluppi successivi, ma estranei

difficoltà dal punto di vista logico un'ipotetica connessione del verbo *emo* (che indica un atto singolo di acquisto destinato in sé a concludersi immediatamente) con la presenza dell'inciso '*ENDO MANDATELA TVA CVSTODELAQVE MEA*', i cui termini, come denuncia il suffisso *-ela*, hanno invece natura durativa.

Notevoli difficoltà hanno posto e continuano a porre anche le altre proposte di integrazione dei *verba* del formulario [quelle indicate con le lettere b), c) e d)] e tali difficoltà si evidenziano particolarmente, a mio avviso, nel momento in cui si tenta di tradurre il testo. Sostanzialmente, in base a tali restituzioni,⁵⁰ il verbo *esse* si riferisce direttamente ai termini *endo mandatela tua custodelaque mea*, che avrebbero la funzione di specificare la situazione in cui si trova la *familia pecuniaque* del *mancipio dans*-testatore. Quanti propendono per tale integrazione dei *verba* della formula rendono, tuttavia, la preposizione *endo* con due differenti sfumature di significato: con valore, in un certo senso, di stato o limitativo, quando riferita a *custodela*, con valore finale o di modo, quando riferita a *mandatela*.⁵¹ Tuttavia, da un lato, la differente traduzione della preposizione *endo* è, a mio avviso, ingiustificata: è ragionevole infatti congetturare che *endo* abbia il medesimo valore nell'inciso, riferendosi chiaramente sia a *mandatela* sia a *custodela*. Dall'altro la finalità del *negotium* è già espressa dal successivo inciso '*QVO*

allo stesso atto di acquisto)... Insomma, per dare senso al cenno della *mandatela* e *custodela* sembra indispensabile ammettere che esso non si riferisca all'atto istantaneo dell'*emere*, bensì a una condizione (*esse*) particolare della *familia pecuniaque*». In senso concorde, più di recente, anche G. NICOSIA, *Quasi pretii loco*, cit., p. 22 s. nt. 48, il quale sottolinea che tale correzione è «assolutamente arbitraria e paleograficamente insostenibile: l'amanuense avrebbe dovuto commettere per ben tre volte l'errore di aggiungere (alle parole *familia, pecunia e tua*) una *m*».

⁵⁰ Si tengano in considerazione, in particolare, le restituzioni che ho indicato nel testo con le lettere c) e d) (letteratura su entrambe tali proposte di integrazione dei *verba* della formula può rinvenirsi nelle mie *Ricerche sul testamentum per aes et libram*, I, cit., spec. p. 91 nt. 163 e 92 nt. 164).

⁵¹ Secondo la traduzione per lo più proposta da quanti restituiscono la formula inserendo dopo l'inciso contenente i termini *mandatela* e *custodela* i termini '*esse aio eaque*' (o '*ex iure quirritum esse aio eaque*'), i *verba* andrebbero all'incirca così resi: 'io affermo che la tua *familia pecuniaque* è in mia *custodela* affinché si attui la tua *mandatela* ed è a me acquistata con questo bronzo e la bilancia di bronzo affinché tu possa fare testamento etc.' Rinvio in proposito ancora una volta alla letteratura citata e discussa nelle mie *Ricerche sul testamentum per aes et libram*, I, cit., spec. p. 181 e ivi nt. 160.

TV IVRE TESTAMENTVM FACERE POSSIS SECVNDVM LEGEM PVBLICAM' e anche ipotizzando, come molti fanno, che tale pericope sia stata inserita nella formula successivamente,⁵² non avrebbe molto senso tale aggiunzione se la finalità dell'atto fosse stata già espressa dalle parole 'ENDO MANDATELA TVA'.

Tali difficoltà del senso da attribuire ai *verba* della formula – difficoltà che, come appena visto, si palesano chiaramente in sede di traduzione del testo – vengono invece meno, a mio parere, se si esamina l'altra restituzione, seguendo la quale il *familiae emptor* affermava la sussistenza a sé di un potere sulla *familia pecuniaque* del testatore fondato sul *ius Quiritium*.⁵³ In questo caso, il tratto da *endo a mea* si configura come un inciso che servirebbe a limitare la portata dell'affermazione del *familiae emptor* predicabile in termini di 'ex iure Quiritium meam esse aio'.⁵⁴ A ben vedere, quindi, la presenza nel formulario di siffatta affermazione del *familiae emptor* lungi dall'es-

⁵² Sulla circostanza che alcune parti della formula pronunciata dal *familiae emptor* denunciano probabilmente un'origine più recente rispetto ad altre v. *supra*, nt. 21.

⁵³ Si tratta della restituzione che ho più sopra indicato nel testo con la lettera e). Richiami bibliografici sul punto possono rinvenirsi nelle mie *Ricerche sul testamentum per aes et libram*, I, cit., p. 93 nt. 165. A favore di tale proposta di integrazione del testo della formula possono addursi, oltre alle principali ragioni sostanziali che discuto in queste pagine, anche indizi di natura paleografica che, sebbene in via congetturale, potrebbero fornire una spiegazione della supposta omissione di tali parti della formula da parte degli amanuensi del palinsesto veronese (cfr. sul punto *Ricerche sul testamentum per aes et libram*, cit., p. 94 ss.).

⁵⁴ Seguendo tale restituzione, potrebbe quindi in breve prospettarsi la seguente traduzione della formula: 'Io affermo che la tua *familia pecuniaque* sotto il tuo incarico vincolante e sotto la mia duratura protezione, sulla base del procedimento rituale proprio dei *Quirites*, è mia e quella, affinché tu possa fare conformemente al procedimento rituale (richiesto) *testamentum secundum legem publicam* è a me acquistata con questo rame e, come alcuni aggiungono, con la bilancia di rame'. In sostanza, se si ammette l'integrazione <esse aio eaque> (o <ex iure quiritium esse aio eaque>) il tratto da *endo a mea* indicherebbe la situazione in cui si trova la *familia pecuniaque* del *mancipio dans*-testatore. Se, invece, si propende per l'ipotesi di una presenza tra i *verba* della formula di un'affermazione del *mancipio accipiens-familiae emptor* predicabile in termini di *ex iure quiritium meam esse aio*, allora l'inciso contenente i termini *mandatela* e *custodela* avrebbe la funzione di limitare tale affermazione assoluta di appartenenza e di indicare, come si specificherà meglio tra breve nel testo, la qualifica fiduciaria acquisita dal *familiae emptor*. Dunque, non si tratta della medesima affermazione di appartenenza rinvenibile in una *mancipatio*

sere in aperta contraddizione con l'eventuale qualifica fiduciaria dell'atto, ne costituirebbe piuttosto un presupposto. In sostanza, l'inciso contenente i termini *mandatela* e *custodela*, proprio perché indica ragionevolmente la qualifica fiduciaria della situazione acquisita dal *familiae emptor*, «non può contemporaneamente fondare tale situazione; né pare possibile immaginare una *mancipatio* traslativa (qual'è indubbiamente la *mancipatio familiae*) senza l'uso della formula rituale *meam esse aio*, che sola può qualificare come proprietario il *mancipio accipiens*, e produrre conseguentemente a suo favore gli effetti traslativi: ed il *meam esse aio* deve riscontrarsi e se si ritenga che la *mancipatio familiae* abbia effetto immediato, e che abbia effetto differito». ⁵⁵

Mi avvio a trarre le conclusioni di queste mie brevi considerazioni. Non si tratta di certo di conclusioni definitive – impossibili, data, come già rilevato, la complessità dei problemi – bensì dell'aggiunta di qualche, invero piccolo, tassello che provi a costituire un punto fermo per le successive indagini sul tema.

Ritengo alla luce di tali spunti di riflessione sulla presenza dei termini *mandatela* e *custodela* all'interno del formulario della *familiae mancipatio* che si possa ipotizzare un acquisto effettivo della *familia pecuniaque* del testatore da parte del *familiae emptor*, tuttavia un acquisto che non rendeva il *familiae emptor* titolare dello stesso diritto che scaturiva dalla dichiarazione di appartenenza contenuta in una *mancipatio* ordinaria (traslativa del diritto di proprietà), altrimenti non avrebbe avuto senso discutere di *mandatela* del testatore e di *custodela* del *familiae emptor*; ⁵⁶ si tratterebbe quindi di un

ordinaria, traslativa del diritto di proprietà (v. in proposito Gai 1.119 e 3.167): sul punto *infra*, nt. 56.

⁵⁵ Così M. TALAMANCA, *Rec. a P. VOCI, Diritto ereditario romano*, I, *Introduzione. Parte generale* (Milano 1960), in *Iura* 12 (1961), p. 357. In proposito, del resto, bene è stato rilevato da B. ALBANESE, *Sul formulario della 'mancipatio familiae'*, cit., p. 74 nt. 7 = *Scritti giuridici*, IV, cit., p. 942 nt. 7 che se non si supponesse la presenza in origine dei termini *meam esse aio* «il *familiae emptor* non avrebbe avuto alcun titolo per disporre efficacemente degli oggetti ereditari dopo la morte dell'amico».

⁵⁶ Così A. CORBINO, *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana*², Torino 2006, spec. p. 20: «Non avrebbe avuto invero alcun senso parlare di *mandatela* del *mancipio dans* e di *custodela* del *familiae emptor* se questi fosse divenuto titolare dello stesso diritto che scaturiva dalla dichiarazione di appartenenza contenuta nella *mancipatio* ordinaria». Concordo con G. NICOSIA, *Quasi pretii loco*, cit., p. 22 ss., quando sottolinea la diversità di struttura formulare, di oggetto, nonché di

acquisto sì effettivo, tuttavia sottoposto a un duplice vincolo, fondato sulla *fides*, come denuncia e l'etimologia di *mandatela* e la qualifica di *amicus* che Gaio riserva al *familiae emptor* nella sola configurazione strutturale più antica dell'istituto e, ancora, l'impiego del verbo *rogo* (nonché del verbo *mando*) per descrivere la natura degli incarichi riposti dal testatore nelle mani del *familiae emptor* (Gai 2.102-103). Tale vincolo si sostanzia nel dare attuazione, da un lato, alla *mandatela* alla quale è sottoposta la *familia pecuniaque* del testatore; dall'altro, nell'assicurare alla *familia pecuniaque* protezione e salvaguardia, anzitutto verso i terzi, evidentemente sino all'espletamento degli incarichi affidati dal *mancipio dans* al *familiae emptor* e aventi a oggetto, in sostanza, le sue ultime volontà. Sarebbe, quindi, ragionevolmente implicita nella stessa attività di salvaguardia anche l'impossibilità del *familiae emptor* di disporre liberamente della *familia pecuniaque* sottoposta alla *mandatela* del testatore, alterando la finalità dell'atto di consentire a un soggetto di pianificare la sua futura successione secondo le istruzioni impartite dal disponente al *familiae emptor* stesso.⁵⁷

effetti, della *familiae mancipatio* nella prima configurazione strutturale del *tertium genus testamenti* rispetto alla *mancipatio* traslativa di proprietà: «Nella *mancipatio* traslativa di proprietà il *mancipio accipiens* afferma *hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio* (o, se compiuta da un *servus*, *hanc rem ex iure Quiritium Lucii Titii domini mei esse aio*); neppure una delle parole qui pronunciate trova riscontro in quelle che pronuncia il *mancipio accipiens-familiae emptor*, che riferisco nella versione (che certo così come è non funziona e necessita di qualche emendamento) fornita dal Veronese: *familiam pecuniamque tuam endo mandatela tuam custodelaque mea quo tu iure testamentum facere possis secundum legem publicam*. Basta questa constatazione per rendersi conto della totale diversità strutturale di tale *mancipatio*. E questo indipendentemente da ogni tentativo di emendamento, che dovrebbe comunque essere il più rispettoso possibile del testo tràdito; mentre di fronte ai gravi (e difficilmente superabili) problemi che pone l'intelligibilità della formulazione attestata dal Veronese, i vari emendamenti proposti correggono pesantemente (e direi arbitrariamente) quella formulazione per cercare di adeguarla, o farla in qualche modo assomigliare, a quella della *mancipatio* traslativa del diritto di proprietà».

⁵⁷ In ragione di ciò, non è mancato chi ha ipotizzato che il *familiae emptor*, che avesse liberamente disposto della *familia pecuniaque* del *mancipio dans*, quando questi era ancora in vita, sarebbe incorso «in grave illecito», forse *furtum*. In tal senso v., tra i tanti, B. ALBANESE, *Gli atti negoziali*, cit., p. 50 nt. 76, nonché, più di recente, J.-PH. DUNAND, *Le transfert fiduciaire: «donner pour reprendre»*. *Mancipio dare ut remancipetur. Analyse historique et comparatiste de la fiducie-gestion*,

In conclusione, a mio modesto avviso e alla luce di quanto può evincersi e dai *verba* della formula della *familiae Mancipatio* e dall'esposizione gaiana del *tertium genus testamenti*, il *familiae emptor* rivestiva originariamente all'interno dell'istituto un ruolo attivo, essendo a tutti gli effetti parte del *negotium*.⁵⁸ Complessa, variegata – dunque, variabile caso per caso – nonché duttile era, secondo me, la sua posizione, come del resto duttile era lo strumento adoperato dallo giurisprudenza pontificale per consentire a un soggetto di fare testamento, ossia la *Mancipatio*. Quanto appena rilevato porterebbe, ad esempio, a non escludere del tutto che il *familiae emptor* potesse essere considerato anche come un beneficiario, non chiaramente l'unico dell'atto.⁵⁹ Tale ipotesi troverebbe, a mio modesto avviso, un appiglio nell'impiego da parte di Gaio della proposizione interrogativa '*quid cuique post mortem suam dari vellet*', ripetuta, probabilmente in modo non casuale, ben due volte nel corso della sua trattazione.⁶⁰ Il pronome interrogativo '*quid*' indica infatti, a mio modo di vedere, genericamente ciò che il testatore voleva fosse distribuito dopo la sua morte ai beneficiari da lui designati, circostanza che non preclude l'ipotesi che il *familiae emptor* potesse trattenere anche qualcosa per sé ed essere annoverato tra i suddetti benefi-

Bâle-Genève-Munich 2000, p. 105 e M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*³, Palermo 2006, p. 611 nt. 137.

⁵⁸ In proposito, si legga del resto Gai 2.105, ove è specificato che tale posizione di parte, a tutti gli effetti, del *negotium* viene mantenuta dal *familiae emptor* anche nella *familiae Mancipatio* di età classica, sebbene ormai *propter ueteris iuris imitationem*, essendo tale *Mancipatio* meramente fittizia (...*propter ueteris iuris imitationem totum hoc negotium, quod agitur testamenti ordinandi gratia, creditur inter familiae emptorem agi et testatorem; quippe olim, ut proxime diximus, is qui familiam testatoris Mancipio accipiebat, heredis loco erat*...) e che, altresì, è proprio da tale posizione del *familiae emptor* che discende il principio in base al quale '*reprobatur in ea re domesticum testimonium*', principio ancora in vigore ai tempi in cui Gaio scrive e che non si comprenderebbe se non ammettendo la sussistenza di un qualche interesse del *familiae emptor* al compimento del *negotium* che giustifichi l'esclusione dal novero dei *testes idonei* degli appartenenti alla sua *familia* (sul punto v. le mie *Ricerche sul testamentum per aes et libram*, cit., spec. p. 333 ss.).

⁵⁹ Quanto sostenuto nel testo non implica – mi preme sottolinearlo – che il *familiae emptor* possa considerarsi s e m p r e come beneficiario: lo era solo nella misura in cui il testatore avesse disposto in tal senso nei suoi confronti (sul punto v. *infra*, nt. 61).

⁶⁰ Sul punto v. *supra*, nt. 10.

ciari, se in tal senso avesse disposto il testatore nei suoi confronti,⁶¹ se non altro – si può ragionevolmente ipotizzare – proprio in virtù del rapporto di *amicitia* che legava i due soggetti e in segno, dunque, di gratitudine per il compito che questi aveva accettato di svolgere e in virtù probabilmente di quella *fides* del *mancipio accipiens-familiae emptor* su cui si fondava la *fiducia*, intesa – è appena il caso di sottolinearlo – in senso ampio, del *mancipio dans-testatore*.

Dunque, nessuna delle qualifiche suggerite finora in letteratura quanto al ruolo rivestito originariamente dal *familiae emptor* nel *testamentum librale* – ossia, ‘esecutore testamentario’, ‘erede’, ‘mandatario *post mortem*’, ‘*fiduciarius*’, ‘erede fiduciario’, ‘intermediario’, ‘proprietario non definitivo’ – riesce in via esclusiva, e alternativa rispetto alle altre, a definire a pieno, esaurendo in un’unica attribuzione, l’originaria posizione del *familiae emptor* all’interno del *tertium genus testamenti*,⁶² tanto più che quando utilizziamo

⁶¹ Concordo con G. COPPOLA, *Rec. di F. TERRANOVA, Ricerche sul testamentum per aes et libram*, I, cit., p. 486, là dove la studiosa sottolinea che «il “*quid*” indica genericamente ciò che si voleva fosse trasferito (e quindi nulla esclude anche tutto il patrimonio)». In proposito v., tra i tanti, M. AMELOTI, *La ‘donatio mortis causa’ in diritto romano*, Milano 1953, p. 60: «Talvolta il *familiae emptor* era anch’egli beneficiario, in quanto i beni che doveva ritrasferire ai terzi non erano tutti quelli ricevuti dal disponente, ma altre volte nulla gli restava, ed assolveva pertanto un semplice ufficio di esecutore testamentario» e, più di recente, M. BRUTTI, *Il diritto privato nell’antica Roma*², cit., p. 392 nt. 9: «Il *familiae emptor* può essere tra i beneficiari e trattenere parte dei beni». Sulla genericità della particella ‘*quid*’ ulteriore letteratura è stata da me citata in *Ricerche sul testamentum per aes et libram*, I, cit., p. 325 nt. 698. Il fatto che il *familiae emptor* potesse essere considerato talora tra i beneficiari non comporta una considerazione dello stesso alla stregua di un erede istituito nel *testamentum per aes et libram*. Tali non sono, a mio avviso, i soggetti (‘*cuique*’) ai quali il *mancipio dans-testatore* voleva fosse dato ‘*quid ... post mortem suam...*’. Per una diversa interpretazione del testo rinvio a quanto recentemente rilevato da G. COPPOLA, *Rec. di F. TERRANOVA, Ricerche sul testamentum per aes et libram*, I, cit., p. 486.

⁶² Muovendo proprio dalla duttilità della *familiae mancipatio*, si è rilevato che il *familiae emptor* avrebbe potuto rivestire sostanzialmente diversi ruoli, a seconda delle esigenze concrete del *mancipio dans-testatore*: ad esempio, distribuire ai figli del testatore il patrimonio alla sua morte, anche secondo porzioni diseguali o, ancora, essere, in mancanza forse di *sui heredes*, egli stesso beneficiario dell’intero patrimonio o di una sua parte consistente. Mi sia consentito rinviare sul punto, ancora una volta, alle mie *Ricerche sul testamentum per aes et libram*, I, cit., spec.

le suddette espressioni adoperiamo una terminologia che o non è proprio impiegata nelle fonti romane, se non a partire da una certa epoca, e comunque non in riferimento al *familiae emptor*, o è addirittura frutto di elaborazioni dottrinali moderne, le quali si proiettano sulla ricostruzione dell'istituto in un modo che rischia di essere fuorviante, sia per la distanza temporale che ci separa da esso, sia perché al tempo nel quale venne escogitato dalla giurisprudenza tale espediente, al fine di consentire a un soggetto di fare testamento, non erano di certo ancora avvenuti quei processi di astrazione e concettualizzazione che, come ricorda Orestano, vanno riconosciuti come «un progresso soltanto relativamente recente dello sviluppo intellettuale e culturale».⁶³

p. 324 ss., con letteratura ivi citata, e più di recente a G. COPPOLA, *Rec. di F. TERRANOVA, Ricerche sul testamentum per aes et libram*, I, cit., p. 486 s. (con ulteriori richiami bibliografici ivi riferiti alla nt. 14), per la quale l'antica *mancipatio familiae* «è plausibile sia stata ... escogitata per lasciare il patrimonio ereditario a uno solo dei *sui*, effettuandone una scelta, o per dividerlo tra i medesimi nella maniera voluta dal disponente, come sembra far supporre proprio la frase *quid cuique dari vellet*».

⁶³ Cito testualmente da R. ORESTANO, *I fatti di normazione nell'esperienza romana arcaica*, Torino 1967, p. 108.

FERDINANDO TREGGIARI

*LA FIDUCIA TESTAMENTARIA PRIMA DEI CODICI**

SOMMARIO: 1. Il calco romano. – 2. Sviluppi medievali. – 3. La tutela giudiziaria della fiducia. – 4. La fiducia è un contratto. – 5. Sviluppi moderni. – 6. Appendice di fonti.

1. Il calco romano.

Nel millennio che precede l'avvento dei codici civili il diritto delle successioni accolse e sviluppò entrambe le principali tipologie storiche

* Per ogni necessario approfondimento, anche bibliografico, rinvio alle mie seguenti pubblicazioni:

– *'Minister ultimae voluntatis'. Esegesi e sistema nella formazione del testamento fiduciario. I. Le premesse romane e l'età del diritto comune*, Napoli 2002;

– *Storia del testamento fiduciario, I. Diritto romano e diritto comune*, Perugia 2002 e 2009 (ed. riveduta);

– *Trust e diritto comune a San Marino*, in *Il trust nella nuova legislazione di San Marino*, Santarcangelo di Romagna 2005, p. 39-73 (anche in *Scritti in onore di Giorgio Badiali*, II, Roma 2007, p. 315-348);

– *La legge sul trust nell'ordinamento giuridico sammarinese: prime osservazioni* (insieme a M. Mularoni e M. Verni), ivi, p. 75-86;

– *'Fiducialitas'. Tecniche e tutele della fiducia nel diritto intermedio*, in *Le situazioni affidanti*, a cura di M. Lupoi, Torino 2006, p. 45-73;

– *Il metodo della fiducia (a proposito di una recensione)*, in «Initium. Revista catalana d'història del dret», 11 (2006), p. 475-483;

– *La fides dell'unico teste*, in *La fiducia secondo i linguaggi del potere*, a cura di P. Prodi, Bologna 2007, p. 53-72 (anche in «Initium. Revista catalana d'història del dret», 13 [2008], p. 689-703);

– *Negozio fiduciario, fiducia, disposizioni trans morte*, in «Diritto romano attuale», 17 (giugno 2007), p. 65-79 (anche in *Diritto privato. Studi in onore di Antonio Palazzo*, II. *Persone, famiglia e successioni*, a cura di S. Mazzaresse e A. Sassi, Torino 2009, p. 885-896);

del *fideicommissum*¹:

1) il fedecommissso 'fiduciario' delle origini, caratterizzato dall'obbligo (meramente) morale dell'erede di eseguire la volontà fiduciaria del testatore;

2) il fedecommissso 'potestativo' introdotto nella legislazione romana nel I secolo d.C., con cui il fedecommissso delle origini, depurato del suo elemento fiduciario, era stato trasformato in un tipo speciale di legato.

La prima tipologia (il fedecommissso fiduciario) ha la sua antica fonte nella pratica delle *commendationes morentium* di ciceroniana memoria², rivolte in particolare ad aggirare le leggi caducarie, limitative della capacità di ricevere per testamento³. Nate sul terreno dell'amiciizia e dell'umana solidarietà, le confidenze successorie avevano la loro genesi al di fuori delle tavole testamentarie e sanzione squisitamente morale, generando la sola obbligazione naturale di adempierle. Parallele e alternative al rigore formale del testamento civile (che richiedeva sette testimoni per la valida istituzione dell'erede), esse erano il più delle volte preordinate proprio a contraddire in parte o in tutto le volontà formalmente dichiarate. La loro disciplina seguì linee di sviluppo autonome dalla legislazione testamentaria – che pure la strategia fiduciaria impiegava strumentalmente –, divergendo marcatamente, in particolare, dal regime giuridico delle sostituzioni ereditarie introdotto con la forma giuridificata di fedecommissso.

Quest'ultima forma di fedecommissso, costruita come doppio o plurimo grado di successione per ovviare alle frequenti infedeltà degli eredi

– *L'affidamento nell'esecutore testamentario. Dati per una retrospettiva*, in «Trusts e Attività Fiduciarie», n. 2, marzo 2008, p. 170-178;

– *Fiducia and Trust: Words and Things*, in *Relations between the ius commune and English law*, a cura di R.H. Helmholz e V. Piergiovanni, Soveria Mannelli 2009, p. 263-269;

– *Dottrine di Bartolo sul testamento*, in «Studi Umanistici Piceni», XXXII (2012), Supplemento monografico, p. 57-72.

¹ «forse il solo istituto romano che conservi identità e nome unico pur adempiendo a più funzioni»: così P. VOCI, *Il diritto ereditario romano dalle origini ai Severi*, in Id., *Studi di diritto romano*, Padova 1985, p. 60.

² CICERONE, *De finibus bonorum et malorum*, 3, 20, 65.

³ È il caso della *lex Voconia* del 169 a.C., presa a bersaglio ancora da Cicerone: ivi, 2, 17, 55.

e dei legatari fiduciari⁴, oltre che per isolare le forme illecite di trasmissione fiduciaria indiretta e dare regola alle pianificazioni patrimoniali *mortis causa*, aveva ricevuto il suo definitivo assetto con il senatoconsulto Trebelliano (56 d.C.), varato al tempo di Nerone. Con un unico atto, la *restitutio*, il fedecommissario diveniva ora titolare di tutta o di parte dell'eredità; a lui il pretore concedeva tutte le azioni, a favore e contro, spettanti all'erede⁵. Pochi anni dopo, il senatoconsulto Pegasiano (69-70 d.C.), emanato sotto Vespasiano, rinnovò ancor più la materia stabilendo, in conformità a quanto già la *lex Falcidia* (40 a.C.) aveva disposto per i legati, che il fedecommissario non potesse superare i tre quarti dell'eredità, dovendo il residuo quarto libero essere riservato all'erede gravato. Questo beneficio patrimoniale – inizialmente riservato al solo erede testamentario (un rescritto di Antonino Pio lo estese in seguito all'erede *ab intestato*)⁶, ma non anche al legatario o al fedecommissario o all'acquirente a titolo di *mortis causa capio* che fossero gravati a loro volta di fedecommissario⁷ – doveva servire a scongiurare il rischio che l'erede, al quale fosse stato imposto dal testatore di restituire tutto o quasi tutto al fedecommissario, non accettasse l'eredità e che in conseguenza di ciò restasse privo di efficacia il fedecommissario, data la sua relazione di accessorietà con la delazione⁸. Se però, malgrado l'incentivo economico costituito dalla quarta parte del compendio, l'onere non avesse accettato l'eredità mettendo conseguentemente a rischio i diritti ereditari dell'onorato, quest'ultimo avrebbe potuto chiedere al pretore di costringere il primo all'adizione e alla successiva restituzione⁹, con conseguente perdita della 'quarta' per il gravato.

In seguito alla giuridificazione del fedecommissario, i bisogni che ne avevano promosso l'originario uso fiduciario fecero leva sul nuovo istituto, forzandolo e devianandone la funzione verso scopi atipici (fiduciari, appunto). Tra le più frequenti applicazioni 'deviate' del *fideicommissum*

⁴ Inst. 2, 23, 1; 2, 25 pr.

⁵ GAIO 2, 252-253; D. 12, 1, 9, 1 (Ulpiano). Si veda, fra i tanti, L. DESANTI, *La sostituzione fedecommissaria*, Torino 1999, p. 10 ss.

⁶ Cfr. D. 35, 2, 18 pr. (Paolo).

⁷ GAIO 2, 271; D. 36, 1, 23 (22), 5 e D. 35, 2, 47, 1 (Ulpiano); D. 35, 2, 93 (Papiniano).

⁸ GAIO 2, 254; I. 2, 23, 2 e 5. Ma v. C. 6, 42, 14 (impp. Valeriano e Gallieno, a. 255).

⁹ GAIO 2, 258.

giuridificato erano i casi in cui il successore prescelto dal testatore non fosse in grado, al momento della prevedibile apertura della successione, di assumere in autonomia la posizione e i poteri dell'erede (come era nel caso del figlio non ancora *sui iuris*) o fosse comunque più prudente per il testatore nominare erede (gravato di restituzione) una persona idonea a provvedere *medio tempore* all'amministrazione-deposito del lascito nell'interesse del vero ed unico successore, indicato nel testamento come fedecommissario¹⁰. Simili casi, nei quali il fedecommissario era in effetti l'unico beneficiario del testamento, invocavano, nel rispetto della volontà del disponente, un regime di eccezione rispetto alle regole del fedecom-messo ordinario. L'eccezione consisteva nel fatto che l'erede (fiduciario) non avrebbe dovuto trarre alcun vantaggio economico dal lascito, né la quarta né i frutti, essendo destinati l'una e gli altri in via esclusiva al fedecommissario.

Per tutti questi casi i giureconsulti romani offrirono una perfetta soluzione ermeneutica: quando il fedecom-messo, che 'sapeva' di operazione fiduciaria, prevedeva un termine differito per la restituzione dell'eredità o del lascito, il *dies* era da interpretare come apposto dal testatore ad esclusivo vantaggio del fedecommissario. In questo modo, l'erede e il legatario di fiducia degradavano a semplici «ministri» dell'ultima volontà fiduciaria. «Ministri» è infatti uno degli appellativi con cui essi vengono designati dalle fonti giurisprudenziali¹¹: lo stesso, che nell'età del diritto comune diventerà d'uso corrente per designare gli esecutori testamentari, a cui il successore fiduciario verrà tendenzialmente pareggiato.

Ad un certo punto dello sviluppo storico del fedecom-messo, dunque, un unico congegno trasmissorio aveva collocato nello stesso ruolo – ma allo snodo di due divergenti strategie patrimoniali – due figure nettamente distinte: il successore gravato e il successore fiduciario.

Il primo era erede o legatario a tutti gli effetti, sebbene a termine o sotto condizione, con l'unico limite di non poter alienare i beni destinati alla ritrasmissione. Se ad essere gravato di fedecom-messo era l'erede, all'atto della restituzione egli poteva esigere la quarta parte dell'eredità.

Il secondo era invece titolare-amministratore dell'eredità o del legato

¹⁰ Le fonti da citare sarebbero qui numerose. Si vedano almeno D. 28, 2, 18; D. 38, 2, 12, 2; D. 36, 1, 76 (74); D. 31, 43, 2; D. 36, 1, 48 (46); D. 22, 1, 3, 3.

¹¹ D. 31, 17 pr. e D. 24, 1, 49 (Marcello).

nell'interesse esclusivo del fedecommissario. Qui la funzione fiduciaria (che poteva concretizzarsi tanto nella mera custodia quanto nella gestione attiva del patrimonio fiduciato) assorbiva totalmente il titolo e pertanto a chi ne fosse onerato non spettava alcun lucro.

Su quest'ultima figura si modellerà l'erede fiduciario e il legatario fiduciario dell'età intermedia.

2. Sviluppi medievali.

Durante il medioevo la fiducia testamentaria (designeremo così, d'ora in poi, la forma evoluta di fedecommissario fiduciario) acquistò un'accentuata tipicità sociale e normativa, caratterizzandosi per le due decisive deviazioni dalle regole del fedecommissario 'potestativo' (o giuridificato o ordinario, che dir si voglia) appena indicate: a) il successore fiduciario (erede o legatario) era considerato titolare-gestore nell'esclusivo interesse del beneficiario o dei beneficiari indicati dal testatore; b) il suo incarico era gratuito.

La prassi continentale della fiducia testamentaria non fu meno importante del contemporaneo progresso di *uses* e *trusts* in Inghilterra, le cui radici sono ben piantate nella tradizione romanistica¹². Che *uses* e *trusts* possano essere stati il tangibile lascito del diritto fiduciario romano applicato nella Britannia e sopravvissuto all'abbandono dell'isola da parte delle legioni dei dominatori, è tesi opinabile, ma formulata proprio da autori inglesi dell'Ottocento¹³.

Alcune significative evidenze delle fonti sembrerebbero darvi fondamento. Potrà essere una coincidenza, ma i due *leading cases* di diritto romano, su cui i giuristi dello *ius commune* edificarono la loro teoria della *fiduciaria hereditas*, furono tratti dai frammenti di due giuristi ro-

¹² M. LUPOI, *Trust and Confidence*, in «Law Quarterly Review», April 2009, p. 253-287.

¹³ M. GRAZIADEI, *Changing Images of the Law in XIX Century English Legal Thought (The Continental Impulse)*, in M. REIMANN (a cura di), *The Reception of Continental Ideas in the Common Law World 1820-1920*, Berlin 1993, p. 122 s.; vedi anche M. REIMANN, *Who is afraid of the Civil Law? Kontinentaleuropäische Recht und Common Law im Spiegel der englischen Literatur seit 1500*, in «Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte», 21 (1999), p. 368.

mani – Giavoleno e Papiniano – entrambi, in tempi diversi, dislocati in Inghilterra. Il primo, in qualità di *legatus iuridicus* della provincia Britannia, attorno alla metà degli anni ottanta del I secolo d.C. dette il *responsum* sull'*hereditas fiduciaria* del comandante della flotta romana stanziata nell'isola (D. 36, 1, 48 [46])¹⁴. Il secondo, *praefectus praetorio* in Britannia al tempo di Settimio Severo (208 d.C. circa), affrontò in una *quaestio* un analogo caso paradigmatico di patrimonio segregato *in fiducia* presso l'erede formalmente gravato di *fideicommissum* (D. 22, 1, 3, 3)¹⁵. In entrambi i casi i due giuristi applicarono le regole della *fiducia* in flagrante deviazione dalla disciplina del *fideicommissum*, identificando nell'erede istituito, gravato di fedecommissio, il titolare-gestore di un patrimonio destinato in via esclusiva al fedecommissario. Più o meno come sarebbe poi accaduto nel *trust* testamentario¹⁶.

Anche la prima dottrina inglese assimilò i paradigmi romanistici della fiducia successoria. Nel *De legibus et consuetudinibus Angliae* (ante 1235) Henry Bracton (1210 ca.-1268 ca.), buon conoscitore delle fonti romanistiche e canonistiche, qualificò il lascito fatto al *tutor* o al *curator* in contemplazione del minore come esempio di proprietà acquistata dal fiduciario nell'interesse altrui e vi ricollegò il rimedio dell'*actio negotiorum gestorum*¹⁷. Il *tutor* o *curator* di Bracton appare come la precisa controfigura dell'*heres fiduciarius* del passo di Giavoleno. Per spiegare la sostanza della *fiduciaria hereditas*, infatti, già il giurista romano aveva definito l'*heres fiduciarius* come *tutor* di fatto del figlio minore del testatore (*Oceanus*, questo il suggestivo nome del figlio del comandante della flotta romana stanziata in Britannia), destinatario esclusivo dell'eredità secondo le intenzioni di quest'ultimo¹⁸.

¹⁴ Cfr. l'Appendice di fonti (1).

¹⁵ Cfr. l'Appendice di fonti (2).

¹⁶ D. JOHNSTON, *The Roman Law of Trusts*, Oxford 1988.

¹⁷ H. BRACTON, *De legibus et consuetudinibus Angliae*, ed. by G.E. Woodbine, Cambridge, Massachusetts 1968, nella rubrica intitolata *Per quas personas adquiratur possessio* (vol. II, p. 135 s.). Cfr. J. BARTON, *The medieval use*, in «Law Quarterly Review», 81 (1965), p. 563.

¹⁸ D. 36, 1, 48 (46): «[...] si [testator] prorogando tempus solutionis tutelam magis heredi fiduciario permisisse, quam incertum diem fideicommissi constituuisse videatur» [«se appare che il testatore, prorogando il termine per l'adempimento del fedecommissio, abbia voluto affidare la tutela di quei beni all'erede fiduciario, piuttosto che fissare un termine incerto al fedecommissio»].

3. La tutela giudiziaria della fiducia.

L'*actio negotiorum gestorum*, che Bracton attribuiva al beneficiario (il minore divenuto maggiorenne) contro il *tutor* che avesse male amministrato il suo patrimonio, era uno dei rimedi correnti che lo *ius commune* continentale attribuiva al beneficiario contro l'inadempienza dell'*heres fiduciarius*. Quella stessa *actio* era utilizzata anche per convenire in giudizio i *meri executores* di patrimoni fiduciari. Di essa le fonti romane offrivano sia la regola generale (D. 3, 5, 5, 4 [2])¹⁹, sia la sua applicazione speciale al caso dell'erede istituito «ad utilitatem alterius» (D. 28, 5, 47, [46])²⁰.

Gli interpreti medievali furono solleciti ad attribuire al beneficiario di una fiducia tradita idonee azioni giudiziarie. In un suo *consilium* Paolo di Castro (1360/62-1441)²¹ elenca ben tre rimedi processuali alternativi esperibili dal beneficiario tradito. Il caso era il seguente. Un fratello aveva fatto causa all'altro adducendo (con il conforto di più testimoni) che intenzione del testatore fosse di far pervenire l'eredità in parti uguali ad entrambi, sebbene col testamento fosse stato istituito erede solo uno di essi. Il giurista ritenne, in base alle testimonianze, che l'erede dovesse intendersi istituito anche per conto del fratello e fosse perciò tenuto a dividere l'eredità con lui. Le azioni giudiziarie disponibili per quest'ultimo erano in astratto tre:

a) l'*actio negotiorum gestorum*, per l'ipotesi che l'erede avesse accettato l'eredità per conto di entrambi (e fosse perciò tenuto «ad communicandum sibi dictam haereditatem, quam communi nomine videbatur recepisse»);

b) l'*actio mandati*, per l'ipotesi che fosse stato il fratello non espressamente istituito ad incaricare il fratello-erede di accettare l'eredità anche per suo conto;

c) l'*actio utilis ex testamento*, per l'ipotesi che l'incarico fiduciario fosse stato dato dal testatore all'erede («quasi fidem suam tacitam accommodaverit testatori de hoc faciendo»).

Actio negotiorum gestio, *actio mandati* e *actio utilis ex testamento* sono tre rimedi corrispondenti a tre diverse fenomenologie della fiducia: ma tutti e tre convergenti nel risultato di darvi coattiva esecuzione.

¹⁹ Cfr. l'Appendice di fonti (3).

²⁰ Cfr. l'Appendice di fonti (4).

²¹ PAOLO DI CASTRO, *Consilia sive responsa*, II, Torino 1580, f. 182va, n. 1 (*cons.* 395).

4. La fiducia è un contratto.

Il ricorso al mandato (e quindi alla categoria del contratto) per spiegare il fenomeno fiduciario e corredarlo di quelle tutele, che la prassi sollecitava, offriva un robusto sostegno alla disciplina delle fiducie testamentarie. Se *fides*, come affermavano i classici, equivale a 'fare ciò che si è promesso', nell'incarico fiduciario di ritrasferire a terzi poteva dirsi sempre presente un contenuto di mandato.

Una costituzione dell'imperatore Giustiniano (C. 6, 42, 32²²; Inst. 2, 23, 12) aveva riconosciuto valide le volontà confidate dal testatore al proprio erede quando fossero confessate da quest'ultimo sotto giuramento. Questo favore imperiale, che testimoniava la persistente centralità della *fides* nelle relazioni sociali e il rispetto religioso per la volontà dei morti, aveva introdotto un significativo allargamento delle possibilità di prova della fiducia, in deroga al tradizionale regime formale delle disposizioni di ultima volontà. Riflettendo sul momento costitutivo della fiducia, Bartolo da Sassoferrato (1313-14/1357-58) svolse un'intuizione fenomenale: l'erede che promette di eseguire il trasferimento fiduciario richiestogli dal testatore è come se stipulasse con lui un contratto. Dunque il soggetto beneficiario, a favore del quale la fiducia-contratto era stata stipulata, poteva far valere in giudizio il contratto inadempito²³. Il vantaggio di convenire in giudizio l'erede *ex stipulatu* era nella prova dell'obbligazione fiduciaria, che poteva essere raggiunta anche a mezzo di due soli testi, quanti ne erano richiesti per i contratti in genere (D. 22, 5, 12).

Al risultato di agevolare la prova della fiducia i giuristi approdarono interpretando anche altre fonti romane relative a casi di ultime volontà fiduciarie. Una di queste (D. 28, 5, 47 [46]) riguardava l'istituzione di erede che simulasse un patto fiduciario. L'erede, istituito solo perché accettasse e ritrasmettesse l'eredità al vero beneficiario, aveva infranto il patto fiduciario. La questione era di sapere se egli fosse tenuto a restituire l'eredità al beneficiario ed in base a quale rapporto, testamentario (*ex fideicommisso*) o contrattuale (*ex mandato*). La seconda ipotesi aveva dalla sua il vantag-

²² Cfr. l'Appendice di fonti (5).

²³ «ponere in fide haeredis, ita quod haeres promittat hoc defuncto, sapit naturam contractus et ita haeres, quod promittat, ad hoc convenitur»: BARTOLO DA SASSOFERRATO, *Commentaria*, IV. In *secundam Infortiati partem*, Venezia 1602, in D. 30, 55, n. 2, f. 15va.

gio della prova con due soli testi. Commentando questo caso, Baldo degli Ubaldi (1327-1400) offrì una limpida rappresentazione del fenomeno della titolarità fiduciaria nei negozi *mortis causa*, scolpendo la figura dell'erede istituito nell'esclusiva contemplazione di un altro soggetto: al tempo stesso titolare dell'eredità e mero fiduciario («nudus a commodo, sed non a titulo»), a cui non spettava alcun lucro (la quarta trebellianica), essendo il patrimonio, nelle intenzioni del disponente, destinato ad una persona diversa da quella nominata nel testamento²⁴. All'effettivo ed esclusivo beneficiario del patrimonio spettava, per il giurista perugino, uno *ius utile* e una corrispondente *actio utilis* intesa a provare il rapporto fiduciario sottostante.

Grazie all'autorità di queste elaborazioni dottrinali, la titolarità fiduciaria conquistò, nella storia giuridica continentale, la sua autonomia, segnando il suo definitivo distacco dal *fideicommissum*, che era solo il velo sotto quale si svolgeva, con ben altre regole, la vicenda della gestione e del trasferimento fiduciari.

È significativo che la recente legificazione del contratto di affidamento fiduciario in un ordinamento a diritto comune vigente, come quello sammarinese²⁵, abbia ritrovato il filo interrotto della tradizione del pensiero giuridico continentale, che al culmine del suo laborioso cammino aveva saldato la fiducia al contratto.

5. Sviluppi moderni.

Impostata sui binari delle dottrine tardo-medievali, l'analisi giuridica del fenomeno fiduciario divenne assai elaborata in età moderna. Il successo pratico delle relazioni fiduciarie crebbe in corrispondenza, alimentato da una ricca letteratura e da una disciplina giuridica di favore.

A determinare tale successo contribuì anche l'ordinamento canonico: sia per la sua disciplina del testamento aperta all'efficacia delle ultime volontà informali; sia per la validità dei patti nudi riconosciuta dalla Chiesa; sia per i rimedi processuali offerti dalla giurisdizione ecclesiastica (primo fra

²⁴ BALDO DEGLI UBALDI, *In sextum Codicis librum commentaria*, Venezia 1599, f. 146ra, in C. 6, 42, 12, n. 7; ID., *Commentaria in secundam Digesti veteris partem*, Venezia 1572, f. 192va-rb, in D. 22, 1, 3, 3.

²⁵ Repubblica di San Marino, legge 1° marzo 2010, n. 43, "L'istituto dell'affidamento fiduciario".

tutti, la *denunciatio iudicialis privata*)²⁶, congeniali alla materia delle obbligazioni da nuda promessa.

Il vaglio della matura dottrina moderna delle fiducie fu opera della giurisprudenza pratica dei secoli XVII e XVIII²⁷, che accentrò definitivamente la dogmatica del fenomeno sullo schema del mandato ed estese le possibilità di prova della fiducia. Sin negli indirizzi delle corti del primo Seicento il valore probatorio dei *verba commendaticia* e delle *coniecturae* della fiducia, dedotte dalle testimonianze, dai documenti, dal comportamento del testatore, dalla condizione dei soggetti interessati e da altre significative circostanze di fatto, agevolò ulteriormente l'accertamento giudiziale della volontà 'confidata'.

Nel solco tracciato dall'indirizzo dei grandi tribunali dell'età moderna e fino alle soglie dei codici civili la giurisprudenza si mantenne ferma nel principio che la prova della volontà fiduciaria segreta si possa ricavare dalle sole presunzioni, congetture e indizi verosimili. E se già Bartolo, focalizzando l'essenza contrattuale del rapporto fiduciario, aveva aperto la via ad un diverso e più favorevole regime probatorio – due testi anziché la *sola fides* dell'erede giurante – le corti ecclesiastiche e i tribunali secolari del tardo diritto comune saranno unanimi nel respingere la richiesta del fiduciario di giurare, tutte le volte che la prova della promessa di restituire sia raggiungibile con mezzi più convincenti, ancorché solo logici ed indiziari²⁸. Al contrario, il giuramento decisorio del fiduciario verrà autorizzato, ma questa volta a tutela del segreto, quando l'iniziativa di terzi, interessati a provare con testimoni l'oggetto della confidenza, minacci l'eseguibilità dell'incarico fiduciario. Così il Senato di Nizza nel 1790 ammise un notaio, scelto dalla testatrice come suo confidente «acciò adempisca a quanto al medesimo comunicherò a viva voce di eseguire», a giurare «d'avergli fatto la predetta dama la suddetta confidenza, e di nulla dovere a lui spettare» dei beni dell'eredità²⁹.

²⁶ Su cui P. BELLINI, "Denunciatio evangelica" e "denunciatio iudicialis privata". *Un capitolo di storia disciplinare della Chiesa*, Milano 1986.

²⁷ Per una rassegna di questa giurisprudenza rinvio ancora al mio *Minister ultimae voluntatis*, I, cit., p. 585 ss.

²⁸ Così si pronuncia ad esempio il Senato di Nizza il 6 maggio 1773 nella causa De Foresta c. Siga, in F.A. DUBOIN, *Collezione progressiva e per ordine di materie delle decisioni de' supremi magistrati negli Stati di terra ferma di S.M. il Re di Sardegna*, tomo I, Torino 1830, p. 635-642.

²⁹ Senato di Nizza, 24 novembre 1790, Ugo c. Vassallo di Castelnuovo ed altri,

Contro questo mondo sommerso di volontà segrete i codici civili alzeranno un argine, soffocandolo sull'altare della certezza delle apparenze.

APPENDICE DI FONTI

(1)

D. 36, 1, 48 (46) (Giavoleno, *libro undecimo epistularum*)

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 iussus 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 permisisse, quam incertum diem fideicommissi constituuisse videatur.

[Seio Saturnino, arcigovernatore della flotta Britannica, col suo testamento lasciò erede fiduciario il trierarca Valerio Massimo, incaricandolo di restituire l'eredità a suo figlio Seio Oceano quando questi fosse giunto all'età di sedici anni. Seio Oceano morì prima di raggiungere quella età. Mallio Seneca, dichiarandosi zio materno di Seio Oceano, rivendicò quei beni come erede di sangue, ma il trierarca Valerio Massimo li pretese per sé, essendo morto colui al quale era stato incaricato di restituirli. Domando ora se questi beni appartengano al trierarca Valerio Massimo, erede fiduciario, o a Mallio Seneca, zio materno del giovane defunto. Rispondo: se Seio Oceano, al quale Valerio Massimo, erede fiduciario, doveva restituire l'eredità fedecommissa in forza del testamento di Seio Saturnino quando avesse compiuto i sedici anni, è morto prima di essere giunto a questa età, l'eredità fedecommissa appartiene a colui, al quale sarebbero appartenuti gli altri beni di Oceano, perché il diritto al fedecommissso è sorto quando Oceano era vivo. Ciò si verifica se appare che il testatore, prorogando il termine per l'adempimento del fedecommissso, abbia voluto affidare la tutela di quei beni all'erede fiduciario, piuttosto che fissare un termine incerto al fedecommissso.]

(2)

D. 22, 1, 3, 3 (Papiniano, *libro vicesimo questionum*)

Cum Pollidius a propinqua sua heres institutus rogatus fuisset filiae mulieris quidquid ex bonis eius ad se pervenisset, 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.

[Pollidio, istituito erede da una sua parente, fu incaricato di restituire alla di lei figlia, quando fosse giunta ad una certa età, tutto quello che gli fosse pervenuto dai beni della testatrice; la quale nel testamento aveva dichiarato di aver così disposto, affinché il patrimonio della figlia fosse affidato ad un congiunto, piuttosto che ai tutori ed aveva altresì ordinato a Pollidio di tenere per sé un fondo. Io persuasi i prefetti del pretorio che i frutti, che Pollidio aveva in buona fede percepito dai beni della defunta, dovessero essere restituiti, sia perché la madre gli prelegò soltanto un fondo, sia perché al pericolo della tutela ella preferì il rimedio del fedecompresso.]

(3)

D. 3, 5, 5, 4 (2) (Ulpiano, *libro decimo ad edictum*)

Si quis pecuniam vel aliam quandam rem ad me perferendam acceperit: quia meum negotium gessit, negotiorum gestorum mihi actio adversus eum competit.

[Contro chi abbia ricevuto la somma o la cosa a me destinata mi compete l'*actio negotiorum gestorum*, poiché egli ha gestito il mio negozio]

(4)

D. 28, 5, 47 [46] (Africano, *libro secundo quaestionum*)

Quidam cum filium familias heredem instituere vellet, ne ad patrem eius ex ea hereditate quicquam perveniret, voluntatem suam exposuit filio: filius cum patris offensam vereretur, petit a testatore, ne sub condizione 'si a patre emancipatus esset' heredem eum institueret, et impetravit ab eo, ut amicum suum heredem institueret: atque ita testamento amicus filii ignotus testatori heres institutus est nec quicquam ab eo petatum est. Quaerebatur, si ille amicus aut adire nollet aut aditam nollet restituere hereditatem, an fideicommissum ab eo peti possit aut aliqua actio adversus eum esset et utrum patri an filio competeret. Respondit, etiamsi manifestum sit scriptum heredem fidem suam interposuisse, non tamen aliter ab eo fideicommissum peti posse, quam si et ipsum testatorem fidem eius secutum esse probaretur. Si tamen, cum a filio familias rogaretur, amicus et aditurum se hereditatem recepisset et restitutum patri familias facto, non absurde dici possit mandati actionem futuram: et eam actionem patri inutilem fore, quia non sit ex bona fide id ei restitui, quod testator ad eum pervenire noluerit: sed nec filio vulgarem competituram, ve-

rum utilem, sicuti dare placeret ei, qui, cum filius familias esset, pro aliquo fideiussisset ac pater familias factus solvisset.

[Un tale, volendo istituire erede un *filius familias*, per far sì che nulla dell'eredità pervenisse al padre di questi, dichiarò a questo figlio la sua volontà. Il figlio, temendo di offendere il padre, chiese al testatore di non essere istituito erede sotto la condizione 'se sarà emancipato dal padre', pregandolo invece di istituire erede (in sua vece) un suo amico. Fu così istituito erede un amico del figlio, sconosciuto al testatore, né fu mai a lui chiesto nulla. Si domanda, nel caso che quell'amico si rifiuti di accettare l'eredità o, una volta accettata, non voglia restituirla, se si possa chiedere a lui il fedecommesso; o se vi sia contro di lui qualche altra azione e se questa competa al padre o al figlio. Si risponde che, se anche fosse manifesto che l'erede abbia dato la propria parola, non si potrebbe comunque domandargli il fedecommesso, se non si provi che anche lo stesso testatore abbia dato seguito a quella parola. Se però fu il figlio a pregare l'amico e questi accettò l'eredità per trattenerla e poi restituirla quando fosse diventato *pater familias*, non sarà assurdo sostenere che l'azione sarà di mandato. Tale azione, però, non sarà esperibile dal padre, perché non è conforme alla buona fede che si restituisca a lui ciò che il testatore non voleva che a lui pervenisse. Ma nemmeno al figlio competerà l'azione normale; gli competerà invece la utile, la stessa che si concederebbe a colui che, essendo *filius familias*, avesse fatto fideiussione a favore di qualcuno e poi, divenuto *pater familias*, avesse pagato.]

(5)

C. 6, 42, 32 (imp. Giustiniano, a. 531)

Quaestionem ex facto emergentem resecantes, et voluntati defunctorum prospicientes sancimus, si sine scriptura et praesentia testium fideicommisso derelicto fideicommissarius elegerit iuramentum heredis vel forsitan legatarii vel fideicommissarii, quotiens ab eo relictum est fideicommissum, sive universitatis sive speciale, necesse habere heredem vel legatarium vel fideicommissarium prius iureiurando de calumnia praestito vel sacramentum subire et omni inquietudine sese relaxare vel, si recusando existimaverit sacramentum aut certam quantitatem manifestare fideicommissario derelictam noluerit, si forsitan maiorem fideicommissarius expetat, omnimodo exactioni fideicommissi subiacere et eum ad satisfactionem compelli, cum ipse sibi iudex et testis invenitur, cuius religio et fides a fideicommissario electa est, nullis testibus nullisque aliis adventiciis probationibus requisitis, sed sive quinque sint testes vel minores vel nemo, causam per illius sacramentum vel dandum vel recusandum suam habere tam firmitatem quam exactionem, sive pater sit, qui fideicommissum dederit, sive extraneus, ut aequitatis ratio communiter in omnes procedat. 1. Cum enim res per testium sollemnitate ostenditur, tunc et numerus testium, et nimia subtilitas requirenda est. Lex etenim, ne quid falsitatis incurrat per duos forte testes compositum, maiorem numerum testium expostulat, ut per ampliores homines perfectissima veritas reveletur. 2. Cum autem is, qui quid ex voluntate defuncti lucra-

tur, et maxime ipse heres, cui summa auctoritas totius causae commissa est, dicere compellitur veritatem per sacramenti religionem, qualis locus testibus relinquatur, vel quemadmodum ad extraneam fidem decurratur, propria et indubitata relicta? Cum et in leges respeximus, quae iustis dispositionibus testatorum omnimodo heredes oboedire compellunt: et sic strictius causam exigunt, ut etiam amittere lucrum hereditatis sanciant eos, qui testatoribus suis minime paruerunt.

[Volendo risolvere la questione risultante da una vicenda e favorire la volontà dei defunti, stabiliamo che nel caso in cui un fedecommissario venga lasciato senza scrittura e senza la presenza di testimoni e che il fedecommissario abbia scelto di far giurare l'erede o anche il legatario o il fedecommissario – qualora a questi sia stato lasciato un fedecommissario universale o singolare –, tale erede o legatario o fedecommissario sarà obbligato, previa prestazione del giuramento di calunnia (da parte di chi ha deferito il giuramento), o a giurare – e con ciò sarà liberato da ogni molestia –, oppure, se riterrà di dover ricusare (di prestare) il giuramento o non voglia rendere palese al fedecommissario una certa quantità (del lascito a lui destinato), nel caso che questi ne domandi una maggiore, dovrà assolutamente soggiacere al fedecommissario e sarà costretto ad adempierlo, essendo egli al tempo stesso giudice e testimone, alla cui fede ed onestà il fedecommissario si è appellato, senza ricercare altri testimoni, né altro genere di prova esterna. E anche se vi siano cinque testimoni, o meno di cinque, o nessuno, la causa sarà decisa ed eseguita in base all'accettazione o al rifiuto del giuramento, sia che sia stato un padre a lasciare il fedecommissario, sia che sia stato un estraneo, perché sia osservato per tutti il medesimo criterio di giustizia. 1. Se invece la prova debba essere desunta dai testi, questi dovranno essere di un determinato numero e le solennità dovranno essere scrupolosamente rispettate. La legge, infatti, per evitare che nel redigere il testamento fatto avventurosamente dinanzi a (soli) due testi s'incorra in qualche falsità, richiede un numero maggiore di testi, affinché la più perfetta verità sia messa in chiaro dalla deposizione di più uomini. 2. Ma quando colui che riceve un vantaggio dalla volontà del defunto – e in special modo l'erede, da cui viene fatta dipendere la soluzione di tutta la causa – è obbligato a dire la verità sotto il vincolo del giuramento, per quale ragione si dovrebbero ammettere i testimoni, e perché mai si dovrebbe far ricorso alla fede di estranei, trascurando quella sola che dovrebbe invece tenersi per certa ed indubbia? Tanto più che le nostre leggi obbligano l'erede ad ubbidire alle giuste disposizioni dei testatori, e tale obbligo è stabilito in un modo così severo, che esse sanciscono persino la perdita del beneficio dell'eredità per coloro che disattendano la volontà dei testatori.]

CATERINA BONZO

«COMANDARE OLTRE LA MORTE» (L.A. MURATORI):
GLI ULTIMI DUE SECOLI DEL FEDECOMMESSO IN ITALIA

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Il fedecommesso di famiglia in età moderna. – 3. Verso una limitazione del vincolo. – 4. Osservazioni conclusive.

1. Considerazioni introduttive.

È certamente significativo in una prospettiva storica, percepire alcune tendenze, manifestatesi nella prassi e ultimamente recepite a vario titolo dall'ordinamento giuridico attuale, circa la possibilità del singolo di progettare oltre la morte una qualche forma di volontà dispositiva. Si è a lungo pensato che il diritto codificato degli ultimi due secoli – salvo qualche minima eccezione – non guardasse con favore l'esuberanza di colui che volesse imporre a terzi la propria volontà circa la disposizione di uno o più beni per il tempo in cui fossero ormai usciti dal patrimonio del singolo o per successione *mortis causa* o per qualche altra vicenda negoziale *inter vivos*. Sembra invece che per una serie di circostanze, senz'altro meglio note ai giuristi di diritto positivo, l'ordinamento italiano negli ultimi anni si sia dimostrato più sensibile di un tempo a questa tendenziale espansione della volontà dispositiva soggettiva, anche oltre quel limite naturale segnato dalla morte (come nella disciplina dei vincoli di destinazione, sia pur entro precisi margini temporali e limitatamente ad interessi meritevoli di tutela)¹ o, comunque, anche oltre il passaggio di proprietà che avvenga ad altro titolo a favore di soggetti terzi (per esempio con la costituzione di un *trust*)².

¹ La riflessione scientifica sull'art. 2645 *ter* c.c. è ormai consistente. Si rinvia da ultimo a R. CALVO, *Vincoli di destinazione*, Torino 2012 e a R. CALVO, A. CIATTI, *I contratti di destinazione patrimoniale*, San Mauro Torinese 2014.

² Com'è noto in Italia dal 1992 è entrata in vigore la legge 16 ottobre 1989, n. 364, di ratifica della Convenzione dell'Aja del 1985 sulla legge applicabile ai *trusts* e

Io non parlerò della 'fiducia' romanistica (di cui si è discusso a fondo nelle sessioni precedenti), né di 'affidamenti fiduciari' (ai quali è dedicata la giornata di domani), e neppure delle origini storiche del 'trust' che, sebbene ultimamente riconosciuto nel nostro ordinamento e al di là di una certa affinità degli interessi tutelati rispetto ad alcuni istituti dello *ius commune*, rimane espressione propria di un'altra tradizione giuridica (quella anglosassone)³, forgiato nell'ambito dell'*equity* e, pur rivelando interessanti punti di contatto con alcuni aspetti dell'elaborazione giurisprudenziale propria del diritto comune continentale⁴, non può a mio avviso essere facilmente sradicato da quel particolare contesto nel quale è stato concepito e nel quale si è col tempo definito⁵.

al loro riconoscimento. La bibliografia italiana sul tema è ormai decisamente ampia. Ci si limita a rinviare, tra tutti, a A. GAMBARO, voce *Trust*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, vol. XIX, Torino 1999, p. 449-469; M. GRAZIADEI, *Trust nel diritto anglo-americano*, in *Digesto comparatistico*, XVI, p. 256-266; M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, Padova 2008; ID., *I trusts nel diritto civile*, Torino 2004; ID., *Trusts*, Milano 2001; L. SANTORO, *Il trust in Italia*, Milano 2009.

³ In effetti l'ordinamento italiano si è ormai dimostrato disponibile ad accogliere questo istituto, senza tuttavia ancora giungere a indicare una specifica regolamentazione del *trust* 'interno'. L'affidamento inevitabile ad una legislazione diversa da quella italiana ha indubbiamente rappresentato un freno, sotto tanti profili, all'applicazione diffusa di questo istituto.

⁴ Per i nessi individuati tra il *trust* e il *fideicommissum fiduciarium* cfr. M. LUPOI, *La confidentia è il trust*, in P. PRODI (a cura di), *La fiducia secondo i linguaggi del potere*, Bologna 2007, p. 27-39, in partic. p. 28-31; ID., *Trust and confidence*, in «Law Quarterly Review», 4/2009, p. 253-287.

⁵ Perplexità in merito alla considerazione del fedecommissario proprio del diritto comune come «termine di riferimento quanto all'origine dei trust» sono state pure avanzate da M. GRAZIADEI, *La fiducia nella tarda età moderna*, in P. PRODI (a cura di), *La fiducia... cit.*, p. 237. Il termine di paragone con il fedecommissario di età moderna nell'esperienza inglese andrebbe rinvenuta piuttosto «nella prassi dei *family settlements* mediante *entails*» (*ivi*, p. 238), accomunati dalla predisposizione di un vincolo patrimoniale interno alla famiglia. La progressiva distanza assunta dalla fiducia rispetto al fedecommissario ha consentito paradossalmente una sopravvivenza della prima proprio anche nel periodo di massimo attacco ai vincoli patrimoniali di matrice fedecommissaria (*ivi*, p. 247). Cfr. anche M. GRAZIADEI, B. RUDDEN, *Il diritto inglese dei beni e il trust: dalle res al fund*, in «Quadrimestre», 2/1992, p. 458-479, in part. 460, nota 4. Per la consonanza tra fedecommissario moderno e *set-*

Nel corso del mio intervento cercherò invece di illustrare i lineamenti fondamentali e le caratteristiche più tipiche del fedecommesso di età moderna⁶ che, a disdetta di quanto potrebbe ancora lasciar trasparire dal nome,

lements cfr. pure G. NENCI, *A proposito del fedecommesso romano in età moderna e contemporanea*, in «Le carte e la storia», 2/2002, anno VIII, p. 17-27, in partic. p. 23-24.

⁶ Per gli studi più classici sull'istituto si rinvia a R. TRIFONE, *Il fedecommesso. Storia dell'istituto in Italia*, Napoli 1914; ID., voce *Fedecommesso (diritto intermedio e moderno)*, in *Nuovo Digesto Italiano*, V, Torino 1938, p. 1002-1016; ID., voce *Fedecommesso (diritto intermedio)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, VII, Torino 1961, p. 192-207; L. TRIA, *Il fedecommesso nella legislazione e nella dottrina dal secolo XVI ai nostri giorni*, Milano 1945. L'istituto è tornato in tempi più recenti ad essere oggetto di riflessione, per lo più con particolare riferimento alle specifiche aree geografiche esaminate; in particolare si rinvia agli studi di A. PADOA SCHIOPPA, *Sul fedecommesso nella Lombardia teresiana*, in *Economia, istituzioni, cultura in Lombardia*, III, Bologna 1982, p. 807-826 (ora anche in *Italia ed Europa nella storia del diritto*, Bologna 2003, p. 439-459); M. C. ZORZOLI, *Della famiglia e del suo patrimonio. Riflessioni sull'uso del fedecommesso in Lombardia tra Cinque e Seicento*, in «Archivio storico Lombardo», 115 (1989), p. 91-148 (anche in *Marriage, property and Succession*, Berlino 1992, p. 155-213); ID., *Note in tema di fedecommesso. I lavori preparatori del codice civile*, in *I cinquant'anni del codice civile. Atti del Convegno di Milano 4-6 giugno 1992*, II, Milano 1993, p. 623-678, in partic. p. 623-628; ID., *Una incursione nella pratica giurisprudenziale milanese del Seicento e qualche riflessione su temi che riguardano la famiglia*, in *Ius mediolani. Studi di storia del diritto milanese offerti dagli allievi a Giulio Vismara*, Milano 1996, p. 617-657, in partic. p. 649-655; M. PICCIALUTI, *L'immortalità dei beni. Fedecommissi e primogeniture a Roma nei secoli XVII e XVIII*, Roma 1999; E. FUSAR POLI, *Le collezioni ex-fidecommissarie (art. 14 T.U.). Storia di un difficile compromesso*, in *Beni e attività culturali*, anno III, n. 1 (genn.-marzo 2002), p. 9-31; ID., «La causa della conservazione del bello». *Modelli teorici e statuti giuridici per il patrimonio storico-artistico italiano nel secondo Ottocento*, Milano 2006; A. SANTANGELO CORDANI, *Nobiltà e fedecommissi di famiglia nelle difese lombarde tra antico regime e codici*, in *L'arte del difendere. Allegazioni avvocati e storie di vita a Milano tra Settecento e Ottocento* (a cura e con un saggio introduttivo di M. G. DI RENZO VILLATA), Milano 2006, p. 363-434. In una prospettiva più istituzionale, cfr. pure l'inquadramento che ne viene dato in F. CICCAGLIONE, voce *Successione (diritto intermedio)*, in *Digesto italiano*, XXII, parte III, Torino 1889-1897, p. 268-382, in partic. da p. 373; ID., *La feudalità studiata nelle sue origini, nel suo sviluppo e della sua decadenza*, parte III-VII, Milano 1894, p. 218-220; B. BRUGI, *Fedecommesso*, in *Digesto italiano*, XI, (Milano - Roma - Napoli, 1895), p. 588 ss.; M. ROBERTI, *Svolgimento storico del diritto privato in Italia*,

ha ormai chiaramente perso quel carattere fiduciario, che aveva in effetti caratterizzato l'istituto nelle sue origini romanistiche e che comunque, com'è noto, fin dal I sec. d.C. era già stato a sua volta «giuridificato»⁷. Questa circostanza è assolutamente emblematica di quasi tutta l'elaborazione giuridica sviluppata dalle tante personalità del diritto comune: pur mantenendo spesso invariato il *nomen iuris* degli istituti di ascendenza romanistica, i giuristi medievali (specie i commentatori che, rispetto ai glossatori, furono nel complesso più 'liberi' e originali nell'approccio ai testi antichi) ne modificarono anche molto profondamente la struttura originaria, adattandoli alla realtà del tempo e alle esigenze che via via la società medievale poneva, forgiandone in molti casi di nuovi, o comunque non limitandosi certamente a traghettare con reverenza e ossequio il diritto classico verso la modernità, ma piegandone l'applicazione alla realtà in mutamento.

Milano 1928, p. 320-324; E. BUSSI, *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune (contratti, sucesioni, diritto di famiglia)*, Padova 1939, p. 210-224; E. BESTA, *Le successioni nella storia del diritto italiano*, Milano 1961, p. 170-176; P. UNGARI, *Storia del diritto di famiglia in Italia*, Bologna 1974, p. 121-140. Più recentemente cfr. M. CARVALE, voce *Fedecompresso (diritto intermedio)*, in *ED*, XVII, Milano 1968, p. 109-114; A. ROMANO, *Successioni e difesa del patrimonio familiare nel Regno di Sicilia*, in *Marriage, Property, and Succession...* cit., p. 71-154; ID., *Famiglia, successioni e patrimonio familiare nell'Italia medievale e moderna*, Torino 1994. Sull'istituto nell'elaborazione dottrinarie del diritto comune, cfr. E. CORTESE, voce *Divieto di alienazione (dir. intermedio)*, in *ED*, XIII, Milano 1964, p. 386-401, in partic. p. 389; A. PADOVANI, *Studi storici sulla dottrina delle sostituzioni*, Milano 1983; ID., voce *Petizione d'eredità (dir. intermedio)*, in *ED*, XXXIII, Milano 1983, p. 616-619; ID., voce *Sostituzione (dir. intermedio)*, in *ED*, XLIII, Milano 1990, p. 137-141; F. TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis. Esegesi e sistema nella formazione del testamento fiduciario*, I (2002), Napoli 2002. Sulla specifica esperienza sabauda mi permetto di rinviare, per il XVIII secolo, a C. BONZO, *Dalla volontà privata alla volontà del principe. Aspetti del fedecompresso nel Piemonte sabauda settecentesco*, Torino 2007, e per il XIX secolo, ID., *L'inevitabile superamento della tradizione. Il destino del fedecompresso nel XIX secolo*, Napoli 2014.

⁷ F. TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis* cit., p. 78-94. Il fedecompresso, inoltre, concependo l'erede «ad interim», quale «erede (quanto meno potenzialmente) 'a scadenza' (più o meno certa)», aveva incrinato uno dei principi fondamentali del diritto ereditario romano, «semel heres semper heres» (*ivi*, p. 95). Più ampiamente, sul tema della fiducia in senso retrospettivo, si veda dello stesso autore *Negoziio fiduciario, fiducia, disposizioni trans morte* in «Diritto romano attuale», 17 (giugno 2007), p. 65-79.

Col fedecommissso si ha un esempio chiaro di questo atteggiamento della scienza giuridica medievale e moderna: si continuava sì a parlare di fedecommissso, ma in effetti molteplici fattori hanno fatto sì che il fedecommissso di età moderna abbia sempre più preso inevitabilmente le distanze dal fedecommissso cosiddetto «puro» di matrice romanistica⁸, diventando lo strumento successorio più diffuso per la conservazione dell'intera ricchezza familiare. Si può ricordare, ad esempio, l'assimilazione sempre più caratteristica dello schema della sostituzione obbligatoria o indiretta o obliqua (che consentiva di determinare un *ordo successivus* di gradi nella chiamata degli eredi); la progressiva influenza della normativa feudale in materia successoria con, per esempio, l'elezione a criterio privilegiato della successione (specie dal '600) quello della primogenitura (sconosciuto invece al mondo romano); o ancora il carattere formale e giuridicizzato della disposizione testamentaria (ben lontano ormai dalle formule legate allo schema della preghiera o della benevola richiesta, come già del resto accaduto per il fedecommissso romano maturo), pur innestandosi sulla regola di vincolare i beni per un dato tempo a un casato⁹.

La tutela del patrimonio familiare assumeva dei connotati del tutto nuovi: al superiore interesse di una specifica famiglia, che tuttavia finiva spesso coll'assumere anche una certa rilevanza nell'ottica del più ampio pubblico bene¹⁰, si sacrificava la libertà dispositiva del singolo possessore che, di volta in volta, fosse stato chiamato a conservare i beni in vista di un successivo ed ulteriore passaggio e pertanto ammesso almeno a godere dei frutti maturati come una sorta di compensazione dell'importante gravame di cui era stato caricato.

⁸ Semmai era stato il romanistico *fidecommissum familiae relictum* (fedecommissso di famiglia) a configurare già un'ipotesi di vincolo sul patrimonio o parte di esso all'interno di un preciso contesto familiare (A. MANFREDINI, *La volontà oltre la morte: profili di diritto ereditario romano*, Torino 1991, p. 106-107).

⁹ A. ROMANO, *Famiglia, successioni e patrimonio* cit., p. 75, ove il fedecommissso moderno viene dunque presentato come il frutto di un incontro fecondo tra una normativa pubblicistica, come quella feudale, con una privatistica, relativa alle sostituzioni.

¹⁰ G. ROSSI, *I fedecommissi nella dottrina e nella prassi giuridica di ius commune tra XVI e XVII secolo*, in *La famiglia nell'economia europea secc. XIII-XVIII*. Atti della "Quarantesima Settimana di Studi", 6-10 aprile 2008, a cura di S. CAVACIOCI-CHI, Firenze 2009, p. 175-202, in part. p. 177.

Il fedecompresso di età moderna è dunque ormai «lontano dal fedecompresso romano e dalla normativa giustiniana»¹¹; diffusosi in Italia con particolare fortuna col sec. XVII, presenta già nel Cinquecento una propria individualità precisa, una struttura ormai ben definita, grazie soprattutto alla pratica che ne modella i caratteri al di là degli schemi del *Corpus iuris* e che attesta «l'evolversi delle strutture patrimoniali della famiglia verso la concentrazione dell'amministrazione del *patrimonium* in uno solo degli agnati», individuato alla luce dei diversi criteri che regolavano la primogenitura, il maggiorasco ed il seniorato¹². Col fedecompresso universale di famiglia l'intero patrimonio del casato diventava «indivisibile, inalienabile, e indisponibile» e «solo transitoriamente affidato all'amministrazione ed al godimento 'temporaneo' del capo famiglia» qualificabile alla stregua di un «amministratore interinale dei beni ma non un vero erede, nonostante potesse esercitare le azioni ereditarie»¹³.

Per meglio individuare i caratteri identificativi del fedecompresso in età moderna, è molto utile a mio parere riportare il giudizio severo tratteggiato, a metà del 1700, Ludovico Antonio Muratori proprio nel momento in cui emergeva in tutta la sua gravità la prassi fidecommissaria degli ultimi due secoli.

«Chi vuol chiarirsi della superbia umana, non ha che da leggere i vari testamenti, che tutto di si fanno. Quivi i Testatori non solamente trasmettono la roba loro a qualche erede, ma vogliono, ch'essa si conservi, e passi ad altre mani, sostituendo al primo erede altre persone determinate, sieno discendenti, o trasversali, agnati, o cognati, o pure estranei, secondo la predilezion loro, e vincolandola in maniera, che tutti i chiamati ne godano più tosto l'usufrutto, che il vero e libero dominio. Chiamo io superbia quella di una creatura, destinata da Dio a vivere per pochi anni sopra la terra, e a goder di que' beni, che o la fortuna o l'industria ha portato in sua casa: che voglia anche far da padrone d'essa, giacchè non se la può portar dietro, non solamente allorché spira l'ultimo fiato, ma per moltissimi anni anche dopo la morte sua. E divien poi questa ridicola, se si tratta di poche sostanze, o se si vuol tramandare una tal disposizione sino ai Secoli avvenire, e molto

¹¹ M. C. ZORZOLI, *Della famiglia* cit., p. 91. Analogamente cfr. A. ROMANO, *Famiglia, successioni e patrimonio* cit., p. 73; B. BRUGI, *op. cit.*, p. 624.

¹² A. ROMANO, *Famiglia, successioni e patrimonio* cit., p. 73.

¹³ *Ibidem*, p. 74.

più se in infinito, come cantano alcune ultime volontà [...] Ecco come egli [l'uomo] vuol comandare anche dopo morte, anche per Secoli e Secoli: quando egli è sotterra. Ma verrann sì, verranno le confusioni delle guerre e delle pestilenze, verranno le dispense de' Principi, le sottigliezze de i Legali, e varie furberie de i possessori di questi beni, e diversi altri accidenti, e specialmente le ordinarie morti, che annuleran le ridicolose disposizioni di chi vuole stendere il suo imperio, se potesse, fino alla fine del mondo»¹⁴.

Fin dal titolo della mia relazione ho creduto opportuno dar voce a Muratori per focalizzare l'essenza del fedecompresso di età moderna quale strumento giuridico per il singolo di poter in qualche modo 'sopravvivere' alla propria morte naturale, continuando ad incidere nella gestione del patrimonio anche per molti anni a venire («anche per secoli e secoli»), nel tentativo di conservare meglio, o più a lungo, uno o diversi beni, sottraendoli al potere dispositivo dei successori. Questa aspirazione poteva essere giustificata nell'ipotesi in cui non si fosse nutrita particolare stima di qualche discendente specifico o non se ne condividessero valori o scelte personali¹⁵, oppure più in generale per evitare il rapido smembramento del patrimonio tanto faticosamente costruito nel tempo, o ancora, in qualche caso, forse solo per esorcizzare il momento dell'estremo distacco dalla realtà terrena, in

¹⁴ Per la citazione, un po' lunga ma molto efficace, cfr. L. A. MURATORI, *Dei difetti della giurisprudenza*, Venezia 1742, cap. XVII, p. 145-146. Sulla figura di Muratori si rinvia, fra tutti, alle recenti 'voci' di G. IMBRUGLIA e di I. BIROCCHI rispettivamente pubblicate sul *Dizionario biografico degli italiani*, 76 (2012), p. 443-452, e sul *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, diretto da I. BIROCCHI, E. CORTESE, A. MATTONE, M.N. MILETTI, II. vol., Bologna 2013, p. 1397-1400.

¹⁵ Questa percezione può essere particolarmente viva ancora oggi nel collezionista: questi, per l'attaccamento, talvolta esasperato, nutrito verso i propri oggetti complessivamente considerati, preferisce destinare la propria collezione ad un ente o persona estranei alla famiglia – ma verso i quali nutre fiducia in ordine alla salvaguardia della collezione stessa – piuttosto che a qualche discendente, che potrebbe invece essere paradossalmente più interessato al valore patrimoniale recuperabile dalla realizzazione dei singoli beni che non alla loro conservazione. In tale prospettiva, a prevalere è certamente il patrimonio in sé considerato, la collezione dei beni materiali, rispetto alle aspettative (anche legittime, ma 'pericolose' nell'ottica del *de cuius*) dei familiari. Cfr. G. DE NOVA, *Trust interni con valore aggiunto e trust classici: il caso del trust di cimeli napoleonici*, in «Trusts e attività fiduciarie», 2/2006, p. 174-175.

una società in cui il singolo si sentiva ancora fortemente minacciato da tanti fattori sottratti al suo controllo¹⁶.

Non si può certamente negare che il fedecompresso nel tempo abbia pure permesso la conservazione di ingenti patrimoni (anche, in molti casi, di notevole valore artistico) e che abbia consentito altresì di tutelare pure beni di più modesto valore economico, ma comunque espressione di un insieme di affetti, fatiche personali e legami intersoggettivi difficilmente ignorabili¹⁷. È anche vero però che proprio nelle osservazioni più critiche di Ludovico Antonio Muratori (nelle quali risuona senz'altro l'eco della polemica condotta già da Gian Battista De Luca¹⁸ nel secolo precedente col *Dottor Volgare* e più ampiamente nel *Theatrum veritatis*) e che sarebbero culminate negli attacchi severi del pensiero illuminista, emergono – sia pur *a contrario* ed in chiave critica – gli aspetti più caratteristici dell'istituto.

La maggior disapprovazione è riservata da Muratori a quel desiderio di «comandare anche oltre la morte» che portava il singolo a definire una serie specifica di sostituzioni progressive al fine di orientare la

¹⁶ A dire il vero, e paradossalmente rispetto ad un progresso tecnologico continuo e rapidissimo, che pare aprire all'uomo una qualità della vita sempre più alta, alcuni eventi naturalistici inaspettati o di particolare violenza sembrano anche oggi mettere in discussione la capacità stessa dell'uomo di controllare ogni aspetto dell'esistenza.

¹⁷ È lo stesso Muratori a doverne prendere atto: «Non si può negare dall'un canto, che non si trovi fondamento di chiamar lodevole l'istituzione di queste... progressive eredità, considerato l'utile, che ne viene alla Repubblica, e alle case private. In questa maniera si assicurano dalla decadenza le case Nobili, nelle quali mancando la libertà di dissipar le sostanze accumulate da i Maggiori, viene colla conservazion d'esse a mantenersi il principal nerbo, secondo il giudizio volgare, che dà lustro alla Nobiltà... Si provvedere in oltre per tempo alla pazzia de' gli Scialacquatori, e al bisogno de' pupilli; si fa conoscere il suo amore ai parenti, la sua gratitudine a gli amici; e giacchè non s'è fatto in vita, almen si mostra dopo la morte... Certamente senza così saggio ripiego avrebbero col tempo mutata condizione tante antiche Nobili Famiglie, che durano tuttavia con isplendore e decoro» (L. A. MURATORI, *op. cit.*, p. 146).

¹⁸ Per un quadro di sintesi sul giurista venosino, oltre alla rispettiva 'voce' curata da A. MAZZACANE per il *Dizionario biografico degli italiani*, 38 (1990), p. 340-346, si veda pure quella più recente di I. BIROCCHI, E. FABBRICATORE, *De Luca, Giovanni Battista*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani cit.*, I. vol., Bologna 2013, p. 685-688.

successione del proprio patrimonio in una determinata direzione, con preferenza di alcuni elementi rispetto ad altri, con particolare favore ad una linea o a chi rivestisse determinate qualità. Quel voler «far da padroni oltre la morte»¹⁹, quella «pazza volontà degli uomini che vogliono disporre della robba pel tempo che non ne son più padroni, perché più non sono nel mondo»²⁰, quell'intento protettivo che il fedecommesso riesce a realizzare pienamente, quella tensione ad un «eterno perpetuarsi dell'uomo attraverso il perpetuarsi dei suoi beni, delle sostanze, della discendenza»²¹ sono la cifra essenziale del fedecommesso di età moderna, tanto da suscitare in Muratori un senso di repulsione per una forma di «superbia» tanto ostentata e pervicace. Muratori arriverà ad auspicare un intervento del principe per «estirpare questa invenzione dell'umana alterigia...»²².

V'erano pure difetti 'estrinseci', non meno insidiosi, come la litigiosità diffusa a cui dava origine questa intricata materia²³; l'incertezza dei traffici²⁴; la cavillosità e le sottigliezze delle interpretazioni giuridiche alimentatesi con un certo compiacimento per i ghiotti introiti professionali che ne scaturivano; le scelte vocazionali spesso poco spontanee e condizionate piuttosto dall'impossibilità di accedere alla parte più cospicua del patrimo-

¹⁹ L. A. MURATORI, *op. cit.*, p. 146.

²⁰ *Ibidem*, p. 154.

²¹ M. C. ZORZOLI, *Della famiglia* cit., p. 127. In proposito Maura Piccialuti, oltre alla scelta allusiva del titolo «immortalità dei beni», ha pure parlato molto opportunamente di una «inflessibile volontà di dominio sulla realtà futura» (M. PICCIALUTI, *op. cit.*, p. 6). Cfr. anche M.A. VISCEGLIA, *Il bisogno di eternità. I comportamenti aristocratici a Napoli in età moderna*, Napoli 1988, in partic. p. 44-63.

²² L. A. MURATORI, *op. cit.*, p. 148.

²³ Lo stesso Muratori individua nel contenzioso fedecommissario il «podere più fruttuoso d'ogni altro per gli Avvocati, Procuratori, Notai, e Giudici... perché i sottili legisti cercano d'imbrogliare col loro gran sapere...» (L. A. MURATORI, *op. cit.*, p. 148).

²⁴ Con molta schiettezza Muratori parla di «pernicioso regalo alla Repubblica per l'incertezza, a cui restano esposti i contratti del vendere e comperare, del fondar censi, dell'ipotecare... Noi spesso miriamo saltar fuori carte rancide, e testamenti, che carpiscono i fondi dalle mani de i burlati compratori. Tutto non si può precedere, né a tutto provvedere: massimamente se si tratta di case vecchie...» (*ibidem*, p. 147).

nio paterno²⁵; e ancora, l'impossibilità di far fronte a spese necessarie o al pagamento di debiti per i rigidi vincoli imposti sui beni ricevuti²⁶.

Tralasciando in questa sede i difetti estrinseci – maggiormente legati anche al contesto storico-sociale –, quello che connota più intrinsecamente il fedecommissario d'età moderna è dunque proprio lo scontrarsi tra due tipi di dominio tendenzialmente orientati ad affermarsi in modo assoluto, e che invece inevitabilmente si trovano ad essere reciprocamente condizionati e delimitati: quello del testatore e quello dell'erede. Il primo, attraverso il fedecommissario, esercitava un potere dispositivo così ampio da invadere la sfera del secondo che a sua volta, accettata l'eredità, avrebbe dovuto pure sottostare ai relativi oneri imposti dal primo, senza poter disporre a piacimento di quanto ereditato, e trovandosi invece costretto a conservare e restituire uno o più beni ai soggetti indicati dal testatore²⁷.

In effetti, il *de cuius* che avesse voluto conservare in un certo modo il patrimonio di famiglia non avrebbe potuto fare altro che dettare una precisa linea successoria, gravando il proprio erede più prossimo della relativa custodia, che sarebbe stata solo in parte compensata dalla percezione dei frutti (e in fondo all'epoca la terra non rendeva poco...) e dalle detrazioni di legge a sostegno delle spese di gestione del medesimo patrimonio o per l'adempimento di oneri familiari.

Dal canto suo, l'erede sapeva che, non sottoponendosi ai vincoli imposti dal *de cuius*, sarebbe stato certamente più libero, ma non avrebbe potuto godere non solo del medesimo patrimonio vita natural durante, ma neppure

²⁵ Nel caso di fedecommissario individuo, ristretto dunque ad una sola persona che tendenzialmente era indicata nel primogenito di sesso maschile, veniva lesa ogni aspettativa negli altri fratelli, e compromessa la prospettiva matrimoniale per le femmine.

²⁶ L'efficace espressione con la quale Muratori indicava il fedecommissario quale «scudo incantato» idoneo a porre al riparo il patrimonio dall'aggressione dei creditori, è stata qualche tempo fa ripresa da S. CALONACI, *Dietro lo scudo incantato: i fedecommissari di famiglia e il trionfo della borghesia fiorentina (1400ca-1750)*, Grassano, Bagno a Ripoli, 2005.

²⁷ In relazione a questo condizionamento, bisogna altresì osservare che se è vero che l'erede poteva essere chiamato a sostenere alcuni oneri economicamente pesanti circa la conservazione del patrimonio, e a noi questa limitazione pare senz'altro molto scomoda e insopportabile, si deve pure tener conto che – nella società del tempo – il *de cuius* avrebbe anche potuto decidere diversamente, senza essere tenuto a rispettare particolari equilibri tra i propri discendenti.

re per esempio di quel ritorno d'immagine che in una società come quella del tempo poteva significare la titolarità seppure 'temporanea' del castello o dell'immobile di famiglia, o un certo *modus vivendi* reso possibile proprio anche grazie al possesso di un cospicuo patrimonio capace di conferire lustro e consentire una certa rispettabilità sociale. Il patrimonio, l'arme, il blasone, costituivano indubbiamente l'anima della famiglia: la loro custodia rafforzava pure il senso di appartenenza tra gli stessi discendenti e contribuiva a formare nel tempo l'idea di un casato. Non c'è dubbio che il fedecommesso abbia «corroborato – o forse creato – il senso dinastico della famiglia»²⁸.

L'equilibrio tra le due posizioni giuridiche soggettive non era certamente di facile risoluzione: in concreto però a prevalere tra i due proprietari fu il vecchio *dominus*, cioè il testatore²⁹, in nome di un interesse superiore non solo ai familiari di volta in volta penalizzati perché esclusi, ma quasi rispetto persino a quello dello stesso testatore: questi, sebbene in fondo potesse in astratto disporre diversamente, sentiva una sorta di condizionamento sopra di sé in ordine alla conservazione del casato, della stessa famiglia, che andava oltre ogni aspettativa e oltre ogni interesse personale. Secondo la mentalità del tempo era dunque ancora il gruppo ad avere la meglio sul singolo...³⁰. I due aspiranti non erano infatti sullo stesso piano: la conservazione della famiglia poteva assumere (e lo assumeva) un ruolo in effetti di prim'ordine pure in un'ottica più ampia, di conservazione della società intera. Non è un caso che Montesquieu, pur nel clima illuministico settecentesco in cui infuriava l'attacco a questo genere di vincoli, dichiarasse ancora un certo *favor* verso l'istituto, seppur nell'ambito di precise forme di governo particolarmente sensibili (come la monarchia) al lustro delle famiglie nobili perché ritenute un saldo fondamento su cui poggiare³¹.

²⁸ M. PICCIALUTI, *op. cit.*, 7. La rilevanza dell'elemento materiale (specie immobiliare) rispetto all'idea stessa di famiglia era stata messa a fuoco fin dai tempi di Bartolo, come ha evidenziato G. ROSSI, *I fedecommessi cit.*, p. 176.

²⁹ M. C. ZORZOLI, *Della famiglia cit.*, p. 97

³⁰ Si pensi in proposito ai cadetti, obbligati a 'piegare' sulla carriera ecclesiastica o militare, o alle figlie femmine, spesso destinate al convento per mancanza di una dote adeguata al matrimonio, senza nutrire necessariamente una vocazione genuina.

³¹ Com'è noto, lo stesso Montesquieu viveva proprio anche grazie alla rendita di posizione relativa ad una carica di giudice acquistata da un avo ma che aveva a sua volta ceduto a terzi per non aver voluto ricoprirla egli stesso (all'epoca, per la venalità degli uffici, si potevano acquistare o trasmettere *mortis causa* anche cariche

2. Il fedecommissario di famiglia in età moderna.

Come già accennato, sebbene il termine invalso nell'uso comune sul finire del Cinquecento e soprattutto nel Seicento fosse quello di «fedecommissario», lo schema giuridico che reggeva la trasmissione dei beni era quello della sostituzione indiretta, obliqua o fedecommissaria³², usata per distinguere questa particolare forma di sostituzione da quelle dirette (volgare, pupillare, militare ed esemplare)³³. Il fedecommissario d'età moderna (che insieme indica due concetti diversi: l'istituto di diritto successorio e, al contempo, il patrimonio vincolato³⁴; un po' come, analogamente, il termine matrimonio indica contestualmente l'atto della celebrazione e pure la durata del rapporto, la continuità nel tempo dell'unione creata fra i coniugi)

relative all'esercizio di funzioni giurisdizionali). Non pochi intellettuali – al pari di Montesquieu – si trovarono talvolta in situazioni ambigue... Recentemente per esempio è stato rilevato come proprio la famiglia Verri, a cui sono riconducibili due tra i più severi critici del sistema vincolistico, fosse stata in lite proprio per un fedecommissario di famiglia... Cfr. G. DI RENZO VILLATA, «Sembra che... in genere... il mondo vada migliorando». *Pietro Verri e la famiglia tra tradizione giuridica e innovazione*, in *Pietro Verri e il suo tempo*, I, (a cura di C. CAPRA), Bologna 1999, p. 147-270.

³² In effetti, sebbene nella prassi e nel tempo col termine 'fedecommissario' si sia venuti ad indicare la sostituzione fedecommissaria, nella dottrina di diritto comune si distingueva chiaramente tra sostituzione e fedecommissario: come efficacemente espresso da Maria Carla Zorzoli, «nella sostituzione il sostituto ha il suo diretto dante causa nel testatore (*capit haereditatem ex testamento*) e subentra nell'eredità, per volontà del testatore, al posto (in sostituzione) dell'erede che viene meno e che quindi non ha avuto occasione di adire l'eredità (*in locum deficientis haereditatis*); nel fedecommissario, il fedecommissario riceve l'eredità per mano dell'erede istituito il quale, per volontà del testatore, è tenuto ad adire e successivamente a restituire l'eredità». Nella sostituzione obliqua si risolvevano le diverse sostituzioni che non fossero riuscite a valere sotto altra indicazione per mancanza di requisiti. La chiamata dell'erede per fedecommissario, accanto all'indicazione nominativa delle ulteriori forme di sostituzione, compresa quella fedecommissaria, deve aver contribuito a questa confusione tra i due termini. Per questa puntualizzazione cfr. M. C. ZORZOLI, *Della famiglia* cit., p. 93, nota 7.

³³ Per un quadro semplificato delle diverse tipologie di sostituzione si rinvia a G.B. DE LUCA, *Il dottor volgare, ovvero il compendio di tutta la legge civile, canonica, feudale e municipale*, tomo IV, Colonia 1740, libro X, cap. II, p. 15.

³⁴ M. C. ZORZOLI, *Della famiglia* cit., p. 113.

si presenta quindi come fedecommissso «condizionale»³⁵. Il fedecommissso cosiddetto «puro», quello cioè in uso presso i romani e secondo il quale l'erede istituito, ancora in vita, sarebbe stato gravato – senz'altra condizione – di restituire l'eredità ad altro soggetto, non era già da tempo più in uso³⁶.

È proprio con l'età moderna che fiorisce l'istituto con nuovo vigore e nuovi connotati, in una società del resto per molti aspetti mutata³⁷. Il fe-

³⁵ Sulle varie forme di fedecommissso cfr. G.B. DE LUCA, *Il dottor volgare* cit., lib. X, cap. IX, p. 38-41.

³⁶ Gli stravolgimenti dell'alto medioevo lo avevano spazzato via: a soddisfare le finalità del fedecommissso puro romano sarebbero state piuttosto le istituzioni confidenziali o fiduciarie a favore di persone che il testatore non avrebbe potuto beneficiare direttamente (B. BRUGI, *op. cit.*, p. 624). Le fiducie erano più convenienti perché: a) a differenza del fedecommissso dove il gravato era un vero erede, nella fiducia era un semplice amministratore o depositario dell'eredità; non avrebbe potuto prendere i frutti che l'erede fedecommissario avrebbe invece potuto fare suoi; l'erede era palesemente incaricato di conservare per poi restituire, mentre il fiduciario sarebbe stato segretamente incaricato di trasmettere; l'erede fedecommissario avrebbe avuto diritto alla quarta trebellianica, a differenza del fiduciario (*ivi*, p. 625). Tenzionalmente la fiducia non sarebbe stata manifestata pur andando eseguita, e il fiduciario non avrebbe potuto trarre alcun vantaggio dai beni affidatigli salvo in via equitativa il riconoscimento degli alimenti; le disposizioni fiduciarie sarebbero rimaste senza effetto qualora il *confidentiarius* unico testimone della volontà del testatore non avesse potuto o non avesse voluto dichiararla (*ivi*, p. 631). Con i glossatori venne semmai recuperato l'istituto del *fideicommissum familiae relictum* romanistico (che comunque, oltre a non avere avuto una particolare diffusione, era molto diverso da quello che sarebbe stato il fedecommissso moderno: basti pensare alla limitazione della Novella 159 giustiniana circa il limite dei tre gradi di successione, non rispettato nel periodo di massima diffusione dell'istituto, senza contare inoltre che la mancanza della previsione di una successione particolare consentiva che i beni potessero trasmettersi secondo le regole della successione *ab intestato* (cfr. il classico C. NANI, *Storia del diritto privato italiano*, Torino 1902, p. 592). La «denominazione fiduciaria» era stata impropriamente mantenuta per una forma di trasmissione di beni per via ereditaria per nulla più segnata dalla *fides* e sostanzialmente dipendente «dal comando del testatore», come evidenziato da F. TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis* cit., p. 101. Per una diffusa differenziazione tra le *fiducie* o istituzioni fiduciarie e i fedecommisssi, fatta durante la Restaurazione, cfr. L.S. BERTOLOTI, *Istituzioni del diritto civile universale*, tomo I, Torino 1815, p. 513 ss., specialmente da p. 530.

³⁷ «Il fedecommissso creato solamente per giovare dei servizi di un *minister*, in cui il gravame è 'puro', cioè non sottoposto a termine o a condizione ed espresso,

fedecommeso presente nelle pagine dei giuristi dell'età moderna è in primo luogo il fedecommeso istituito per governare le sorti del patrimonio del casato. In effetti, non tutti i passi o istituti del *Corpus iuris civilis* giustiniano attraggono allo stesso modo i Glossatori che, magari pur anche glossandoli, comunque considerano alcuni istituti come tralatizi e vuoti, mentre altri vivi e funzionali alla società in evoluzione.

Il fedecommeso condizionale d'età moderna può presentarsi in tre forme differenti. Quella più ordinaria e generale (*fedecommeso restitutorio*) si ha ove il primo erede, alla sua morte (è questa la condizione al verificarsi della quale è subordinato il vincolo), sia gravato di restituire l'eredità in tutto o in parte a soggetti terzi (i suoi figli o altri sostituti) indicati secondo un ordine ben regolato di successione necessaria espresso, palesemente nell'atto di ultima volontà, dall'erettore³⁸. Il fedecommeso di tale specie, quello più diffuso tra Cinque e Seicento³⁹, ma ancora pure nel corso del Settecento, «si risolve, in concreto, nella «predeterminazione della linea successoria all'erede istituito»⁴⁰, secondo lo schema della sostituzione fedecommissaria⁴¹.

cioè palese, di cui parlano alcune fonti romane, è ormai considerato un'ipotesi di scuola. Il fedecommeso 'puro' che sopravvive è il fedecommeso avvolto dalla confidenza, cioè non espresso» (M. GRAZIADEI, *La fiducia nella tarda età moderna* cit., p. 245-246). Si tratta dunque ormai di un «riferimento 'dotto' quello che riconduce la disposizione fiduciaria al fedecommeso. Nel parlare comune, verosimilmente, la fiducia è ormai semplicemente confidenza, e l'istituzione di un erede fiduciario è l'istituzione di un erede confidenziale» (*ivi*, p. 246).

³⁸ G.B. DE LUCA, *Il dottor volgare* cit., lib. X, cap. XVII, p. 83. La fissazione di un preciso ordine nella successione è finalizzata alla conservazione del patrimonio all'interno di una determinata compagine familiare.

³⁹ Si veda in proposito il quadro colorito delineato, per la realtà romana, da M. PICCIALUTI, *op. cit.*, p. 12-61. In effetti la cospicua diffusione dei fedecommissi nelle grandi famiglie romane iniziò a manifestarsi con particolare decisione dal XVI secolo. Sulla realtà romana cfr. anche G. NENCI, *op. cit.*, p. 17-21.

⁴⁰ M.C. ZORZOLI, *Della famiglia* cit., p. 103.

⁴¹ È questo si può dire il «diritto vivente» dei secoli XVI-XVII dell'età moderna: nella mia relazione non a caso faccio spesso riferimento a De Luca e a Muratori perché, rispetto ad altri trattati (come quello per esempio del Peregrinus, più tecnico e minuzioso), essi descrivono con schiettezza, lucidità e senso critico, un affresco a tinte molto vivaci della massima diffusione del fedecommeso di famiglia. Si tratta di testimoni diretti di quello stesso mondo che descrivono. Per una riflessione specifica sull'opera del De Luca in ordine ai fedecommissi cfr. M. PICCIALUTI, *op. cit.*, p. 90-107.

Attraverso un «articolato progetto successorio»⁴² l'erettore individua i beni da vincolare (l'intero patrimonio, oppure anche solo alcuni beni determinati, e sulla scelta dei beni inevitabilmente si riflette lo *status* della famiglia) e, al fine di evitare la frantumazione del patrimonio, ne vieta ogni forma di alienazione o di disposizione (ove rientra qualunque atto dispositivo, in tutto o in parte, eventualmente anche a titolo di permuta o di disposizione *mortis causa*); indica l'ordine successivo di soggetti chiamati a subentrare nel patrimonio, individuandoli nominativamente o più frequentemente chiamando persone incerte ma identificabili secondo un determinato criterio successorio (con prevalenza, di primogenitura mascolina), eventualmente condizionato dalla presenza o dall'assenza di certe qualità specifiche (essere ecclesiastico secolare o religioso regolare, svolgimento di una certa attività, luogo di residenza...); determina una precisa condizione all'avverarsi della quale subordinare l'obbligo restitutorio⁴³.

La puntuale indicazione dei futuri chiamati rispecchiava una gran diffidenza verso le generazioni future e, per il timore che i più prossimi successibili non fossero in grado di proseguire sulle orme paterne nella conservazione del patrimonio avito⁴⁴, si veniva a ingenerare un ulteriore

⁴² G. ROSSI, *I fedecommissi* cit., p. 181.

⁴³ Normalmente l'evento tratto in condizione nel fedecommissio restitutorio era la morte, evento senz'altro sempre certo nell'*an*, incerto solo nel *quando*. È proprio con la morte dell'erede che si verifica inevitabilmente il doppio grado di sostituzione tra erede e terzo beneficiario. Prima dell'evento condizionale il terzo sostituito non avrebbe potuto pretendere alcunché né impugnare gli atti dispositivi posti in essere dall'erede. Cfr. M.C. ZORZOLI, *Della famiglia* cit., p. 138.

⁴⁴ Il primogenito avrebbe dato tendenzialmente più garanzie di saggezza in proposito rispetto a eventuali fratelli minori. Secondo questa prospettiva, al di là del significato ideale che caratterizzava la trasmissione in linea diretta per via di primogenitura, si capisce perché l'erettore di un fedecommissio potesse arrivare a spingersi a determinare pure il criterio del maggiorascato (secondo il quale a prevalere sarebbe stato il grado (il più prossimo) e non la linea: a parità di grado, sarebbe prevalso il maggiore d'età) o del seniorato (secondo il quale avrebbe prevalso comunque il più vecchio): si poteva pensare che il maggiore d'età (al di là della linea) avrebbe potuto dare maggiori garanzie rispetto al primogenito, ove questi si trovasse ad essere di età inferiore rispetto ad altri membri della famiglia. Non si trattava di una scelta astratta, a priori: era invece molto concreta, sulla base cioè della specifica situazione familiare che il testatore si fosse trovato davanti, sulle presupposizioni che avrebbe potuto fare in merito alla prevedibile successione...

problema, quello di una diffusa staticità sociale⁴⁵.

Secondo lo schema del fedecommissario d'età moderna, l'erede istituito e, a loro volta, coloro che fossero stati chiamati alla successione, non sarebbero stati proprietari in senso stretto, ma piuttosto «solamente usufruttuari di beni, che dopo la loro morte devolvono ad altri»⁴⁶. Infatti, l'erede, al momento della propria morte, avrebbe «restituito» i beni al sostituto: ad un altro soggetto che prima di divenire erede per l'avverarsi della condizione, si sarebbe configurato pertanto come il beneficiario («onorato») dal fedecommissario condizionale creato dal testatore. A sua volta il sostituto, divenuto erede, avrebbe ereditato insieme al patrimonio il medesimo vincolo («gravamen») del fedecommissario: obbligato allo stesso modo del suo dante causa, sarebbe stato «gravato» della restituzione dell'eredità ai fedecommissari, ovvero ai successivi possibili sostituti che il primo disponente, il *de cuius*, aveva voluto indicare⁴⁷.

Non si tratta di più successioni, aperte a distanza di tempo, ma di un'unica successione che, attraverso una «catena di sostituzioni»⁴⁸, spesso *in infinitum* (...ma, col tempo, per disposizione sovrana, limitatamente soltanto ad un certo numero di gradi), perpetua un patrimonio dall'ereatore del vincolo fino agli ultimi discendenti della linea prescelta. All'interno di questo percorso gli oneri si accompagnano necessariamente agli onori: ogni erede della catena è sì onorato del patrimonio, ma è altresì impegnato a conservarlo per consegnarlo, a tempo debito, a chi diventando erede sarà a sua volta onorato del patrimonio ma onerato altresì della sua conservazione e restituzione a terzi, secondo un meccanismo che necessariamente può snodarsi nei tempi lunghi delle diverse generazioni successive.

La prosecuzione del fedecommissario sarebbe stata in balia dell'erede che avrebbe dovuto accettare l'eredità in vista della futura restituzione: col tempo la dottrina avrebbe escogitato i mezzi necessari per costringere l'erede ad accettare l'eredità o per superare fittiziamente questo momen-

⁴⁵ Il problema tuttavia è stato recentemente riconsiderato in una diversa prospettiva da A. COGNÉ, *Le fidéicommis, un instrument d'immobilisation des patrimoines? Le cas de la Lombardie durant la période moderne*, in «Mélanges de l'Ecole française de Rome», 124/2 – 2012, p. 501-517, e da P. LANARO, *Fedecommissi, doti, famiglia: la trasmissione della ricchezza nella Repubblica di Venezia (XV-XVIII secolo). Un approccio economico*, *ivi*, p. 519-531.

⁴⁶ L.A. MURATORI, *op. cit.*, p. 149.

⁴⁷ M.C. ZORZOLI, *Della famiglia* cit., p. 103.

⁴⁸ *Ibidem*.

to, consentendo al fedecommissario di subentrare automaticamente all'erede inadempiente⁴⁹. Del resto il successore nel fedecommissato non ereditava dall'ultimo possessore o dal suo immediato dante causa, ma entrava nel possesso per proprio diritto, che gli era stato attribuito sin dalla costituzione del fedecommissato dall'ereuttore, pur sotto condizione che solo in un secondo momento si sarebbe avverata⁵⁰. Il fedecommissario peraltro avrebbe potuto anche chiedere l'immissione preventiva del possesso del fedecommissato⁵¹.

Oltre al fedecommissato restitutorio esistevano pure altre forme di fedecommissato moderno: si aveva per esempio fedecommissato *conservatorio*, nell'ipotesi in cui il testatore non avesse previsto il predetto ordine di successione necessaria, ma avesse disposto comunque un divieto assoluto di alienazione dei beni ereditari, allo scopo di conservarli all'interno della propria famiglia o in quella dell'erede, sostituendo un altro erede in caso di violazione del divieto (cioè nel caso l'erede operasse un'alienazione). In questo caso il possessore avrebbe potuto, per ultima volontà o per atto tra vivi, «anche per via di vendita o di altra forma di alienazione, trasferire la roba a chi gli piace di coloro della famiglia, o della discendenza, o del genere chiamato; mentre basta ubbidire al precetto del testatore di non cavare la roba fuori del genere, o delle persone ordinate»⁵².

Tuttavia il fedecommissato più diffuso fu senz'altro quello cosiddetto *misto*, cioè che partecipava di entrambe le predette cause: il testatore proibiva l'alienazione dei beni ereditari con sostituzione anche in vita ove il divieto venisse violato e contestualmente disponeva la restituzione dell'eredità a terzi al momento della morte dell'erede. Questo secondo elemento avrebbe pure potuto ricavarsi implicitamente dalla previsione del divieto precedente⁵³.

V'era ancora un'ultima forma di fedecommissato condizionale, quello

⁴⁹ *Ivi*, p. 131-132.

⁵⁰ B. BRUGI, *op. cit.*, p. 634

⁵¹ *Ivi*, p. 635.

⁵² G.B. DE LUCA, *Il dottor volgare cit.*, lib. X, cap. XVII, p. 82-83

⁵³ A differenza del fedecommissato conservatorio, nel fedecommissato puro o in quello restitutorio in caso di morte il gravato non avrebbe potuto alterare l'ordine della successione, né gratificare alcuno, a meno che il testatore gliene avesse dato specifica autorità; e comunque, se questa fosse pur stata concessa al primo, si sarebbe intesa strettamente 'personale', senza poterla estendere – in assenza di chiari elementi interpretativi in tal senso – ad altri (*ivi*, p. 83-85).

penale, nell'ipotesi in cui l'erede avesse commesso un qualche delitto che importasse la confisca dei beni o altra pena «che comunque ferisca le robe», o nel caso in cui l'erede si fosse macchiato di qualche comportamento contrario alla volontà del testatore o di qualche contravvenzione⁵⁴: tale forma di fedecommesso era tuttavia malvista perché pareva essere fatta con l'intento specifico di sottrarre i beni ereditari al Fisco, nella misura in cui lo stesso autore – ove fosse stato successivamente rimesso in grazia del principe – ne avrebbe potuto nuovamente godere, recuperando i beni dalle mani del sostituto⁵⁵.

Come ripetutamente rilevato dal De Luca, tutta la materia era sostanzialmente retta dalla *voluntas testatoris* e da una sua corretta interpretazione, dalla valutazione del contesto complessivo dell'atto testamentario e delle espressioni usate, della qualità ed estrazione sociale del disponente, dagli usi locali, dalla qualità dei beni vincolati, dal momento in cui fosse stata definita la disposizione: più che rigidi e astratti principi giuridici, le problematiche che gravavano intorno al fedecommesso erano tutte in ultimo riducibili a questioni «di fatto e di volontà», cioè interpretative della effettiva ed autentica volontà del testatore, da dipanarsi caso per caso. Questo carattere, se da un lato denota un rispetto quasi reverenziale delle ultime volontà dettate (del resto già Bartolo diceva: «*Voluntas testatoris est lex*»), dall'altro costituiva la causa principale di una elevata conflittualità spesso dovuta proprio all'uso di espressioni ambigue (o, comunque, non univoche)

⁵⁴ *Ivi*, cap. X, p. 43-44.

⁵⁵ *Ivi*, cap. IX, p. 40. In effetti, poco dopo De Luca descrive questa forma di fedecommesso in termini meno opportunistici, e sollevandolo così da molte polemiche circa la sua legittimità: ove non si fosse provata la «fraude positiva» (*ivi*, cap. X, p. 43), cioè un intento specifico di frodare il Fisco, si sarebbe dovuto presumere che il fedecommesso penale avesse come buon fine quello di tenere a freno i successori, inducendoli a non commettere delitti, così allettandoli a conservare il patrimonio nella posterità e nella famiglia: l'eventuale pregiudizio cagionato al Fisco sarebbe stato solo dunque una conseguenza indiretta, ma non lo scopo primario dell'operazione giuridica. Il recupero dei beni dalle mani del sostituto non sarebbe stato neppure così scontato: sarebbe dipeso dal tenore della disposizione testamentaria e pure dal tenore della grazia o della restituzione concessa al delinquente, senza potersi dare una regola certa e valida per ogni caso. Non sarebbe stato comunque sufficiente un qualunque delitto per far operare la logica del fedecommesso, rendendosi invece necessaria la previsione della pena accessoria della confisca (*ivi*, cap. X, p. 44).

delle schede testamentarie e ad un atteggiamento non troppo rigoroso del ceto forense, non di rado più interessato a trarre guadagno dai conflitti che realmente alla ricerca dell'effettiva volontà espressa⁵⁶.

Proprio per questo, fin dal tardo Cinquecento i giuristi sono chiamati a «pronunciarsi 'de facto' su una serie di questioni che da un punto di vista teorico non hanno più risposta», lasciando il passo piuttosto ad una rete di *conjecturae*, utilissime per orientare l'attività consulente⁵⁷. A metà Seicento, in tema di sostituzioni, la prassi ha di gran lunga preso il sopravvento sulla dottrina⁵⁸: «nessun inquadramento sistematico è più in grado di organizzare stabilmente una materia così fluida nella sua controvertibilità» e il giurista tende piuttosto a registrare una casistica sempre più variegata, piuttosto che a elaborare schemi teorici entro i quali sistemare regole generali⁵⁹. De Luca affermava che in materia il giudice avesse più bisogno «di giudizio che di dottrina», dovendo prima di tutto cercare l'effettiva «volontà del morto, non già le sottili formalità de' leggisti antichi»⁶⁰. La prudenza sarebbe stata più utile della scienza.... La situazione pare ormai degenerata: si raggiunge il massimo grado di opinabilità. Dovrebbe essere la volontà del *de cuius* a fare la differenza, ma in effetti sono i giuristi a dire (e a far dire alle carte) quello che preferiscono...

È proprio questo uno degli aspetti più intricati e, in proposito, De Luca

⁵⁶ Del resto, poiché «né legge, né dottrina» puntualizzavano precisi «requisiti di forma e contenuti» riguardo al vincolo, il fedecommissario di famiglia poteva essere istituito o con volontà espressa a chiare lettere oppure in modo tacito, attraverso una serie di elementi da cui si potesse presumere *ex conjecturis* il vincolo (M. C. ZORZOLI, *Della famiglia* cit., p. 95). Tuttavia, la deduzione per via indiziaria del fedecommissario poteva giungere a soluzioni diverse a seconda dell'atteggiamento di fondo nutrito nei confronti della natura del vincolo: l'odiosità o meno suscitata dal fedecommissario non avrebbe potuto che condizionare lo svolgimento del processo interpretativo, rendendolo più o meno estensivo a seconda dell'approccio. Chi avesse condiviso il *favor agnationis* non avrebbe potuto che interpretare estensivamente il testamento; chi invece avesse valutato *odiosum* il vincolo fedecommissario, perché «induttivo di una servitù» (G.B. DE LUCA, *Il dottor volgare* cit., lib. X, cap. XVIII, p. 86), avrebbe operato in termini restrittivi, presupponendo che il testatore avesse voluto «gravare il suo erede il meno possibile» (M.C. ZORZOLI, *Della famiglia* cit., p. 96).

⁵⁷ È quanto evidenziato in A. PADOVANI, *op. cit.*, p. 462, a proposito del più ampio genere delle sostituzioni.

⁵⁸ G. ROSSI, *I fedecommissari* cit., p. 185.

⁵⁹ A. PADOVANI, *op. cit.*, p. 464.

⁶⁰ *Ivi*, p. 468.

criticò fortemente un certo atteggiamento ed il *modus operandi* dei legulei che si perdevano (...o volevano perdersi) in troppe sottigliezze⁶¹. Se per favorire l'unità familiare, talvolta l'erettore poteva pure contemplare in qualche clausola, peraltro priva di effettiva sanzione, l'obbligo per i discendenti di vivere nella stessa casa avita, o di amministrare in comune i beni⁶², poteva d'altro canto esser dubbio – ove il *de cuius* avesse disposto una proibizione di alienazione finalizzata alla conservazione del patrimonio all'interno dell'agnazione o della discendenza – se tale previsione fosse sufficiente a far indurre un fedecommissio restitutorio in caso di morte, mancando una volontà espressa in proposito⁶³. Al contrario, il *favor agnationis* si sarebbe

⁶¹ Sul punto cfr. G.B. DE LUCA, *Il dottor volgare* cit., lib. X, cap. XVIII, p. 87-88 e successivamente L.A. MURATORI, *op. cit.*, p. 148. In particolare venivano ipotizzate alcune situazioni decisamente delicate. Per esempio, ove non espresso in termini chiari e palesi, il fedecommissio restitutorio in caso di morte non si sarebbe potuto ricavare dal solo fatto che la conservazione dei beni nell'agnazione o nella discendenza fosse stata indicata come ragione di una proibizione di alienazione o di quella della confisca: oltre a non potersi ricavare un ulteriore vincolo da quello ordinato espressamente (e ciò soprattutto per chi avesse ritenuto odioso il vincolo e dunque insofferente ad una interpretazione estensiva), la conservazione unita alla proibizione di confisca non avrebbe avuto altro significato che togliere il dubbio che la proibizione fosse stata fatta per scopi fraudolenti nei confronti del fisco; se invece aggiunta ad una proibizione di alienazione, non avrebbe fatto che corroborarla evitandone la riduzione a semplice consiglio (G.B. DE LUCA, *Il dottor volgare* cit., lib. X, cap. XVIII, p. 86). Non era questo l'unico punto critico. Si distingueva per esempio se l'obbligo di conservazione del patrimonio nell'agnazione fosse o no parte dello stesso periodo dell'istituzione, o se fosse retto dallo stesso verbo: a seconda dei casi si sarebbe potuto dare origine ad un fedecommissio restitutorio in caso di morte oppure no. Non era tuttavia – avvertiva De Luca – questione da ridurre a sottigliezze o a formalismi nelle parole: si sarebbe dovuto guardare al contesto, alla sostanziale volontà del disponente, riflettendo ciò che lui stesso avesse davvero significato... (*ivi*, p. 88).

⁶² M.C. ZORZOLI, *Della famiglia* cit., p. 114.

⁶³ Una lettura più attenuata della proibizione avrebbe potuto quanto meno impedire qualunque forma di alienazione a persone estranee, senza tuttavia escludere l'alienazione a soggetti appartenenti al genere di persone da preferire, sebbene più lontani nel grado. Solo nel fedecommissio restitutorio invece si sarebbe dovuto seguire l'ordine disposto dal *de cuius* e in caso di alienazione, sarebbe spettato al chiamato al fedecommissio di procedere contro i terzi possessori per il recupero dei beni alienati o contro l'alienante e il suo patrimonio per reintegrare il fedecommes-

potuto presumere verosimilmente dalla contemplazione della clausola «*si sine liberis*» nell'istituzione d'erede (ovvero «nel caso in cui il mio erede non abbia figli, sia sostituito con altro erede, all'uopo indicato»)⁶⁴.

L'eventuale violazione del divieto di alienazione poteva essere sanzionato in modo molto severo: nullità dell'atto dispositivo, rivendicabilità del bene presso terzi⁶⁵, espropriazione del bene alienato che invece, rientrato nel patrimonio, sarebbe andato ad accrescere la quota degli altri comproprietari senza attendere l'evento morte⁶⁶. Anche in caso di commissione di delitto, sarebbe scattata la sostituzione immediata dell'autore del fatto illecito a favore degli altri comproprietari o dei loro discendenti⁶⁷.

Il fedecommesso, oltre che per testamento, avrebbe potuto erigersi anche per altra tipologia di atti (donazioni, codicilli, o atti *inter vivos*, atti in forma libera, contratti) e la volontà del disponente avrebbe potuto spingersi

so della somma ricavata dall'alienazione o di quella rappresentativa del valore dei beni alienati (G.B. DE LUCA, *Il dottor volgare* cit., lib. X, cap. X, p. 43)

⁶⁴ L'aspetto senz'altro più problematico era quello dell'individuazione dei soggetti chiamati alla successione a seconda del tipo di fedecommesso istituito. I fedecommissi restitutori si distinguevano in fedecommissi semplici o dividui (nei quali veniva individuato un solo ordine di successione necessaria, in modo che sul modello dell'ordine prescritto dalla legge per la successione *ab intestato* ne fossero capaci più persone dello stesso grado e qualità), forma che storicamente sembra dapprima essere stata prevalente, e fedecommissi individui (nei quali non si ammetteva una pluralità di successori nello stesso tempo, ma poteva essere chiamata solo una sola persona: in questo caso si parlava di Primogenitura o di Maggiorasco a seconda del criterio adottato, ma sempre solo una sarebbe stata la persona chiamata. In tal modo il patrimonio familiare non era più soltanto inalienabile *extra familiam*, ma diveniva pure – grazie ad un prevalente *favor agnationis* – indivisibile *intra familiam*. In questo stava senz'altro un ulteriore elemento di distanza dall'omonimo istituto romanistico: com'è noto, il diritto romano non aveva conosciuto né le primogeniture né i maggioraschi (*ivi*, cap. XI, p. 46). Secondo De Luca il diritto primogeniale sarebbe giunto in Italia dalla Francia (*ivi*, cap. XII, p. 60) e nel complesso, pur nel contrasto di opinioni, l'uso delle primogeniture si mostrò nel tempo fonte più di lode che di biasimo.

⁶⁵ Questi sarebbero stati coinvolti anche se acquirenti di buona fede: in tal caso, tuttavia, in assenza di un espresso divieto specifico, avrebbero almeno potuto far valere un titolo idoneo per una prescrizione acquisitiva. M.C. ZORZOLI, *Della famiglia* cit., p. 139.

⁶⁶ *Ivi*, p. 111.

⁶⁷ *Ibidem*.

fino all'esclusione delle detrazioni previste dalla legge a vantaggio dell'erede (come la trebellianica o persino la legittima)⁶⁸.

Non pochi e delicati problemi furono legati altresì alla natura dei beni sui quali fosse possibile istituire fedecommissi, con particolare riguardo alla vincolabilità dei beni mobili⁶⁹. Senz'altro però era stata la vocazione ereditaria a porre le questioni più spinose e controverse, tanto da indurre la pratica a definire col tempo alcuni criteri per porre ordine nel caso di conflittualità tra più chiamati, ponendo una sorta di scala gerarchica da seguire nell'ordi-

⁶⁸ M.C. ZORZOLI, *Della famiglia* cit., p. 99.

⁶⁹ Chi avesse riconosciuto al fedecommissario il «tratto perpetuo e successivo», non avrebbe potuto che ammettere solamente i beni stabili in quanto idonei alla perpetua conservazione desiderata dal testatore ambizioso... e non invece i beni mobili proprio perché non adatti alla perpetua conservazione. De Luca notava altresì che «la più vera opinione» fosse in senso contrario; in caso di fedecommissario universale sopra tutta l'eredità, si sarebbe abbracciato tutto il patrimonio (G.B. DE LUCA, *Il dottor volgare* cit., lib. X, cap. XXVII, p. 120). Sul punto della restituzione dei beni, vi erano comunque delle problematiche che venivano proposte da De Luca con ampi spazi di opinabilità. Il problema cioè della tipologia di beni vincolabili era necessariamente legato a quello relativo alle modalità di restituzione dei beni mobili, ove non fossero adatti alla conservazione. Generalmente si distinguevano, da un lato, i beni mobili che necessariamente si fossero consumati subito con l'uso (grano, vino, olio,...), in ordine ai quali il gravato avrebbe dovuto restituire il prezzo e la sua condizione sarebbe stata equiparabile a quella dell'usufruttuario, e dall'altro i beni mobili che col tempo si fossero consumati nella sola misura in cui fossero stati soggetti ad usura i mobili di casa: per questi, il possessore non sarebbe stato tenuto ad altro che a restituire i medesimi nello stato in cui si fossero trovati. L'erede infatti si diceva vero padrone col solo peso di restituire quel che si fosse ritrovato al tempo della sua morte o che si fosse dovuto ritrovare e che invece fosse mancato per sua colpa (si fingeva che ci dovesse essere...). Se invece fosse passato un certo tempo si sarebbe presunto che fossero stati consumati e non vi sarebbe stato obbligo di restituirli salvo che in ordine a quei beni che si dicono di «solida materia» come oro, argento, ferro, rame o le pitture, statue, arazzi, parati...; quando invece l'erede gravato avesse venduto i mobili, allora sarebbe stato obbligato a restituire il prezzo, senza poter dire che se non li avesse venduti si sarebbero comunque consumati... (*ivi*, p. 121). Altro problema riguardava poi i beni vitalizi, come gli uffici vacanti, i censi vitalizi, o cose simili: può essere che l'erede gravato avesse l'obbligo di venderli e d'investirne il prezzo oppure che potesse goderli proprio in quel modo e che la vacanza andasse invece a danno dell'eredità: sul punto però De Luca rivela molte opinioni diverse, dipendenti a loro volta dai diversi stili giudiziari adottati presso le numerose corti territoriali.

ne delle chiamate. I quattro gradini tradizionalmente erano corrispondenti alla linea, al grado, al sesso, ed all'età. La linea avrebbe 'vinto' tutte le altre qualità; a parità di linea, avrebbe prevalso il grado (il più prossimo avrebbe escluso il più lontano della stessa linea); a parità di linea e grado si sarebbe dovuto guardare al sesso, ed in ultimo all'età⁷⁰. Nell'esatta determinazione del chiamato non poco rilievo avrebbe comunque potuto avere pure la natura stessa dei beni oggetto di trasmissione⁷¹.

Al di là della determinazione esatta di beni e persone coinvolte nel vincolo, uno dei punti più delicati della disciplina del fedecomesso in età moderna è senza dubbio posto dalla sua durata: sebbene non mancasse chi intendesse estendere a questo genere di successione la regola valida per le successioni intestate (e cioè che non potessero spingersi oltre il decimo grado), in generale nella pratica veniva ammessa l'estensione del vincolo

⁷⁰ A questa regola generale avrebbe tuttavia fatto eccezione il caso dei maggioraschi, ove infatti avrebbe sempre dovuto prevalere il criterio della maggiore età per natura, e dunque la successione sarebbe stata devoluta sempre a colui che in quel determinato genere di persone fosse davvero il più vecchio, passando a salti da un vecchio all'altro più vecchio di tutto il genere dei chiamati, senza badare alla prerogativa della linea, del grado, ma bensì solo a quella del sesso. Per ulteriori sfaccettature del problema si rinvia a G.B. DE LUCA, *Il dottor volgare* cit., lib. X, cap. XI, p. 50-51.

⁷¹ Ove per esempio, in luogo della successione di beni (con maggiore o minore interesse meramente 'borsale') si fosse trattato di «prerogative o di ragioni incorporali» richiedenti particolare prudenza o relative all'esercizio di parti d'intelletto (nel caso per es. di nomina del Rettore di una Chiesa, o di colui che avrebbe dovuto governare o amministrare giustizia in uno o più castelli...), ecco che avrebbe dovuto preferirsi il maggiore d'età piuttosto che il più prossimo, ma meno maturo (maggiorasco saltuario, cioè da vecchio in vecchio). Trattandosi di atti di prudenza nell'eleggere o presentare persone degne e adatte a ben governare i sudditi o ad amministrare la giustizia, era ben più ragionevole osservare quale criterio dirimente nella successione quello dell'età che avrebbe dovuto lasciar ben sperare in una corrispondente maggior prudenza e migliori capacità. In tal modo oltretutto avrebbero potuto partecipare sullo stesso tutte le linee, senza peraltro verificarsi quegli inconvenienti così antipatici che si verificano in materia di beni materiali: nella successione di beni incorporali, il più anziano avrebbe presumibilmente esercitato la funzione in nome di tutto il corpo (*ivi*, p. 51-52).

Ben diversamente nella successione di beni materiali ove invece il chiamato avrebbe auspicato al dominio e al godimento dei beni per sé con l'esclusione degli altri.

fintantoché fossero durati i generi delle persone chiamate dal testatore, *in infinitum*⁷². Secondo De Luca non sarebbe stato cioè applicabile nelle corti italiane una disciplina analoga a quella prevista dallo statuto di Avignone, limitativo dei fedecommissi in effetti entro il terzo grado⁷³.

Lo stesso De Luca rilevava la diffusione di fedecommissi ordinati «con tanto studio ed accuratezza, e con tante reiterate renovazioni finte, o artificiali»: il dotto cardinale sorrideva di questa «vanità, e pazzia umana», ma pure registrava il continuo crescere di questa pazzia di «credere nelle cose caduche del Mondo una perpetuità, e di volere l'osservanza della sua volontà doppio lungo tempo della propria annichilazione»⁷⁴ e probabilmente queste considerazioni erano pure ispirate dalla specifica sensibilità legata al suo stato religioso.

3. Verso una limitazione del vincolo.

Alla rigidità del vincolo tuttavia potevano anche darsi delle eccezioni, o previste di volta in volta dai singoli erettori⁷⁵ o anche in via più generale dalla dottrina per cause di necessità, che tuttavia l'erettore avrebbe potuto

⁷² G.B. DE LUCA, *Il dottor volgare* cit., lib. X, cap. XIII, p. 66.

⁷³ In proposito De Luca è fin piuttosto dissacrante: «...quei testatori li quali ordinano li fidecommissi nella discendenza propria, o in quella degli eredi, o in altri generi di persone, credono, e sperano (come si suole dire volgarmente per facezia) la conservazione delle robbe fino al giorno del giudizio, acciò seguendo (conforme la nostra fede indegna) la resurrezione della carne, possano ritornare ad abitare le proprie case, ed a godere le proprie ville ed i poderi» (*ibidem*).

⁷⁴ *Ivi*, p. 67. De Luca non esitava a giudicare questa tensione come «pazzia», ma non poteva non riconoscere che si trattava di una pazzia che piaceva, che conquistava... Oggi ancora il collezionista può comprendere questo attaccamento quasi viscerale ai beni materiali, complessivamente invece meno diffuso e marcato nel comune sentire: nella società contemporanea, infatti, più che dall'accumulazione di un consistente patrimonio immobiliare, l'individuo di media estrazione sociale sembra essere maggiormente allettato da quella forma di ricchezza mobiliare che consente di poter vivere con una certa agiatezza, accedendo a servizi qualificati e permettendosi alcuni lussi.

⁷⁵ Tipica ipotesi per esempio *ex causa permutationis*: l'operazione sui singoli cespiti patrimoniali non avrebbe dovuto intaccare la consistenza sostanziale del patrimonio, dovendosi dunque sostituire con beni di valore equivalente o soggetti

limitare restrittivamente. Le ipotesi più classiche di svincolo si risolvevano nel pagamento di debiti del testatore⁷⁶; nell'obbligo di dotare adeguatamente le figlie; nell'esigenza di far fronte a spese straordinarie di gestione del patrimonio, non derivanti da incuria o colpa; in cause di salute o infermità; nella prestazione di somme a titolo di alimenti verso i figli o nel dover far fronte ad ulteriori urgenti necessità dei discendenti maschi; nell'adempimento degli oneri scaturenti da transazione (ma solo ove si fosse trattato di negozio utile anche per i successori chiamati al fedecommesso). Infine, lo svincolo poteva essere concesso per deroga o dispensa dello stesso principe, tendenzialmente ma non necessariamente sulla base delle predette ipotesi puntualizzate dalla dottrina nel corso del tempo⁷⁷. Competenti a decidere su queste richieste di deroga erano i Supremi Tribunali e il giudizio si svolgeva senza lunghe istruttorie, sulla base di valutazioni più di fatto che di diritto, e con molta discrezionalità: i privati, spesso oberati da debiti, chiedevano per esempio – ove le detrazioni e i frutti non fossero stati sufficienti, e in mancanza di altri beni liberi – l'autorizzazione a vendere uno o più beni, impegnandosi a reinvestire nel fedecommesso il ricavato, operando pure qualche miglioria.

L'enorme diffusione del fedecommesso di famiglia nel Seicento arrivò a porre non pochi problemi anche sul piano pubblicistico; il sistema aveva ormai travalicato l'ambito nobiliare, per venire adottato pure in ordine a patrimoni ben più modesti, talvolta persino per singoli e minimi appezzamenti di terra che però, nell'ottica del singolo erettore, potevano rappresentare l'unica sicurezza da trasmettere alle generazioni future e pertanto ancor più oggetto di protezione⁷⁸.

ad altra forma di deperimento. I nuovi beni acquistati sarebbero stati gravati dello stesso vincolo di quelli permutati.

⁷⁶ Nel caso di vendite giudiziarie ad istanza dei creditori, il fedecommissario, pur non potendo invalidare l'atto intervenuto con i terzi, avrebbe potuto tuttavia agire verso l'erede qualora questi avesse amministrato male.

⁷⁷ G.B. DE LUCA, *Il dottor volgare* cit., lib. X, cap. XXXI, p. 135-138.

⁷⁸ Lo stesso Muratori rilevò come «...queste [invenzioni] han preso così gran piede in Italia, che pochi ci sono, i quali purché abbiano qualche stabile, ancorché meschino, nol tramandino agli erede con qualche vincolo di sostituzione o fideicommisso» (*Dei difetti* cit., p. 147). In particolare dopo il 1600 «cominciò la piena de i fedecommissi. Non solo i nobili, ma anche i plebei vollero e vogliono farla da padroni della poca lor roba per gli secoli avvenire, di maniera che troppo frequenti oggidì s'odono le eredità vincolate a più e più generazioni» (*ivi*, p. 153). Questa

Le scelte privatistiche in ambito successorio venivano ad incidere sensibilmente sulle dinamiche matrimoniali; potevano indurre a scelte vocazionali autenticamente poco motivate; portavano i cadetti a dedicarsi a carriere militari solo perché esclusi dalla successione familiare; creavano non poca incertezza negli scambi, limitando la solvibilità dei debitori e irrigidendo la circolazione dei beni immobili; impedivano nel complesso una libera crescita economica. I fedecommissi, come «leggi private» delle successioni, contribuivano pertanto a rendere sempre più *odiosum* il vincolo stesso a chi fosse escluso dalla successione. Peraltro, anche chi ne fosse temporaneamente beneficiario non era invogliato ad aumentare o a fare oggetto di investimenti il patrimonio, non percependo quest'ultimo come proprio a tutti gli effetti e sapendo che il medesimo sarebbe stato comunque destinato a soggetti anche diversi da quelli dei propri discendenti.

Di questi limiti i principi moderni ebbero sempre più consapevolezza tanto da giungere a fare della materia oggetto di precisi interventi legislativi, talvolta più settoriali, in altri casi (come per esempio nel regno sabauda) più organici e completi. Fu in definitiva il prevalere della *voluntas regis super omnes* a modificare la situazione giuridica relativa al fedecommissario. Il principe moderno poteva anche lasciar fare, ma non poteva non porre alcuni argini, come l'obbligo di registrazione, la predisposizione più o meno dettagliata di una procedura amministrativa per chiedere lo svincolo, la fissazione di precisi limiti soggettivi, oggettivi e di durata⁷⁹.

prassi, giustificabile ancora per il ceto nobiliare che, per l'abbondanza patrimoniale e per amor del decoro, difficilmente avrebbe potuto lasciare sprovvisti i fratelli o non dotate le sorelle o le figlie, non avrebbe invece potuto pensarsi per la «gente dozzinale, e per chi ha poco al Sole...» (*ibidem*). Per un esempio di questa tendenza a vincolare anche presso elementi di più modesta condizione cfr. G.S. PENE VIDARI, *Una famiglia canavesana contadina e popolare nel sec. XVIII*, Savigliano 1978, p. 45-51, 145-150 e 196, ove si fa menzione di un fedecommissario eretto su un numero minimo di giornate di terra.

⁷⁹ Papa Clemente VIII nel 1595 aveva consentito, attraverso l'istituzione di un apposito organo istituzionale, la Congregazione detta dei monti e dei baroni la possibilità di mettere all'asta e vendere i beni fedecommissari (non registrati) per il pagamento dei debiti contratti proprio dai baroni (*Bolla baronum*); dal 1632 fu istituito l'Archivio Urbano (oggi fondo dell'archivio capitolino) ove venivano registrati, per volontà di papa Urbano VIII Barberini, gli inventari dei beni sottoposti a fedecommissario affinché nessun creditore potesse rivalersi sui beni pubblicamente sottratti al mercato (cfr. M. PICCIALUTI, *op. cit.*, p. 63 ss). In area sabauda Carlo

Alcuni di questi interventi furono non a caso guardati da Muratori con un certo interesse⁸⁰.

Si trattò di una normativa di per se stessa innovativa (non foss'altro per il piglio del legislatore statale di intervenire in un ambito così tradizionalmente lasciato all'autonomia privata) e senza dubbio sempre più incisiva, che anche quando arrivava a recepire in parte le soluzioni della dottrina medievale, in effetti fissava con forza nuova e con una scelta politica non indifferente; si cercava di disegnare gli esatti confini di un istituto che si

Emanuele I nel 1598 ridusse il numero dei gradi a solo quattro passaggi successivi (ma limitatamente alla Savoia); nel 1723 Vittorio Amedeo II impose l'obbligo di redazione di un preciso inventario dei beni vincolati da depositare presso i pubblici uffici dell'Insinuazione, vietò di ricavare i vincoli dalle sole congetture e stabilì diverse ipotesi di scorporo del patrimonio per causa dotale; nel 1729 lo stesso Sovrano limitò la progressione del vincolo non oltre i quattro gradi, escluse dal vincolo chi non avesse goduto di un titolo nobiliare, restrinse la possibilità di erigere il vincolo ai soli beni immobili e ampliò per contro le cause di scorporo attribuendo esplicitamente la competenza al Senato. In particolare, questo attento – anche se «cauto» (come descritto da F. MICOLO, *Le Regie Costituzioni. Il cauto riformismo di una piccola corte*, Milano 1984) – spirito riformatore avviato dalla monarchia piemontese in materia fedecommissaria avrebbe ispirato altri legislatori nel corso del secolo, come quello del Granducato di Toscana ove venne emanata una legge solo nel 1747, o le costituzioni modenesi del 1771. In area lombarda l'iniziativa in materia fu più circostanziata e forse anche per questo gli spiriti illuministici poterono trovare maggiori spunti per alimentare la critica all'istituto. Cfr. A. PADOA SCHIOPPA, *Sul fedecommissario nella Lombardia teresiana* cit., p. 817-819.

⁸⁰ In particolare, per evitare l'incertezza delle contrattazioni sarebbe stato auspicabile estendere ovunque il provvedimento dettato dal papa Clemente VIII per i baroni romani e poi moderato da Urbano VIII, praticato anche in diversi altri territori della Francia, Germania e Polonia e infine introdotto da Vittorio Amedeo II per gli Stati Sabaudi, consistente nell'obbligo di registrazione dei vincoli entro un breve termine, indicando specificatamente beni, quantità, situazione e confini. Si trattava di una sorta di censimento dei vincoli, un tentativo serio al fine di evitare equivoci sulla natura dei beni (creduti liberi e poi invece scoperti troppo tardi vincolati a fedecommissario) e per evitare di contrattare con chi non è «assoluto padron» dei beni posseduti. Altro «lodevol freno all'esorbitante licenza» dei fedecommissari era positivamente individuato da Muratori nella scelta di Vittorio Amedeo II di proibire a chi non fosse stato nobile la facoltà di erigere fedecommissari e l'imposizione del limite dei quattro gradi oltre i quali il vincolo si sarebbe considerato risolto e i beni si sarebbero trovati liberi nell'ultimo possessore (regola già adottata nello Statuto di Avignone). Cfr. L.A. MURATORI, *op. cit.*, p. 149-150.

voleva sempre più controllato dall'alto e del quale l'autorità politica riconosceva nel bene o nel male la rilevanza pubblica, al di là dei precisi assetti familiari assunte dai singoli nuclei familiari.

La diffidenza con la quale il principe moderno iniziava dunque a guardare ai potenti casati, non sempre proni di fronte alle richieste sovrane, ed «il margine di sicurezza»⁸¹ garantito in termini sempre più ampi all'individuo dal potere pubblico contribuirono a far perdere progressivamente rilevanza al fedecompresso moderno, favorendo contestualmente il prevalere della ricchezza mobiliare rispetto al patrimonio immobiliare.

4. Osservazioni conclusive.

Mi è sembrato opportuno prendere a prestito in più occasioni le parole di Muratori per focalizzare con immediatezza l'aspetto peculiare di un istituto che, soprattutto in età moderna, ha consentito la conservazione di immensi patrimoni, ma pure di piccole proprietà e beni personali, rispondendo con meccanismi piuttosto complessi ad una esigenza che è stata fortemente ridimensionata nelle due ultime codificazioni civili italiane, ma che tutto sommato sembrerebbe mai del tutto sopita, tanto da imporre al legislatore attuale una serie di strumenti adatti a scopi non del tutto estranei a quella medesima logica di tutela del patrimonio.

Sebbene oggi l'idea del «comando» in ambito successorio possa apparire fuori luogo e comunque evocare una lesione di quegli spazi di libertà garantiti ancora dalla normativa attuale a vantaggio degli eredi, il fedecompresso per diversi secoli ha in effetti soddisfatto l'esigenza del *de cuius* di assicurare la perpetuazione di un patrimonio, almeno per un certo numero di generazioni, a scapito però delle aspettative dei successori che, se da un lato avrebbero potuto godere di quel medesimo patrimonio per un certo numero di anni, ne sarebbero anche stati caricati degli oneri connessi di conservazione, manutenzione e gestione, senza poi tuttavia poterne disporre a proprio piacimento perché obbligati a restituire il medesimo a chi indicato dal testatore. E proprio questa esorbitante volontà dispositiva, capace di condizionare quella stessa libertà dispositiva in capo ai successori, è stata fortemente attaccata soprattutto nel secolo XVIII quando una generale re-

⁸¹ A. ROMANO, *Famiglia, successioni e patrimoni* cit., p. 84.

frattarietà a vincoli e lacci ha ulteriormente affinato le armi della critica che pur già da tempo si facevano sentire.

Non posso addentrarmi per motivi di tempo nella fase storica successiva che vede, nel clima rivoluzionario, l'abolizione piuttosto generalizzata dell'istituto. È noto che il *Code civil* avrebbe vietato le sostituzioni fedecommissarie, così come avrebbe fatto pure il Codice civile albertino del 1837. A differenza del successivo codice civile unitario, tuttavia, il legislatore della Restaurazione manifestò ancora alcune incertezze nella linea politica da assumere in ordine alla conservazione dei patrimoni, almeno di quelli nobiliari, tant'è che sull'esempio napoleonico, parallelamente al divieto codificato, fu ammessa la possibilità di erigere maggioraschi sia pur appunto solo per i nobili, con una determinata e cospicua consistenza patrimoniale e secondo un preciso *iter* amministrativo che sottraesse la gestione del patrimonio all'esclusiva dinamica interna e la ponesse invece sotto il controllo dello Stato. Sappiamo che queste opportunità non trovarono particolare eco (si possono contare sulle dita di una mano...): probabilmente il clima era ormai decisamente mutato. Nel rinnovato quadro costituzionale inaugurato alcuni anni prima dallo Statuto albertino, nel 1851 – non senza qualche tortuosità e lentezza – fu infine emanata la legge abolitiva delle sostituzioni fedecommissarie: l'uguaglianza dei «regnicoli» non poteva più ammettere la sopravvivenza di quei vincoli. Il codice del 1865 fu sul punto ferreo, mentre il codice civile del 1942 tornò – all'insegna di un certo solidarismo – a contemplare la sostituzione fedecommissaria, trent'anni dopo di nuovo decisamente ridimensionata dalla riforma del diritto di famiglia del '75⁸².

Non voglio spingermi su un terreno che è ormai di competenza degli studiosi di diritto positivo. Mi pare tuttavia che, sebbene oggi la successione *mortis causa* abbia perso molto rilievo in ordine alla destinazione dei vari cespiti patrimoniali, che – ove possibile – risulta in parecchi casi invece anticipata rispetto all'evento morte, l'ordinamento attuale presenti alcune aperture verso la conservazione – ancora in vita – dell'unità del patrimonio, o di beni particolari, e qualche significativa possibilità offerta in ordine ad una maggior incisività gestionale sui beni una volta caduti in successione.

⁸² Cfr. fra tutti V. CARBONE, *Sostituzione ordinaria e fedecommissaria*, in *Digesto delle discipline privatistiche. Sez. civile*, XVIII, Torino 1998, p. 628-638, in partic. da p. 633; F. PENE VIDARI, *Le Successioni. IV. La successione legittima e necessaria*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. SACCO, Torino 2009, p. 85-99.

Non so se si possa intravedere in questi nuovi sviluppi una normale manifestazione dei corsi e ricorsi storici. Più probabilmente credo che sia propria dell'animo umano, e difficilmente sopprimibile, una certa tendenza a non permettere la dissoluzione o la dispersione in troppi rivoli di quanto è stato faticosamente costruito nell'arco di una vita o quanto comunque, a vario titolo, sia oggetto di particolare interesse da parte del singolo: per questo ho la sensazione che ormai non sia più così granitica la certezza che il singolo non possa fare nulla per incidere con la propria volontà sul proprio patrimonio anche una volta che sia ceduto in vita a terzi o che, *mortis causa*, non possa condizionare – entro pur ragionevoli limiti di tempo e a garanzia di interessi meritevoli – la libertà dispositiva di chi subentra a titolo successorio nei propri beni...

Come ho detto in apertura, questi piccoli (...ma neppure così minimi) segnali non possono che essere motivo di un certo compiacimento per lo storico del diritto e forse anche di incoraggiamento nella prosecuzione dello studio di un istituto che, se fino a qualche tempo fa poteva ritenersi del tutto superato, oggi sembra invece avere inaspettati punti di contatto con il diritto attuale.

MIKE MACNAIR

*DEVELOPMENT OF USES AND TRUSTS: CONTRACT OR
PROPERTY, AND EUROPEAN INFLUENCES AND IMAGES*

SOMMARIO: 1. *Ad opus* and precursors. – 2. Late medieval uses/ *trusts*. – 3. *Caesurae*, and early *trusts* to 1659. – 4. Enlightenment *trusts*, 1659-c. 1760. – 5. Further propertisation late 1700s-late 1800s. – 6. Conclusion.

How far was the development of the English *trust* influenced by continental ideas, particularly the civilian *fiducia*, and how far ‘indigenous’? To summarise extremely briefly: (1) the expression *ad opus*, turned into Law French as *al oepe*s or *al huys*, hence English ‘to the use’, is not in fact English in origin, but came from early Latin Christian writers *via* Carolingian practice; it was applied in the 1200s-1300s to three ‘trust-like’ practices which were not yet *trusts*, one of which – liability to account – had clear Roman antecedents. (2) There is a reasonable ground to suppose that there was influence of *fiducia* and *confidentia* on the expressions used, and perhaps on Chancery practice, in the period from the mid-1400s to 1515 when Chancery was essentially run by civilians and canonists. However, the evidence is extremely slender. (3) The continuity of Chancery doctrine was broken by developments between 1515 and 1594. Subsequent use of Roman analogies for the *trust* – usufruct, *fideicommissum*, and *depositum* – and the eventual development of a claim that the “*trust was derived from fideicommissum*” – are either strategic counters in argument about whether the *trust* was property or obligations, or rhetorical ornaments.

This is a bald summary of around 600 years of history (1200s-1800s). The present paper is hence inevitably mainly based on the existing secondary literature. It also inevitably leaves out a lot of questions about how *trusts* were practically used, which bear on the conceptualisation issues on which I focus. Nonetheless, there is some use to be had out of looking at the issue in the *longue duree* on the basis mainly of the literature: some patterns become more visible on this basis.

There are a number of distinct periods involved in the history: (1) the expression ‘ad opus’ and precursors of the *trust* (before the mid 1300s);

(2) late medieval uses/*trusts*, between the mid 1300s and 1536; (3) after a gap or *caesura* between 1515 and 1594 in Chancery, and between 1536 and more roughly the same date in relation to *trusts*, arguments and developments between approximately 1594 and 1659; (4) developments between approximately 1659 and, even more roughly, 1760 (or perhaps later); and (5) developments between, roughly, the 1790s and c. 1900.

1. *Ad opus* and precursors.

The expression ‘ad opus Johannis’ ‘for the benefit of John’ or ‘on account of John’, in law French ‘al oepe Jean’ or ‘al huys Jean’ (from the latter form came English ‘to the use of John’) was used in connection with forms which were precursors of the *trust* and gave a name to the late medieval use/*trust*. Francis Bacon argued in 1600 that this was ‘barbarous’ Latin and therefore must date to the reign of Richard II (1377-99),¹ but FW Maitland showed in 1898 that transfers expressed to be *ad opus* a person other than the transferee go back well before this date.² The expression *ad opus N*, meaning ‘for the benefit of N’, or perhaps more exactly ‘To N’s account’, in conveyances and related documents, goes back, in fact, to Carolingian Francia, perhaps initially in governmental or institutional contexts where it was necessary to distinguish personal from institutional receipts or transfers. The usage had already been ‘received’ in this sense in Anglo-Saxon England in the 800s.³ Behind it in turn is less precise late antique Christian usage.⁴ ‘Opus’ meaning ‘benefit’ was in use in classical Latin (in Cicero

¹ F. BACON, *The Learned Reading of Sir Francis Bacon ... upon the Statute of Uses*, London, 1642 (reprint, Forgotten Books, 2012), p. 18-19; for the original date, J. BAKER, *Readers and Readings in the Inns of Court and Chancery*, London, in *Selden Soc.*, 2000, p. 49.

² F. POLLOCK, F.W. MAITLAND, *History of English Law*, 2nd ed., reissued, Cambridge, CUP, 1968 (cited hereafter as P&M *HEL*), p. 233-239. Cf. also Holmes (1885), 1 LQR 162 at 163-64 n. 4; Note (1887), 3 LQR 115-116.

³ P&M *HEL*, p. 233-34; C. DU FRESNE CANGE (sieur) ET AL., *Glossarium mediae et infimae latinitatis*, ed. augm., Niort, L. Favre, 1883-1887, s.v. *opus* (4) and (5) at <http://ducange.enc.sorbonne.fr/opus>; J.F. NIERMEYER, C. VAN KIEFT, *Mediae Latinitatis Lexicon Minus*, Leiden, Brill, 1976, s.v. *opus* (2).

⁴ There is substantial use in sources in Migne’s *Patrologia Latina*: 791 hits from

and Horace), though not common, and there is one instance of 'ad opus' in this sense in the *Digest*, Macer quoting an earlier text called the *Disciplina Augusta*.⁵

The phrase was used in connection with three forms which might be considered as precursors of the late medieval use/*trust*. Perhaps closest to the Carolingian usage was transfer from A to B contemplating immediate retransfer by B to C, or to A on different terms to A's prior holding. An extremely common form was surrender to a feudal superior for regrant to a transferee: common form at the lowest level, in manorial courts, from the beginning of the surviving manorial records in the 1200s until the abolition of 'copyhold tenure' in 1922.⁶ As Biancalana pointed out in 1998, this is not yet a *trust*: because immediate transfer over, rather than continued holding on behalf of a beneficiary, is contemplated.⁷ Nonetheless, for the brief moment between surrender and regrant, the lord does momentarily 'hold for the benefit of' the intended grantee.

simple search for *ad opus* at <http://pld.chadwyck.com/>, and while many are later, there are several early hits which require this sort of sense. For just a few examples, St. Cyprian of Carthage, *Ep.* 60, PL 4, 361A, "*ad opus Dei*"; Venantius Fortunatus, *Vita S. Hilarii*, 2.9, PL 9, 197C, "*dum aquam ad opus suum deportaret die Domini-co*"; St. Ambrose, *De Paradiso*, c. 13, PL 14, 307A, "*non facile, ... videtur ad opus aliquod esse sumendum*".

⁵ C.T. LEWIS, C. SHORT, *A Latin Dictionary*, Clarendon, 1962, have *s.v. opus III. A. 2*, this sense, citing Cicero, *Lael.* 14.51, *Off.* 3. 11. 49, 3.32, 115 and Horace, *Serm.* 1.9.27, 2.6.116. Macer. D. 49.16.12.1, military commanders sending soldiers *ad opus privatum*, 'on private business'. "*Disciplina Augusta*" appears to be a Hadrianic slogan (S.P. MATTERN, *Rome and the Enemy*, Berkeley, CA, U Cal Press, 1999, p. 206), but it is possible that the text cited by Macer is actually from Augustus (C.R. WHITAKER, *Rome and its Frontiers*, London, Routledge, 2004, p. 91-92), in which case the usage would be contemporaneous with those of Horace. There are 12 other instances of the phrase "*ad opus*" in the *Digest*, of which eight clearly refer to building work, two to forced labour as a penalty, one to agricultural work (*opus rusticum*), and one to an unidentified task imposed by or on a testator. There is one instance in the Code, referring to agricultural work (here *opus rureste*).

⁶ L.R. POOS, L. BONFIELD (a cura di), *Selden Society* 114 (hereafter SS), p. 78-79; early examples e.g. G.C. HOMANS, *English Villagers of the Thirteenth Century*, New York, 1975, p. 144, 145, 204; abolition, Law of Property Act 1922 s 128 & Schedules 12 & 13.

⁷ In R. HELMHOLZ, R. ZIMMERMANN (a cura di), *Itinera Fiducia* (hereafter IF), Berlin, Ducker & Humblot, 1998, p. 111-152, 121-22.

The second ‘precursor form’ was arrangements in which property was controlled by A to manage it on behalf of B, but B had the *seisin* or possession,⁸ and A’s control was what a Romanist would call ‘detention’. Joseph Biancalana studied this form in a 2001 article.⁹ It is again not yet a *trust*: this time because the beneficiary has legal possession.

The third ‘precursor form’ is liability to account. Liability to account (*rationem* or *rationes reddere*) was present in classical Roman private law: notably in the cases of guardianship, mandate, partnership and *negotiorum gestio*.¹⁰ The early English legal development has been most recently studied by Paul Brand.¹¹ The normal remedy may at first have been in local courts. The *common law* action of account initially enforced the liability of a bailiff (employed estate manager) to account to the employer-landowner. By statutes of 1259 and 1267 the liability was stated to apply to guardians in socage. Around 1277, a new writ form was created to enforce the liability to account of what would in modern times be called commercial agents.¹² This version was occasionally justified as being by *lex mercatorum*.¹³ Here, though the writ form simply asserted that the defendant had been receiver

⁸ G.E. Woodbine’s notes to his edition of *Glanvill*, Yale University Press, 1932, p. 262, 281-282, show that *seisin* could be functionally equivalent to *possessio*, contrary to the arguments of F. JOÜON DES LONGRAIS, *La Conception Anglaise de la Saisine*, Paris, Jouve & Co, 1924. SFC Milsom’s arguments in *Legal Framework of English Feudalism*, Cambridge, CUP, 1976, address an earlier period. However, T.F.T. PLUCKNETT, *The Medieval Bailiff*, London, Athlone Press, 1954, p. 16-22, argued that the idea that the holder in another’s name was not seised developed over the 1200s.

⁹ 22 *JLH* issue 2, 14-44.

¹⁰ Guardianship: J.A.C. THOMAS, *Textbook of Roman Law*, p. 453-463; mandate: D. 17.1.56.2 (Papinian); partnership: R. ZIMMERMAN, *The Law of Obligations*, p. 460-61; *negotiorum gestio*, J. Inst. 3.27.5.1, D.3.5.2 (Gaius).

¹¹ P. BRAND, *Kings, Barons and Justices*, Cambridge, CUP, 2003, p. 65-69, 312-33, and Ch. 13, from which what follows unless otherwise cited.

¹² For the development of agency terminology at *common law* from the 1600s see M. MCGAW, *A History of the Common law of Agency with particular reference to the concept of irrevocable authority coupled with an interest*, D.Phil thesis, Oxford University 2005, Ch 5.

¹³ P. BRAND (above n. 11), p. 322-23; he makes the point that such defendants had previously been charged as ‘bailiffs’. For the *lex mercatorum* justification see *Novae Narrationes* 80 SS 17, 108; *Registrum Omnium Brevium* (ROB), London, 1634, p. 135r.

of the claimant's money,¹⁴ by the early 1300s it was possible in the count, the claimant's first pleading, to assert that the defendant in this form of account was to deal with the money for the benefit of the claimant: for the *proficuum*, profit, or *commodum*, benefit, of the claimant, or "al oepe", or "al huys" of the claimant.¹⁵ In *Le Taillour v Atte Medwe* (1320), where "al oepe" is used in the French count and by one of the judges, what is involved is clearly what in later law would be called a *trust* for an infant of a money legacy due to him, paid by the executors to a *trustee*.

2. Late medieval uses/ trusts.

Around 1350 landowners started to turn grant-regrant transactions into transfers to groups of transferees to hold *ad opus* for themselves, and then to give effect to their last will (and various other variants; but this one was the 'stereotype' case). The period has been most systematically studied by Biancalana.¹⁶ The primary motivation he finds for the change is increased control of the devolution of property on death – particularly overcoming the *common law* rule against wills of freehold land – and flexibility in relation to the payment of debts; this is parallel to motivations for similar devices found elsewhere in Europe by the other contributors to *Itinera Fiducia*.

The most fundamental point for present purposes to emerge from Biancalana's study (and Richard Helmholz's work on the church courts in the same period and later) is that the device was not 'binding only in honour' as of this period, unlike an early Roman *fideicommissum*: it was fairly straightforwardly enforceable as an obligation. The problems were in relation to uses/trusts of freehold land, where (a) specific enforcement of covenants to convey had ceased to be available at *common law*, and (b) the *common law*'s procedural rules, lacking any mechanism for compulsion to answer on oath or to produce documents in court, had difficulty in coping with complex conveyancing.

The solution was that in the 1400s uses became first in practice, later in theory, the business of the summary jurisdiction in the Chancery. This jurisdiction probably originated as appeal to the 'absolute' sovereign power of the king against the *potestas ordinata* of regular law: a form of administrative

¹⁴ *Early Registers of Writs* 87 SS, 208-09, 211-12; ROB, p. 135-36.

¹⁵ *Novae Narrationes* 293 = *Le Taillour v Atte Medwe*, 1320, 104 SS 39; ID., p. 293-94, *Pye v Fox* (undated).

¹⁶ In IF (above n. 7). What follows from this unless otherwise referenced.

review of judicial action. There was at first no particular connection to the enforcement of uses, though there are a few early instances; the Chancery was mainly concerned with all sorts of miscarriages of justice at *common law*.¹⁷ It used compulsion to confess as a means of proof and coercive imprisonment as a general form of execution.¹⁸

Beginning in the 1420s, and developing more rapidly from the 1450s, four developments occurred in parallel in relation to this jurisdiction. The judicial staffing of the court shifted from career civil servants (and among the actual Chancellors senior aristocrat politicians), to qualified canonist and civilian lawyers.¹⁹ The (common lawyer) reporters of cases began

¹⁷ For the indeterminate subject-matter, see M.E. AVERY, in *BIHR* 42, 1969, p. 129-144, 129-134; ID., in *LQR* 86, 1970, p. 64-97; J.B. POST, *Equitable Resorts before 1450*, in EW. IVES, A.H. MANCHESTER (a cura di), *Law, Litigants and the Legal Profession*, London, 1983; T.S. HASKITT, *The Medieval English Court of Chancery*, in *Law & Hist. Rev.* 14, 1996, p. 245; and for the administrative character, N. PRONAY, *The Chancellor, the Chancery, and the Council at the end of the Fifteenth Century*, in H. HEARDER, H.R. LOYN (a cura di), *British Government and Administration*, London, 1974, p. 87-103, 88-90.

¹⁸ Compulsion to confess: M. MACNAIR, *The Law of Proof in Early Modern Equity*, Berlin, Duncker & Humblot, 1999, ch. 2. Coercive imprisonment: *Reynolde v Knott* (1459) 51 SS 147 is an early example; from the later 1500s cases on the issue are to be found in the reports.

¹⁹ N. PRONAY (above n. 16), p. 91-92; M. BEILBY, *The Profits of Expertise: the Rise of the Civil lawyers and Chancery Equity*, in M. HICKS (a cura di), *Profit, Piety and the Professions in Later Medieval England*, Gloucester, 1990, ch. 6, p. 82-83. The first Chancellor to have been a practising canonist (as opposed to a career diplomat holding a law degree or degrees from early in his career) was Edmund Stafford in 1396-99 and 1401-03; Richard II's motive in 1396 was fairly political (Stafford argued in parliament for *quod principi placuit habet vigorem lex*) but as Keeper of the Privy Seal in 1392-96 Stafford is thought to have initiated the Council committee for poor men's causes which later became the Court of Requests, a subsidiary court of 'equity' abolished in 1641. There is then a period of administrator and aristocrat-politician Chancellors down to 1426, followed by two canonists (John Kemp and John Stafford) between 1426 and 1454, followed by aristocrat-politicians to 1467, followed by canonists and civilians to 1515. Data from *Oxford Dictionary of National Biography*, (hereafter *ODNB*) s. nn.

In relation to the Masters of the Rolls the development is rendered obscure by the silence of *ODNB* and other biographical sources as to the earlier careers of these officials between 1415 and 1471, though Pronay infers from limited information

to regard cases in the English side of Chancery as reportable. The jurisdiction began to have a name, found in these reports: the jurisdiction in 'conscience'.²⁰ And an increasing share of the jurisdiction's business came to be dealing with uses of land.²¹

Since the judicial staff were qualified civilians and canonists (though the bar were common lawyers) it is frustrating that we can only see what they thought in occasional 'flashes of light' (infrequently reported cases) in a general darkness. It seems not unlikely that there is a connection with another development in the 1400s. This is the supplementation or replacement of the words *oeps*/use with the words 'confidence' and 'trust' in descriptions of the relation.²² 'Confidence' seems, as Michele Graziadei has suggested, to echo the *confidentia beneficialis* discussed (with disapproval) by the canonists.²³ 'Trust' is a Middle English word thought to have an old Norse etymology. It was used by the 1382 Wycliffe Bible to translate *fiducia* in Vulgate Proverbs 3.5 and Isaiah 31.1, and the *Promptorium Parvulorum*, an English-Latin dictionary from c. 1440, gives: "Troste: *confidencia, fiducia*"; the slightly later *Catholicon Anglicum* (1483) gives: "Triste: *fiducia ex bona consciencia est, confidencia temeritatis est, & cetera*".²⁴ As Graziadei pointed out, the clas-

in relation to John Kirkby (MR 1447-61) that they climbed a career ladder within the Chancery rather than having university education. From 1471 to 1534 they were exclusively civilians or canonists.

On the Masters, Pronay makes clear that they were career clerks in the 1450s, civilians in the 1470s (and thereafter down to the late 1500s: B.P. LEVACK, *Civil lawyers*, p. 62-63; E. HEWARD, *The Masters in Ordinary*, Chichester, Barry Rose, 1990, p. 5 and *passim* in the lists of Masters.

²⁰ J. BAKER, *Oxford History of the Laws of England* (hereafter OHLE), Vol. 6, Oxford, OUP, 2003, p. 174 n. 25 and text there; on the shift from 'conscience' to 'equity' to describe the jurisdiction, *id.* 39-48; an interpretation, M. MACNAIR, in *OJLS* 27, 2007, p. 659-681.

²¹ M.E. AVERY (above n. 16) at (uses); N. PRONAY (above n. 16), p. 94-96 argues for commercial matters, but it is not clear that he has sufficiently distinguished between *English* or 'conscience' business and *Latin* or 'common law' business (e.g. by *audita querela*) arising from enrolment of contracts in Chancery. Cf. J. BAKER, OHLE 6, p. 187-189.

²² J. BAKER, OHLE 6, p. 654 n. 10 and text there.

²³ In *IF*, p. 346-349.

²⁴ OED, *s.v. trust* (noun); the etymology at *id. s.v. trust* (adj); S.J.H. HERRTAGE (a cura di), *Catholicon Anglicanum*, London, EETS, 1881, p. 393. The Ordinary Gloss to the Bible texts cited, as it appears in Migne, PL 113 *ad loci*, adds nothing.

sical Roman *fiducia cum amico* was referred to in a rhetoric textbook widely used in the middle ages, Boëthius' commentary on Cicero's *Topica*. Though the idea was amalgamated with testamentary fideicommissary substitutions by the Glossators, and the classical concept was not retrieved until humanist writers in the 1500s, the idea of an ownership subject to a fiduciary obligation to transmit and to account for fruits remained attached to *fiducia* and *fiduciarius* in late medieval civilian discourse.²⁵

The period also saw a process of 'propertisation' of the use/trust: both in the sense that the beneficiary's interest became descendible on intestacy, assignable, and finally (by statute) subject to the beneficiary's creditors; and in the sense that the *trustee's* heirs, and transferees from the *trustee* if they had notice of the *trust*, came to be bound by it. It is not clear, however, that the *trust* assets were free from the claims of the *trustee's* creditors. The decisive step was taken in an Act of 1484 which provided that the beneficiary could effectively convey the legal title.

The Act of 1484 led to some new theorisation of the use by common lawyers. In particular, Sir John Baker has shown that this involved the use of a new word, or more exactly the revival of an old one: the English, originally Anglo-Saxon, word *owner*,²⁶ not previously used by lawyers for the holder of a real right to land,²⁷ now appears intrusively in Law French discussions of the beneficiary's interest.²⁸

Conversely to the English-Latin dictionaries, Sir Thomas Elyot's Latin-English dictionary, *Bibliotheca Eliotae, Eliotis Librarie*, London, 1542, s.vv. has "*Confidentia, trust*, hope, certayn assurance, also madde hardynce" and "*Fiducia, truste*, confidence; sometyme hope. It is properly that *truste*, wherein any thyng is delyuered by one man to an other, to thyntente that he shall redelyuer it, whan he is required"; "*Fiduciaria mancipatio, aut uenditio*, a state in landes made upon confidence of *truste*; a mortgage" and "*fiduciaria possessio*, possession to another mannes use, or upon condition." It should be noted that Elyot also has "*Fideicommissarius*, a feoffee of *trust*" and "*Fideicommissum*, a feoffment of *truste*"; so that this analogy is already available.

²⁵ M. GRAZIADEI, in *IF*, p. 332 n. 15, p. 343-346.

²⁶ *Oxford English Dictionary* (hereafter *OED*) s.v. "own", "owner".

²⁷ Though it had been for used in a quasi-legal context for the owner of moveables: e.g. *Rot. Parl.* iv. 345b (= *Statutes of the Realm* ii 258) (1429), a petition / local Act dealing with robbers on the Severn. Cited in *OED* (above).

²⁸ *OHLE* 6, p. 658. The citations *id.* n. 44 are to Wode *arg* YB P 4 Hen 7 fo. 8v pl. 9 ("le Statut donne pouvoir a cesti qe fuit *owner* a granter un rent, &c."),

What is it doing? The beneficiary does not have a fee or an estate. But he nonetheless under the 1484 Act has the power of freely disposing of the land. In that sense he has *dominium* within Bartolus's definition of that right, the "*ius, de re corporali, perfecte disponendi, nisi lege prohibeatur*": 'the right, in relation to a corporeal thing, of completely disposing of it, unless this is prohibited by law'.²⁹ But to call him *dominus* would be in English legal Latin to say that he was feudal superior;³⁰ to say in insular French that he had domain (not much in use) would be to say that he had sovereignty (as of a king or emperor);³¹ to say that he had *demesne* would be to say merely that the object of his right was one of which "manual occupation, possession or receipt" was possible, i.e. that it was neither subinfeudated, nor an incorporeal right like an advowson.³² To call the beneficiary 'owner' – in English – thus captures the effect of the 1484 Act without muddling up the Latin or French terminology of the land law.

3. *Caesurae*, and early trusts to 1659.

At this point there are two *caesurae*, in relation to the Chancery and in relation to uses/trusts. In the Chancery, the succession of qualified civilians

and to Gregory Adgore's Reading on the 1484 Act (also c. 1489). A statute of 1491 giving special privileges to persons engaged in military service overseas refers to the contingency that "eny suche ownor to whos use the seid feoffement shalbe made ..." dies in service, and to "all suche feoffee or other suche persons as the same feoffoure or ownor shall depute and assigne ...": Stat. 7 Hen 7 c. 2 s. 5, SR ii 550. Thomas Audley's Reading on the 1590 Act, J. BAKER, S.F.C. MILSOM (hereafter B&M), *Sources of English Law: Private Law to 1750*, 2nd ed., Oxford, OUP, 2010, p. 118, defines a use as "a property or ownership of land or something else, real or personal, depending solely on confidence and trust between those who are in actual possession and are accounted owners by the *common law* ... and those who have a use *in the same thing whereon the use depends* ..." Sir John Baker has confirmed to me (private communication) that in the French text translated here the word "ownership" is intrusive English; I should say that he does not agree with the explanation of the use of the word in this context offered below.

²⁹ *Commentaries*, ad D. 41. 2. 17 (18), widely cited.

³⁰ E.g. Statute of Mortmain 1279; Statute *Quia Emptores* 1290; ROB fo. 3r, *regula* *.

³¹ *Anglo-Norman Dictionary* at <http://www.anglo-norman.net/>, s.v. domain.

³² T. LITTLETON, *Tenures* § 10, in T.E. TOMLINS (a cura di), *Lyttleton, his Treatise of Tenures*, New York, Russell & Russell, 1841, reissued 1970, p. 14-15.

and canonists was broken by the appointment of Cardinal Wolsey (Chancellor 1515-1529). Wolsey seems to have converted the court into a form of what would now be called 'alternative dispute resolution'.³³ After Wolsey's fall in 1529, the next two Chancellors were common lawyers (though the 1540s and 50s saw civil servants and politicians appointed) and from the 1560s common lawyers were 'normal'.³⁴ But the 'ADR' character of the

³³ On Wolsey's Chancery, see F. METZGER, *Das Englische Kanzleigericht unter Kardinal Wolsey*, Ph.D. dissertation, Erlangen, 1977; ID., *The Last Phase of the Medieval Chancery*, in A. HARDING (a cura di), *Law Making and Law Makers in British History*, London, RHS, 1980. On Star Chamber, J.A. GUY, *The Cardinal's Court*, Hassocks, Harvester, 1977. This is my interpretation of data collected by these authors; their analysis looks to continuity with the early 1400s Chancery, missing discontinuity with the lawyer-run Chancery of 1467-1515. On the latter cf. J. BAKER, *OHLE* 6, p. 44, 175-77.

³⁴ One would expect Audley (LC 1533-44), who had polemicised against Chancery, to be a 'common law rigorist', but in *Re Lord Dacre of the South* he is high-handed in the interests of the revenue (J. BAKER, *OHLE* 6, p. 669-672), and in *Docwra v the Prior of the Hospitallers* just high-handed (M. MACNAIR, *Arbitrary Chancellors and the problem of predictability*, in E. KOOPS, W.J. ZWALVE (a cura di), *Law & Equity approaches in Roman Law and Common law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2014, ch. 4, p.85-86. Wriothesley (LC 1544-47) was a civil servant and courtier rather than a lawyer and so heavily involved in foreign policy that the judicial work was deputised to the Master of the Rolls and two Masters (ODNB). Paulet/Winchester (LK 1547), though qualified as a barrister in his youth, had been a financial administrator for most of his career, and seems to have been a stop-gap. Richard Rich (LC 1547-52), though originally a common lawyer, had been a financial administrator for a long time before appointment. Thomas Goodrich (LC 1552-53) was a DCL and diplomat before becoming a bishop, but had been an active diocesan bishop for 17 years before appointment. Stephen Gardiner (LC 1552-55) was a civilian and canonist academic, then a diplomat, from 1532 a bishop and defender of ecclesiastical jurisdiction and a writer against protestantism (but still a diplomat). It is likely that he was primarily engaged in politics and foreign affairs during his brief tenure of the seals. Nicholas Heath (LC 1555-58) was a churchman, initially a Reformer who went back over to Catholicism later in the reign of Henry VIII. Nicholas Bacon (LK 1558-79) was a lawyer working for the revenue from 1538 until his appointment as Chancellor, who managed to survive under Mary in spite of personal identification with the Reform camp; he defended a broad 'prerogative' view of the Chancery jurisdiction (Robert Tittler, *Nicholas Bacon* (London 1976) 73-74). Thomas Bromley (LC 1579-87), a former common law judge, reportedly deferred to the judges. Christopher Hatton (LC 1587-91) was

court seems to have persisted until the 1590s, when Thomas Egerton as Master of the Rolls (from 1594) and Lord Keeper (from 1596), combined laying down present rules for lawyers and reporters, with his collaborators, especially William Lambarde, digging up old precedents.³⁵

In relation to *trusts*, the government of Henry VIII for revenue reasons forced through first a judicial decision in *Re Lord Dacre of the South* (1535) that there could be no will of a use of land, and then, by way of this, the Statute of Uses 1536, which ‘executed’ the standard use of freehold land, passing the legal estate to the beneficiary; finally, the Statute of Wills 1540 and its Act of Explanation (1542) allowed wills of land, while preserving the royal interest in the revenue as to one third of lands held in military tenure.³⁶ This legislation knocked out the sort of use/*trust* which had been ‘propertised’ in the late 1400s and the main motivation for creating such uses; though since the devolution on death of freehold land on the one hand, and moveables and leases on the other, remained separate, there was a motivation for creating testamentary *trusts*. But the Statutes left un-‘executed’ uses where the *trustees* had active duties, uses of leases (or of money or specific moveables) and, by a slightly later construction, ‘uses upon uses’ where a conveyance operated to A to the use of B to the use of C. The use/*trust* language now bifurcated: executed uses at *common law* being called uses, while unexecuted uses, still enforceable in Chancery, were now called ‘*trusts*’.

Neil Jones has studied the early development of the post-1536 *trust*.³⁷ When the nature of the ‘*trust*’ came to be discussed in the 1590s, the dominant view seems to have been that it sounded in privity, i.e. was obligation-

a courtier and parliamentary manager much concerned with foreign policy, said by his *ODNB* biography to have leaned on one of the Masters, Richard Swale, to handle the judicial business. John Puckering (LC 1592-96) was a common lawyer, but Neil Jones in *ODNB* says that “Almost all his chancery orders date from after Sir Thomas Egerton’s appointment as master of the rolls in April 1594”. Masters of the Rolls between 1534 and 1603 were common lawyers; though there was a period of appointing civilians to the Rolls between 1603 and 1641. Data from *ODNB*, *s. nn.*, unless otherwise cited.

³⁵ J.A. GUY, *The Public Career of Sir Thomas More*, Brighton, Harvester, 1980, and W.J. JONES, *The Elizabethan Court of Chancery*, Oxford, OUP, 1967; again, the inferences are my own from the data discussed by the authors.

³⁶ Systematic discussion in J. BAKER, *OHLE* 6, p. 661-683.

³⁷ The broadest- ranging piece is his chapter in *IF*, p. 172-205.

al.³⁸ Coke at least strengthened the point by the assertion in his report of *Dillon v Freine, Chudleigh's Case* (1594) that the beneficiary had *ius neque in re neque ad rem*, a piece of canonist terminology which had only once been used in the Year Books as printed, so is likely to have been taken by Coke from some source in the learned laws.³⁹ Though the earlier cases on the point are discussions of the pre-1536 use in the context of executed uses, it is clear that the view that the beneficiary had a *chose in action*, i.e. the benefit of an obligation, was shared by Egerton LK, and applied by him in 1596 to produce the result that the wife's beneficial interest under a *trust* – like other choses in action – did not survive to her husband on her death but went to her administrators; in 1599 that it was no breach for *trustee* to re-convey to settlor at the expense of a donee beneficiary; and in 1600, on the advice of the judges, that the beneficial interest was, like other choses in action, not assignable.⁴⁰

That said, there was a process of propertisation of the *trust*, which by Egerton's time extended to the existence of the doctrine that the *trustee's* heirs, and transferees from the *trustee* with notice, were bound, and to the

³⁸ One aspect of 'privity' usage can be set aside: the rule that persons who took 'in the *per*' from the *trustee* were bound, but not persons who took 'in the *post*' by escheat; W.J. JONES, *IF*, p. 196-97, M. MACNAIR, *op. cit.*, p. 227-28. The liability to escheat was an inherent infirmity of the legal title given by the settlor to the *trustee* and the taker 'in the *post*' was therefore in by title paramount the *settlor*, and hence also paramount the beneficiary. The second case discussed by Jones, that of the disseisor, can be set on one side, since – as he reports 196 n. 148 – the beneficiary could proceed in equity to compel the *trustee/s* to take proceedings against the disseisor at law.

³⁹ Canonist: B. TIERNEY, *The Idea of Natural Rights*, p. 18-19, 58 (other index references are later). Only once used: Bracton has *ius in re*, used non-technically (2.127, 3.393, 4.42), not *ius ad rem*. Sjt Fortescue (later CJ and author of *De laudibus legum angliae*) uses the contrast in YB M 19 Hen 6, fo. 20r, pl. 41, at 20v, of a parson presented and inducted but not yet in possession, who, he says, may not have *jus in re* but has *jus ad rem* (confidence in the search is slightly undermined by the fact that though both expressions are present in Seipp's summary, only searching for "*jus ad rem*" brought the case up; so there *may* be other examples). The common form of the Coke quotation as "*neque in re neque in rem*" is not an error by Coke but a typographical error introduced at some point after the first edition of 1601, which has the correct form.

⁴⁰ W.J. JONES, *IF*, p. 193-196; the last point, in *Sir Moyle Finch's Case*, 1600, Coke, 4th *Inst.* p. 85, is particularly noteworthy. .

beneficiary's interest descending on intestacy according to (some of) the *common law* rules, and, by the 1620s, being assignable. The process of increasing propertisation continued through the 1600s.⁴¹

The period around 1600 also saw the beginning of the use of Romanising images or analogies to explain the *trust* in *common law* literature. These are more 'proprietary' in character; but they appear also to be mainly ornamental rather than operative. Thus in *Brent's Case* (1575) Harpur J and Dyer CJ both identified the use with usufruct, albeit in different ways: Harpur thought that the *trustees* were usufructuaries, Dyer that the beneficiaries were usufructuaries.⁴² The usufruct analogy had no operative effect in the decision reached.

Francis Bacon read (lectured) on the Statute of Uses in 1600.⁴³ Bacon famously rejected a usufruct analogy in favour of an analogy with *fideicommissum*. After negative arguments, his positive definition of a use is that *Usus est dominium fiduciarium Use is an owner's life [ownership] in trust*.⁴⁴ So that *Usus est status, sive possessio totius, differ. secundum rationem fori quam secundum naturam rei*, for that one of them is in Court of Law, the other in Court of Conscience ... (pp 7-8).

He goes on to make an analogy with the historical development of *fideicommissa*, first unenforceable, then enforced by the Emperor, then a Praetor fideicommissarius, then 'legalised' by the *scc. Trebellianum* and *Pegasianum* (pp. 15-16). This analogy is supplemented with another, with copyhold (formerly villein) tenures and their gradual transition to being enforceable at *common law* (pp 16-17).

It is necessary to be clear what Bacon is doing with this argument. He is not stating the dominant position, but arguing against it: the dominant position was that the beneficiary had a chose in action which was to a limited extent treated as a property right; Bacon is arguing, in contrast, that the beneficiary had a species of *dominium* which is governed by separate rules of the forum 'conscience'. Both the argument at 7-8, and the use of the his-

⁴¹ D.E.C. YALE, *Introduction to 79 SS*, p. 87-99; W.J. JONES, *The trust beneficiary's interest before R. v. Holland*, in A. LEWIS, P. BRAND, P. MITCHELL (a cura di), *Law in the City*, Dublin, Four Courts Press, 2007, p. 95-118.

⁴² B&M 157, p. 160, 161.

⁴³ G. BACON (n. 1). Quotations below from this text (though it is self-evidently defective).

⁴⁴ "Owners' life" is pretty clearly a typo for "ownership".

tory of *fideicommissum*, are there to support the fundamental claim that the beneficiary has a species of *dominium*.

Bacon argues this line for two reasons. The first is simply to demonstrate legal skill by contrarianism. He was at the date of this reading in difficulty and attempting to retrieve royal favour.⁴⁵ Displaying the ability to argue an unexpected line would promote his career. The second is that the Reading is an intervention in the ongoing debate about conveyancers' use of the statutory magic of the Statute of Uses to create forms of settlement of land which would create practical inalienability, "perpetuities". This concern was a current major debate; and characterising the use as a species of *dominium* would arguably strengthen the argument against inalienability devices.⁴⁶

If read in its contemporary context, therefore, though Bacon's 'civilian' argument is doing operative work in his general argument, but it is not a statement of a view common among the profession or doing operative work in the law. For this we have to wait for the later influence of Bacon's Reading – after time had blurred the memory of Bacon's acute personal-political opportunism and judicial corruption, notorious to his contemporaries, and the *trust* had evolved to become more proprietary in its operative consequences.⁴⁷

A different use of the analogy with *fideicommissum* is found in the *Institutiones Iuris Anglicani* of John Cowell, Regius Professor of *Civil law* at Cambridge, published 1605. Cowell's book is a crude 'institutional' work which attempts to state English law using the books and titles of Justinian's *Institutes* as a Procrustean bed. What, then, was to be put under Inst. 2.23 *De fideicommissis hereditatibus*?⁴⁸ The answer was, for the first,

⁴⁵ L. JARDINE, A. STEWART, *Hostage to Fortune*, London, Phoenix, 1999, p. 233-239.

⁴⁶ Cases, B&M, p. 169-182. Discussion J. BAKER, *Introduction to English Legal History*, 4th ed. (hereafter *IELH*), London, Butterworth, 2002, p. 284-289. An additional possible motive is arguing *against* Coke, towards whom Bacon displayed sharp antagonism at this period: L. JARDINE, A. STEWART (n. 45), p. 245, 253-55.

⁴⁷ Later influence: below, text at n. 79-85. Notorious to contemporaries: L. JARDINE, A. STEWART (n. 45), *passim*.

⁴⁸ Inst. 2.24 *De singulis rebus per fideicommissam relictis* could be applied in the ecclesiastical courts, and Cowell says so.

Haereditates fideicommissariae nullo in usu sunt apud nos. Aliquid tamen illis simile repraesentant eae *fiduciae*, quas in dando terras nostris extraneis, ad usum tamen nostrum & haeredum nostrorum, vel etiam hominibus privatis ad commodum corporis politici, collocare solemus. ...

In the 1651 translation, These Inheritances are out of use with us, yet those *Trusts* are something parallel with them, by which we are used to give our Lands to Strangers to the use of us and our Heirs, or to private persons to the use and profit of a Body politic. ...⁴⁹

Here we find a relatively late example of *fiducia* = *trust*. The *fideicommissum* analogy is tentative (“Aliquid ... illis simile”), and is not a serious analysis but merely suggested by Cowell’s method of crude copying of the titles of J. Inst. to construct his *Institutiones*.

4. Enlightenment *trusts*, 1659-c. 1760.

David Yale has studied in depth *trusts* in the work of Lord Nottingham, Lord Keeper 1673-75 and Lord Chancellor 1675-82.⁵⁰ I have myself written on the theorisations of *trusts* in circulation between approximately 1660 and 1740.⁵¹ It is reasonably clear that the general shape of the legal conceptions involved persisted from the early 1700s beyond 1740, but that there were some shifts in the late 1700s. I say ‘c. 1760’ in the subhead as marking merely the terminus of my own study; there is then something of a gap before the next period to have been studied, beginning towards the end of the century.

This period saw continuing propertisation of the *trust* – for example, it is in this period that the courts of equity are first attested blocking execution by the *trustee*’s creditors on the *trust* assets,⁵² and the Statute of Frauds 1677 s. 10 made the benefit of a *trust* of freehold land accessible to the

⁴⁹ Latin, p. 143; English, *The Institutes of the Lawes of England*, London, 1651, p. 152.

⁵⁰ D.E.C. YALE, *Introduction to 79 SS*, p. 87-150.

⁵¹ M. MACNAIR, in *IF*, of which what follows is a summary unless otherwise referenced.

⁵² D.E.C. YALE, *Introduction to 79 SS*, p. 93, 175-76.

beneficiary's creditors. On the other side, however, implied *trusts* were pervasive, and/or the expression '*trust*' was very much more widely used than was later to be the case, so that the boundary between *trust* and contract was fuzzy.

The explanation of this apparent contradiction is, I think, two aspects of the context. The first is the 'propertisation' of other relations originally obligational in character. The second is the extent to which questions of priority were at this period determined by interpersonal considerations of risk and fault rather than by technical property rights.

(i) propertisation of contracts: The lease of land for a term of years, originally contractual, had been propertised in a development effectively culminating in 1499 with the provision of a remedy allowing specific recovery against all the world.⁵³

The interest of the mortgagor in a mortgage in fee (conveyance of ownership to the creditor, analogous to the classical *fiducia cum creditore* rather than to a *hypotheca*), was originally merely obligational, if that. It was 'propertised' by Chancery intervention at some point between the 1590s and 1650s; this intervention was still controversial down to 1654, but by 1667 it was accepted by Hale CB that the equity of redemption was a property right.⁵⁴

Choses in action in general were in theory not assignable, though in practice they could be assigned by warrant of attorney (equivalent to Roman *procuratio in rem suam*); an express power in commissioners in bankruptcy to assign the bankrupt's choses in action was created by the Bankrupts Act 1604; legislation of the Civil War and Common-

⁵³ Summary account J. BAKER, *IELH*, p. 298-301. There is an extensive literature on the topic by both legal and economic historians, not really relevant here.

⁵⁴ Early development: D.P. WADDILOVE, in *CLJ*, 2014, p. 142; controversial: Francis Moore's advice to Williams LK, D.E.C. YALE (a cura di), *Lord Nottingham's Two Treatises*, Cambridge, CUP, 1965, p. 78-80, 79, and attempted limits, Chancery Ordinance 1654 ss. 30, 49-52, at <http://www.british-history.ac.uk/no-series/acts-ordinances-interregnum/pp949-96>; accepted: *Pawlett v Attorney General* (1667) Hardr 465, 145 ER 550, Hale CB at 469, ER 552: "There is a diversity betwixt a *trust* and a power of redemption ... a power of redemption is an equitable right inherent in the land, and binds all persons in the post, or otherwise." Hale also recognised the development but commented critically on it in *Roscarrock v Barton* (1672) *Two Treatises* (above) 284 at 285, (*Roscarrick*) 1 Ch Cas 217, 22 ER 769, at 219-220, ER 770-771 (slightly differently reported).

wealth period in the 1640s-50s created assignable public debt securities; the whole period, but particularly the Restoration and the period after 1689, saw extensive growth in the use of negotiable instruments (bills of exchange, etc) and the creation of new forms of such instruments; and by the 1670s the Chancery was treating choses in action in general as assignable, at least in cases a civilian might have called 'delegation', and not long after wherever the assignment was supported by a consideration.⁵⁵ The financial revolution of the 1690s added to the class of choses in action a more extensive range of government securities, and in addition various corporate securities, sometimes with express statutory provision for assignment.⁵⁶ This context meant that characterising contracts as creating something like property rights more generally was perhaps natural.

(ii) Priorities: the period was characterised in priorities law by the dominance of the priority of purchasers and creditors over volunteers, and questions of interpersonal risk and fault. The priority of purchasers and creditors was given by statutory *Actio Pauliana*-type remedies against transfers in

⁵⁵ Assignment of choses by warrant of attorney: McGaw, thesis (above n. 12) 208-213. Bankrupts: Bankrupts Act 1603 [1604] s. 13. Parliament and Commonwealth, e.g.: April 1646: An Ordinance for the Continuation of Excise or New-Impost, until the 29. of September, 1648.', in *Acts and Ordinances of the Interregnum, 1642-1660*, ed. C H Firth and R S Rait (London, 1911), at <http://www.british-history.ac.uk/no-series/acts-ordinances-interregnum>, pp. 846-847; 'October 1646: An Ordinance for securing of all those that shall advance the Two hundred thousand pounds for the service of the State.', id. 884; April 1648: An Ordinance for the further ascertaining the arrears of the Soldiers upon their Debentures, and securing all those that shall purchase the same.', id. 1126-1127; 'June 1652: An Additional Act for Sale of the Fee-farm Rents.', id. 583-588. Negotiable instruments: J.S. ROGERS, *The Early History of the Law of Bills and Notes*, Cambridge, CUP, 1995. Chancery and delegation, *Anon* (n.d.: 1667 x 1672) 2 Freem 145; 22 ER 1118, *Fashion v Atwood* (1679) 2 Ch Cas 6, 22 ER 819, 79 SS 775, (1688) 2 Ch Cas 36, 22 ER 835; general, *Crouch v Martin* (1707) 2 Vern 595, 23 ER 987; *Atkins v Dawbury* (1714) Gilbert Reports 88, 25 ER 61.

⁵⁶ Literature too extensive for full citation. Major contributions include P.G.M. DICKSON, *The Financial Revolution in England*, London, Macmillan, 1967; L NEAL, *The Rise of Financial Capitalism*, Cambridge, CUP, 1990; on secondary markets in company shares, A.L. MURPHY, *The Origins of English Financial Markets*, Cambridge, CUP, 2009.

trust to defeat creditors, beginning in 1374 and systematised by the ‘fraudulent conveyances’ statutes of 1571 and 1584, which, by containing express exemptions for conveyances for value, were taken to create a presumption that voluntary conveyances were fraudulent as against subsequent purchasers and creditors. This general approach was extended by the adoption of the civilian ‘badges of fraud’ doctrine in *Twyne’s Case* (1601), and, as far as chattels and money were concerned, by the ‘apparent ownership’ rule in the 1624 Bankrupts Act.⁵⁷

The priority of purchasers was also given by the extent of the doctrine of *bona fide* purchase for value and without notice. In modern law this refers to *bona fide* purchase of a legal interest for value and without notice, and is a defence only against equitable, not legal claims. Neither limitation held in this period. A volunteer holder of a legal title would be defeated by a purchaser or creditor at law or in equity by virtue of the Fraudulent Conveyances Acts. In addition, the defence of purchase was a defence against any equitable relief. But the complex conveyancing practices of the period had the effect that legal title to land in many cases practically could not be litigated without the assistance of equity. Further, if legal title was litigated by the common means of the action of ejectment, this involved the use of fictitious parties.⁵⁸ The fictions pre-

⁵⁷ *Actio Pauliana*-type remedies: (1376) 50 Edw. III c. 6, (cf. also *De Chirton’s Case*, 1350) 2 Dyer 160a, 73 ER 349, where the Exchequer seized land which Walter Chirton, the leader of a syndicate farming the customs, which had become insolvent, had purchased in the name of “friends” “a defrauder le roy”, and discussion J.L. BARTON, *The Medieval Use*, in *LQR* 81, 1965, p. 568; (1487) 3 Hen VII c. 4; (1571) 13 Eliz. I c. 5, (1584) 27 Eliz. I c. 4. The proviso for conveyances bona fide on good consideration is in s. 3 of each Act. Useful, if late, systematic discussion in W. ROBERTS, *A Treatise on the Construction of the Statutes 13 Eliz. c. 5 and 27 Eliz. c. 4 relating to voluntary and fraudulent conveyances*, London, 1800; recent academic discussion, C. WILLEMS, *Actio Pauliana und fraudulent conveyances*, Berlin, Duncker & Humblot, 2012, *Twyne’s Case* 3 Co. Rep. 80b, Moo KB 638, John Hawarde, *Les Reportes del Cases in Camera Stellata*, ed. W.P. BAILDON (privately printed, 1894), at 125-129. The authority cited for the ‘badges’ doctrine (in Hawarde’s report only) is the *Provinciale* of the English canonist William Lyndwood, written c. 1422 x 1434. In the standard edition, Oxford, 1679, the relevant passage is at pp. 161-62. Bankrupts Act 1623 [1624] 21 Jac. I c. 19 s. 11.

⁵⁸ Convenient summary discussion of ejectment in J. BAKER, *IELH*, p. 301-303. The use of the old real actions was occasionally possible, but rarely, since Chancery

vented any *res judicata* from arising between the real parties: the losing party could simply start again with new fictional parties. The successful party could obtain equitable relief in the form of an injunction against new ejectments.⁵⁹ But any equitable relief could be barred by plea of purchase; and this included ancillary relief in connection with *common law* litigation.⁶⁰

The doctrine also inherently incorporated questions of risk and fault. ‘Notice’ included both what came to be called implied notice (to the party’s lawyers) and constructive notice (where the party would have discovered the encumbrance by the exercise of proper care) and, indeed, in a rather excessive stretch by Lord Hardwicke, implied constructive notice: where the party’s lawyer would have discovered the encumbrance had he consulted old files relating to another client, though at law the encumbrance was made void against purchasers by non-registration.⁶¹

Lord Hardwicke explains this doctrine by saying that notice makes the purchase not *bona fide*, and hence – citing the *Digest* – fraudulent.

would not enforce against a purchaser discovery of the names of the persons seised, who had to be made defendants in any real action, thus usually stopping the claimant at the first hurdle: 1 Equity Cases Abridged 76-77, 21 ER 890.

⁵⁹ *Earl of Bath v Sherwin* (1709) 4 Bro PC 373, 2 ER 253; *Leighton v Leighton* (1720) 1 P Wms 671, 24 ER 563, 4 Bro PC 378, 2 ER 256; *Barefoot v Fry* (1724) Bunb 158, 145 ER 631.

⁶⁰ Cases on the issue are too numerous for citation even of examples to be useful. General discussions, Lord Nottingham, *Prolegomena* ch. 6, in *Two Treatises* (n. 54), p. 204-212; Sir John Comyns, *A Digest of the Laws of England*, London, 1764 [structure and core written c. 1700] tit. *Chancery*, sub-tit. (4 I) *Purchase*, p. 229-233; Richard Francis (a cura di), *Maxims of Equity*, London, 1727 [the original text probably written c. 1700, the notes edited to 1727], p. 61-65, deals with the issue under the maxim “Where Equity is equal, the law must prevail”, selecting cases which fit this model; 1 Equity Cases Abridged [1732] tit. *Purchase and Purchaser*, 353-359, 21 ER 1097-1101; 2 Equity Cases Abridged [1757] tit. *Purchaser*, 677-690, 22 ER 569-580; interestingly, there is no systematic discussion but only casual references in Sir Jeffrey Gilbert, *The History & Practice of the High Court of Chancery*, Washington, DC, Morrison, 1874 [aka *Forum Romanum* and *Lex Praetoria*] [written early 1720s] and in [Henry Ballow attr] *A Treatise of Equity* [1737] (Dublin, 1756). A modern account of the early law in D.E.C. YALE, *Introduction to 79 SS*, 67-87, 160-185.

⁶¹ *Le Neve v Le Neve* (1748) 3 Atk 646, 26 ER 1172.

The broad conception of fraud as any conduct inconsistent with a general requirement of good faith had substantially wider implications. Thus, for example, non-disclosure of an interest when questioned would postpone that interest to a new interest purchased by the person who asked the question.⁶²

Delay or other carelessness in making a claim could be characterised both at law and in equity as laches (carelessness) to defeat the claim. Conversely, failure to claim while aware of an adverse claim might be characterised as acquiescence, making the adverse claim good.⁶³

Assumption of risk was offered as a generalising explanation of the apparent ownership rule. In *Burgess v Wheate* (1759), for example, Henley LK offers it as justifying the risks affecting the beneficiary, of sale by the trustee to a *bona fide* purchaser without notice, and of escheat or forfeiture by the trustee.⁶⁴

This context, then, meant that the dividing line between proprietary and contractual claims mattered less than it did in medieval law, and than it does in modern law.

Bacon's analogy of the use/trust with the Roman *fideicommissum* was used by Lord Nottingham in his *Prolegomena*. It may have assisted Nottingham to reach 'proprietary' results in relation to trusts, as Yale argues he aimed to; though *Turner v Turner* shows him taking a 'chose in action' approach when to do so would save the effectiveness of a common conveyancing form. Beyond this, the *fideicommissum* analogy certainly did not have operative effects in Nottingham's discussion; and it was not used in the law reports until *Burgess v Wheate* (citing Bacon). The analogy was explicitly criticised by the civilian Thomas Wood in his *New Institute of the Imperial or Civil law* (1704), pointing out that fideicommissary substitutions were more analogous to English entails.⁶⁵

⁶² E.g. *Hobbs v Norton* (1682) 1 Vern 136, 23 ER 370; *Ibbetson v Rhodes* (1706) 2 Vern 554, 23 ER 958.

⁶³ Macnair 'Length of time and related equitable bars 1660-1760' in planned forthcoming prescription volume, provisional title *Praescriptio omnia Iura tolluntur*, ed. Schrage.

⁶⁴ *Burgess v Wheate*, *Attorney-General v Wheate* (1757, 1759) 1 Eden 177, 28 ER 652, at 218, 246, ER 668, 678, 1 W Black 123, 96 ER 67, at 156, 179, ER 81, 91.

⁶⁵ Nottingham: *Two Treatises* 238. Discussion, M. MACNAIR, in *IF*, p. 214-215.

Jeffrey Gilbert in his *Law of Uses*, a very rough draft dating to around 1700, explained the origin of uses by reference to usufruct in the *civil law*, claiming that clerical expertise in the *civil law* brought it in. But though, as I argued in 1998, this had some explanatory value for *trusts* as they were practised in Gilbert's time, he seems to have thought better of it: when he wrote the *Lex Praetoria* in the early 1720s, it is dropped (though origins in clergy influence remains in this text). The only reference to usufruct in the printed reports is in 1766, a doomed attempt by counsel to save an attempt in a will to entail shares without creating a *trust*, by arguing that the testator was creating a usufruct.⁶⁶

The author of the *Treatise of Equity*, who was heavily reliant on Pufendorf,⁶⁷ begins his account of *trusts* by characterising the relation as “a *depositum*, or *trust*”. There is little evidence in the text of direct use of the *depositum* analogy, but it is clear that he did use the identification with *depositum* to place private *trusts* in general within the general contractual framework which he had set up at the beginning of the book, rather than within a proprietary framework.⁶⁸ This, in fact, allowed more analytical system than Nottingham's or Gilbert's treatment.

Depositum, unlike usufruct and *fideicommissum*, is found in the cases, if not in very many, to discuss *trusts* and *trust-like* relations. The clearest example is Lord Hollis's Case (1680) “a *depositum*, and a *trust* thereupon to the lady” but the relation between Latin *depositum* and *trust* begins with civilians arguing canon law in *common law* cases on commendams in 1611 and 1616, and continues down to the 1740s. The primary context is what would arguably be *trusts* of money, and a distinction between deposit and debt. *Depositum* is also found in Holt CJ's discussion of duties of care in bailment in *Coggs v Barnard* (1703) and thereafter in that context, and as a

Burgess v Wheate (n. 64) per Henley LK at 1 Eden 246, 28 ER 668, 1 W Black 179, 96 ER 91. Wood: 4th ed. 1730 p. 189.

⁶⁶ *Tothill v Pitt* (1766) 1 Madd 488, 56 ER 179, Sewell MR, rvsd on appeal to Lords Commissioners, this in turn rvsd and Sewell MR's decree restored *Earl of Chatham v Tothill* (1771) 7 Bro PC 453, 3 ER 295.

⁶⁷ D. IBBETSON, *Historical Introduction to the Law of Obligations*, Oxford, OUP, 1999, p. 218-19.

⁶⁸ M. MACNAIR, *IF*, p. 216-218.

form of security perhaps distinct from pledge.⁶⁹ English ‘deposit’ is, however, mostly non-technical.⁷⁰

⁶⁹ *Lord Hollis’s Case* (1680) 2 Vent 345, 86 ER 477, probably Grimston MR. Civilians: *Le Case de Commenda* (1611) Davis 68, 80 ER 552, *Colt v Glover* (1617) 1 Rolle 451, 81 ER 600. Money trusts: *Harris v Peter de Bevoice* (1624) 2 Rolle 441, 81 ER 904, (Ley CJ at 442), *Pheasant v Pheasant* (1670) 1 Ch Cas 181, 22 ER 752, 2 Vent 340, 86 ER 475, Serjeant Goodfellow *arg* (orphans’ money in London; rejected), *Monk’s Case* (1672) 1 Vent 221, 86 ER 148 (money in court), *Cheek v Viscount Lisle* (1673) Rep t Finch 98, 23 ER 53, 73 SS 23, 52 (portion money left with father of bride, suggested by counsel but rejected), *Fouke v Lewen* (1682) 1 Vern 88, 23 ER 331 (discussion of *Pheasant*). *Coggs v Barnard* (1703) 2 Ld Raym 909, 92 ER 107, and various other reports; Holt CJ explicitly refers to “trust” in this context; *Mytton v Cock* (1739) 2 Stra 1099, 93 ER 1057. As a form of security, *Evans v Canning* (1675) Rep t Finch 209, 23 ER 114 (the editor, William Nelson, citing Domat on the point), *Bank of England v Glover* (1702) 2 Ld Raym 753, 92 ER 3 (counsel *arg*, rejected), *Nickson v Brohan* (1712) 10 Mod 109, 88 ER 649 (point introduced by the court), *King v King* (1735) 3 P Wms 358, 24 ER 1100 (citation of a decision on hypothecation of a ship). The expression is also used where ‘trust’ might have been used in constitutional argument by Wright B *diss* in *Wedderburn* (1746) Foster 22, 168 ER 12, arguing that “He considered the trial by the same, jury which is sworn and charged with the prisoner, as part of the *jus publicum*; as a sacred *depositum* committed to the judges which they ought to deliver down inviolate to posterity”.

⁷⁰ English ‘deposit’ – There are moderately numerous cases concerning forfeitable deposits in contracts of sale (analogous to Justinianic *arra*) and deposits of money required in connection with judicial procedures. More relevant are *Boswell v Coats* (1670) 1 Mod 33, 86 ER 709 (legacy for infant ‘deposited’ with third party, i.e. *trustee*); *Coppin v Coppin* (1725) Cas t King 28, 25 ER 204 (“to make the real estate chargeable in his hands as a deposit, would be running foul of the Statute of Frauds” – “deposit” here means an implied *trust* for the creditors); *Lechmere v Earl of Carlisle* (1733) 3 P Wms 211, 24 ER 1033 (counsel attempt a distinction between “money being deposited in the hands of *trustees* to be invested and where there is no such deposit” merely contractual obligation, rejected); *Mackenzie v Marquis of Powis* (1737) 7 Bro PC 282, 3 ER 183, French contract of deposit “confiées comme un dépôt” analysed as *trust* so as to be outside of the Statute of Limitations: per counsel, “his remedy lay properly in a court of equity, as it was the case of a deposit, which is a *trust*”; *Pearce v Waring* (1737) West t Hardw 148, 25 ER 866, at 154/869 (Lord Hardwicke C: “But there are subsequent circumstances in favour of the plaintiff; and, first, the breaking open the box clandestinely, and taking out the papers. The box was sealed up, and left with the defendant as a sacred deposit. This

For the sake of completeness I also searched the English Reports CDROM for *fiducia* and *fiduci**, not expecting to find much because of the absence of the word from the doctrinal literature. The result of the search is that *fiducia* was used to translate ‘trust’ and *fiduciarius* ‘trustee’ in a number of cases where it was necessary to plead the existence of a *trust* in a claim at *common law*, particularly but not exclusively in Edward Lutwyche’s *Livre des Entries* published in 1704.⁷¹ At this date, and given the complete silence on this front of cases and doctrinal literature, it must be clear that ‘*fiducia*’ and ‘*fiduciarius*’ in this context are merely Latin translations of ‘trust’ in the technical meaning to be found in the English equity doctrine, and do not import any Roman analogy. This usage disappeared with the coming into force from 1733 of the Act of 1731 requiring legal proceedings to be in English. English ‘fiduciary’ was rare throughout the period, though OED has examples from the 1640s: it appears in a Law French report from 1623, and then resurfaces very occasionally in the 1700s for cases analogous to trusteeship.⁷²

has been called an imprudent act; but I must call it a great breach of good faith, an act of fraud”); *Thomson v Noel* (1738) West t Hardw 304, 25 ER 951 (deposit with stakeholder); *Hartop v Hoare* (1743) 3 Atk 44, 26 ER 828 (Lee CJ; analysis using *Coggs v Barnard*); *Gage v Bulkeley* (1745) Ridgw t Hardw 278, 27 ER 829 (same issues as *Mackenzie*); *Roe d Noden v Griffiths* (1766) 4 Burr 1952, 98 ER 17 (Lord Mansfield CJ at 1961/21; lord in copyhold surrender & regnant).

⁷¹ The book is a formulary or collection of precedents of pleadings, which, however, included sketchy reports of the decisions on them (mostly in Common Pleas). Since printed reports of cases in Common Pleas were infrequent at this period, later lawyers, including the editors of the *English Reports*, treated it as a series of reports. *Graves v Hatchet* (1687) 1 Lutw 415, 125 ER 218; *Death v Dennis* (1687) 1 Lutw 459, 125 ER 241; *Lambert v Lane* (1687) 1 Lutw 306, 125 ER 160; *Rex v Lenthal* (1688) 3 Mod 143, 87 ER 92; *Slaughter v Pierpoint* (1688) 1 Lutw 451, 125 ER 237; *Blisse v Frost* (1689) 2 Vent 63, 86 ER 310; *Clarke v Peppin* (1689) 2 Vent 97, 86 ER 330; *Lechmere v Toplady* (1690) 2 Vent 156, 86 ER 365; *Royston v Baston* (1699) 1 Lutw 633, 125 ER 332; *Bishop of Exeter v Freake* (1699) 1 Lutw 901, 125 ER 499; *Talbot v Woodhouse* (1699) 2 Lutw 1471, 125 ER 811; *Wilkes v Kirby* (1700) 2 Lutw 1519, 125 ER 837; *Lynch v Clemence* (1700) 1 Lutw 571, 125 ER 300; *Treene v Hiccox* (1701) 1 Lutw 614, 125 ER 322; *Brinley v Burgh* (1701) 1 Lutw 623, 125 ER 327; *Feltham v Cudworth* (1702) 2 Ld Raym 760, 92 ER 8; *R v Griffin* (1733) 7 Mod 197, 87 ER 1186, W Kely 292, 25 ER 621, Ridgw t Hardw 38, 27 ER 750.

⁷² *Standen v University d'Oxon and Whitton* (1623) W Jon 17, 82 ER 11 (ad-

5. Further propertisation late 1700s - late 1800s.

Developments in *trust* law between the early 1800s and 1914 have been systematically studied by Stuart Anderson in the *Oxford History of the Laws of England* vol. XII (2010). Though Anderson's study formally covers only 1820-1914, his work in fact goes back as far as the Chancellorship of Lord Eldon (1801-1826, with a brief interval in 1806-07). Eldon's work is also studied by Joshua Getzler.⁷³

Anderson's fundamental point is that from the time of Lord Eldon there was a shift towards the idea of the *trust* as a *donative* relation between the settlor and the beneficiaries, hence as primarily belonging in the sphere of property rather than that of obligations. This shift involved the development of the modern law relating to 'certainties' of *trusts* from very scattered earlier antecedents (mainly in cases on the interpretation of wills), and – especially – of the modern law of 'constitution' of *trusts*.⁷⁴ Both bodies of doctrine set out to reduce the scope of implied *trusts* and to separate *trust* more sharply from contract and from barely moral obligations. The shift to a proprietary-donative conception also produced the emergence of the non-contractual 'declaration of self as *trustee*'. The process of transition in his view takes some time, beginning with or around the time of Lord Eldon, but not completed until mid-century.

vowson; Hutton J); *Bishop of Winchester v Knight* (1717) 1 P Wms 406, 24 ER 447 (copyholder's liability to account for profits from waste; Lord Cowper C); *Baxter v Burfield* (1747) 2 Stra 1266, 93 ER 1172 (contract of apprenticeship requiring personal performance by master; Lee CJKB); *Garth v Cotton* (1753) Dick 183, 21 ER 239, 1 Ves Sen 546, 27 ER 1196 (tenant for life's duty to remainderman; Lord Hardwicke C).

⁷³ *Fiduciary investment in the shadow of financial crisis: Was Lord Eldon right?*, in *Journal of Equity* 3, 2009, p. 219; 'Morice v Bishop of Durham (1805)', in C. MITCHELL, P. MITCHELL (a cura di), *Landmark Cases in Equity*, Oxford, Hart, 2012; Professor Getzler has other work on Eldon in progress. MR Chesterman argued in 1984 for a transition in the nature of family *trusts* at the same period from settlements of land to management of funds: *Family Settlements on Trusts: landowners and the Rising Bourgeoisie*, in G.R. RUBIN, D. SUGARMAN (a cura di), *Law, Economy & Society*, Abingdon, Professional Books, 1984), ch. 1. This is, however, only indirectly relevant to present concerns.

⁷⁴ In addition to Anderson cf. M. MACNAIR, *Equity and Volunteers*, 1988, in *Legal Studies* 8, p. 172-188.

Anderson draws attention in connection with this process of further propertisation of the *trust* concept to the restrictive interpretation of the Elizabethan statutes of fraudulent conveyances and their effective supersession when the Bankruptcy Act 1869 extended bankruptcy, and its priorities rules, to all debtors.⁷⁵ The point can be extended: the mid-1800s saw a general transition away from the system of priorities based on interpersonal allocation of risk and fault towards a more property-based *nemo dat* conception of priorities. As well as restrictive construction of the fraudulent conveyances legislation, the same held, as de Lacy shows, for the apparent ownership doctrine in bankruptcy. Perhaps by way of the extension of equitable remedies to *common law* in the run-up to the procedural fusion of law and equity,⁷⁶ perhaps by virtue of the new concept of *trusts*, the doctrine of purchaser for value and without notice became restricted in its effects to purchase of a legal interest and to defeat only equitable interests.⁷⁷ The scope of the concept of fraud was radically reduced in mid-century, and generally expressed ideas of a requirement of ‘good faith’ in contracting became restricted to specific classes of cases.⁷⁸

The proprietary shift in the nature of *trusts* was accompanied, and arguably preceded, by a shift in the use of civilian analogies for it. I have argued above that *depositum* was the most significant analogy, so far as analogies were used at all, in the period 1660-1760. However, as already indicated, Bacon’s analogy with *fideicommissum* was adopted by Lord Mansfield CJ and Henley LK in *Burgess v Wheate*, and William Blackstone in the 1766 second volume of his *Commentaries on the Laws of England* adopted Bacon’s argument wholesale.⁷⁹ This approach thereafter became the dominant

⁷⁵ ANDERSON, p. 262-268. Cf. the more elaborate discussion of J. DE LACY, in ID. (a cura di), *The Reform of UK Personal Property Security Law: Comparative Perspectives*, Routledge, 2012, ch. 1.

⁷⁶ M. LOBBAN, *Preparing for fusion*, Part II, in *LHR* 22, 2004, p. 565, 587-590.

⁷⁷ D.E.C. YALE, *Introduction to 79 SS*, p. 67, 163, attributes the modern limits on the plea to Lord Westbury in *Phillips v Phillips* (1861) de G F & J 208.

⁷⁸ F. MACNAIR, in E. SIMPSON, M. STEWART (a cura di), *Sham Transactions*, Oxford, OUP, 2013, ch. 2, p. 47-48; good faith, ID., in J. HALLEBEEK, ET AA.VV. (a cura di), *Inter cives necnon peregrinos: essays in honour of Boudewijn Sirks*, Goettingen, V&R unipress, 2014, p. 469-481, 472-73, 479-81.

⁷⁹ Bl. Comm., p. 327-337. The argument is absent from his earlier *An Analysis of the Laws of England*, Oxford, 1756, which has at p. 59 “Uses and Trusts: Which are a Confidence reposed in the Terre-Tenant, or Tenant of the Land, that he shall

orthodoxy. Capel Lofft in 1779 simply wrote *fideicommissum* in Latin for English 'trust'.⁸⁰ John Fonblanque in the second volume of his expanded edition of the *Treatise of Equity* (1794) added a long note on *fideicommissum* to contradict the *depositum* analogy in the text, following Bacon and 'firming up' Bacon's *analogy* claim into a claim that this was the origin of uses.⁸¹ Cruise in 1796 took the same line.⁸² Sugden in 1811 similarly used a note to 'correct' Gilbert's *Uses*.⁸³ Story followed Blackstone and Fonblanque.⁸⁴ Spence if anything elaborated the argument.⁸⁵

The chronology here suggests that the use of Bacon's *fideicommissum* arguments by Henley and Blackstone may have led to the drive towards a fully proprietary-donative conception of the *trust* under Eldon and later, rather than the *fideicommissum* analogy being adopted to fit existing propertisation of the *trust*.

This dominance continued down to the late 1800s, when the issue began to be addressed by the new species of legal historians influenced by German historical scholarship. The first outcome was Oliver Wendell Holmes' 1885 argument that the *trust* derived from the 'Germanic' *salmann*; then came Maitland's derivation of *use* from *oeps* and that in turn from *ad opus*.⁸⁶ By the time of his lectures on equity, Maitland was arguing that the *trust* "perhaps forms the most distinctive achievement of English lawyers"; but his definition of the *trust* was, broadly, obligational; giving rise to a debate which has continued ever since as to whether the beneficiary's interest

permit the profits to be enjoyed, according to the Directions of *cestuy que Use*, or *cestuy que Trust*." The point is here merely preliminary to consideration of conveyances operating by way of the Statute of Uses and, in effect, gives an (imperfect) pre-1536 definition.

⁸⁰ *Principia cum juris universalis tum præcipue anglicani*, 2nd ed. 1779, p. 560.

⁸¹ Dublin, 1795, p. 1-4.

⁸² R. HELMHOLZ, R. ZIMMERMANN, in *IF*, p. 32.

⁸³ 3rd ed. 1811, p. 3 n. 2, following *Blackstone*.

⁸⁴ *Commentaries*, 13th ed., Boston, Little Brown, 1886, p. 268-69.

⁸⁵ *The Equitable Jurisdiction of the High Court of Chancery*, Philadelphia, PA, Lea & Blanchard, 1845, p. 435-444. It should be said by way of caveat that both F.W. SANDERS, *An essay on uses and trusts ...*, 3rd ed., London, 1813, and T. LEWIN, *A practical treatise on the law of trusts and trustees*, London, 1837, did not use the *fideicommissum* argument.

⁸⁶ Holmes and Maitland cited above n. 2.

is *in rem* or *in personam*.⁸⁷ We have now arrived both at modern *trusts* law and at the beginning of the history.

6. Conclusion.

Why did what was originally an obligation become propertised, not once, but twice and perhaps even three times (if developments in the 1600s and in the 1800s are counted as separate instances)? There is a sense in which we could add to these cases the shadowy case of the Roman *fiducia*, obligational ... but with the *usureceptio fiduciae* allowing the transferor to usape, presumably for the benefit of purchasers and incumbrancers from him;⁸⁸ and/or the clearer case of the *fideicommissum*. Here the problem leading to the *scc. Trebellianum* and *Pegasianum* is transparently the implications of the institution of *fideicommissum* both for regulatory rules (the *Lex Falcidia*, etc) and for priorities in relation to creditors.⁸⁹ It seems to me to be reasonably clear that the fundamental drivers in relation to the propertisation of *trusts*, both in the late 1400s and in the 1600s, are the same concerns: avoidance of regulatory rules (and revenue problems) and problems of priorities. The case of the 1800s is less clear. Here it seems that the fundamental shift drives in the opposite direction: by shifting towards a donative-proprietary approach and *qui prior est tempore, potior est iure*, the judges of this period produce the result of facilitating regulatory avoidance and ‘moral hazard’ in relation to debts.

The second issue posed is English lawyers’ use of continental/ civil-ian materials. ‘Looking across the channel’ at recent literature on concrete issues in the *ius commune*, it seems to me that even if civilians may have argued to their political masters that the *Corpus Iuris* was a supplementary source which worked *imperio rationis*,⁹⁰ when they argued in practice, they

⁸⁷ *Equity, and also the Forms of Action at Common law*, Cambridge, 1929, p. 23, 23-24, 43-45. A recent contribution, reviewing the debate as well as contributing to it, is M.W. LAU, *The Nature of the Beneficial Interest – Historical and Economic Perspectives*, 2013, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2213055.

⁸⁸ G. 2. 59, 60.

⁸⁹ W.W. BUCKLAND, *Textbook*, p. 353-56; D. JOHNSTON, *The Roman Law of Trusts*, ch. 2.

⁹⁰ The point is more asserted in the modern literature than any actual examples

proceeded on the basis that (a) it was a very large statute in force *ratio imperii*, except insofar as possibly derogated from by local statute or custom; and (b) that analogies could be drawn from any part of it to any other part.⁹¹

Comparing English common lawyers, they used the corpus of *English statutes*, together with the *Register of Writs*, in the same way: that it was statutory material in force, and that analogies could be drawn across the whole body of the law without regard to subject-matter. This is reflected in the development of *trusts* law, in that statutory provisions, on their face of a limited character, were rapidly generalised and gave rise to conceptual shifts in the law as a whole: examples to be seen in the generalising use of the 1484 Act on the beneficiary's power to convey the *trust* property, of the Elizabethan fraudulent conveyance statutes and *Twyne's Case*, and of the apparent ownership doctrine in bankruptcy.

Common lawyers' attitude to the Roman sources was very different. Nobody could seriously make a *translatio imperii* argument that the *Corpus Iuris* was in force *ratione imperii* in England, since the country was understood to have been conquered by the Anglo-Saxons before the adoption of the *Code* and *Digest*, let alone the Pragmatic Sanction of 554, it was never part of the Carolingian empire, and there was no English royal order to use the *ius commune* beyond very limited jurisdictions.⁹² The basic categories

being cited: e.g. R.C. VAN CAENEGEM, *An Historical Introduction to Private Law*, Cambridge, CUP, 1992, p. 59; M. CAPPALLETI, J.H. MERRYMAN, J.M. PERRILLO, *The Italian Legal System: An Introduction*, Stanford, CA, Stanford UP, 1967, p. 31, treat it as specifically French. T. WALLINGA, *The Common History of European Legal Scholarship*, in 4 *Erasmus LR* #1, 2011, p. 1 at 15 treats the tag as humanistic/ early modern.

⁹¹ On theoretical aspects of the problem cf. T. KUEHN, *A Late Medieval Conflict of Laws: Inheritance by Illegitimates in Ius Commune and Ius Proprium*, in *LHR* 15, 1997, p. 243-273; N.E. HATZIMIHAIL, *Bartolus and the Conflict of Laws*, in *RDHI* 60, 2007, p. 11-79: in both discussions it is clear that local statutes are treated as (perhaps) derogating from the *Corpus Iuris* as *in force*. Concrete examples relevant to present concerns in the discussions in the essays in *IF*; or in E.J.H. SCHRAGE (a cura di), *Ius Quaesitum Tertio*, Berlin, Duncker & Humblot, 1998, or J. HALLEBEEK, H. DONDORP (a cura di), *The Right to Specific Performance*, Antwerp, Intersentia, 2010.

⁹² Already A. DUCK, *De Usu & Autoritate Iuris Civilis Romanorum*, London, 1651, lib. 2 c. 8 made this point clear. In contrast J. COWELL, *Institutiones* (above n. 48 & text there) argued that "legem nostram communem (quam dicimus) nihil aliud esse quam Romani & feudalis mistionem" (Epistle Dedicatory, sig. A2v).

of public/ private, criminal/civil, property/obligations and contract/delict were received into English law at an early date, presumably *imperio rationis*.⁹³ Otherwise, English lawyers' use of Roman sources was that of magpies, who took what appeared to be useful or decorative and ignored the rest.

There is no period where common lawyers didn't borrow bits here and there, and even the great anti-civilian ideologue Edward Coke borrowed (though using various devices to conceal his borrowing in his published work).⁹⁴ In the context of *trusts*, the initial practice of uses was, as Biancalana has shown, fairly straightforwardly enforceable – as an obligation – in existing law, and did not therefore need a borrowed concept. Problems in practice drove the shift into enforcement in Chancery; and this shift does seem to have produced a borrowed concept. If a time machine allowed us to talk to the learned lawyers who ran the Chancery in the later 1400s but left behind virtually no records of their reasoning, or as yet undiscovered manuscripts gave us some window of vision of it, we might well find that they were applying 'straight' civilian and canonist reasoning as to *fiducia* or *confidentia*. But when we find common lawyers from the 1570s or 1690s referring to usufruct to explain *trusts*, or from the 1600s, 1670s, 1760s and onwards referring to *fideicommissum*, what is being done is to either to try to fortify an argument by an analogy, or to decorate it by the display of 'classicism'. The 15th century use/*trust*/confidence is therefore close to *fiducia*; the post-1590 later *trust*, in its several forms, is substantially further distant from it, because heavily naturalised in the context of English statute law.

⁹³ Discussion e.g. D.J. SEIPP, *Roman Legal Categories in the Early Common law*, in T.G. WATKIN (a cura di) *Legal Records and the Historian*, London, Hambleton, 1989, ch. 2.

⁹⁴ Cf. Wood, who said that Coke taught the common lawyers the use of the *Regulae Iuris*: T. WOOD, *New Institute*, 4th ed. 1730, *Preface*, p. 86.

LEO PEPPE

INTERVENTO SULLA FORMULA FIDI FIDUCIAE
IN PARTICOLARE IN PLAUTO

Ringrazio i relatori per l'attenzione prestata a quanto ho scritto in merito alla *fiducia*. In relazione alle tante cose interessanti che ho ascoltato e che meriterebbero un intervento approfondito, vorrei adesso soffermarmi rapidamente almeno su un punto, cioè su una prospettiva alla quale in particolare ha fatto un cenno Fercia in relazione alla giurisprudenza classica: la dimensione temporale nella ricostruzione della *fiducia*. È questa una dimensione che a mio avviso può essere ulteriormente valorizzata, fino ad estenderne la centralità a tutta la ricostruzione della *fiducia* e così forse ad illuminarne ancora meglio caratteristiche, problematiche e – eventualmente – fasi.

A questa prospettiva ho dedicato recentemente una qualche attenzione, in un'occasione interessante di confronto nel corso del *17th Colloquium on Latin Linguistics* tenutosi nei giorni 20-25 maggio 2013 presso l'Università di Roma Tor Vergata; sono stato invitato a prendere parte alla tavola rotonda interdisciplinare *Temi di lingua e di diritto romano a confronto* (21 maggio) sul tema *Concretezza e astrattezza nella lingua e nel diritto di Roma*. Al mio intervento, che sarà pubblicato nel *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano – BIRD*, integrato con un adeguato – pur se sempre contenuto – apparato critico, ho dato il seguente titolo: *Concretezza ed astrattezza nella terminologia giuridica romana. Alcune riflessioni. Un tema interessante: la fiducia*. Ho ritenuto cioè che, dopo una serie di considerazioni a carattere generale ed alcuni rapidi accenni bibliografici, fosse proprio il tema della *fiducia* giuridica un argomento idoneo a tratteggiare un possibile percorso concreto/astratto.

Dopo una rapida introduzione all'argomento, ho preso avvio dalla seguente domanda: ma come nasce la *fiducia* (come parola e/o come atto giuridico)?

A mio avviso una via nuova è stata indicata da Zurli e Dunant, l'uno indipendentemente dall'altro, sulla base della riconsiderazione della formula *fidi fiduciae* ricorrente in Plaut. *Trinummus* 117, fino a loro considerata una

endiadi in forza della tradizione mommseniana: si tratta invece di termini ben distinti, la *fides* è di chi riceve, la *fiducia* è di chi dà. E l'affidamento di chi dà è in primo luogo che ciò che ha dato gli verrà restituito: ma perché a tal proposito si usa il termine *fiducia*?

Vi è a mio avviso un dato che nel nostro contesto ho già messo in luce nei miei contributi e che costituisce un punto di partenza chiarificatore in modo decisivo: secondo alcuni *fiducia* non deriva da *fides*, ma dal tema *fid-* del verbo *fidere*; la *fiducia* è la qualità di chi si fida, così come l'*audacia* è la qualità di chi osa, e, cosa interessante, probabilmente si arriva al sostantivo *fiducia* per il tramite di un aggettivo che è stato qualificato come agente, *fiducus*, colui che si fida molto, così come *caducus*, colui che cade, cade molto, o *manducus*, colui che mastica molto, tra l'altro una maschera dell'Atellana.

Se si leggono le fonti e in particolare Plauto in questa prospettiva, si vedrà che la formula *fidi fiduciae* ricorre più volte, preceduta dal verbo *concredo*, un verbo usato soprattutto dai *veteres*, un verbo che indica un *credere* che affida: dice il Forcellini *ad h.l.*: «credere intieramente, e perciò affidare, consegnare, confidare».

Mi sembra al proposito esemplare un passo di Plauto dove si gioca con la formula *fidi fiduciae*, un passo la cui importanza, fino al momento della preparazione del mio intervento al convegno su ricordato, era sfuggita anche a me. Si tratta di Plaut. *Aul.*, 580-586:

*EVCL. Edepol, ne tu, aula, multos inimicos habes
atque istuc aurum quod tibi concreditum est.
nunc hoc mihi factu est optimum, ut ted auferam,
aula, in Fidei fanum: ibi abstrudam probe.
Fides, novisti me et ego te: cave sis tibi,
ne in me mutassis nomen, si hoc concreduo.
ibo ad te fretus tua, Fides, fiducia!*

L'oro è stato affidato (*concreditum*) alla pentola, che lo contiene (ed ovviamente prima o poi lo restituirà a qualcuno). Poi Euclione pensa di depositarlo presso il tempio della *Bona Fides*, usa *concreduo*, una variante di *concredo*. Ma cosa significa *tua fiducia*? Quasi tutti considerano *fiducia* come *fides*, perciò si tratterebbe della *fides* della *dea Fides*; così anche Watson, colui che ha riproposto i testi plautini. In realtà già Ernout aveva fornito la traduzione e l'interpretazione più corrette: «Je viens á toi, ó Bonne Foi, fort de la confiance que tu m'inspires». La *fiducia* è di Euclione e, cosa forse non irrilevante dal punto di vista giuridico, non ha luogo un formale passaggio di proprietà, ma un semplice deposito di fatto.

A questo punto possiamo così concludere; se *credere* in D. 12.1.1.1 – ma è così *ab antiquo* – è affidarsi all'*aliena fides*, *concredere* è affidarsi fino al punto di dare, essere *fiducus* e quindi provare *fiducia* che l'altro restituirà. All'inizio l'obbligo alla restituzione deriva dal gioco tra la rispettabilità del fiduciario e l'affidamento profondo del fiduciante: un gioco che è possibile solo tra persone che si conoscono bene e delle quali soprattutto si ha un'alta considerazione, sono i *boni*. E non è perciò un caso che questa qualificazione ricorra nella formula anomala dell'*actio fiduciae*, come sopravvivenza di questa originaria relazione interindividuale e sociale.

Poi subentra la forma compiuta della *mancipatio*, assai probabilmente con *nuncupationes* che la integrano in modo sempre più complesso (come nella *mancipatio familiae*, dove non c'è un *pactum*, ma inizialmente il *mancipio dans* si limita a *rogare/mandare* il *familiae emptor*; come, successivamente e in modo più articolato, nel testamento librato: Gai 2.102-104). Poi subentrano le dichiarazioni dal contenuto sempre più vicino ad un *pactum* finché questo diventa parte usuale del formulario della *fiducia*.

Infine la *fiducia* personale finisce per oggettivizzarsi fino al punto che la *fiducia* classica può essere considerata un contratto reale, sia pure di buona fede, forse una sopravvivenza del passato. In realtà il rapporto tra le parti ha perso qualsiasi aspetto di particolare affidamento, se in un paio di testimonianze del I sec. d.C.¹ il fiduciante deve addirittura giurare che ciò che mancipa al suo creditore è libero da gravami: un giuramento che sembra anticipare la fattispecie originaria del *crimen stellionatus* e quella che ancora ricorrerà nell'art. 2059 e ss. del Code Napoléon.

Comunque ormai la relazione giuridica ha abbandonato il terreno della relazione personale ed è nella sfera delle forme giuridiche impersonali, astratte nel senso che si prescinde da un rapporto sociale profondo tra le parti.

Con queste suggestioni vorrei avere per lo meno sottolineato come un approccio diacronico alla *fiducia* potrebbe forse – per quanto le fonti lo consentono – contribuire a tracciarne una 'storia': una storia molto lunga, dalla Roma arcaica ai giorni nostri.

¹ *Mancipatio Pompeiana* (FIRA III, n. 91); *Tab. Herc.* 65, Tab. II, parte sinistra, Arangio-Ruiz-Pugliese-Caratelli (1954, 64 ss.); successiva riedizione della *Tab. 65* senza variazioni in Gröschler (1997, 142).

INTERMEZZO

Durante la serata del 16 ottobre la Cappella Musicale del SS. Sacramento di Urbino¹ ha offerto ai convegnisti un “intermezzo musicale” per voce e clavicembalo su musiche della compositrice veneziana Barbara Strozzi. Si tratta di due cantate rare di raffinato incanto che nascono dall’anima di un’oscura compositrice del XVII secolo.

Voce di soprano: Annalisa Cancellieri – Clavicembalo : Francesco Antinori

Annalisa Cancellieri.

Nata nel 1988, inizia giovanissima l’approccio alla musica studiando pianoforte ed arpa. All’età di 15 anni entra nel coro polifonico “G. Giovannini” di Fermignano, con il quale partecipa a numerose produzioni ed iniziative concertistiche, anche in veste di solista. Nel 2007 inizia lo studio del canto lirico presso l’Accademia “Tebaldi-Del Monaco” di Pesaro, dove nel 2009 consegue il diploma biennale sotto la guida dei Maestri Mario Melani e Fiamma Lauri. Nel 2014 si è laureata, con il massimo dei voti, al triennio sperimentale di canto del Conservatorio Rossini di Pesaro, sotto la guida della Maestra Lucia Fiori, presentando una tesi dedicata alla compositrice veneziana Barbara Strozzi (1619-1677).

¹ Presidente del Consiglio di Reggenza della Cappella Musicale del Santissimo Sacramento di Urbino è **Francesco Mancini Zanchi**. Diplomato in contrabbasso presso il Conservatorio G. Rossini di Pesaro, nell’ottobre 2010, con la tesi dal titolo: *Il Contrabbasso e la “contaminazione” tra Classica e Jazz*, ha terminato il percorso di studi biennali di alta formazione presso il Conservatorio Superiore di Ginevra che gli ha conferito il Diploma di Alto Perfezionamento in Contrabbasso nel repertorio di letteratura classica e nel repertorio contaminato fra musica classica e jazz. Ha al suo attivo un’intensa attività concertistica sia in gruppi di musica jazz e pop, che in Orchestre Sinfoniche tra cui il Maggio Musicale Fiorentino, l’Orchestra della Suisse Romande, l’Orchestra Sinfonica G. Rossini, l’Orchestra Nazionale di Malta, l’Orchestra Sinfonica di San Marino e l’Orchestra dell’Opera di Parma.

Attualmente frequenta il biennio di specializzazione in canto nello stesso conservatorio, riservando particolare attenzione al repertorio antico e barocco. Le sono stati affidati ruoli di primo piano in diverse produzioni del C.Ro.M.A., il dipartimento di musica antica del conservatorio pesarese, volti anche alla prima esecuzione in epoca moderna di musiche antiche manoscritte inedite conservate nell'archivio del Conservatorio stesso. Parallelamente a quello della musica antica, il suo studio si dirige anche verso il repertorio liederistico del 1800 e del 1900, spaziando anche nell'ambito della musica contemporanea e sperimentale. Svolge un'intensissima attività concertistica, sia come solista che in formazioni corali di prestigio.

Lorenzo Antinori

Nato nel 1987, dopo i primi studi presso la Cappella Musicale del SS.mo Sacramento di Urbino, con Paola Fraternale, si diplomato e laureato *cum laude* in Organo e Composizione Organistica presso il Conservatorio "Gioachino Rossini" di Pesaro sotto la guida di Marco Arlotti e Serebella Secchiero, attraverso un particolare percorso dedicato alla musica antica e barocca. Ha poi conseguito anche il diploma in Clavicembalo sotto la guida di Maria Luisa Baldassari. Si è perfezionato con docenti di fama internazionale, quali Luigi Ferdinando Tagliavini, Wolfgang Zerer, Francesco Tasini, Guy Bovet, Gerhard Gnann, Ludger Lohmann, Luca Scandali, Wladimir Matesic, Roberto Cognazzo, Maria Nacy, Gemma Bertagnolli e Gloria Banditelli. Ha vinto diversi concorsi nazionali ed internazionali. È *Maestro di Cappella ed Organista* della Concattedrale di Urbania e *Organista Titolare* dell'Insigne Pieve Collegiata di Mercatello sul Metauro.

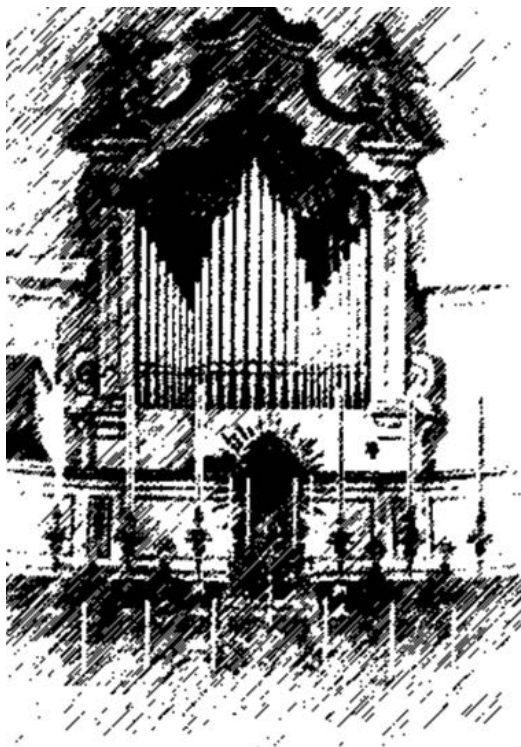
Svolge un'intensa attività concertistica, su tutto il territorio nazionale ed all'estero. Varie le sue incisioni su CD, alcune delle quali in prima mondiale, con musiche di Louis Vierne, Luigi Ferrari Trecate, Domenico Bartolucci e Simone Baiocchi. Nel gennaio 2013 ha formato "Il Giardino Barocco", ensemble specializzato nell'esecuzione di musica settecentesca.

Degno di nota è il suo impegno nel campo della ricerca archivistica, musicologica ed organaria, specialmente per la valorizzazione dell'ingente patrimonio storico del suo territorio d'origine, nel nord delle Marche. In particolare, ha pubblicato per Zecchini editore la biografia del sacerdote organista e compositore don Giuseppe Fini (Urbania, 1877-1944). La sistematica attività di ricerca che conduce lo porta spesso ad elaborare programmi concertistici contenenti i frutti di vere e proprie riscoperte a vantaggio di musicisti di grande valore mai eseguiti fino ad oggi, i cui brani strumentali e vocali hanno oggi un grande valore storico ed artistico (come nel caso di Antonio Centi da Casteldurante, Luigi Battiferri da Sassocorvaro, Pier Luigi Ferrata da Cingoli).

Barbara Strozzi

Barbara Strozzi nasce a Venezia nel 1619, figlia illegittima e poi riconosciuta di Giulio Strozzi, avuta con una serva, Isabella Garzoni, detta "la Greghetta". Giulio Strozzi, letterato e nobile appartenente a una famiglia originaria di Firenze, era persona di grande rilievo nell'ambiente culturale dell'epoca. Ed in questo ambiente relativamente libero e culturalmente fervente Barbara ebbe la fortuna di crescere, contribuendo alle attività dell'Accademia de *Gli Unisoni* fondata dallo Strozzi, già appartenente a quella de *Gli Incogniti*, con il suo talento canoro e compositivo. Allieva di Francesco

Cavalli, di Antonio Cesti e dello stesso padre, compose in vita 8 raccolte di musica vocale, per un totale di 125 composizioni, prevalentemente profane. Ebbe quattro figli, tre dei quali dallo stesso uomo, un collega del padre, Giovanni Paolo Vidman, che non sposò mai, incurante delle accuse di concubinato delle istituzioni ecclesiastiche dell'epoca. Dotata di una forte personalità, condusse una vita che attirò numerose critiche, e che la portò a morire in solitudine e in povertà a Padova nel 1677. La sua musica ebbe la fortuna di essere inglobata in antologie composte da autori uomini, andate in stampa e quindi preservate.



Lamento. *ti ti*

L *grimo mi e à che vi*

tratte ne te per chenò isfogate il fier ij do-

lo re che mi toglie l'ref piro è oppri me il co-

re che mi toglie l'ref piro è oppri-

me il co re. Li dia che tant'a do-

ro per ch'un guardo pie to lo ahi mi do-

Cantata "Lacrime mie"

(da Opus 7).

Lacrime mie, à che vi trattenete?
 Perchè non isfogate il fier dolore
 che mi toglie 'l respiro e opprime il core?
 Lidia che tant'adoro,
 perch'un guardo pietoso, ahi, mi donò
 il paterno rigor l'imprigionò.
 Tra due mura rinchiusa
 sta la bella innocente
 dove giunger non può raggio di sole;
 e quel che più mi duole
 ed accresc'al mio mal tormenti e pene,
 è che per mia cagione
 provi male il mio bene.
 E voi, lumi dolenti, non piangete?
 Lacrime mie, à che vi trattenete?
 Lidia, ahimè, vedo mancarmi
 l'idol mio che tanto adoro;
 sta colei tra duri marmi,
 per cui spiro e pur non moro.
 Se la morte m'è gradita,
 hor che son privo di speme,
 deh, toglietemi la vita,
 ve ne prego, aspre mie pene.
 Ma ben m'accorgo
 che per tormentarmi maggiormente
 la sorte mi nega anco la morte.
 Se dunque è vero, o Dio,
 che sol del pianto mio
 il rio destino ha sete.

79

nò il paterno ri gor il paterno ri gor l'im-
prigionò trà due mura rin chiufa stà la bella inno cen te doue giunger nò può

80

raggio di so le e quel che più mi duo le ed'accrese'al mio mal tormè ti e
pe ne è che per mia cagione per mia ca gione prouì male il mio be-

adagio 81

ne e voi lu mido lenti dolen tie voi lu mi dolen ti do-
len ti non pian ge te

la grime mi e à che à che vi tratte-

Aria adag.
ne te Lidia ahime veggo man carmi Lidia ahime veggo m'acar mi l'idol

mio che tanto ado ro stà co lei trà duri marmi per cui spiro per cui spi-

ro e pur nò mo ro stà co lei trà duri marmi per cui spiro per cui

L. 2.

spiro e pur non mo ro

3. strofa
Se la mor tem'è gra di ta se la morte m'è gra di ta hor che son priuo di spe

ne dhe ro glietemi la vita (ve ne prego) ve ne pre go al pre mie pe

ne dhe toglietemi la vita ve ne prego ij al pre mie pe

ne Ma ben m'accorgo che per tormentar

mi mag giormen te la forte mi niega anco la morte mi niega anco mi

niega anco la mor te. Se dunque è vero o Di o è vero è vero o

Dio che fol del pian to del pian to del pian to mi

38

o il rio destino hà se to il rio de fin il rio destino hà se te.

Lagime mie. *vt supra.*

36

O si non la voglio ij nò nò nò nò nò co si non la

voglio nò nò nò nò co si non la vo glio di te ria fortuna ne-

97

mica mia forte pur troppa mi do glio così non la voglio di te ria for tuna ne

mica mia forte pur troppo pur troppa mi doglio co si non la voglio ij

98

nò nò nò nò nò nò così non la voglio nò nò nò così non la vo-
glio.

Lu fo san do i miei pen sieri mi pro met ti al tre speran-
ze ma poi ri gi die se ueri tro uoi fat ti tro uo i fat ti al-
le sem bian ze

100

Cantata "Così non la voglio"

(da Opus 7, "I diporti di Euterpe", 1658)

Così non la voglio
Di te, ria fortuna,
Nemica mia sorte,
Pur troppo mi doglio,
Così non la voglio.
Lusingando i miei pensieri,
Mi prometti alte speranze,
Ma poi rigidi e severi,
Trovo i fatti alle sembianze.
Cerco il porto d'amor, ma incontr' un scoglio.
Così non la voglio...
Vezzeggiando le mie brame,
Credo haver propitio amore,
Ma nutrendo in sen le fiamme,
Martirizzo questo core.
Tento scioglier il piè, ma più l'imbroglia.

100

cercò il porto d'a- mor mà incontr'vn sco-
glio, Così non la ve supra

MICHELE GRAZIADEI

*FIDUCIA E TRUST IN ITALIA*¹

1. Un vocabolo inglese, un vocabolo italiano; un istituto straniero, che viene dal mondo di *common law*, un istituto civilistico che affonda le proprie radici nella storia secolare dell'eredità romanistica.

Un quadro tanto nitido – da una parte il mondo inglese, dall'altra i sistemi romanistici dell'Europa continentale – farebbe la gioia di molti. Tuttavia, la storia del diritto e la comparazione giuridica non consentono di tracciare una linea di demarcazione tanto netta tra le varie esperienze giuridiche europee. Il diritto dei singoli Paesi europei è infatti il frutto di contatti e di scambi plurisecolari, e il tema cui è dedicato questo contributo non fa eccezione alla regola: *trust* e fiducia sono l'esito di un itinerario almeno in parte condiviso della scienza giuridica europea, tanto teorica, quanto pratica.

Non ogni aspetto del discorso è però chiarito, nemmeno se si considera esclusivamente il ricorso alla fiducia o al *trust* per provvedere alla gestione di beni, come si farà di seguito.

Per questa ragione, fiducia e *trust* nel diritto italiano odierno costituiscono in primo luogo un problema storiografico. Gli intrecci tra le diverse figure – almeno in parte sovrapponibili – devono essere chiariti sul piano della storia delle nozioni e delle regole, per poter prendere posizione più correttamente sul diritto attuale.

Al di là del riferimento ai dati dell'esperienza storica, vi è poi il fatto che le diverse forme giuridiche tendono a ordinarsi secondo schemi vari, che rispondono a esigenze presenti in ogni sistema giuridico. Per questa ragione un approccio realistico all'argomento suggerisce di ricordare che la cifra essenziale del fenomeno, vale a dire la proprietà di beni e la titolarità di diritti piegata alla cura di interessi estranei rispetto alla persona del proprietario, o

¹ Il presente scritto è destinato agli studi in memoria di Giovanni Crisculi.

del titolare dei diritti in questione, si presenta in numerosi contesti, ben al di là del perimetro nel quale si colloca la nozione classica di fiducia o di *trust*.

Mi riferisco, per quanto riguarda il nostro diritto, alle fondazioni, ai comitati, al contratto di mandato, e in campo commerciale alle società fiduciarie, alle società di intermediazione mobiliare e ai gestori di portafoglio, ai fondi comuni di investimento, ai fondi pensione, e ai contratti che regolano i rapporti tra questi intermediari e i loro clienti.

Al di là dei diversi nomi, e dei regimi parzialmente diversi che vengono in gioco, abbiamo tante fattispecie che presentano alcuni dati comuni: la proprietà di beni che devono essere custoditi o gestiti avendo in mente finalità eterodeterminate, la titolarità di diritti corredati da poteri gestori in vario modo limitati, il cui esercizio è controllato da nuclei di norme in materia di conflitti di interesse, il sorgere di patrimoni separati o destinati, per salvaguardare le ragioni di beneficiari determinati o determinabili, o il perseguimento di scopi di vario genere, rispetto ad eventuali pretese dei creditori.

Tutte queste figure possono essere ricondotte ad un ampio fascio di regole comuni. Oltre la Manica, e più in generale nei paesi di *common law*, esse costituiscono le diverse sfaccettature della del diritto in materia di rapporti fiduciari (*fiduciary relationships*), su cui Giovanni Criscuoli aveva richiamato per tempo l'attenzione². Da noi, esse attendono tuttora di essere ordinate sistematicamente, tramite l'inquadramento in una categoria più ampia³.

2. La fiducia di cui discorriamo ha un retroterra romanistico, legato alla riscoperta dell'antica nozione di *fiducia*, risalente al diritto romano classico, di cui ci parla Gaio.

Già cancellata dal Digesto in quanto desueta, nota agli umanisti almeno a partire dall'epoca di Cujacio, essa viene recuperata alla pratica – sotto

² G. CRISCUOLI, *Fiducia e fiducie in diritto privato: dai negozi fiduciari ai contratti uberrimae fidei*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, p. 136 ss.

³ La costruzione teorica di questa categoria pone non pochi problemi, ma appare ormai matura: L. SMITH, *Fiduciary Relationships: Ensuring the Loyal Exercise of Judgement on Behalf of Another*, (2014), in 130 *Law Quarterly Review*, p. 608; essa affonda in un vasto retroterra, in cui si incontrano motive utilitaristici e altruistici: M. GRAZIADEI, *Virtue and Utility: Fiduciary Law in Civil Law and Common Law Jurisdictions*, in A. S. GOLD e P. B. MILLER (eds.), *Philosophical Foundations of Fiduciary Law*, Oxford, 2014, p. 287 ss.

forma di negozio *inter vivos* – nel diciannovesimo secolo, dopo la riscoperta delle Istituzioni di Gaio, grazie allo sforzo dei pandettisti⁴.

I pandettisti posero quale dogma la distinzione tra fiducia e simulazione, ricorrendo all'opposizione tra realtà e finzione. Fiduciario è quindi il negozio realmente voluto, con cui si investe taluno di un diritto, affinché possa perseguire uno scopo particolare. Simulato è invece il negozio che tende a costituire in capo ad altri un titolo apparente, a cui non corrisponde un effettivo trasferimento del diritto, come avviene di frequente quando si vuol sottrarre questo o quel bene alle pretese dei creditori, conservandone però la proprietà, per occultare l'effettivo stato delle cose terzi, e via dicendo.

Questa distinzione viene anche da noi rapidamente tematizzata in opere classiche, a cominciare dalla monografia di Francesco Ferrara sr. sulla simulazione dei negozi giuridici⁵, che appare al principio del ventesimo secolo⁶. Mano a mano che si sviluppa la letteratura italiana sul negozio giuridico, parallelamente si sviluppa la letteratura civilistica sulla fiducia, da Messina, a Grassetti, a Cariota Ferrara, fino ai neosistematici come Pugliatti, che sfondono l'insegnamento pandettistico in dottrine civilistiche, ormai sganciate dal puntuale riferimento alle fonti romanistiche.

Nel riutilizzare i materiali romanistici, e nel riprendere le teorie diffuse in Germania, gli interpreti italiani che scrivevano sulla fiducia come negozio, destinato a porre in capo al fiduciario la proprietà di un bene o di un diritto, dovevano affrontare un problema sconosciuto ai maestri tedeschi. In Italia, infatti, come in Francia, il trasferimento della proprietà richiede un contratto causale, in cui confluiscono il *titulus* e il *modus adquirendi* del diritto comune, mentre in Germania questi elementi non solo rimanevano

⁴ Sulla letteratura anteriore alla riscoperta di Gaio: F. BERTOLDI, *Alcune osservazioni sulla fiducia nella letteratura romanistica*, in M. LUPOI, (cur.), *Le situazioni affidanti*, Torino, 2006, p. 101 § 1.

⁵ F. FERRARA (sr.), *Della simulazione nei negozi giuridici*, Aci Reale, 1900. L'opera trae origine dalla tesi di laurea di Ferrara, svolta sotto la direzione di Giacomo Venezian, che all'epoca era Professore a Messina. Il volume ebbe cinque edizioni, l'ultima fu pubblicata a Roma, nel 1922.

⁶ Beninteso, quanto si è appreso nel frattempo circa la fiducia inevitabilmente stinge sulla distinzione: A. GENTILI, *La fiducia, tipi e problemi (e una proposta di soluzione)*, in E. GINEVRA (cur.), *La fiducia e i rapporti fiduciari tra diritto privato regole del mercato finanziario*, Milano, 2012, p. 31 ss.

distinti, ma era pacifico che l'atto di trasferimento del diritto avesse carattere astratto.

Tuttavia, presa consapevolezza della distanza che corre tra il diritto tedesco e il diritto italiano in questa materia, i nostri interpreti, dopo qualche iniziale incertezza, optarono in massa per la validità del negozio fiduciario eseguito per consentire al fiduciario di gestire o amministrare beni nell'interesse del fiduciante. Tale negozio veniva quindi ritenuto causale, e idoneo a produrre effetti traslativi. Grassetti chiariva che, mentre per i diritti reali vale il principio del numero chiuso, la causa del contratto e del negozio può essere varia, dovendosi ammettere cause non testualmente previste dalla legge, come la *causa fiduciae*⁷.

Nel frattempo, l'opera di recezione delle dottrine tedesche diveniva completa, con l'apertura verso la nozione di fiducia "germanistica", legata alla distinzione tra titolarità e legittimazione, in materia di titoli di credito, di azioni di società, e poi di quote di s.r.l.⁸

Sviluppata in Germania, per far rivivere le vestigia di un antico diritto tedesco tutto da riscoprire, la fiducia germanistica faceva rivivere tracce di un possesso fiduciario di stampo non romanistico. Nel pensiero dei germanisti tedeschi, l'investitura del fiduciario nel possesso diveniva la base per un rapporto fiduciario che aveva, a monte, l'autorizzazione a disporre data dal fiduciante al fiduciario, poi codificata nel §185 BGB.

In seguito di tempo la storiografia ha messo in dubbio la fondatezza storica di questo genere di ricostruzioni, ma, anche qui, le dottrine dei giuristi avevano presa concreta sull'evoluzione degli istituti, perché la ricerca storica in questo campo all'epoca mirava anche a nobilitare lo sforzo teorico e dogmatico⁹.

3. In Italia, l'effetto poco osservato di questa massiccia opera di recezione coinvolgeva la teoria della simulazione.

Con l'opera di Ferrara sr., la teoria della simulazione ricevuta in Italia

⁷ C. GRASSETTI, *Del negozio fiduciario e dell'ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, I, p. 345 ss.; nonché Id., *Trust anglosassone, proprietà fiduciaria e negozio fiduciario*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, I, p. 551.

⁸ In proposito: E. GINEVRA, *La fiducia: il fenomeno e le tipologie. Fiducia "romanistica", "germanistica" "anglosassone"*, in *La fiducia e i rapporti fiduciari*, cit., p. 107 ss.

⁹ V. in proposito G. DIURNI, *Variazioni sul tema fides e fiducia nella storia giuridica*, in E. GINEVRA (cur.), *La fiducia e i rapporti fiduciari*, cit. p. ss. 3.

comincia a divergere dalla teoria della simulazione a modello francese. In Francia, agli inizi del ventesimo secolo, il mandatario senza rappresentanza veniva trattato alla stregua di un simulato acquirente: costui infatti operava in nome proprio, senza rendere nota la propria qualità di interposto. Il codice civile francese, d'altra parte, non regolava il mandato senza rappresentanza, di cui invece si occupava il codice di commercio, nel disciplinare il contratto di commissione.

Per Ferrara sr., la concezione francese ora ricordata era criticabile: l'acquisto realizzato presso un terzo, dal mandatario che opera in nome proprio, rappresentava un caso di interposizione reale, non di simulazione, diversamente da quanto sostenevano gran parte degli autori francesi. Ferrara riteneva quindi che l'interposto, nel caso di interposizione reale, fosse un fiduciario in senso tecnico.

Contro questa conclusione si ergeva però un ostacolo di non poco conto. Gli autori tedeschi infatti negavano che vi fosse fiducia qualora il diritto fosse stato trasmesso all'interposto non già dal fiduciante, ma da un terzo, che non prendeva parte al *pactum fiduciae*. È questa anche la conclusione sostenuta da Pugliatti, in un saggio ambivalente, intitolato, per l'appunto, "Fiducia e rappresentanza indiretta", pubblicato nel 1948¹⁰.

Il codice civile tedesco e il codice civile italiano in materia di mandato e rappresentanza non coincidono affatto su un punto cruciale: il regime degli acquisti del mandatario senza rappresentanza presso il terzo in esecuzione del mandato. La disciplina introdotta con gli articoli 1705-1707 c.c., per modellare il regime dell'acquisto di diritti per conto altrui, non ha parallelo nel codice civile tedesco. Nel BGB il mandato conserva infatti la fisionomia classica, tramandata dall'eredità romanistica: è un contratto essenzialmente gratuito, puramente obbligatorio, qual'era il mandato nel diritto romano. A questa soluzione aveva voltato le spalle il nostro codice civile, come notava Rodolfo Sacco nel 1966, approfondendo il rapporto tra il principio consensualistico, e la disciplina del mandato¹¹.

Toccherà a Pier Giusto Jaeger, in un'opera ricca di riflessioni comparati-

¹⁰ S. PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1948, p. 182 ss., ora ID., *Diritto civile. Metodo, teoria, pratica*, Milano 1951, p. 201 ss.

¹¹ R. SACCO, *Principio consensualistico ed effetti del mandato*, in *Foro it.*, 1966, I, p. 1389. E v. più ampiamente sul punto l'opera dedicata al *Contratto*, nel *Trattato di diritto civile* diretto dal medesimo.

ve apparsa nel 1968, intitolata alla separazione del patrimonio del fiduciario nel fallimento¹², giungere alla conclusione secondo cui il contratto fiduciario nel nostro diritto si appoggia sulla figura del mandato, al pari di quanto avviene nel diritto svizzero, diversamente da quanto si ritiene in Germania¹³. Quattro anni prima Nicola Lipari aveva invece preferito considerare la fiducia un fenomeno irriducibilmente metagiuridico¹⁴.

In effetti, al di là del *nomen iuris* precelto, il fiduciario di cui discorrono gli autori italiani è, per l'appunto, normalmente, un mandatario senza rappresentanza, vale a dire un soggetto che opera per conto e su incarico del fiduciante. Per la cronaca, registriamo che, in anni recenti, in Germania, si fa strada l'ipotesi dottrinale secondo l'acquisto eseguito in nome proprio, per conto altrui, presso un terzo è da ricondurre alla fiducia¹⁵. Il diritto italiano avrebbe avuto così il merito di aver anticipato una soluzione che oggi alcuni studiosi tedeschi condividono.

L'interprete è dunque incline a ricorre alla disciplina del mandato per disciplinare anche i rapporti di gestione o di amministrazione che vengono etichettati come ipotesi di fiducia; tuttavia talvolta si ha diverso inquadramento della fattispecie. Tra questi casi non così frequenti si trova l'ipotesi della dichiarazione rilasciata dal fiduciario con cui quest'ultimo 'attesta' di essere titolare di un bene nell'interesse altrui, o nell'interesse di altri, e di sé medesimo: fattispecie che, come notò all'epoca Nicolò Lipari, corrisponde strutturalmente all'ipotesi di *declaration of trust* effettuata da soggetto che intende istituire un *trust* su beni propri¹⁶.

4. La storia che ho narrato fin qui è la storia dei dogmi e delle dottrine. Ora bisogna però affrontare lo scarto che esiste tra il mondo della scienza e la pratica del diritto, in particolare del diritto civile. Sfogliando i repertori della nostra giurisprudenza dagli anni trenta del ventesimo secolo fino ai giorni nostri si giunge ben presto ad una conclusione.

Vi sono fattispecie che nascono con un determinato nome sul terreno

¹² P.G. JAEGER, *La separazione del patrimonio fiduciario del fallimento*, Milano, 1968.

¹³ ID., *La separazione*, etc., cit., p. 351 ss.

¹⁴ N. LIPARI, *Il negozio fiduciario*, Milano, 1964.

¹⁵ G. BITTER, *Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung. Außenrecht der Verwaltungstreuhand*, Tübingen, 2006.

¹⁶ N. LIPARI, *Fiducia statica e trust*, in I. BENEVENTI (cur.), *I trust in Italia oggi*, Milano, 1996, p. 67 ss.

della pratica, per essere poi ordinate in figure che attraggono costellazioni di regole sufficientemente definite. Non è questo il caso della fiducia e del negozio fiduciario di cui discorrono gli autori che hanno approfondito lo studio della materia.

Nei repertori della nostra giurisprudenza civile il negozio fiduciario non si presenta come un negozio o contratto che le parti pongono in essere attingendo a una pratica sociale ben definita nei suoi contorni. Potremmo dire che il negozio fiduciario, e in particolare il contratto fiduciario, non esiste in quanto tale nella pratica, come strumento che ha una propria ben definita fisionomia, perché le parti non concepiscono il rapporto in termini puntuali, in quanto, diversamente da altre figure giuridiche atipiche in termine di disciplina di legge, la fiducia non è uno schema a sé.

Esso in realtà esiste principalmente come concetto che viene utilizzato *ex post*, dall'interprete, per tentare di mettere un po' di ordine quando le parti hanno operato attribuzioni patrimoniali, con contestuale assunzione di obbligazioni di custodia e di amministrazione, senza esplicitare con chiarezza le proprie volontà, non mancando però di far intendere che l'acquisto di beni da parte del soggetto che viene in ultimo ad assumere la veste di fiduciario per effetto della qualificazione *ex post* è strumentale, e non è finale. I soggetti che operano in questo quadro sono frequentemente legati da rapporti familiari, o di amicizia, o da vincoli particolari. Verosimilmente ritengono che l'operazione da realizzare si appoggi su intese che non richiedono di essere pienamente articolate o esplicitate quanto alle premesse e agli effetti, in forza dei propri preesistenti rapporti, salvo poi dover far fronte sul piano del diritto alla rottura delle relazioni, eventualità che, talvolta, forse, balenava fin da principio sulla scena, ma certo non era stata debitamente presa in conto dai soggetti coinvolti nell'operazione.

Per questa ragione, la nostra giurisprudenza in materia di negozio fiduciario è estremamente frammentata e difficile da analizzare, come avviene quando un nome viene applicato a fattispecie disomogenee e incomplete.

Un discorso davvero diverso si può fare soltanto in relazione alle operazioni poste in essere dalle società fiduciarie con i propri clienti, a partire dal momento in cui è introdotta in Italia una disciplina dedicata a tali intermediari¹⁷.

¹⁷ Non mancavano i precedenti stranieri della legislazione italiana, per una prima indagine: M. GRAZIADEI, *Società fiduciaria in diritto comparato*, in *Digesto sez. comm.*, 4a ed., VI, Torino, 1991, p. 112 ss.

Nel quadro di rapporti con società fiduciarie, il contratto di fiducia assume una propria fisionomia precisa, riconducibile, nell'essenziale, al contratto di mandato. Evidentemente, nessuno vuole che un operatore professionale possa eseguire operazioni destinate ad incidere sul proprio patrimonio senza avere un'idea delle regole che governeranno il rapporto con quest'ultimo. Una disciplina di legge lacunosa e inadeguata non ha comunque impedito che, soprattutto nell'ultimo quarto del ventesimo secolo, i clienti delle società fiduciarie subissero i contraccolpi dei dissesti di alcuni di questi operatori.

In breve, particolarmente in ambito civilistico, la fiducia di cui discorreva e discorre la dottrina non è uno schema tra i tanti a disposizione dei privati, che può essere regolarmente utilizzato per conseguire in modo prevedibile risultati programmati, ma è in primo luogo – una figura del pensiero giuridico, cui si accompagnava e si accompagna una costellazione di regole piuttosto incerte, il cui ambito di applicazione è a sua volta alquanto indeterminato.

Prima di procedere oltre, notiamo che la proposta avanzata da Maurizio Lupoi di aprire la porta ad un negozio di affidamento fiduciario, chiamato con quel nome, si appoggia proprio sulla consapevolezza di questo stato di cose, opportunamente documentato, ed è evidentemente mirata a superarlo, trasformando un'ipotesi dottrinale, in un insieme di regole minime, ma puntuali, a cui si possa appoggiare l'intento delle parti in casi analoghi a quelli che la pratica comunque attesta¹⁸.

Al fine di abbattere l'incertezza che comunque fin qui ha regnato in proposito, gli autori e la giurisprudenza indicano frequentemente nella disciplina del mandato l'asse portante della disciplina in materia di fiducia.

Si tratta di un'indicazione niente affatto peregrina perché la disciplina del mandato contiene un nucleo di regole applicabile a numerosi rapporti da cui scaturiscono obblighi di gestione e diritti eretti nell'interesse di altri rispetto al loro titolare, e tramite la quale dal piano degli atti si passa rapidamente al piano della titolarità dei diritti acquistati nell'interesse altrui.

Nondimeno, la diagnosi generale formulata poco sopra rimane valida, anzi essa riguarda anche le disposizioni fiduciarie nel quadro di rapporti *mortis causa*, sotto il vigore dei codici civili che l'Italia ha avuto.

Nell'epoca del diritto comune, anteriore alle codificazioni, i teorici e la pratica conoscevano la fiducia testamentaria, con la quale il testatore com-

¹⁸ M. LUPOI, *Il contratto di affidamento fiduciario*, Milano, 2014.

metteva ad un fiduciario, istituito erede o nominato legatario nel testamento, il compito di trasmettere ad altri quanto acquistato per successione. Nel diritto comune, infatti, si sviluppava una dottrina dell'erede fiduciario, e si aveva una ricca prassi in proposito, che ho contribuito a ricostruire¹⁹ con Ferdinando Treggiari²⁰ e Maurizio Lupoi²¹.

A partire da alcuni frammenti delle fonti, che ponevano casi pratici dibattuti lungo tutto l'arco dell'esperienza medioevale e oltre, fin sulla soglia delle codificazioni, il ceppo della fiducia si distaccava da quello del fedecomesso, e la fiducia testamentaria assumeva una propria fisionomia.

Il fiduciario era tenuto ad eseguire la fiducia, la quale non poneva unicamente un vincolo di coscienza, ma si rifletteva in un regime giuridico concreto, conforme all'idea secondo cui l'acquisto di diritti da parte del fiduciario, pur non essendo meramente apparente, non era destinato ad arricchirlo, ma solo ad investirlo sul piano formale del titolo necessario ad eseguire l'incarico.

Secondo una formula destinata ad avere successo, il fiduciario era concepito come un *nudus minister*, nudo quanto al comodo, ma non quanto al titolo, per riprendere una splendida formula coniata da Baldo, incaricato di custodire e poi trasmettere i beni a lui trasferiti tramite il testamento, o per via di successione intestata, in vista dell'adempimento delle obbligazioni contratte per realizzare l'intento del fiduciante, che erano coercibili attraverso i mezzi offerti dal diritto. I beni affidati al fiduciario, secondo tale regime, non erano aggredibili dai suoi creditori, sebbene figurassero in capo a lui.

¹⁹ M. GRAZIADEI, *The Development of fiducia in Italian and French Law from the 14th century to the End of the Ancien Régime*, in R. H. HELMHOLZ, R. ZIMMERMANN (cur.), *Itinera fiduciae – Trust and Treuhand in Historical Perspective*, Berlin, 1998, p. 327 ss.; Id., *La fiducia nella tarda età moderna. Le "confidenze" tra vincolo di coscienza e disciplina politica dei soggetti e dei beni*, in P. PRODI (ed.), *La fiducia secondo i linguaggi del potere*, Bologna, 2008, p. 235 ss.; *Trust, confidenza, fiducia* in R.H. HELMHOLZ, V. PIERGIOVANNI (cur.), *Relations between the ius commune and English law*, Roma, 2009, p. 223 ss.

²⁰ Si veda in particolare: F. TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis. Esegesi e sistema nella formazione del testamento fiduciario*. Vol. 1: *Le premesse romane e l'età del diritto comune*, Napoli, 2002.

²¹ Nella ricca produzione dell'autore si vedano soprattutto: M. LUPOI, *I trust nel diritto civile*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, Torino, 2004; Id., *Trust and Confidence*, (2009), in 125 *Law Quarterly Review*, p. 252.

Diversamente dal codice civile francese, il codice civile del 1865 (art. 829), come già il codice civile albertino (art. 809) – negavano però che l'impegno assunto in tal modo valesse come vincolo giuridico, nel caso in cui il testamento non svelasse colui che era indicato (oralmente) dal testatore come destinatario finale dell'attribuzione.

Il regime attuale, stabilito nell'art. 627 c.c., intitolato significativamente "disposizione fiduciaria", a sua volta sottopone la fiducia testamentaria (occulta) ad una disciplina che è, nella sostanza, parallela a quella prevista per l'adempimento di obbligazione naturale (art. 2034 c.c.).

Il fiduciario non è civilmente obbligato ad adempiere l'incarico ricevuto, tuttavia, se lo adempie, si verificano gli effetti della *soluti retentio*, salvo che il destinatario dell'attribuzione sia incapace di succedere (art. 627 c.c.).

Un regime di questo genere non è davvero pensato per rendere praticabile la fiducia testamentaria.

Affidare l'adempimento di un incarico alla spontanea iniziativa di un soggetto equivale infatti a eseguire un'operazione non presidiata dalla possibilità di reagire all'inadempimento con i mezzi forniti dal diritto. In altre parole, si tratta di correre rischi di non poco conto.

A peggiorar le cose, vi è il fatto che, per lungo tempo, secondo molti interpreti impegnati a chiarire il significato di queste disposizioni, la fiducia testamentaria sarebbe stata da intendere come una specie di simulazione, in quanto il reale beneficiario della disposizione era occultato agli occhi dei terzi, mentre chi prendeva in base al testamento era mero interposto, affiorava così nuovamente l'idea, già ventilata in Francia rispetto al mandato, per cui quanto è occultato è attratto nell'area della simulazione.

L'inquadramento della fattispecie sviluppato in questi termini era di ostacolo a ogni proposta tendente ad assimilare la fiducia testamentaria alla fiducia *inter vivos*.

La fiducia testamentaria non è stata in effetti considerata la sorella gemella della fiducia *inter vivos*, bensì una variante anomala di fiducia, per il carattere *apparente* del titolo che compete al fiduciario, secondo l'indizio offerto in proposito dalla lettera dell'art. 627 c.c.

Purtroppo, ben pochi interpreti si sono domandati se l'aggettivo prescelto dall'articolo in questione per descrivere il titolo di cui il fiduciario è investito sia calzante, e più ampiamente quale sia il senso della disciplina disposta dall'art. 627 c.c., alla luce della storia plurisecolare della fiducia testamentaria. Coloro che si sono interrogati in proposito con cognizione di causa hanno però colto il punto cruciale: il fiduciario vanta un titolo formale, vale a dire un titolo che legittima a eseguire l'incarico ricevuto, sebbene ora l'impegno assunto da quest'ultimo non sia coercibile, per ef-

fetto dell'art. 627 c.c. Il titolo del fiduciario ha carattere formale, perché, secondo l'intento delle parti, egli non ha tutte le prerogative che competono ad un proprietario. Ma allora è errato discorre in proposito di un'apparenza di titolo, di titolo apparente, vale a dire di titolo nullo o inesistente.

La fiducia testamentaria è quindi vera fiducia, non meno della fiducia *inter vivos*, in quanto non è un'operazione riconducibile all'area della simulazione. I nostri interpreti dell'età di mezzo avevano compreso esattamente la natura del fenomeno.

5. Ed eccoci al salto di qualità. Nel 1992 entra in vigore in Italia la Convenzione dell'Aja del 1985 sulla legge applicabile al *trust* e al suo riconoscimento, negoziata per l'Italia da un sagace Antonio Gambaro.

L'art. 6 della Convenzione fa spazio all'autonomia del disponente nella scelta della legge applicabile, anche nel caso in cui il rapporto sia interamente localizzato nel foro, salva la possibilità di disconoscere gli effetti di tale scelta ai sensi dell'art. 13 della medesima Convenzione. Si apriva così un nuovo scenario, con l'introduzione del *trust* in Italia attraverso la scelta della legge straniera applicabile al rapporto, in forza della volontà del disponente, sebbene la fattispecie non presentasse elementi di estraneità rispetto al foro, salvo il richiamo della legge straniera (ed eventualmente il luogo di residenza abituale del *trustee*, o il luogo di amministrazione del *trust*).

Rispetto a questo sviluppo, da un lato si sono manifestate resistenze – talvolta veementi – argomentate sul piano della storia e della tradizione, dei dogmi e delle norme vigenti. A queste resistenze si sono contrapposti slanci altrettanto vigorosi, che in un arco di tempo relativamente breve hanno avuto la meglio di tali resistenze²², sia grazie a una più convincente lettura della Convenzione, sia per effetto di una superiore conoscenza dell'istituto – o meglio degli istituti – regolati dalla Convenzione sotto il profilo materiale e internazionalprivatistico, che permetteva di affrontare su solide basi comparative la questione della compatibilità del *trust* con il diritto italiano.

La prassi accoglieva questo sforzo, e prendeva quindi posizione in senso favorevole al riconoscimento del rapporto in Italia. Attualmente non si contano le sentenze dei nostri giudici che riconoscono effetto a *trusts* interamente localizzati in Italia, sottoposti a legge straniera per volontà del disponente; le decisioni di segno opposto sono una netta minoranza.

Le resistenze manifestatesi rispetto al riconoscimento del *trust* 'inter-

²² In questi frangenti si è distinto, come tutti sanno, Maurizio Lupoi.

no' insistevano in primo luogo sull'assunto secondo cui la Convenzione del 1985 era una convenzione di diritto internazionale privato, e non di diritto uniforme. Pertanto, essa non avrebbe potuto avere lo scopo di introdurre il *trust* nel diritto interno. Scorrendo i lavori preparatori risulta però chiaro i suoi redattori ben si resero conto che uno dei possibili effetti della Convenzione sarebbe stato quello di consentire al disponente la (libera) scelta della legge applicabile al *trust*, al di là e in mancanza di un nesso obiettivo con ordinamenti stranieri in cui il *trust* fosse noto. Proprio per questa ragione i redattori della Convenzione introdussero nel testo in questione l'art. 13, con il quale si ammetteva la possibilità di non dare effetto alla scelta del disponente in merito alla legge straniera applicabile al rapporto, nel caso in cui esso non presentasse sostanziali elementi di estraneità rispetto al foro, oltre alla legge prescelta, e al luogo della sua amministrazione, o della residenza abituale del *trustee*, qualora il Paese in cui il *trust* veniva creato fosse da considerarsi giurisdizione in cui l'istituto (o una sua particolare espressione) era ignoto.

Nei fatti, i dubbi e le resistenze sollevati contro l'interpretazione della Convenzione favorevole a riconoscere piena autonomia al disponente nella scelta della legge applicabile al rapporto erano legate a considerazioni riguardanti il testo e gli effetti della Convenzione sul piano del diritto internazionale privato, ma si nutrivano soprattutto di rilievi riguardanti l'estraneità del *trust* alla tradizione dell'Europa romanistica. Contro la tesi dell'autonomia del disponente nella scelta della legge applicabile giocava infatti soprattutto la percezione di una radicale estraneità dell'istituto straniero alla nostra tradizione giuridica, così come essa veniva pensata da alcuni cultori del diritto privato italiano (e del diritto internazionale privato italiano), i quali potevano sostenere che nulla corrispondeva sul continente alla distinzione tra *law* ed *equity*.

A prima vista, l'argomento su cui le resistenze facevano leva non era affatto frutto di uno sforzo di fantasia.

I manuali di diritto internazionale privato redatti nei Paesi dell'Europa continentale trattano regolarmente il *trust* come classico esempio di istituto sconosciuto alla *lex fori*. D'altra parte la Convenzione dell'Aja traeva origine anche dalla necessità di superare l'approccio della giurisprudenza di questi Paesi, che troppo spesso snaturava il *trust*, per ricondurlo a istituti noti alla *lex fori*, dal fedecomesso, all'esecuzione testamentaria, al mandato, e così via, assumendo per l'appunto che il rapporto non fosse noto in quanto tale al diritto del foro.

In effetti, mentre la fiducia di matrice pandettistica veniva portata in auge grazie alla patente di nobiltà offerta dal diritto romano, il *trust* non

si inseriva in quel solco, e tutt'al più richiamava alla mente – secondo una storiografia di fine diciannovesimo secolo – le radici germanistiche della fiducia, su cui avevano indagato gli storici del diritto tedesco che pretendevano di recuperare alla memoria dei giuristi tedeschi le vetuste antichità germaniche.

È chiaro che queste matrici non mettevano più di tanto in discussione la distinzione tra proprietà e obbligazione, che invece il *trust* ritagliava secondo contorni propri. Peraltro, come Antonio Gambaro rilevava già in sede di redazione della Convenzione, l'ambientazione dell'istituto nel nostro contesto non poneva tanto il problema di sciogliere ardui nodi dogmatici, quanto piuttosto di mettere a disposizione dei privati un'intelaiatura istituzionale adeguata, poiché il ruolo delle Corti nell'amministrazione del rapporto non è per nulla minore, e la formazione dei pratici in questa materia richiede a sua volta investimenti.

D'altra parte, riflettendo sulla nostra tradizione giuridica, è necessario ritenere che essa non deve rimanere prigioniera di visioni anacronistiche, né sul piano concettuale, né sul piano della ricostruzione storica.

Sul piano della riflessione intorno alle categorie ordinanti, come Antonio Gambaro ha più volte ricordato, il modello di proprietà consegnato dalla riflessione ottocentesca alla stagione dei codici del novecento deve fare i conti con le trasformazioni dell'economia moderna²³. La proprietà si presenta oggi sotto forma di una miriade di nuovi statuti, legati all'intreccio tra proprietà e persona giuridica, in cui si declina l'attività economica organizzata in forma d'impresa²⁴. Le regole in materia di conflitti di interessi che governano la proprietà inserita in questo contesto segnalano quanto oramai nei fatti si sia lontani da quella visione che poneva al centro della scena un proprietario munito di prerogative compatte, autonomo nella scelta, sciolto da vincoli nel decidere. In Inghilterra l'affermarsi di questi nuovi statuti è stata in parte veicolata dalla correzione che l'*equity* ha recato alle norme più risalenti scandite dal *common law*, ma il *trust* può ben vivere in ambienti in

²³ A. GAMBARO, *I trust e l'evoluzione del diritto di proprietà*, in I. BENEVENTI (cur.), *I trust in Italia oggi*, cit., p. 57 ss.; ID., *Appunti sulla proprietà nell'interesse altrui*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2007, p. 169 ss.

²⁴ Non a caso, il *trust* è stato anche analizzato mettendone in luce la dimensione organizzativa: H. HANSMANN e U. MATTEL, *The Functions of Trust Law: a Comparative Legal and Economic Analysis*, in *New York University Law Review* 5 (1998); A. GALLARATI, *Il trust come organizzazione complessa*, Milano, 2010.

cui l'*equity* non ha svolto questa funzione correttiva²⁵. Il moltiplicarsi delle ricerche intorno a atti di destinazione e di patrimoni separati d'altra parte lascia facilmente intendere qual è il linguaggio che la nostra civilistica predilige per rendere sul piano funzionale il regime applicabile ai beni sottoposti a regimi particolari, in vista del perseguimento di specifiche finalità²⁶, sulle orme di echi d'oltralpe²⁷.

Sul piano della ricerca storica, indagini condotte in seguito ad un più accurato vaglio delle nostre fonti hanno riportato alla luce punti di contatto niente affatto secondari tra le varie esperienze storiche che erano maturate lungo i secoli nell'Europa continentale e in Inghilterra.

In realtà, la scienza del diritto civile che, grazie ai pandettisti, si era sviluppata intorno alla fiducia nota nel diritto romano classico presentava una lacuna conoscitiva: ignorava infatti completamente l'apporto del diritto comune.

Cosa è stato ignorato ?

Nell'epoca del diritto comune si erano affermate regole in materia di fiducia che rappresentavano un'evoluzione significativa rispetto alla disciplina del fedecommesso romano, come si è accennato sopra, nel considerare la fiducia testamentaria.

La ricostruzione storica delle radici dell'istituto che prese compiutamente corpo nel medioevo e nell'età moderna, sulla base di alcuni spunti

²⁵ B. RUDDEN, *Equity as Alibi*, in S. GOLDSTEIN (cur.), *Equity and Contemporary Legal Developments*, Jerusalem, 1992, p. 30; con riguardo al *trust*: G. GRETTON, *Trusts without Equity*, (2000), in 49 *International and Comparative Law Quarterly*, p. 599; T. HONORÉ, *Trusts: The Inessentials* in J. GETZLER (cur.), *Rationalising Property, Equity and Trusts: Essays in Honour of Edward Burn*, London, 2003, p. 7; da noi, puntualmente: S. MEUCCI, *La destinazione di beni tra atto e rimedi*, Milano, 2009, p. 110 ss.; A. REALI, *Un modello di trust conforme all'ordinamento italiano: il trust senza l'equity*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, p. 161.

²⁶ M. BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Padova, 1996; P. IAMICELI, *Unità e separazione dei patrimoni*, Padova, 2003; M. BIANCA, A. DE DONATO (cur.), *Dal trust all'atto di destinazione patrimoniale: il lungo cammino di un'idea*, Milano, 2013; V. CORRIERO, *Autonomia negoziale e vincoli negli atti di destinazione patrimoniale*, Napoli, 2014.

²⁷ Anche qui, si tratta di itinerari europei di un'idea, dallo *Zweckvermoege*n all'*affectation*: M. FUSARO, "Affectation" e "Destination" e vincoli di destinazione, in *Scritti in onore di R. Sacco*, II, Milano, 1994, p. 455 ss., in ID, *Tendenze del diritto privato in prospettiva comparatistica*, Torino, 2015.

offerti dalle fonti romane, è ormai in larga misura compiuta, come ho già accennato.

Grazie a tali ricerche è emerso che il diritto comune possedeva una teoria della fiducia testamentaria, e conosceva una rigogliosa pratica delle fiducie tanto sul terreno civilistico, quanto sul terreno canonistico, come attesta la giurisprudenza rotale. Queste dottrine, e le relative prassi, non sono state per ora approfondite dagli storici del diritto che operano nell'area di *common law*, sebbene l'interesse a procedere in tale direzione, in vista di una compiuta ricostruzione del quadro europeo, sia evidente.

Come ho già ricordato, la prassi nota nell'antico regime imponeva l'efficacia del vincolo fiduciario anche nei confronti dei creditori del fiduciario, vale a dire quell'effetto di segregazione di beni che è tratto distintivo del *trust* rispetto a rapporti fiduciari di carattere puramente obbligatorio.

Se, ad esempio, questo dato storico fosse stato ben presente ai nostri interpreti, avremo forse evitato di versare fiumi di inchiostro circa l'assoluta incompatibilità del *trust* con il regime della responsabilità patrimoniale ancorato all'art. 2740 c.c.

I dubbi e le resistenze manifestatesi rispetto al *trust*, come si è detto, travavano ulteriore argomento da richiami a dogmi, tra cui spiccava il principio del numero chiuso dei diritti reali.

In realtà il numero chiuso dei diritti reali non è una peculiarità del mondo romanistico. Si tratta di un principio ben noto nel mondo di *common law*. Il riferimento al *trust* come ipotesi di proprietà divisa, o di smembrata, va inteso per quello che è: in primo luogo una figura del linguaggio, per cogliere un assetto delle prerogative rispetto al bene, che riflette l'obbligo del *trustee* di operare nell'interesse dei beneficiari del *trust*, o al fine di realizzare lo scopo fissato dal *settlor*²⁸.

In altre parole, il diritto inglese, e di altri Paesi di *common law*, risponde alla necessità di evitare frammentazioni diseconomiche di tali prerogative, che si riflette nella nozione di numero chiuso dei diritti reali. Anzi, il *trust* è normalmente lo strumento tramite cui il potere di disposizione rispetto a

²⁸ Sulla traduzione di parole come 'ownership', 'property', 'obligation' in rapporto al *trust* si è smarrito più di un giurista educato in ambiente romanistico, e non solo in Italia, come nota puntualmente A. GAMBARO, *La proprietà del trustee*, in *Studi in onore di Giovanni Iudica*, Milano, 2014, p. 661 ss. Vi è da dire che per gli stessi common lawyers il linguaggio invalso in questa materia è forse più di ostacolo che di aiuto, come riteneva all'inizio del ventesimo secolo già Hohfeld.

determinati beni viene rinsaldato, concentrandolo in capo ai *trustees*. Costoro sono sempre un numero ristretto, proprio per garantire la possibilità operare in modo efficiente a vantaggio di coloro che sono (o possono essere) designati come beneficiari, in primo luogo alienando i beni rispetto a cui il *trust* è costituito, ove questo sia necessario, attraverso procedure spedite, che consentono di realizzare prontamente l'intero valore dei beni loro affidati.

Altre resistenze sono state argomentate tramite riferimenti a questa o a quella norma del nostro codice civile; dal divieto di sostituzione fedecommissaria (art. 692 c.c.), al divieto dei patti successori (art. 458 c.c.). Si tratta di obiezioni che rivelano una scarsa conoscenza dell'istituto, e che non hanno avuto alcun seguito.

La stessa Convenzione dell'Aja, all'art. 15, fa comunque salvi gli effetti di una serie di norme imperative, escludendo che il *trust* possa violare regole che abbiano per oggetto la protezione di numerosi interessi, oltre a richiamare l'esigenza di rispettare l'ordine pubblico e le norme di applicazione necessaria.

Quello che è certo è, dunque, che il *trust*, come forma giuridica, non viola le norme che sono state invocate per sbarrargli la strada, ma che vi possono essere fondate ragioni per bloccarne il riconoscimento del rapporto nel foro, o per decretarne l'illiceità, qualora violi concretamente norme inderogabili stabilite nell'interesse generale, o in vista della protezione di specifici interessi di determinati soggetti, o categorie di soggetti, come i creditori del dipendente..

Gli slanci favorevoli al ricorso all'istituto si sono dunque nutriti di una notevole sagacia tecnica, impiegata per argomentare contro il richiamo di singole norme che avrebbero potuto ostare alla costituzione e al riconoscimento del rapporto. Ma l'intelligenza nell'interpretazione delle norme pertinenti non avrebbe prodotto un granché, senza uno straordinario appetito dei nostri operatori per una novità che appariva multiforme, flessibile, piegabili a scopi molto diversi, dalla tutela degli interessi di soggetti disabili o incapaci, alla garanzia dei creditori²⁹. Appetito che si comprende, alla luce dell'obsolescenza di alcune parti della nostra legislazione civile, davvero non più al passo dei tempi (è sufficiente richiamare qui il regime del fondo

²⁹ La sterminata bibliografia sul *trust*, cui non è possibile far giustizia in questa sede, è uno degli indici più eloquenti dell'attenzione straordinaria riservata al *trust* in Italia.

patrimoniale della famiglia a fronte della crisi familiare, e del conseguente scioglimento del vincolo matrimoniale).

D'altra parte, forse non poteva essere diversamente, considerato il panorama delle novità legislative tenute a battesimo in vari settori del nostro diritto, che presentano punti in comune con il *trust*³⁰.

In Italia già operavano le società fiduciarie, poi sono venuti i fondi comuni di investimento, tutto il settore delle gestioni patrimoniali è stato rilanciato, e si è anche dato nuovo impulso ai fondi pensione.

Nei paesi di *common law*, ciascuna di queste figure chiama in campo il *trust*, e implica i ricorso alle regole che disciplinano tale rapporto.

Sappiamo bene qual è l'assetto di interessi rispetto ai beni gestiti che la legge impone: i creditori del gestore non possono soddisfarsi su questi beni, benché siano in capo al gestore. Sono infatti beni riservati ai clienti dei gestori (e ai loro creditori); essi devono essere amministrati e destinati a loro vantaggio, ma possono normalmente essere alienati, per ottenere il miglior ritorno dell'investimento. Come ricchezza investita, la cui gestione è rimessa a operatori professionali, il valore rappresentato dai beni amministrati nel corso del rapporto può prendere molte forme, purché l'investimento avvenga in modo prudente, evitando i conflitti di interesse che potrebbero minare il corretto esercizio dei poteri affidati al gestore.

Le medesime regole cardinali sono evidentemente alla base del *trust*.

Si obietterà che in tutti questi casi la legge ha provveduto a stabilire un apposito regime normativo mentre, al di fuori del perimetro di precise disposizioni di legge, la disciplina applicabile sarebbe di segno diverso, ovvero opposto.

Questo argomento – legato a un'idea semplicistica di quanto la legge può fare, o non può fare – non regge ad un esame critico.

Prendiamo il regime dettato dalla legge in materia di responsabilità patrimoniale del debitore.

³⁰ Il titolo che mi è stato assegnato impone di limitare il discorso all'Italia, ma la vicenda italiana si inserisce in un contesto più ampio, di iniziative legislative recenti e meno recenti, prese in numerosi Paesi dell'area romanistica, per introdurre istituti in grado di replicare vari effetti del *trust*, a conferma di una linea di tendenza che non può ritenersi frutto di idee estemporanee. Come sottolineava per tempo A. GAMBARO, *Il "trust" in Italia e in Francia*, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, I, Milano, 1994, 497 ss. p. 513, il fatto è che: "il *trust* costituisce un possente strumento di autonomia privata".

Certo, l'art. 2740 c.c., secondo cui il debitore risponde delle proprie obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri, è norma inderogabile.

Essa però non solleva l'interprete dal compito di chiarire quali siano i beni del debitore in vista della sua applicazione. L'aggettivo possessivo che è il perno intorno a cui ruota l'art. 2740 c.c. non è autoesplicativo. Agli effetti di quell'articolo, sono infatti beni del debitore anche i beni che non lo sono ad altri effetti, come, ad esempio, i beni che il creditore aggredisce tramite l'azione revocatoria (e v. anche l'art. 2914 c.c., nonché ora l'art. 2929bis c.c.).

In breve, le leggi ricordate in materia di società fiduciarie, di fondi comuni di investimento, intermediari mobiliari, sulle operazioni di cartolarizzazione, e via dicendo, replicano sistematicamente gli effetti che le parti del rapporto – il gestore da una parte, l'investitore dall'altra – vogliono conseguire.

Stabilendo la separazione patrimoniale dei beni e dei denari dei clienti rispetto a quelli di pertinenza del gestore, le leggi in materia vogliono così evitare che i clienti siano trattati alla stregua dei creditori chirografari del gestore.

L'intervento legislativo che assicura quest'esito non è però arbitrario, non introduce norme eccezionali, nello stabilire che i debitori non possono soddisfarsi sui beni gestiti dall'intermediario per conto dei clienti. Al contrario, il quadro legislativo predisposto per queste operazioni è perfettamente leggibile alla luce dell'intento coltivato dalle parti, che non fu quello di arricchire il fiduciante e di impoverire il fiduciario, bensì di consentire al primo di operare nell'interesse del secondo, senza far correre a quest'ultimo il rischio normalmente inerente ad ogni rapporto di debito e di credito. È quindi difficile sostenere che la legge abbia davvero inventato qualcosa in questa materia. Fin dall'epoca del diritto comune si conoscono regole applicabili in materia di gestione fiduciaria, che sono perfettamente allineate con le regole stabilite in materia di *trust*. Sebbene il cantiere della ricerca storico-comparativa sia tuttora aperto³¹, questa comunanza di regole testimonia a sua volta a favore della razionalità della soluzione accolta, provenga essa dalla legge, o da una fonte extralegale.

La norma di legge ha quindi soltanto il merito di dare trasparenza e

³¹ Anche sul versante canonistico: M. FERRANTE, *L'apporto del diritto canonico nella disciplina delle pie volontà fiduciarie testamentarie del diritto inglese*, Milano, 2008.

stabilità all'operazione; è questo il reale valore aggiunto che la legge porta con sé, quando interviene in queste materie.

D'altra parte, lo stesso legislatore inglese ricorre talvolta alla legge per regolare aspetti del *trust* con interventi dettati anche per assicurare che il regime applicabile al *trust* sia rispettoso di tali esigenze.

La trasparenza e la stabilità delle operazioni sono importanti per costituire un mercato funzionante delle prestazioni fiduciarie. La trasparenza è un valore, perché senza di essa i terzi e il pubblico corrono dei rischi. In particolare è noto che nell'economia contemporanea il flusso di denaro e di beni che passa da un soggetto all'altro deve essere sempre tracciabile, per evitare rischi connessi all'uso criminale, o anche solo poco trasparente, di risorse finanziarie.

6. Svolte queste considerazioni, giungiamo all'ultimo punto che desidero trattare avendo riguardo al diritto italiano e al diritto inglese in questa materia.

Poniamo la domanda fondamentale: perché il *trust* è giunto fino a noi, mentre la fiducia è sprofondata nello spazio del diritto sommerso?

La domanda può suscitare molte risposte, e alcune di queste attengono sicuramente alla diversa traiettoria storica del diritto di Paesi che non hanno condiviso molte scelte istituzionali.

Nondimeno, quest'esito non si sarebbe avuto se il diritto inglese non rispondesse a solidi criteri di razionalità.

Mi riferisco in particolare al diritto che emerge in sede giurisprudenziale. È quella 'rational strenght of the English law' di cui parlava Harry Lawson – uno dei grandi comparatisti inglesi – quando volle dare alle stampe un aureo libretto destinato a smentire l'immagine più comune del diritto inglese, così spesso dipinto come un disordinato cumulo di leggi e di precedenti giudiziari³².

Il diritto inglese ha coltivato una forma di razionalità che, in questa materia, talvolta viene misconosciuta dagli stessi inglesi, e sfugge così troppo spesso anche ai giuristi dell'area romanistica, a meno che siano profondi conoscitori di quell'esperienza giuridica. È una forma di razionalità che emerge nel considerare le strutture fondamentali del *trust*.

Il diritto inglese ha saputo disciplinare l'istituto in modo da evitare quelle forme di frammentazione della proprietà, che avrebbero abbattuto

³² F. H. LAWSON, *The Rational Strenght of English Law*, London, 1951.

il valore capitale dei beni soggetti al *trust*. Per questa ragione, il *trust* non è un vincolo sui beni, ma tutt'al più sulla ricchezza rappresentata dai beni affidati ai *trustees*³³, così come non è vincolo sui beni la destinazione ad uno scopo che si realizza tramite la creazione di una persona giuridica, munita di un patrimonio, in quanto i beni compresi nel patrimonio di tale soggetto sono alienabili.

Il diritto inglese ha garantito l'indipendenza del *trustee* rispetto ai beneficiari, in modo da dare vita ad un rapporto che può sopravvivere alla morte del *trustee* e dei beneficiari, e che non è (normalmente) imputabile a questi ultimi in termini di controllo, benché i beneficiari abbiano diritto a ottenere dal *trustee* il rendiconto della gestione.

Il diritto inglese ha stabilito norme rigorose in materia di conflitti di interesse, e detta regole solide circa l'amministrazione dei beni affidati ai *trustees*.

Solo qualche sprovveduto può pensare che con il *trust* si possa fare di tutto e di più.

Nell'impostare l'architettura del rapporto esiste una geometria da rispettare, e nel darvi attuazione non si ha mano libera: la legislazione e i precedenti resi dalle corti inglesi in questa materia tolgono ogni dubbio in proposito.

Non si può dire che il nostro Parlamento abbia avuto piena contezza di questa geometria, nel momento in cui metteva mano a riforme recenti, che offrivano risposte parziali, come è avvenuto con l'introduzione nel nostro diritto dell'art. 2645ter c.c., in materia di atti di destinazione, e ora con l'art. 2929-bis c.c. sull'espropriazione di beni oggetto di vincoli di indisponibilità o di alienazioni a titolo gratuito.

Ed è questo il vero rischio che corre attualmente il diritto italiano in materia di fiducia e di *trust*: il rischio di perdere di vista alcuni punti cardinali, che non dobbiamo invece smarrire, se vogliamo profittare dell'esperienza compiuta in materia di fiducia e di *trust*, e se vogliamo nuovamente proporre ai nostri operatori, e al mondo, un corpo di regole in materia radicato nel tessuto del diritto italiano.

³³ M. GRAZIADEI, B. RUDDEN, *Il diritto inglese dei beni e il trust: dalle res al fund*, in *Quadrimestre*, 1992, p. 452 ss.; B. RUDDEN, *Things as Thing and Things as Wealth*, (1994), in 14 *Oxford Journal of Legal Studies*, p. 81.

ANDREA VICARI

IL “TIPO” NELLA (RI)LETTURA DEI TRUST ESPRESSAMENTE
ISTITUITI E NELLA COSTRUZIONE DEL CONTRATTO
DI AFFIDAMENTO FIDUCIARIO

SOMMARIO: 1. Il *trust* in Italia oggi: l'incompreso. – 2. Le conferme empiriche dell'incomprensione. – 3. Le cause dell'incomprensione: concettualismo nella raffigurazione del *trust* (espressamente istituito). – 4. La figura del *trust* interno: la derivazione dalla figura del *trust* (espressamente istituito) convenzionale. – 5. Segue: la derivazione dalla figura comparatistica del *trust*. – 6. Segue: la derivazione dalla figura del *trust* (espressamente istituito) della dottrina inglese. – 7. L'irrealismo della figura del *trust* (espressamente istituito) interno. – 8. Il ruolo del “tipo” nel diritto dei *trust*. – 9. La necessità della tipizzazione dei *trust* espressamente istituiti nell'esperienza italiana. – 10. Conclusioni.

1. Il *trust* in Italia oggi: l'incompreso.

La realtà del *trust* in Italia è cambiata.

Si è passati dalla *law in the books* alla *law in action*, ovvero dall'iniziale elaborazione solo teorica dell'istituto al massiccio diffondersi della sua utilizzazione pratica.

Questo passaggio non sembra essere stato accompagnato da un incremento nella consapevolezza dei profili giuridici di questo istituto e dei suoi limiti.

I repertori di giurisprudenza lo testimoniano.

Il numero di pronunce giurisprudenziali in tema, oggi, rende unica l'Italia tra i Paesi che non conoscono una disciplina interna del *trust*.

Tuttavia, ciò non è più indice, come si riteneva agli inizi del percorso giurisprudenziale del *trust* interno, del suo favorevole recepimento da parte della società e dell'ordinamento italiano, ma del suo frequente utilizzo concreto in chiave eversiva dei limiti posti dall'ordinamento all'autonomia privata, dando prova della scarsa attenzione posta ad essi.

Infatti, delle molte sentenze emesse negli ultimi anni in Italia, gran parte accertano la nullità, molte accertano l'inopponibilità, alcune negano il riconoscimento altrimenti previsto dalla Convenzione dell'Aia, pochissime riconoscono validità, opponibilità e stabilità degli effetti al *trust* espressamente istituito.

I dati emergenti da questa realtà possono testimoniare due fenomeni, allo stesso tempo correlati e inversamente proporzionali: da una parte, l'incremento dell'impiego pratico dei *trust* deriva dall'incrementata conoscenza di alcuni profili generalissimi di questo istituto da parte della società italiana, dall'altra l'incremento esponenziale dei casi in cui non vengono riconosciuti gli effetti ai *trust* espressamente istituiti deriva dal fatto che alla conoscenza generica non si sia accompagnata una profonda comprensione della natura, funzione e, dunque, dei suoi limiti¹.

L'esperienza italiana appare priva di una precisa comprensione dei limiti delle fattispecie costitutive i espressamente istituiti.

L'assenza di necessaria correlazione tra conoscenza generale e comprensione non deve sorprendere: «*in law, as in elsewhere, you may know and yet not understand*», insegnava Hart².

2. Le conferme empiriche dell'incomprensione.

I *trust* espressamente istituiti appaiono impiegati non tanto come strumenti negoziali che vogliono soddisfare una o più classi di interessi specifici e caratteristici, ma quale sostituti di strumenti negoziali italiani appositamente dedicati alla soddisfazione di interessi tipici, al solo fine di superare i limiti che questi pongono alla completa soddisfazione di tali interessi, secondo il volere del disponente.

In altre parole, i *trust* espressamente istituiti non sono impiegati per perseguire, in concreto, determinate e ricorrenti funzioni economiche che sarebbero proprie di tali negozi, secondo i diversi tipi, e che potrebbero essere impiegate per individuarne i profili di tali tipi in astratto, ma per superare quei limiti che l'ordinamento italiano pone ai tipi negoziali destinati a perseguire funzioni tipiche.

I *trust* espressamente istituiti, dunque, sono in Italia frequentemente impiegati in luogo di alcuni negozi tipici previsti dall'ordinamento interno, per perseguire le medesime funzioni di questi, al solo scopo di permettere ai privati di sottrarsi alle limitazioni che la disciplina del negozio tipico italiano impone o di superarne le presunte carenze.

¹ Sottolinea che il mancato approfondimento della legge regolatrice del *trust* sia una delle cause principali di instabilità dei *trust* interni, L. GATT, *op. ult. cit.*

² H. HART, *Definition and Theory in Jurisprudence*, in L.Q.R. 70, 1954, p. 37.

Ad esempio, si istituisce un *trust* nell'interesse della famiglia per perseguire in concreto la funzione che l'ordinamento italiano ha espressamente inteso perseguire mediante l'istituto del fondo patrimoniale. Tuttavia, da un lato l'effetto tipico del fondo patrimoniale è impedire l'esecuzione sui beni (e i frutti) costituiti in fondo patrimoniale solamente ai creditori di quei debiti che costoro conoscevano essere contratti per soddisfare un interesse estraneo a quello della famiglia (art. 170 cod. civ.), dall'altro tale effetto è limitato nella sua durata (art. 171 cod. civ.) e circoscritto a determinate categorie di beni, immobili, mobili registrati e titoli di credito (art. 167, comma 1, cod. civ.). Al fine di superare tale limite qualitativo e per ottenere l'ulteriore effetto di impedire l'esecuzione sui beni da parte di ogni creditore, per un tempo superiore a quello di durata del fondo patrimoniale, si impiega un *trust* espressamente istituito.

Lo stesso avviene nell'ambito delle garanzie tipiche, in luogo del quale si impiegano con le medesime funzioni *trust* espressamente istituiti per ottenere il privilegio, proprio delle garanzie tipiche, e contestualmente rimettere all'autonomia privata la regolazione del procedimento di escussione della garanzia evitando di sottostare alle norme inderogabili che, per le garanzie tipiche, richiedono l'intervento dell'autorità giudiziaria nella fase di esecuzione; e ancora si possono annoverare l'impiego di *trust* espressamente istituiti in luogo di cessione dei beni ai creditori (artt. 1977 ss. cod. civ.), di gestione delle procedure di liquidazione (artt. 2484 ss. cod. civ.), del deposito (artt. 1766 ss. cod. civ.).

L'impiego dei *trust* espressamente istituiti riflette, dunque, la percezione che in Italia si ha di tale istituto, quale figura amorfa, poliforme e polifunzionale, che può adattarsi a qualsiasi funzione, sempre più spesso, come dimostrano le pronunce dei tribunali italiani, anche quella di superare i limiti imposti all'ordinamento all'autonomia privata.

Nei repertorii di giurisprudenza, infatti, si leggono dichiarazioni di volontà, auto-qualificate dal disponente come *trust*, ma prive delle caratteristiche tipologiche per esserlo³; si vedono *trust* impiegati per frodare i creditori o per perseguire funzioni illecite⁴ (che, in qualche caso, hanno aperto agli stessi consiglieri le porte delle patrie galere⁵); si assiste al diffondersi di

³ Cfr. Trib. Trieste, 22 gennaio 2014.

⁴ Cfr. Trib. Milano, 29 ottobre 2010, in *Trusts & Attività Fiduciarie*, 2010, p. 77.

⁵ <http://www.milanotoday.it/cronaca/arresti-finanza-21-settembre-2012>.

trust apparenti⁶; si rilevano *trust* privi di qualsiasi funzione e colorazione causale, istituiti al solo fine di produrre una segregazione del patrimonio; si registrano *trust* miranti a sostituirsi (o affiancarsi) impropriamente alle procedure imperative previste dall'ordinamento per la gestione della crisi di impresa⁷ o per sostituirsi, altrettanto impropriamente, alle procedure imperative previste per la liquidazione delle società⁸.

Il *trust* espressamente istituito è assunto come uno, è impiegato come centomila, ma finisce per essere (in)compreso come nessuno.

La profonda e persistente incomprensione dei *trust* espressamente istituiti in Italia, trova conferma nelle recenti pronunce della Suprema Corte⁹, in cui si è posta la necessità di fissare i confini di questa figura e si è manifestata, in tutta la sua evidenza, la difficoltà di farlo, in presenza di una diffusa percezione di liquidità e amorfismo, quale quella che caratterizza l'esperienza italiana.

In questo contesto, si sta sviluppando un dibattito teorico, che comincia ad avere anche propaggini pratiche, relativo allo sviluppo di un nuovo negozio di diritto italiano, che possa svolgere funzioni analoghe a quelle del *trust* espressamente istituito, nell'ambito della categoria generale del contratto.

Tuttavia, fintanto che l'incomprensione dei *trust* espressamente istituiti

⁶ Il fenomeno del *trust* (fittiziamente o meno) interposto 1-settembre-2012. html.metodologichefinanziaria.it; Agenzia delle Entrate, Circolare n. 61/E, 27 dicembre 2010, anche se forse con una retorica giuridica impropria; A. VICARI, *La soggettività passiva del trust ai fini delle imposte dirette tra interposizione fittizia, simulazione e riqualificazione* (parte I-II), in *Trusts & Attività Fiduciarie*, 2011, p. 475 e 602. Il fenomeno dello *sham* e della simulazione del *trust* si è socialmente diffuso, fino a giungere al vaglio dei giudici sia in sede penale (Cass., 30 marzo 2011, n. 13276) che in sede civile (Trib. Trento, 23 febbraio 2009), in *Trusts & Attività Fiduciarie*, 2010, p. 194. Su questi temi, anche A. VICARI, *Il trust sham o simulato: questioni di diritto internazionale privato*, in *Trusts & Attività Fiduciarie*, 2010, p. 604. Ho tracciato le traiettorie della diffusione del fenomeno dello *sham* a livello internazionale, preconizzando le reazioni dei giudici italiani in A. VICARI, *Il trust di protezione patrimoniale*, Milano, 2003.

⁷ Per una summa di queste proposte applicative, A. BUSANI, C. FANARA, G.O. MANNELLA, *Trust e crisi di impresa*, Milano, 2013.

⁸ Cass., 9 maggio 2014, n. 10105; Trib. Napoli, 3 marzo 2014; Trib. Milano, 22 gennaio 2013.

⁹ Cass., 24 febbraio 2015, n. 3735 e 3737.

non verrà meno, e su questi non si compirà un'operazione di tipizzazione, infruttuoso sarà ogni tentativo di sviluppare un quadro certo per un contratto - l'affidamento fiduciario - che ne voglia replicare funzioni ed effetti.

3. Le cause dell'incomprensione: concettualismo nella raffigurazione del *trust* (espressamente istituito).

Nella nostra esperienza si parla spesso di "*trust*" riferendosi, con una sineddoche, non al *trust* quale categoria generale¹⁰ che accomuna *resulting trust*, *constructive trust* e *trust* espressamente istituito, ma semplicemente a quest'ultima figura.

Infatti, la figura del *trust* interno è una specificazione di quella del *trust* espressamente istituito, compiuta sulla base del riferimento ad alcuni elementi fattuali: un *trust* "interno" è un *trust* espressamente istituito che coinvolge beni e soggetti situati in Italia¹¹.

¹⁰ Piuttosto comune è l'idea che il *trust*, quale categoria unitaria, si declini in *trust* espressamente istituiti, *resulting trust* e *constructive trust*. Essi condividono, effettivamente, un solo effetto: la separazione patrimoniale. Per il resto, fattispecie, struttura ed effetti divergono sostanzialmente, così come divergono sostanzialmente gli interessi alla cui tutela queste figure sono votate. La rappresentazione del *trust* in chiave di istituto unitario non trova, infatti, corrispondenza nell'esperienza straniera, che più di altre è in questo studio analizzata: quella degli Stati Uniti.

¹¹ Tra i tanti, G. MARICONDA (a cura di), *Il trust interno*, Napoli, 2006; V. BELLOMIA, *La tutela dei bisogni della famiglia, tra fondo patrimoniale e atti di destinazione*, in *Dir. Fam. Pers.*, 2013, p. 698; M. BIANCA, G. CAPALDO (a cura di), *Gli strumenti di articolazione del patrimonio: profili di competitività del sistema*, Milano, 2010; M. BIANCA, *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione (L'art. 2645-ter del codice civile)*, Milano, 2007; Id., *Trustee e figure affini nel diritto italiano*, in *Riv. Not.*, 2009, p. 557; F. CATARCI, "*Trust*" autodichiarato e garanzia dei creditori, in *Giur. di Mer.*, 2008, p. 717; M. CEOLIN, *Destinazione e vincoli di destinazione nel diritto privato*, Padova, 2010; C. CICERO, *Riflessioni su trust e categorie civilistiche*, in *Giur. Comm.*, 2010, p. 899; E. CORAPI, *Sul trust interno "autodichiarato"*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 2010, p. 801; A. C. DI LANDRO, *L'art. 2645-ter c.c. e il trust. Spunti per una comparazione*, in *Riv. Not.*, 2009, p. 583; M. C. DI PROFIO, *Trust e tutela dei soggetti deboli: un primo richiamo all'art. 2645 ter c.c.*, in *Giur. di Mer.*, 2006, p. 2645; F. FIMMANÒ, *Trust e diritto delle imprese in crisi*, in *Riv. Not.*, 2011, p. 511; A. LUMINOSO, *Contratto fiduciario, trust e atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*,

La (in)comprensione di questa figura non deriva dalla mancanza di analisi e di studi in materia, ma forse dal metodo che caratterizza la maggior parte di questi, spesso privi di quelle accortezze che solo la sensibilità e metodologia dei comparatisti può assicurare.

Effettivamente, non molti sono stati in Italia gli studi dei comparatisti che hanno approfondito i profili generali dei *trust* espressamente istituiti¹², ancor meno quelli che sono scesi in una analisi della sua configurazione specifica nei vari ordinamenti che li regolano¹³. Pochi sono stati gli studi che si sono occupati di fornire strumenti teorici alla giurisprudenza pratica per l'ermeneutica, comparazione e scelta delle varie leggi regolatrici¹⁴. Dopo l'entrata in vigore della Convenzione dell'Aia, le monografie scritte dai comparatisti, più fruibili per il giurista interno italiano, sono state quelle di Michele Graziadei, che è opera di diritto straniero più che comparato, e quella scritta da Maurizio Lupoi che vuole essere uno studio di diritto comparato del *trust* in tutti gli ordinamenti, più che di diritto straniero¹⁵.

in *Riv. Not.*, 2008, p. 993; B. MASTROPIETRO, *L'atto di destinazione tra codice civile italiano e modelli europei di articolazione del patrimonio*, in *Riv. Not.*, 2012, p. 319; G. MINNITI, *Il ricorso all'istituto del trust nelle fasi di crisi: problematiche del trust liquidatorio e reato di bancarotta*, in *Rivista dei Dottori Commercialisti*, 2010, p. 809; P. PIRRUCCIO, *Trust, effetto di segregazione e art. 2645 ter del codice civile*, in *Giur. Mer.*, 2007, p. 902.

¹² A. GAMBARO, *Trust*, in *Digesto disc. priv. - sez. civ.*, XIX, 1999.

¹³ Un esempio è M. GRAZIADEI, *Diritti nell'interesse altrui: undisclosed agency e trust nell'esperienza giuridica inglese*, Trento, 1996.

¹⁴ Per proposte metodologiche su questi temi, rinvio a A. VICARI, *I principia e i modelli di trust*, in *Trusts & Attività Fiduciarie*, 2009, p. 5 ss.; ID., *La scelta della legge regolatrice dei trust: una questione di principia beneficiari*, in *Trusts & Attività Fiduciarie*, 2011, p. 364 ss.; ID., *La scelta della legge regolatrice dei trust da parte dei disponenti italiani e la legge sul trust della Repubblica di San Marino: una questione di principia*, in AA. VV., *Moderni sviluppi dei trust*, Milano, 2011, p. 120 ss.

¹⁵ L'opera di Graziadei è più uno studio concentrato sul diritto positivo straniero (inglese), che sulla comparazione, apparendo destinata a rendere fruibile il diritto straniero ai giuristi italiani; quella di Lupoi è più un'opera di diritto comparato, che di diritto straniero, infatti abbraccia, con un approccio generale e comparatistico, la disciplina del *trust* in Inghilterra, quella nei paesi che vengono ricondotti al modello internazionale e quella nei paesi di *civil law*, volendone fare una comparazione ed emergere caratteristiche comuni e differenze generali, più che approfondire il diritto positivo di un sistema e renderlo fruibile ai giuristi italiani. Ciò emerge più chiaramente anche nel titolo dell'opera di Lupoi, nella sua tradu-

Questa è la ragione per la quale, in gran parte degli studi sul *trust* interno in Italia, i profili di diritto positivo straniero non sono quasi mai veramente e approfonditamente analizzati¹⁶; i riferimenti al diritto straniero

zione inglese (M. LUPOI, *Trusts – A comparative Study*, Cambridge, 2001). Questo secondo i comuni criteri di distinzione tra studi di diritto comparato e di diritto straniero, R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, in *Trattato di Diritto Comparato*, Torino, 1992, p. XV; G. GORLA, *Diritto Comparato e Straniero*, in *Enc. Dir.*, XII, § 2: «Certamente il diritto comparato non va confuso con lo studio del diritto straniero, al fine di operare nello stesso (come avvocato, giudice, etc.) o, comunque, a fini diversi dalla comparazione. Per escludere la comparazione, basta l'assenza del fine. Tuttavia, la tentazione di apprendere il diritto straniero spesso si mescola allo scopo comparatistico, distorcendone gli interessi e i metodi. Ma anche quando si studia il diritto straniero a fini comparatistici, bisogna distinguere lo studio del diritto straniero con il diritto comparato: a) il porre come oggetto di studio a fini comparatistici il diritto straniero circoscrive l'ambito degli interessi, dei problemi, confrontandolo con il diritto proprio, in quanto uno dei termini è noto. Ma la comparazione può farsi anche tra due diritti stranieri o, per così dire, sconosciuti e da conoscere per compararli, tra due diritti aventi solo importanza storica, come il diritto romano classico e la common law inglese del secoli XIII-XV; b) ma lo studio (a fini di comparazione) del diritto straniero, inteso come diritto non ancora conosciuto, non va confuso con l'attività di comparazione: la vera comparazione può avvenire soltanto dopo che si sia conosciuto il diritto noto. È qui che sta la somma ambiguità, in quanto poiché il presupposto della comparazione è un diritto sconosciuto, la maggior parte del tempo e delle energie è dedicato allo studio di quest'ultimo, con qualche cenno sparso di diritto comparato. Per evitare ciò bisogna considerare questa fase soltanto quale un mezzo al fine, nel processo di conoscenza mediante raffronto che è la comparazione».

¹⁶ L. GATT, *op.cit.*, p. 32: «A dire il vero, ci pare che nei formulari e, più in generale, nei testi, che si sono occupati di approntare modelli di atto istitutivo di trust interno, non solo non abbondano i riferimenti al case law inglese o di altro ordinamento dell'area di common law né quelli ai criteri di interpretazione e di applicazione del diritto inglese (che tra l'altro, si distinguono in criteri di equity e di common law, ma non abbondano neppure le citazioni di quei testi in lingua inglese concepiti da common lawyers per rendere il proprio sistema giuridico maggiormente accessibile ai civil lawyers. Tali riferimenti sarebbero, invece, sommamente utili – prima ancora della raccolta *Trust Laws of the world* – per approntare una previsione sulla stabilità del trust interno in caso di conflitti insorgenti durante l'esplicazione del rapporto in quanto ci pare ragionevole affermare che soltanto la conoscenza del complesso dei "formanti" (in cui abbiamo incluso la prassi) di un ordinamento e del loro sinergico operare consente di porre in essere una valutazione di compatibilità – quantomeno – attendibile».

sono, quasi sempre, collocati sullo sfondo quasi come un elemento decorativo di un'analisi che vuole apparire approfondita in diritto straniero ma, in realtà, non sempre lo è¹⁷.

In questi studi i *trust* espressamente istituiti sono ricondotti ad un'unica figura prototipica e monolitica, quella appunto del *trust* (espressamente istituito), concettualizzata e costruita in astratto che, quando si configura come "interno" viene analizzata per essere messa in relazione a varie regole e settori del diritto italiano ad essa applicabili¹⁸.

La gran parte degli studi sul *trust* interno sono, dunque, per lo più studi sull'applicazione delle regole di diritto positivo italiano ad una figura astratta di *trust* (espressamente istituito) interno, data per presupposta dall'autore.

Questa figura è costruita dallo studioso stesso, vuoi sulla nozione di *trust* contenuta nella convenzione dell'Aia, vuoi sulla base delle raffigurazioni emergenti dai pochi studi italiani che si sono effettivamente cimentati sul diritto straniero, vuoi (molto meno frequentemente) sulla base di qualche nozione generale contenuta nella parte introduttiva dei manuali stranieri.

4. La figura del *trust* interno: la derivazione dalla figura del *trust* (espressamente istituito) convenzionale.

La figura del *trust* (espressamente istituito) interno è spesso derivata dalla figura del *trust* (espressamente istituito) come delineata della Convenzione dell'Aia. La dottrina¹⁹, l'Agenzia delle entrate e la giurisprudenza²⁰ hanno spesso assunto quella del *trust* convenzionale come una figura di diritto positivo straniero sulla base della quale compiere valutazioni relative

¹⁷ L. GATT, *op.cit.*

¹⁸ Dal diritto fallimentare al diritto delle successioni, dalla procedura civile al diritto tributario, dal diritto internazionale privato al diritto societario. Gli studi così caratterizzabili sono tanto numerosi da non poter essere esaustivamente citati in una sola nota a piè pagina.

¹⁹ Ad esempio, A. MORACE PINELLI, *Atti di destinazione, trust e responsabilità del debitore*, Milano, 2007, p. 282 ss.

²⁰ Si vedano le ordinanze di Cassazione citate *supra*. In ambito tributario, Commissione Tributaria Provinciale Milano, 23 giugno 2014, n. 4735.

all'applicazione delle norme italiane imperative o di applicazione necessaria oppure tributarie.

Tale figura, però, appare priva degli elementi caratteristici di una fattispecie negoziale, come intesa dal giurista interno, e certamente non corrispondente a quella presente nel diritto positivo di alcun paese: non a caso è ritenuta amorfa per indicare il fatto che essa non coincida con quella presente in nessun ordinamento e possa descrivere il *trust* in qualsiasi ordinamento²¹.

La figura di *trust* presupposta dalla Convenzione è incentrata sulla ricostruzione di alcuni effetti tipici del *trust*²².

La Convenzione, infatti, nella parte finale del suo articolo 2, stabilisce che la figura di *trust* a cui si applica "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".

Questa figura, però, non sintetizza nemmeno tutti gli effetti che il *trust* produce a livello obbligatorio.

Nella figura di *trust* contenuta nella Convenzione dell'Aia, invece, non si trova che qualche frammento della fattispecie.

Dall'articolo 2 si può dedurre solo che questa sarebbe costituita da un negozio ("con atto tra vivi o *mortis causa*") mediante il quale "dei beni siano stati posti sotto il controllo di un *trustee*" da parte di un altro soggetto ("il disponente") e dal quale nascono "i rapporti giuridici nell'interesse di un beneficiario o per un fine specifico".

La Convenzione, peraltro, non si occupa di evidenziare gli elementi contenutistici potenzialmente rilevanti per definire la fattispecie astratta del *trust* espressamente istituito, ma rinvia in tutto e per tutto alla fattispecie

²¹ M. LUPOI, *The Shapeless Trust*, in *Trusts and Trustees* 1.3, 1995, p. 5; J. HARRIS, *The Hague Trust convention*, Oxford-Portland, 2002, p. 111.

²² L. THEVENOZ, *Les enjeux de la ratification de la conventions de La Haye pour les pays de droit civil*, in A. PRUM, C. WITZ, *Trust & Fiducie*, Paris, 2005, p. 35 e 45: «Cette définition est exprimée en termes fonctionnels ou phénoménologiques: elle repose sur les effets et non sur la nature juridique des relations Juridique que la tradition anglo-américaine désigne come trusts».

astratta presente nelle varie leggi regolatrici, tanto che stabilisce espressamente, all'articolo 8, che è questa la fattispecie a cui bisogna fare riferimento per determinare la validità del concreto *trust*.

Solo ove questa fattispecie, la sola produttiva degli effetti giuridici presupposti dal procedimento di riconoscimento convenzionale, sia integrata, il *trust* espressamente istituito potrà avere il riconoscimento sulla base della Convenzione stessa.

Dunque, la figura del *trust* espressamente istituito presente nella Convenzione dell'Aia, oltre ad essere una figura certamente amorfa, incentrata sugli effetti del negozio e non su altro, non può fornire elementi adeguati e sufficienti per costituire una base realistica da cui dedurre fattispecie di *trust* espressamente istituito in alcun ordinamento e non può essere presa a considerazione, in modo acritico, per ricostruire la figura del *trust* in alcun ordinamento.

Derivare la figura del *trust* interno da quella convenzionale rappresenta, dunque, una evidente fallacità metodologica.

Per queste ragioni, ogni figurazione del *trust* che da questa prenda spunto per condurre una qualsiasi operazione ricostruttiva e valutativa del *trust* espressamente istituito di fronte al diritto positivo italiano, risulterebbe assai poco realista, semplificante, forviante e foriera di incomprensioni.

5. Segue: la derivazione dalla figura comparatistica del *trust*.

Spesso, nei procedimenti conoscitivi e valutativi compiuti dalla giurisprudenza pratica e teorica sul *trust* interno, questa figura è dedotta dalle figure comparatistiche di *trust* che si sono diffuse nell'esperienza italiana.

La raffigurazione del *trust* che più ha condizionato i giuristi positivi è stata quella delineata da Maurizio Lupoi, nel suo studio di diritto comparato sui *trust*²³.

Questa raffigurazione nasce da uno studio di diritto comparato che ana-

²³ L'Autore, almeno a livello retorico, rinnega l'esistenza di una o più figure astratte di *trust*, che costruisce solo a fini euristici, anche se poi presuppone come figure di diritto positivo, definendole in modo spesso implicito, in tutti i suoi studi in cui tratta il *trust* in Italia. Infatti, quando egli mette in relazione le singole regole del diritto italiano con il *trust* espressamente istituito non lo fa con riferimento alle specifiche configurazioni di questo istituto nei singoli ordinamenti, ma con riferi-

lizza più sistemi e dunque elabora una figura capace, attraverso un processo di semplificazione ed astrazione, di sommariamente rappresentare il *trust* espressamente istituito (e non solo) in tutti questi sistemi.

A dire il vero, sovente, quest'Autore ha affermato che non si potrebbe parlare di *trust* al singolare, implicitamente ritenendo che non sia possibile ricostruire una o più figure unitarie di *trust*, ma si dovrebbe farlo al plurale, in quanto sarebbero molteplici ed innumerabili le configurazioni di questo istituto²⁴.

Nonostante questa posizione, egli ha comunque proposto, anche se con delle cautele, una figura unitaria di *trust* che egli stesso ha impiegato per operazioni conoscitive ed è stata spesso impiegata, dalla giurisprudenza pratica e teorica, in operazioni valutative sui *trust* interni.

Questa figura si caratterizzerebbe per l'affidamento di beni al *trustee*, la segregazione dei beni e una generica obbligazione (equitativa o simile) del *trustee* verso lo scopo del *trust*²⁵.

mento comunque a quella figura astratta di *trust* espressamente istituito della quale il medesimo autore invece altrove rinnega l'esistenza.

²⁴ È questa una delle idee fondamentali di M. Lupoi, già affermata in M. LUPOI, *Trusts*, 1997.

²⁵ M. LUPOI, *Trusts*, 2001 («[L]a generale figura del *trust* secondo il modello inglese è caratterizzata da tre elementi: l'affidamento, la segregazione, l'obbligazione equitativa del *trustee* verso lo scopo del *trust*. È forse opportuno anticipare sin d'ora che le legislazioni appartenenti al modello del *trust* internazionale (capitolo quarto) e quelle civilistiche (capitolo quinto) ignorano il terzo elemento, data la sua appartenenza al campo dell'*Equity*, ma lo sostituiscono con altri che vedremo. L'affidamento di un bene o diritto al *trustee* ha luogo nel *constructive trust* per opera della legge; è singolare, come ho già osservato, che un soggetto (il *constructive trustee*) si trovi all'improvviso a subire una immutazione del suo titolo rispetto a un proprio bene: ciò che gli apparteneva "pienamente", o che sembrava appartenergli pienamente, ora gli appartiene quale *trustee*. Il *constructive trust* trasforma in "fiduciario" chi non pensava minimamente di esserlo e, il più delle volte, non aveva alcuna intenzione di esserlo. In altre parole, un fiduciario forzoso, una apparente contraddizione in termini, e quindi un "unknown trust". Tuttavia, proprio qui è il vigore del *constructive trust* e distingue questa figura, come dirò meglio più avanti, rispetto alle fattispecie restitutorie sulle quali il diritto statunitense la ha appiattita. Accertata l'esistenza di un *constructive trust*, il titolare del diritto ne è affidatario precisamente come se tale affidamento fosse la conseguenza di un atto dispositivo in suo favore (*trust* espresso). Si vede allora già da adesso quanto poco la nozione di fiducia, quale essa è intesa nei contesti civilistici, abbia da spartire con il *trust*. Nei *resulting trust* il fenomeno è

È questa, però, una figura comparatistica, che non corrisponde ad alcuna figura di diritto positivo ma che vuole riassumere le caratteristiche del *trust* in ogni ordinamento.

Essa rischia di essere, per i giuristi positivi che la confondessero con una figura di diritto positivo, altrettanto ingannevole quanto quella contenuta nella Convenzione dell'Aia.

Infatti, ogni figura comparatistica è sempre una figura super-astratta, frutto di una sineddoche rispetto a quella interna corrispondente, evidenziando solo alcuni degli elementi della corrispondente fattispecie interna, scelti dal comparatista in ragione dell'essere comuni a quella in più or-

analogo, ma meno drammaticamente evidente. Qui c'è già o un trustee di un trust espresso o un trustee di un trust presunto dalla legge fino a prova contraria, ma quel che cambia sono l'oggetto e la direzione del vincolo legale. Divenuta impossibile la realizzazione del trust o mancando una previsione nell'atto istitutivo per la contingenza verificatasi o emergendo la necessità di proteggere il soggetto non intestatario, il trust viene dichiarato e la latenza si trasforma in accertamento giudiziale. Anche qui, peraltro, si realizza l'affidamento del bene al trustee del resulting trust: il nuovo oggetto o la nuova direzione del vincolo o la dichiarazione di un vincolo implicitamente già esistente mutano il "titolo", esattamente come abbiamo appena visto accadere nel constructive trust. In entrambi i casi, la segregazione dell'oggetto del trust consegue di necessità dall'affidamento; essa, mancando un atto volontario di disposizione in favore del trustee, raramente può manifestarsi all'esterno per mezzo di quegli indicatori che il trustee diligente ha cura di porre in essere; anzi il più delle volte si tratterà di combattere contro il tentativo del trustee di confondere i beni in trust con i restanti suoi beni e, ancora più di frequente, di affermare la segregazione nei confronti dei creditori del trustee, magari in sede fallimentare. Abbiamo spesso notato nelle pagine dedicate alle regulae riguardanti i trusts constructive e resulting come l'interesse primario del beneficiario sia quello di fare valere la segregazione dei beni in trust proprio contro gli altri pretendenti, i quali sono titolari di un diritto di credito mero sulla generalità del patrimonio del trustee e, quindi, in nessun modo soddisfacibile sui beni oggetto di trust. La posizione giuridica del beneficiario è infatti la medesima del beneficiario di un trust espressamente istituito; il suo diritto equitativo gli attribuisce azione contro il trustee che dissipi i beni del trust o che li impieghi contro le prescrizioni di legge (qui, come appena illustrato, manca un atto istitutivo iniziale, alle cui disposizioni fare riferimento) e contro i terzi che, partecipando all'inadempimento o ricevendo i beni in violazione di tali prescrizioni, si trovino anche essi nella posizione di constructive trustee. Questi, dunque, i motivi per i quali constructive e resulting trusts condividono con i trusts espressamente istituiti l'appartenenza alla generale figura del trust»).

dinamenti e non corrisponde mai precisamente ad una figura di diritto positivo²⁶.

Ma vi è di più.

Rispetto a quella emergente dalla Convenzione dell'Aia, che vuole essere una raffigurazione dei soli *trust* espressamente istituiti, questa vuole essere una figura di *trust* capace di rappresentare non solo i *trust* espressamente istituiti, ma anche quelli che nascono da fattispecie non negoziali, quali i *constructive* e i *resulting trust*²⁷.

Dunque, la figura comparatistica del *trust* non può validamente ed utilmente essere impiegata per profilare i *trust* espressamente istituiti nel diritto positivo di specifici ordinamenti, essendo una figura costruita per sintesi dagli effetti non di una sola fattispecie, ma di una serie di fattispecie tra loro assai eterogenee, accumulate solo per questi effetti e non per la loro fonte negoziale.

6. Segue: la derivazione dalla figura del *trust* (espressamente istituito) della dottrina inglese.

La figura del *trust* (espressamente istituito) interno è spesso, sommariamente, derivata dalla corrispondente figura conosciuta nell'esperienza dottrinale inglese.

Non a caso, spesso, si vedono riprese, nei procedimenti valutativi dei giuristi positivi italiani, le raffigurazioni del *trust* espressamente istituito proposte da tale dottrina.

Per la loro autorevolezza, spesso, si assume la raffigurazione degli autori classici.

Ad esempio, quella di Underhill, secondo cui questo sarebbe «*an equitable obligation binding a person (who is called a trustee) to deal with property over which he has control (which is called trust property) for the benefit*

²⁶ R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1992, p. 35.

²⁷ M. LUPOI, *op. ult. cit.*: «Credo che [omissis] che sia possibile proporre una nozione o, se si vuole, una definizione di *trust* che colga l'essenza dell'istituto nelle sue molteplici manifestazioni; queste ultime sono però così marcatamente divergenti sia sotto i profili funzionali che sotto quelli strutturali da imporre, almeno tendenzialmente, l'impiego del singolare "trust" alla sola sede sistematica o ricostruttiva».

*of persons (who are called beneficiaries or cestuis que trust) of whom he may himself be one and any one of whom may enforce the obligation»*²⁸.

Molte di queste figure, così come quelle comparatistiche, si concentrano sugli effetti (nel caso di Underhill, obbligatori) non sulla fattispecie, selezionando tra i vari effetti, quelli minimi comuni alle varie fattispecie (negoziali e non) di *trust* che li producono, volendosi collocare ad un livello di astrazione tale da ricomprendere *constructive trust*, *resulting trust* e *trust* espressamente istituiti.

Queste soffrono, dunque, degli stessi problemi sofferti da quelle.

Anche qualora, invece, sia più correttamente assunta come riferimento la figura di *trust* espressamente istituito ricostruita dalla dottrina inglese, questa è amorfa, quanto quella più generale del *trust*.

Essa, infatti, è una semplice specificazione di quest'ultima, compiuta sulla base della sola precisazione che la fattispecie produttiva degli effetti del *trust* sia costituita da una dichiarazione di volontà («*An express is one which is deliberately established and which the trustee deliberately accepts*»)²⁹.

Le figure del *trust* (espressamente istituito) inglese sono ben lontane dal rappresentare una fattispecie, come intesa nell'esperienza italiana.

Esse appaiono astratte e amorfe, quanto quelle convenzionali³⁰, che vogliono rappresentare il solo *trust* espressamente istituito.

Da esse non è possibile dedurre gli elementi contenutistici necessari per configurare dichiarazioni di volontà capaci di essere certamente qualificate come validi *trust* espressamente istituiti.

I giuristi inglesi più autorevoli, infatti, riconoscono che la loro esperienza non abbia mai espresso una figura del *trust* espressamente istituito che abbia le caratteristiche di una fattispecie e la capacità di determinare

²⁸ Il trattato di Underhill, oggi nella sua diciottesima edizione, contiene questa raffigurazione già dalle prime edizioni. La prima edizione è del 1878.

²⁹ P. H. PETTIT, *Equity and Law of Trusts*, Oxford, 2005, p. 64.

³⁰ Per una recente figurazione, *Williams v Central Bank of Nigeria*, 2013, EWCA Civ. 785, § 37: «*In English law an express trust is created when a person (the settlor) directs that certain identified property (the trust property) will be held either by him or by others (as trustees) under a legal obligation which binds the trustees to deal with that property, which is owned by them as a separate fund, for the benefit of another (the beneficiary) who has an equitable proprietary interest in the trust property and its fruits from the moment the trust is created*».

quando una dichiarazione di volontà sia o non sia qualificabile come *trust* espressamente istituito, in ragione della sua approssimazione³¹.

Dunque, anche derivare le raffigurazioni dei *trust* espressamente istituiti dalla figura del *trust* espressamente istituito nell'esperienza inglese, non appare una operazione particolarmente fruttuosa.

7. L'irrealismo della figura del *trust* (espressamente istituito) interno.

La figura del *trust* interno è derivata dalle figure del *trust*, costruite per altri fini, che sono state reificate, divenendo l'oggetto di analisi e parametro di azione, ed hanno sostituito, nell'esperienza italiana, la realtà giuridica che intendevano rappresentare³².

In questa derivazione si è manifestato un problema metodologico.

Tali figure nascono per risolvere problemi valutativi diversi rispetto a quelli presupposti dall'applicazione del diritto positivo interno ed a quelli relativi alla definizione di una fattispecie di diritto positivo, per i quali invece sono comunemente assunte.

In realtà, alcune di queste figure non nascono per compiere operazioni valutative di alcuna natura, bensì solamente per compiere quelle operazioni conoscitive tipiche della comparazione, in quanto vogliono sintetizzare la realtà dei *trust* (e, spesso, non solo quelli espressamente istituiti) in tutti i paesi attraverso operazioni di super-astrazione.

Queste figure sono, però, ben lontane dai profili che, normalmente, ca-

³¹ D. HAYTON, "Trusts" in *private international law. Recueil des Cours de L'Académie de Droit International*, Leiden-Boston, 2014, p. 17: «It is universally acknowledged that, due to the inductive development of the trust, there is no true or conclusive definition of a trust that can enable one to determine whether or not certain legal relationships in particular circumstances give rise to a trust rather than some other legal concept».

³² Il processo di reificazione consiste nell'attribuire ad alcune astrazioni un valore di realtà, che porta a dimenticare che si tratti di rappresentazioni, R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna 1987, p. 399; anche A. J. FEJFAR, *An Analysis of the Term "Reification" as Used in Peter Gabel's Reification in Legal Reasoning*, in *Capital Uni LR*, 1996, p. 579; P. GABEL, *Reification in Legal Reasoning*, in *Critical Legal Studies* (James Boyle ed.), 1994; D. LITOWITZ, *Reification in Law and Legal Theory*, in *S Cal Interdisc L.J.*, 2000, p. 401.

ratterizzano una fattispecie di diritto civile italiano: sono figure basate sugli effetti, amorphe o polimorphe, rarefatte ed assai astratte, oltre ad essere spesso definite attraverso categorie non consuete per il giurista di diritto positivo italiano.

Poiché di una realtà di diritto positivo straniero queste figure sono solo semplificazioni, in ragione della loro reificazione, si è giunti a pensare che la realtà del diritto positivo straniero fosse effettivamente semplificata e coincidente con tali figure.

8. Il ruolo del “tipo” nel diritto dei *trust*.

La (in)comprensione del *trust* espressamente istituito non deriva solamente dalla eccessiva astrattezza delle figure impiegate per configurare il relativo modello astratto e dal fatto che la maggior parte di queste siano sintesi degli effetti, piuttosto che fattispecie.

Deriva anche dal fatto che, nell’esperienza italiana, si sia pensato al *trust* espressamente istituito come una figura necessariamente unitaria, che deve poi essere costruita in chiave amorfa e polifunzionale, e si sia rinunciato ad una lettura del diritto positivo straniero attraverso le lenti della tipizzazione.

È divenuta comune l’idea, autorevolmente sostenuta, che il *trust* espressamente istituito sia una figura, non solo amorfa e polifunzionale, ma anche rispetto alla quale non sia possibile identificare distinzioni, demarcazioni, essendo privo il diritto dei *trust* di alcuna dimensione sistematica³³, tanto da rendere arbitrario ogni ragionamento sui tipi o tipologie di *trust*, in quanto tali differenziazioni non risponderebbero a criteri coerenti³⁴.

Tra la figura unitaria - “il *trust* (espressamente istituito)” - e la moltitudine indifferenziata dei casi in cui il *trust* è impiegato nella società - “i *trusts* (espressamente istituiti)” - non vi sarebbe spazio per concepire modelli astratti di *trust* - “i tipi di *trust*” - attorno ai quali gli ordinamenti di riferi-

³³ M. LUPOI, *op. cit.*: «Il plurale “trusts” serve, in primo luogo, a sottolineare il polimorfismo dell’istituto, quale delineato negli “esercizi preliminari” appena proposti e quale appare dalla prassi negoziale, lontanissima dalle classiche finalità di conservazione del patrimonio familiari; il plurale serve, in secondo luogo, a porre in luce l’inesistenza di una dimensione sistematica all’interno del mondo della common law».

³⁴ M. LUPOI, *Trusts - II. Convenzione dell’Aja e diritto italiano*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXXI, 1995.

mento modellano una disciplina fatta di norme dispositive e di imperative, così come il diritto italiano disciplina i tipi di contratti.

Secondo una opinione diffusa, si dovrebbe parlare di *trusts*, al plurale, e non si dovrebbe dunque parlare né di *trust* né di tipi di *trust*³⁵.

In realtà, a fronte di un'attenta ricognizione del diritto positivo, non appare possibile negare che esistano veri e propri tipi nel diritto straniero dei *trust* - modelli astratti - che l'ordinamento di riferimento configura in modo simile a quanto avviene per i tipi di contratto, in diritto italiano.

Un civilista, abituato a pensare in chiave di tipi di negozio, può forse più facilmente individuare, nell'osservare il diritto positivo straniero, l'esistenza di tipi, rispetto ai giuristi interni stranieri.

Il processo di tipizzazione non riguarda l'individuazione del tipo del *trust* con beneficiari o del *trust charitable* (o di scopo), che è prima di tutto strutturale e, solo indirettamente, funzionale³⁶.

La tipizzazione a cui ci si riferisce è una differenziazione funzionale e di disciplina, all'interno della categoria del *trust* con beneficiari, per tipi negoziali.

Un processo di tipizzazione che presuppone la costruzione di tipi negoziali, che sono modelli di operazioni economiche, con caratteristiche e funzione simili a quella che l'esperienza civilistica conosce.

Tale processo avviene anche nel diritto inglese.

Nella tassonomia inglese, consolidata a partire dall'800, la categoria del *trust* espressamente istituito appare sempre sostanzialmente unitaria, non sviluppandosi una ricostruzione differenziata della stessa in ragione di tipi di *trust*.

La tradizione anglosassone è, dunque, ancora abituata a declamare l'unità della categoria del *trust* (in generale) e l'unità della disciplina, tanto da ritenere il *trust* espressamente istituito una figura unitaria polifunzionale³⁷.

Tuttavia, con il moltiplicarsi degli impieghi del *trust* espressamente istituito in settori commerciali e onerosi³⁸, si sono sviluppate regole operative

³⁵ M. LUPOI, *Trusts cit.*

³⁶ M. GRAZIADEI, *Diritti nell'interesse altrui cit.*, che accenna ad una ricostruzione dei *trust* in diritto inglese per tipi identificabili in base alle loro funzioni economiche nella società.

³⁷ P. MATTHEWS, v. *infra* in questo volume; G. L. GRETTON, *Trusts without Equity*, in ICLQ, 2000, p. 599.

³⁸ M. GRAZIADEI, U. MATTEI, L. SMITH, *Commercial Trusts in European Private Law*, Cambridge, 2005.

diversificate, applicabili ai soli negozi impiegati in questi ambiti³⁹. Ad esempio, il *trust* impiegato come fondo pensione appare oggi un tipo giurisprudenziale autonomo, con regole proprie⁴⁰.

Si è parlato di frammentazione del diritto dei *trust*, per riferirsi a questo fenomeno, che i civilisti chiamerebbero di tipizzazione⁴¹.

Anche di fronte alla frammentazione riconosciuta, l'impostazione tradizionale inglese tende a sottovalutare il fenomeno preferendo continuare ad affermare la coerenza ed unitarietà della figura del *trust* espressamente istituito⁴².

Solo qualche autore, recentemente, ha cominciato ad evidenziare il processo di tipizzazione e l'affermarsi di vari tipi di *trust* espressamente istituiti, comunemente caratterizzati in ragione della funzione economica che svolgono, sulla base dei quali è ricostruita la disciplina loro caratteristica, la quale concorrerebbe con i principi generali, nella definizione del quadro giuridico dei negozi appartenenti a tali tipi⁴³.

Una struttura di disciplina che coinciderebbe con quella che il nostro

³⁹ D. HAYTON, *Pension Trusts and Traditional Trusts: Drastically Different Species of Trusts*, in *The Conveyancer* 229, 2005.

⁴⁰ *Imperial Group Pension Trust Ltd v. Imperial Tobacco Ltd.*, 1991, 1 WLR 589, p. 597.

⁴¹ G. MOFFAT, *Pension funds: a fragmentation of trust law*, in MLR 56.4, 1993, p. 495: «Whether we say there is now a distinctive law of pension trusts, or merely that there are new developments in the existing law of trusts, is material if opting for one formulation rather than the other were to affect our subsequent understanding and interpretation of the law of trusts, be it in relation to pensions or other types of trust. In respect of pension trusts, it would be unfortunate if the path towards legal development, opened up by the subversive potential of recent conceptual innovations, were obstructed by an overly mechanical process of analogising from the paradigm of the family trust; in short, by legal tradition. Conversely, the outcome of pension litigation leaves us with intriguing questions about the family trust. These are most aptly examined by inverting Sir Robert Megarry's proposition from *Cowan v Scargill*: is there any good reason why the 'rules' regulating pension trusts should apply in all their force to other trusts? The tenor of this article has been to reject any necessary symbiosis between the two».

⁴² G. WATT, *Trusts & Equity*, Oxford, 2012, p. 35.

⁴³ A. HUSTON, G. THOMAS, *The Law of Trusts*, Oxford, 2010, p. 24. In questa opera si individuano i seguenti tipi di *trusts*, in ragione della funzione economica che perseguono: "Private Client Trusts", "Offshore Asset Protection Trusts", "Offshore Purpose Trusts", "Occupational Pension Schemes Trust", "Trusts Used to take

codice civile prevede in tema di contratti, divisa tra una parte generale – quella del contratto in generale – ed una parte speciale – la disciplina del tipo.

Ma questa non è un risultato acquisito da tutta la dottrina.

La tipizzazione, però, è un fenomeno ancora piuttosto implicito anche nel diritto inglese, la cui tassonomia tradizionale è meno capace, rispetto a quella di altri sistemi, di portare il fenomeno a livello esplicito.

In altri sistemi, la tipizzazione è più facilmente rilevabile, in quanto espressamente rilevata.

In molti sistemi, diversi da quello inglese, nei decenni si è sviluppata una disciplina tipica del *trust* di protezione patrimoniale ("*asset protection trust*"), con una logica caratteristica del processo di tipizzazione che il civilista può facilmente riconoscere, essendo basata sulla caratterizzazione funzionale del tipo di negozio e una coerente disciplina, in tema di effetti⁴⁴.

La tradizione americana, più di tutte le altre, è familiare con il processo di tipizzazione.

La tipizzazione del *trust* è, infatti, basilare nell'esperienza americana, nella quale la tassonomia dei *trust* espressamente istituiti è diversa ed inversa rispetto al diritto inglese.

Innanzitutto, non vi è una categoria unitaria che raccolga *trust* espressamente istituiti, *resulting trust* e *constructive trust*.

Non si trova, oggi, alcun trattato che tratti del *trust* in generale.

I *constructive trust* sono trattati separatamente dagli altri e considerati rimedi⁴⁵.

La stessa categoria del *trust* espressamente istituito molto raramente è impiegata dalla dottrina⁴⁶.

Security in Commercial Transactions", "*Trusts which Conduct a Business*"; "*Trusts in Relation to Debt Securities*".

⁴⁴ A. VICARI, *Il trust di protezione patrimoniale cit.*; ID., «*Asset protection trusts*»: *i trust per proteggere il patrimonio*, in *Trusts & Attività Fiduciarie*, 2001, p. 540.

⁴⁵ A. VICARI, *Il constructive trust tra diritto e rimedio*, in *Trusts & Attività Fiduciarie*, 2004, p. 222; A. W. SCOTT, *Constructive Trusts*, in *LQR* 71, 1955, p. 39. Non a caso, i *constructive trust* non sono inclusi nei *Restatements dei trusts*, ma nel *Restatement* dedicato alla *Restitution*.

⁴⁶ Isolato è l'impiego della categoria. In dottrina, l'unico trattato che si impegna nella ricostruzione della categoria è quello di Bogert. Per conferme G. T. BOGERT, *Trusts*, St. Paul, 1987, § 8.

Essa non appare, infatti, coerente con la tassonomia del diritto dei *trust* americano.

Negli Stati Uniti, infatti, non vi è una sistemazione delle regole operative sulla base della categoria generale del *trust* espressamente istituito, ma sulla base di una serie di modelli astratti che corrispondono a veri e propri tipi di *trust*, individuati per la funzione economica che ciascun tipo persegue in astratto nella società⁴⁷.

Non vi è ricostruzione della disciplina della categoria generale del *trust* o una disciplina generale del *trust* espressamente istituito.

Vi è una disciplina raccolta e delineata per tipi.

Ad esempio, i Restatement sul *trust* si concentrano sul *trust*, con funzione programmaticamente attributiva, a carattere liberale; altrettanto fa il recente *Uniform Trust Code*. Trattano, anche, quale tipo autonomo e con propria disciplina, il *trust* in favore del disponente (*living trust*). Questo è considerato, infatti, un tipo di *trust* autonomo rispetto a quello per beneficiari, un modello astratto che ha una funzione diversa rispetto a quest'ultimo e con una disciplina propria e diversa⁴⁸.

Altrettanto vale per *trust* onerosi, ad esempio, quelli di garanzia o quelli per la cessione dei beni ai creditori o quelli impiegati in operazioni finanziarie, che sono tutti considerati tipi negoziali diversi con una propria disciplina, non solo giurisprudenziale ma a volte anche legislativa, diversa rispetto al *trust* per beneficiari o quello in favore del disponente, che comprende sia norme imperative che dispositive per il tipo⁴⁹.

L'esperienza americana, dunque, porta al massimo il processo di tipiz-

⁴⁷ S.I. STRONG, *Arbitration of Trust Disputes: Two Bodies of Law Collide*, in *Vand. J. Tran. Law* 45, 2012, p. 1157, ove si precisa: «Trusts are typically defined by their purpose. Many trusts (such as dynasty trusts, marital trusts or family trusts) are meant to pass on wealth within a family, with the quintessential example being a trust created by a parent to benefit a child after the parent's death. However, trusts serve other purposes as well. For example, some trusts are created entirely for charitable purposes, while others, such as asset protection trusts or credit shelter trusts, appear to be primarily focused on deterring potential creditors from reaching trust assets or garnering various tax savings».

⁴⁸ E. HALBACH, Jr. *Revocable living trusts in the United States*, in *Trusts & Attività Fiduciarie*, 2001, p. 562.

⁴⁹ La netta separazione tipologica tra *trust* per beneficiari e *trust* onerosi e commerciali è sottolineata anche da J.H. LANGBEIN, *The Secret Life of the Trust: the Trust as an Instrument of Commerce*, in *Yale L.J.* 107, 1997, p. 165.

zazione, finendo per negare rilevanza assoluta alla figura del *trust* espressamente istituito, e dimostra che anche nei paesi di *common law* il processo di tipizzazione è sentito come necessario e opportuno nella ricostruzione del *trust*.

9. La necessità della tipizzazione dei *trust* espressamente istituiti nell'esperienza italiana.

L'esperienza giuridica, in un modo o nell'altro, considera sempre, nell'ambito dell'attività negoziale, il "tipo" come una fattispecie⁵⁰.

L'assunzione di figure del *trust* espressamente istituito troppo astratte, in quanto prodotte in analisi comparatistiche o di teoria generale e non di diritto positivo, insieme all'aver omesso la ricognizione, analisi e valutazione del diritto dei *trust* in Italia mediante le lenti del tipo, è stata una delle cause dello smarrimento e confusione in cui langue la realtà del *trust* in Italia.

L'assenza di identificazione e riconoscimento di tipi o tipologie di *trust* espressamente istituiti, nel diritto positivo straniero, ha condotto allo smarrimento di fattispecie precise a cui riferire la dichiarazione di volontà che vuole essere *trust* e lo smarrimento di una fattispecie a cui riferire, in dottrina, ogni ragionamento concreto e realistico sull'applicazione delle norme italiane a questo istituto.

Ciò implica che del "*trust*" possa dirsi tutto e il contrario di tutto, in dottrina.

Ciò implica che i privati finiscano per sentirsi liberi di esprimersi a loro piacimento e implica che essi possano sentirsi essere sicuri di ottenerne l'attribuzione di rilevanza giuridica ed il riconoscimento in Italia della loro dichiarazione di volontà, solo preoccupandosi di invocare il *nomen trust* nella loro dichiarazione di volontà e di prevedere un contenuto che abbia almeno caratteristiche minime richieste nella Convenzione dell'Aia per definire il proprio campo di applicazioni.

I giuristi italiani dovrebbero e potrebbero comprendere il *trust* per tipi di negozio, così come farebbero per qualsiasi negozio a loro familiare.

La comprensione del diritto attraverso astrazioni è certamente tipica del

⁵⁰ Chi ha ricostruito l'impiego del termine tipo nella nostra esperienza giuridica, appare giungere a questa conclusione; v. A. ZOPPINI, *Le fondazioni dalla tipicità alle tipologie*, Napoli, 1995, p. 14 nt. 1.

civilista⁵¹; la comprensione dell'attività negoziale attraverso l'elaborazione di tipi astratti (sulla base di materiale legislativo, sociale o giurisprudenziale) è caratteristica dell'esperienza italiana tutta⁵² e, in fondo, i giudici italiani impiegano sempre il tipo come parametro di valutazione dell'agire dei privati in ambito negoziale⁵³.

Analizzare la disciplina dei *trust* attraverso le lenti del tipo e dei tipi, modelli ideali e astratti, è necessario in Italia, in quanto la loro comprensione non è un esercizio puramente accademico, ma una necessità soprattutto pratica.

Senza una cognizione del *trust* per fattispecie e tipi astratti un ordinamento, come quello italiano, che non ha la *law of trusts* nel suo DNA, finisce per generare in concreto *trust* che non hanno caratteristiche per essere qualificati come tali.

L'esperienza dimostra che ciò è quanto sia veramente avvenuto.

In Italia, il *trust* non è entrato nella vita giuridica nello stesso modo cui entrano in contratti alieni⁵⁴, ovvero attraverso una passiva ricezione dei modelli negoziali stranieri, importati a-criticamente e senza adeguato inquadramento e considerazione delle norme imperative italiane, ma con una creativa generazione dei contenuti negoziali, senza alcun riferimento alle fattispecie tipiche straniere ed alla configurazione dei modelli astratti di *trust* nelle esperienze straniere, prima ancora che considerazione delle norme italiane⁵⁵.

È questo approccio che ha generato i mostri giuridici che finiscono oggi nelle aule di tribunali.

L'esistenza di tipi negoziali, con precise fattispecie, va ricercata e riconosciuta, ove esistente, nelle esperienze straniere, anche ove non sia immediatamente percepibile, perché non chiaramente verbalizzata dalla dottrina.

⁵¹ Cooper, Kotz.

⁵² G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Milano, 1974, *passim*; E. GIOFFI, *Classe, concetto e tipo nel percorso per l'individuazione del diritto applicabile ai contratti atipici*, Torino, 2008, *passim*.

⁵³ R. SACCO, *Autonomia contrattuale e tipi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, p. 788.

⁵⁴ La ricognizione del fenomeno del contratto alieno si trova in G. DE NOVA, "The Law which governs this agreement is the law of Republic of Italy": il contratto alieno, in G. DE NOVA, *Il Contratto: dal contratto atipico al contratto alieno*, Padova, 2011, p. 31 ss.

⁵⁵ Chiaramente L. GATT, *op. cit.*, p. 75.

La sottovalutazione dell'esistenza di tipi nella realtà del *trust* è una idea che deve essere superata, in quanto troppo assoluta, perché i tipi di *trust* esistono e affermare che non vi sono impedisce all'agire privato di attivarsi per ricercarne la presenza nella legge regolatrice e dunque di trovare il parametro di riferimento per modellare il contenuto della propria dichiarazione di volontà.

La fattispecie astratta (ed i suoi confini) dei vari tipi del *trust* deve essere rilevata e traguadata, deve essere ben presente all'estensore del concreto negozio, al giudice ed al teorico e questo può avvenire solo se la cultura giuridica italiana, abbandonando l'idea del amorfismo del *trust* e della sua polifunzionalità, cominci a ripensare il suo approccio all'istituto, ricostruendo la disciplina come un insieme di tipi negoziali ognuno con una propria funzione.

10. Conclusioni.

Tipizzare i *trust* espressamente istituiti richiede un cambio di paradigma, per l'esperienza italiana.

Significa abbandonare le parole chiave dell'amorfismo, del polimorfismo, del polifunzionalismo.

Significa, in fondo, abbandonare l'idea della signoria del volere, ed abbracciare quella dei limiti all'autonomia privata.

Un cambio necessario, alla luce della situazione in cui l'esperienza del *trust* (espressamente istituito) in Italia si trova.

Questo non solo per raddrizzare il percorso del *trust* in Italia, ma per indirizzare al meglio, sin dall'inizio, il percorso di ogni negozio di diritto interno che voglia a questo sostituirsi.

Lo sviluppo di un contratto di diritto italiano che voglia essere il corrispondente del *trust* espressamente istituito, quale figura eterea, polimorfa e polifunzionale, appare in contrasto con la tendenza, se letta con realismo, che si manifesta nei sistemi che disciplinano il *trust*, in cui si tende sempre con maggior chiarezza ad abbandonare la figura unitaria del *trust* espressamente istituito ed abbracciare la tipizzazione.

Ma non è tutto.

La storia del diritto ci insegna - e questo è apparso chiaro nelle splendide relazioni dei romanisti e degli storici del diritto italiano in questo convegno - che gli equivalenti del *trust*, nel diritto civile, non sono mai state figure amorfe e polifunzionali.

Sono sempre state figure tipiche, capaci di svolgere una funzione, magari declinabile in concreto con diverse caratterizzazioni, ma mai astrattamente polifunzionali.

Nella nostra tradizione, le funzioni e la disciplina del fidecommesso e quella dei negozi di garanzia non sarebbero mai stati accumulate ed accumulabili in una sola struttura negoziale, come invece è avvenuto mediante la figura del *trust* (espressamente istituito) in Italia.

La nostra tradizione ci impone un ragionamento basato sui tipi, che continua a condizionarci nella nostra azione⁵⁶.

Solo riguardando uno o più tipi di *trust* espressamente istituiti si potranno sviluppare nuovi tipi di contratto, in Italia, capaci di realizzare le operazioni economiche per le quali tali tipi di *trust*, e la loro disciplina, si è sviluppata nei sistemi di *common law*.

Solo operando in questo modo, si eviterà al sistema italiano di scontrarsi nuovamente con l'incomprensione, e le sue conseguenze pratiche, che nascono dal confrontarsi con figure amorfe, polifunzionali, come quelle sviluppatesi nell'ambito del *trust* in Italia, che possono essere tutto ed il contrario di tutto.

⁵⁶ R. SACCO, *Autonomia contrattuale e tipi*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1966, p. 785.

ELISABETTA RIGHINI

*LE SOCIETÀ FIDUCIARIE E LA FIDUCIA
NELL'AMBITO DEL DIRITTO DEI MERCATI FINANZIARI*

SOMMARIO: 1. Il ruolo delle società fiduciarie nello sviluppo del mercato mobiliare italiano e del diritto dei mercati finanziari. – 2. La normativa in tema di società fiduciarie. – 3. La tipologia delle società fiduciarie. – 4. Le modalità di svolgimento dell'attività di amministrazione statica e la disciplina del contratto di amministrazione fiduciaria. – 5. Le fiduciarie di gestione. – 6. Il servizio di gestione di portafogli prestato dalle società fiduciarie di gestione. – 7. La disciplina del contratto di gestione fiduciaria. – 8. La peculiarità del servizio di gestione di portafogli espletata dalle società fiduciarie di gestione. – 9. Conclusioni: la fiducia all'interno del sistema del mercato finanziario.

1. Il ruolo delle società fiduciarie nello sviluppo del mercato mobiliare italiano e del diritto dei mercati finanziari.

Allo studioso del diritto dei mercati finanziari il tema della fiducia nell'ambito del settore della finanza evoca immediatamente quello delle società fiduciarie e del ruolo svolto da questi soggetti nell'ambito dell'evoluzione del mercato mobiliare italiano e della relativa disciplina legislativa e regolamentare.

Le società fiduciarie sono state infatti tra i più importanti protagonisti di quel processo di innovazione finanziaria, che, a partire dagli anni '80 del secolo scorso, ha letteralmente rivoluzionato il panorama degli intermediari e dei prodotti nel nostro Paese, insieme al relativo quadro normativo.

Il panorama finanziario italiano, infatti, si incentrava all'epoca su di un sistema prevalentemente 'bancocentrico', in cui il credito bancario costituiva il canale quasi esclusivo di finanziamento per le imprese, e su un mercato mobiliare e borsistico asfittico, privo di adeguati strumenti di investimento per i risparmiatori italiani, desiderosi di trovare nuove forme impiego oltre a quella prevalente dei titoli di Stato, di fronte anche alla sfida di un'inflazione a due cifre, che minacciava di erodere i risparmi accumulati nel tempo. All'interno di questo panorama le fiduciarie si posero fra gli inter-

mediari più dinamici, proponendo innovazioni destinate a rivoluzionare la normativa e il mercato.

In particolar modo, le società fiduciarie, senza abbandonare la loro modalità operativa caratteristica, cioè quella dell'intestazione fiduciaria, che consiste nell'intestazione in capo alla società di titoli o altri beni dei clienti (titoli e beni che nonostante l'intestazione formale, rimangono tuttavia nella proprietà sostanziale dei clienti medesimi), si sono in quegli anni trasformate, da meri amministratori e custodi di patrimoni, in istituzioni finanziarie operanti in maniera innovativa sotto due diversi profili: quello della emissione di nuovi prodotti finanziari e quello dell'offerta di nuovi servizi.

Sotto il primo profilo, le fiduciarie operarono ampiamente nella elaborazione di tali prodotti, all'interno del fenomeno più ampio della creazione di titoli atipici da parte di nuove tipologie di emittenti, precisamente attraverso l'emissione di "certificati di deposito fiduciario" (o di altri titoli analoghi variamente denominati). Si trattava nello specifico di documenti, destinati alla circolazione all'interno del mercato secondario, rappresentativi di beni e cespiti fiduciarmente intestati alla fiduciaria stessa (spesso quote di partecipazione societaria non azionaria, o beni diversi come beni di investimento e quote di multiproprietà immobiliare). La caratteristica di tali strumenti era che, dal punto di vista giuridico formale, ad essere incorporata nel titolo non era direttamente la proprietà del bene fiduciariamente intestato, ma la posizione giuridica contrattuale intercorrente con la fiduciaria intestataria del bene stesso, cosicché l'acquirente del titolo veniva ad acquisire innanzitutto la qualità di fiduciante e, conseguentemente, in quanto tale anche la proprietà sostanziale del bene sottostante.

Nonostante il verificarsi di alcuni abusi¹ (del resto inevitabili, stante all'epoca la pressoché totale mancanza di vigilanza e di una disciplina specifica), questi primi tentativi di mobilitazione e cartolarizzazione della ricchezza da un lato contribuirono ad ampliare il numero dei prodotti finanziari a disposizione dei risparmiatori e, dall'altro, stimolarono la produzione di una disciplina legislativa che, proprio partendo da queste e simili

¹ V. sul punto E. RIGHINI, *I certificati emessi dalle società fiduciarie e la sollecitazione del pubblico risparmio*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 1989, II, p. 667 ss.; ID., *Ruolo e funzione del depositario – amministratore di valori mobiliari nella sollecitazione del pubblico risparmio*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 1992, II, p. 196.

esperienze, introdusse per la prima volta, con la l. n. 77 del 23 marzo 1983, una normativa in tema di “sollecitazione al pubblico risparmio”. Tale disciplina costituirà la base per la creazione di una legislazione organica del mercato mobiliare, sfociata poi, attraverso varie vicende normative, nella elaborazione del Testo Unico della Finanza (d.legisl. 24 febbraio 1998, n. 58 e successive modifiche), di cui la disciplina dell’ “appello al pubblico risparmio” e delle “offerte pubbliche di vendita e di sottoscrizione” (che tuttora ne mantengono l’impianto normativo di base e i principi basilari) costituisce ancora una parte fondamentale.

Sotto il profilo della creazione di nuovi servizi finanziari, furono proprio le società fiduciarie ad introdurre per prime nel nostro paese il servizio di gestione individuale di patrimoni, effettuando, su base contrattuale e nell’interesse del singolo cliente, la movimentazione dei patrimoni fiduciariamente intestati a fini di investimento. In tal modo, in un panorama nazionale che si presentava assolutamente carente sotto il profilo del risparmio gestito (giacchè la normativa italiana sui fondi comuni di investimento, introdotta soltanto nel 1983, con la già citata legge n.77, fu attuata solo qualche anno dopo), si attribuiva al risparmiatore italiano la possibilità di ricorrere ad un servizio innovativo e personalizzato, che sarà poi annoverato fra le “attività di intermediazione mobiliare” dalla l. n. 1 del 2 gennaio 1991 e, successivamente, fra i “servizi di investimento” di cui al citato Testo Unico della Finanza.

2. La normativa in tema di società fiduciarie.

Passando ora ad esaminare l’impianto normativo in tema di società fiduciarie, il primo provvedimento relativo a tali società risale al regio decreto legge del 16 dicembre 1926 n. 2214; tuttavia è del 23 novembre 1939 la prima legge sulle società fiduciarie, la n. 1966, legge che ancora oggi ne costituisce la base della disciplina, arricchitasi negli anni per opera di diversi interventi legislativi e regolamentari.

Fra essi, va ricordato innanzitutto il Regio Decreto 29 marzo 1942, n. 239, il quale, coordinato con la legge 29 Dicembre 1962, n.1745, imponendo l’obbligo di comunicazione delle generalità dei fiducianti all’amministrazione finanziaria, viene considerato quale fondamento del principio di riservatezza proprio delle società fiduciarie, attraverso una interpretazione *a contrario*, in base alla quale di volta in volta ulteriori obblighi di comunicazione della loro identità dovranno espressamente essere previsti dalla legge.

Ulteriore importante riferimento normativo è poi quello della legge 13 aprile 1987, n. 148, con cui il legislatore sanziona le società o gli enti, privi della prescritta autorizzazione, che svolgano attività propria di società fiduciaria, sottoponendo i soggetti che prestino abusivamente tale attività alla liquidazione coatta amministrativa.

Fra le norme fondamentali in tema di società fiduciarie va ricordato infine il D.M. 16 gennaio 1995, che coordina la normativa in tema di società fiduciarie, in materia di autorizzazione e vigilanza sullo svolgimento dell'attività fiduciaria, con le citate norme emanate a partire dagli anni '80 in Italia in tema di mercato mobiliare.

Per quanto riguarda la relativa definizione normativa, secondo la l. n. 1966 del 1939 le "società fiduciarie e di revisione si propongono, sotto forma di impresa, di assumere l'amministrazione dei beni per conto di terzi, l'organizzazione e la revisione contabile di aziende e la rappresentanza dei portatori di azioni e di obbligazioni".

Da questa definizione si evince che, secondo tale l'impostazione, la società fiduciaria svolge l'attività di amministrazione di beni; i beni amministrati sono e rimangono di proprietà dei terzi; la società fiduciaria normalmente si intesta i beni dei terzi ma potrebbe anche semplicemente ricevere incarico di amministrarli senza intestazione fiduciaria.

L'essenza dell'attività fiduciaria consiste quindi nell'intestazione dei beni alla fiduciaria stessa, che ne acquisisce così la titolarità in senso formale, pur rimanendo la proprietà sostanziale dei beni stessi in capo ai fiduciari.

Lo svolgimento dell'attività fiduciaria, cioè dell'attività svolta secondo la predetta finalità è rigorosamente riservato alle società fiduciarie, conformi alle prescrizioni della legge 1966/39. Le società fiduciarie possono pertanto operare solo previa autorizzazione del Ministero dello Sviluppo Economico (già Ministero dell'Industria) e la loro operatività deve svolgersi in conformità al già citato Decreto del Ministeriale del 16 gennaio 1995.

A tali disposizioni specifiche si sono poi aggiunte quelle contenute nel d.lgs. n. 141, del 13 agosto 2010, nel testo modificato dall'art. 4 del d.lgs. n. 169, del 19 settembre 2012, che ha previsto, per le fiduciarie con capitale sociale superiore al doppio del capitale minimo per le s.p.a. o controllate da banche o intermediari (cosiddette «fiduciarie di primo livello»), la sottoposizione (ai soli fini antiriciclaggio) alla vigilanza della Banca d'Italia, con l'esenzione, tuttavia, dell'obbligo di fornire a banche, commercialisti, avvocati, notai i dati sul cliente/fiduciante. Conseguentemente, le fiduciarie di primo livello sono iscritte nel nuovo albo di cui all'articolo 106 del Testo Unico Bancario. Pertanto esse, oltre che alla vigilanza e all'autorizzazione del Ministero per lo Sviluppo Economico, sono sottoposte alla vigilanza

della Banca d'Italia ai soli fini antiriciclaggio per gli aspetti relativi all'organizzazione amministrativa e contabile nonché per i controlli interni. Esse devono inoltre essere dotate di di uno specifico "patrimonio di vigilanza" che risponda ai requisiti patrimoniali prescritti, idonei a far fronte al rischio operativo derivante dalla mancata conformità alla normativa antiriciclaggio.

Occorre infine tenere presente che, a seconda dell'attività svolta, le società fiduciarie possono essere assoggettate a diverse prescrizioni legislative e regolamentari, come nel caso delle fiduciarie che svolgano attività di gestione di patrimoni, le quale sono soggette alla normativa in tema di prestazione di servizi di investimento, contenuta nel Testo Unico dell'Intermediazione finanziaria e nei relativi regolamenti di attuazione, anziché alla disciplina di cui alla l. n. 1966/1939.

3. La tipologia delle società fiduciarie.

Le società fiduciarie, a seconda della tipologia di attività svolta, possono quindi essere suddivise in due categorie, assoggettate ad una diversa disciplina normativa.

La prima categoria comprende le società fiduciarie dette "di amministrazione statica", le quali esercitano attività di amministrazione del patrimonio conferito dal cliente senza alcun diritto o facoltà di disporre discrezionalmente dei diritti o dei beni del medesimo. La fiduciaria si impegna pertanto ad osservare rigorosamente le istruzioni impartite dal fiduciante stesso. Tale modello è quello previsto dalla già citata l. n.1966 del 1939, cioè il modello della "fiducia statica", in cui il fiduciario, in quanto intestatario di un diritto, a seguito di accordo esistente col fiduciante si impegna ad esercitare tale diritto in conformità alle richieste ed istruzioni del fiduciante, in favore di questi o di un terzo da questi indicato.

Secondo questo modello, la società fiduciaria non ha in alcun modo la possibilità di disporre autonomamente del bene o del diritto conferitole in amministrazione dal fiduciante.

Le clausole contenute nel contratto evidenziano inoltre che la proprietà sostanziale del bene o del diritto rimane in capo al fiduciante, cosicché le società fiduciarie non acquisiscono la proprietà sostanziale dei beni e diritti a loro affidati, ma solo la legittimazione derivante dalla loro intestazione formale. Si pone pertanto in essere una netta separazione tra il patrimonio così gestito e quello proprio della società fiduciaria. In virtù di tale separazione i beni ed i diritti trasferiti alle società fiduciarie vengono conseguentemente

sottratti alle azioni dei creditori di tali società, e rimangono quindi soggetti alle sole azioni dei creditori del fiduciante².

La modalità operativa delle società fiduciarie di amministrazione è quella del contratto di amministrazione con intestazione fiduciaria. Si tratta di una figura contrattuale, basata sull'*intuitu personae*, che non comporta alcun potere discrezionale per il depositario amministratore o per la società fiduciaria che svolga tale ruolo. L'amministratore deve infatti limitarsi ad espletare un'attività meramente conservativa e di ordinaria amministrazione, senza poter disporre dei titoli e degli strumenti finanziari ad esso affidati. Da qui il nome anche di "amministrazione statica", di questa attività, per contrapporla alla "gestione dinamica", di cui si parlerà in seguito, e che invece presuppone l'attribuzione di un siffatto potere.

Sotto il profilo della qualificazione giuridica, più in particolare, l'attività di amministrazione, anche se in forma fiduciaria, è, quanto a finalità e poteri, assimilabile alla figura tradizionale del contratto di deposito regolare in amministrazione di titoli di cui all'art. 1838, c.c.; contratto tipico che il codice civile inserisce fra i contratti bancari, in quanto tradizionalmente trattasi di un servizio espletato dalle banche a favore della loro clientela³, ma che si presta ad essere inquadrato nella fattispecie più generale del mandato.

In particolare, l'attività di amministrazione di titoli (che rientra anche fra i servizi accessori che possono essere espletati dalle sim), può essere svolta da qualsiasi soggetto, poichè non è assoggettata ad alcuna particolare forma di riserva. Tuttavia, quando tale attività venga prestata attraverso la modalità dell'intestazione fiduciaria, essa può essere riservata solo dalle società fiduciarie, in quanto la prestazione di servizi alla clientela mediante tale forma costituisce una peculiarità ad esse specificamente attribuita dall'ordinamento.

² Tale separazione patrimoniale è stata riconosciuta anche dalla Cassazione, con la sentenza del 21 maggio 1999 n. 4943, affermando che "nella società fiduciaria, i fiducianti vanno identificati come gli effettivi proprietari dei beni loro affidati alla società ed a questa strumentalmente intestati; rimanendo i fiducianti proprietari effettivi dei beni affidati alla società, gli stessi sono dotati di una tutela di carattere reale azionabile in via diretta ed immediata nei confronti della fiduciaria".

³ Per l'identificazione dell'attività di amministrazione e custodia con quella di cui all'art. 1838 c.c., v. implicitamente, D. VIANI e E. ZANELLI (a cura di), SIM, [*Società di intermediazione mobiliare: Legge 2 gennaio 1991, n. 1*], Trieste, Ergon business communication, 1991, p. 90, e la circolare Assonime n. 5/91.

4. Le modalità di svolgimento dell'attività di amministrazione statica e la disciplina del contratto di amministrazione fiduciaria.

Come già si è accennato, un provvedimento fondamentale per quanto riguarda la disciplina dello svolgimento dell'attività fiduciaria di amministrazione statica è costituito dal D.M. 16 gennaio 1995, il quale si occupa delle società fiduciarie di amministrazione sia per quanto attiene la fase della autorizzazione all'esercizio dell'attività, sia per quanto attiene alla vigilanza sull'attività stessa.

Tale provvedimento è stato emanato dal Ministro dell'Industria (ora dello Sviluppo Economico) quale organo di controllo sulle fiduciarie, e contiene le norme relative allo svolgimento degli incarichi fiduciari e al contenuto del contratto. Fra tali disposizioni troviamo innanzitutto quelle che interdicono alle fiduciarie di detenere partecipazioni proprie se siano non strettamente attinenti alla propria attività e, soprattutto quelle che impongono ad esse l'obbligo di inserire i beni amministrati per conto di terzi in appositi "conti d'ordine", dopo averli iscritti in uno specifico registro ed averli rubricati ed identificati ai fini dell'archivio unico informatico. La funzione di tale iscrizione e dei relativi obblighi di registrazione è legata alla necessità di provvedere all'opportuna identificazione di tutti i beni di titolarità dei fiducianti, in modo da evitare la confusione con la proprietà dei beni degli altri fiducianti e con il patrimonio della fiduciaria medesima, poiché caratteristica essenziale dell'intestazione fiduciaria è il mantenimento della proprietà dei beni in capo ai clienti, che verrebbe meno, secondo i fondamentali principi civilistici, nel caso in cui si tale confusione venisse a verificarsi.

Tutto ciò comporta che la modalità operativa propria delle società fiduciarie possa qualificarsi come un operare per conto di terzi, anche se in nome proprio.

I suddetti principi fondamentali vengono poi rafforzati dal rispetto delle norme contenute all'interno del decreto e che riguardano la determinazione del contenuto del contratto di amministrazione fiduciaria e delle relative clausole.

In particolar modo è il punto 10 dell'articolo 5 del decreto che prevede tale contenuto, stabilendo l'obbligo di indicare ciascun bene affidato in amministrazione e l'individuazione dei poteri conferiti alla società fiduciaria, nonché la facoltà per il fiduciante di modificare in ogni momento tali poteri, con comunicazione scritta precedente della relativa esecuzione, nonché di impartire istruzioni specifiche per il relativo esercizio. Rispetto a tale ipo-

tesi, rimane la facoltà per la società fiduciaria di non accettare le istruzioni o di sospenderne l'esecuzione, previa comunicazione al fiduciante, qualora le ritenga contrarie a norme di legge, pregiudizievoli per la sua onorabilità, professionalità e operatività e per i suoi diritti soggettivi. Deve inoltre essere in ogni caso riconosciuta la facoltà per il fiduciante di risolvere in ogni momento il contratto, con il correlativo obbligo per la fiduciaria di restituire al fiduciante i beni amministrati.

Queste disposizioni sono espressione della sostanziale natura giuridica riconducibile alla figura del mandato del contratto di amministrazione fiduciaria, cioè del fatto che il fiduciante, in quanto mandatario, si configuri come *dominus* dell'operazione, nel cui interesse e in conformità alle cui determinazioni deve essere amministrato il patrimonio, e a cui vanno comunque restituiti i beni, che sono a costui riferibili.

Da parte sua, il fiduciante ha l'obbligo di non disporre personalmente, ma a nome della società fiduciaria, dei beni e dei relativi diritti in amministrazione, con la conseguente facoltà (in base all'art. 1727 c.c. "rinuncia al mandato") per la società fiduciaria di recedere dal contratto, in particolare qualora il fiduciante abbia regolato personalmente operazioni finanziarie a nome della società fiduciaria, effettuando pagamenti di somme o ricevendone. Ulteriore obbligo per il fiduciante è quello di anticipare alla fiduciaria la provvista finanziaria necessaria per l'esecuzione degli incarichi, con l'obbligo per la società fiduciaria di non dare esecuzione ad istruzioni che comportino un'obbligazione di natura finanziaria ove la provvista non sia stata tempestivamente messa a disposizione dal cliente.

In proposito, la prima disposizione si collega alla peculiare caratteristica del contratto di amministrazione fiduciaria, dove la formale intestazione dei beni in capo alla società fiduciaria comporta evidentemente che tutte le operazioni vengano compiute a nome di quest'ultima, mentre l'obbligo di fornire al mandatario le risorse necessarie per lo svolgimento del suo incarico rappresenta una delle obbligazioni fondamentali del mandante. Il corrispondente divieto per la fiduciaria di dar corso all'operazione qualora il cliente non abbia preventivamente fornito la necessaria provvista risponde, poi, da un lato alla finalità di assicurare la stabilità finanziaria della società, e, dall'altro a quella di evitare che l'attività di amministrazione, in sé puramente conservativa, si trasformi in un'occasione di speculazione finanziaria.

Rispondono invece all'esigenza di offrire adeguata tutela al cliente-fiduciante la previsione del divieto per la società fiduciaria di cedere il contratto e la predeterminazione all'interno del contratto stesso del corrispettivo per la fiduciaria, ovvero dei criteri per la sua determinazione nonché degli oneri e delle spese addebitabili al fiduciante. Essendo i titoli intestati alla fiducia-

ria comunque di proprietà dei fiducianti, lo schema contrattuale prevede poi conseguentemente l'obbligo da parte di questa di esercitare il diritto di voto ed ogni altro diritto inerente ai beni in amministrazione in conformità alle direttive impartite per iscritto dal fiduciante.

Il contratto deve inoltre prevedere, sempre a tutela della clientela, e con finalità di trasparenza, la cadenza dell'(eventuale) rendiconto dell'amministrazione svolta, se necessario alla buona esecuzione del contratto e ove chiesto dal fiduciante, e l'indicazione degli intermediari abilitati ad esercitare l'attività di custodia e amministrazione presso i quali sono depositati i beni assunti in amministrazione.

In quanto operatore professionale la fiduciaria è responsabile per i danni derivanti dalla cattiva amministrazione del patrimonio dei clienti. Tale responsabilità per l'inadempimento dei doveri scaturenti dal contratto, in conformità alla sua qualificazione giuridica come mandato, è per la società fiduciaria regolata dagli artt. 1176 e 1710 c.c. (sulla diligenza del mandatario nell'adempimento delle obbligazioni). Inoltre, in conformità ai principi generali, deve essere espressamente menzionato nel documento contrattuale l'obbligo per la società fiduciaria di rispondere dell'operato degli ausiliari di cui il fiduciante l'autorizza ad avvalersi per l'esecuzione dell'incarico ai sensi degli artt. 1228 c.c. (responsabilità degli ausiliari) e 2049 c.c. (responsabilità dei padroni e dei committenti), salvo che nel contratto di mandato le parti abbiano indicato il nominativo dell'ausiliario ovvero che la sostituzione sia necessaria in relazione alla natura dell'incarico ai sensi dell'art. 1717 c.c. (sostituto del mandatario e preventiva autorizzazione alla sostituzione).

Infine, sempre a tutela del cliente, il contratto deve sancire l'inderogabilità dalle condizioni generali contenute nel contratto stesso, in quanto esse costituiscono l'applicazione dei principi fondamentali per un corretto svolgimento dell'attività fiduciaria. Pertanto esse, salvo motivate eccezioni, non possono essere derogate da clausole aggiuntive.

I successivi articoli 12, 13 e 14 del decreto riguardano invece non le clausole contrattuali del mandato fiduciario, ma le regole di comportamento che le società fiduciarie devono rispettare nell'esecuzione del mandato fiduciario stesso, sempre a tutela della clientela, e nel rispetto della natura professionale della prestazione fornita ai fiducianti.

Nello specifico, l'articolo 12 prescrive che la società fiduciaria nello svolgimento della sua attività compia gli atti previsti ed indicati dalla natura o dall'oggetto del bene amministrato con diligenza e professionalità nel rispetto delle disposizioni impartite da ciascun fiduciante, che agisca nell'interesse esclusivo del fiduciante e risponda secondo le regole del

mandato oneroso e che i beni e le somme vengano indicati nel contratto, nonché in un estratto conto periodico, al fine di assicurarne un'esatta identificazione.

La fiduciaria inoltre non potrà emettere titoli, documenti o certificati rappresentativi dei diritti dei fiducianti: quest'ultima disposizione risponde all'esigenza di evitare l'immissione sul mercato di prodotti finanziari o titoli che potrebbero dare luogo a frodi o abusi per la difficoltà derivante dallo schermo dell'intestazione fiduciaria nel fare effettivo riferimento ai beni rappresentati da tali certificati, sulla scorta di alcune esperienze avvenute durante gli anni '80, dove certificati di questo genere vennero utilizzati nell'ambito di operazioni di sollecitazione all'investimento che diedero luogo a frodi collettive a danno dei risparmiatori⁴

Sempre a tutela della proprietà dei fiducianti, e al fine di garantire eventuali fraudolente sottrazione di beni, i depositi in denaro e i beni dei fiducianti devono essere depositati obbligatoriamente presso banche o SIM autorizzate a svolgere il servizio di custodia e amministrazione di strumenti finanziari, con facoltà di sub-deposito presso società autorizzate ai sensi dell'art. 80 TUF ad esercitare gestione accentrata di strumenti finanziari (Monte Titoli S.p.A.). In deroga a quanto sopra esposto, il fiduciante potrà chiedere che i propri titoli vengano depositati presso la società emittente, ovvero presso la fiduciaria, ma solo quando ciò sia necessario all'esecuzione di specifici incarichi conferiti nell'ambito del contratto fiduciario, ovvero quando la società fiduciaria svolga la funzione di cassa incaricata per il pagamento dei frutti, per il deposito ai fini dell'intervento in assemblea, ed infine per il loro ritiro da parte del fiduciante, quando si debba provvedere alla loro reintestazione.

All'atto della sottoscrizione del contratto il fiduciante, se persona fisica, deve dichiarare se i beni da amministrare sono di sua esclusiva proprietà, ovvero se su di essi egli possieda diritti reali di godimento e se essi siano affidati dal fiduciante nella sua qualità di imprenditore o nell'esercizio d'impresa.

⁴ V. in proposito E. RIGHINI, *I certificati patrimoniali dell'Istituto Fiduciario Lombardo*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1987, I, p. 145; ID., *I certificati emessi dalle società fiduciarie e la sollecitazione del pubblico risparmio*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 1989, II, p. 667 ss.; ID., *Ruolo e funzione del depositario - amministratore di valori mobiliari nella sollecitazione del pubblico risparmio*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 1992, II, p. 196.

Infine, in caso di conferimento di un mandato avente ad oggetto l'amministrazione di partecipazioni sociali, la società fiduciaria dovrà integrare il proprio incarico con copia della documentazione riguardante la società partecipata fiduciariamente.

5. Le fiduciarie di gestione.

La seconda tipologia di società fiduciarie è quella delle "fiduciarie di gestione", che esercitano la gestione di portafogli di investimento attraverso l'intestazione fiduciaria, secondo quanto previsto dal TUF. Si tratta del modello della "fiducia dinamica", in cui il fiduciario riceve dal fiduciante il diritto di disporre discrezionalmente dei beni e diritti di quest'ultimo al fine di incrementare il valore del patrimonio del fiduciante; nello stesso tempo il fiduciario assume l'obbligo verso il fiduciante di ritrasferire a lui o ad un terzo appositamente individuato i beni di tale patrimonio al termine del rapporto. La società fiduciaria, acquisendo la piena disponibilità dei beni e dei diritti conferiti, può quindi disporre in modo pienamente discrezionale degli stessi, alienandoli ed effettuando così nuovi investimenti sempre nell'interesse del fiduciante.

In proposito, la distinzione fra "fiduciarie di gestione" e "fiduciarie di amministrazione" nasce dalla circostanza che, come già detto, il nostro ordinamento non consente alle società fiduciarie di svolgere contemporaneamente entrambe le attività, ma opera una netta separazione fra i soggetti autorizzati, in forma fiduciaria, a prestare attività di amministrazione statica e quelli che possono, sempre in tale forma, svolgere il servizio di gestione dinamica.

Infatti, come si è visto, con riferimento alle fiduciarie di amministrazione, con il già citato d.m. del 1995 ("Elementi informativi del procedimento di autorizzazione all'esercizio dell'attività fiduciaria e di revisione e disposizioni di vigilanza") si è prevista l'assimilazione del contratto fiduciario a quello di mandato prevedendo che al fiduciante rimanga la proprietà sostanziale dei beni e dei diritti conferiti. Viceversa, con riferimento alle fiduciarie di gestione, la legge, come vedremo, dispone che esse devono essere iscritte in una sezione speciale dell'Albo SIM ed esercitare in via esclusiva l'attività di gestione con intestazione fiduciaria, previa integrazione della ragione sociale con l'indicazione di "Società Fiduciaria SIM", sotto la vigilanza di Consob e Banca d'Italia.

6. Il servizio di gestione di portafogli prestato dalle società fiduciarie di gestione.

L'attività di gestione svolta dalle società fiduciarie rientra nel novero dei servizi di investimento, e precisamente nella "gestione di portafogli" di cui all'art.1, comma 5, del d. legisl. n. 58 del 24 febbraio 1998, TUF. Tale servizio è definito dall'art. 1, comma 5, *quinquies* del TUF come la gestione, su base discrezionale e individualizzata, di portafogli di investimento che includono uno o più strumenti finanziari e nell'ambito di un mandato conferito dai clienti.

In realtà, la norma non ci offre una specifica definizione legislativa del concetto di gestione, che viene utilizzato sia per il servizio di gestione individuale prestato dalle SIM e dagli altri intermediari ad esse equiparati, fra cui appunto le fiduciarie, sia per la gestione espletata da altri soggetti, come i fondi comuni di investimento e i fondi pensione.

Tuttavia, un punto fermo è che la caratteristica essenziale dell'attività di gestione consista nella particolare modalità operativa cioè nella dinamicità, che consiste, come già detto, nell'effettuare operazioni di acquisto e di vendita di beni, di attività finanziarie, titoli, etc., nell'interesse dei clienti, che affidano all'intermediario il compito di gestire professionalmente le proprie risorse mediante tale forma di valorizzazione dell'attivo. La caratteristica essenziale della gestione è quindi il suo carattere dinamico, perchè, nell'effettuare operazioni di acquisto e di vendita, secondo la propria scelta discrezionale, al fine di ottenere plusvalenze di negoziazione (ma con il rischio per il cliente di sopportare anche le eventuali minusvalenze che dall'esercizio di tale attività conseguano), consiste l'oggetto principale dell'obbligazione del gestore.

Sotto questo profilo, la nozione di gestione si contrappone a quella di «amministrazione» per l'aspetto statico di quest'ultima, in cui l'amministratore non ha altro compito se non quello di esercitare i diritti inerenti ai valori mobiliari e ai prodotti finanziari a lui affidati, ma senza alcun potere di disporne⁵.

Il servizio di gestione individuale di patrimoni non costituisce tuttavia l'unica ipotesi di gestione che il nostro ordinamento conosce, ma accanto ad essa ne esiste un'altra, quella della gestione collettiva o gestione in monte. È quindi necessario determinare, in primo luogo, in cosa consiste

⁵ V. E. RIGHINI, *I valori mobiliari*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 218.

l'essenza della gestione personalizzata o individuale rispetto alla gestione in monte.

In proposito la dottrina ha ritenuto di indicare diversi criteri per discriminare tra l'una o l'altra ipotesi. Partendo comunque dalla constatazione per cui le differenze tra i due regimi discendono dalla diversa destinazione soggettiva del servizio, rivolta in un primo caso ad uno specifico e determinato soggetto, unico titolare del patrimonio affidato in gestione, e nel secondo ad una collettività di risparmiatori contitolari *pro quota* di diritti su una massa di beni e di attività, non riconducibile alla titolarità individuale di alcuni dei partecipanti, si è giunti a varie conclusioni.

Infatti, vi è chi ha sottolineato che la differenza fra gestioni individuali e gestioni in monte andrebbe determinata innanzitutto sotto il profilo quantitativo, nel senso che la gestione individuale sarebbe conveniente solo quando il patrimonio gestito sia di cospicue dimensioni, così da poter sostenere i costi del servizio di gestione e realizzare un'effettiva diversificazione degli investimenti (diversificazione che del servizio di gestione costituirebbe l'essenza), mentre quando il risparmiatore disponga individualmente di risorse di ammontare modesto sarebbe più conveniente il ricorso ad una gestione collettiva, che consentirebbe maggiori economie di scala e più ampie possibilità di diversificazione. Procedendo in questo approccio «quantitativo» si è anche auspicata la determinazione normativa dell'ammontare minimo del patrimonio affidabile dal singolo cliente al servizio di gestione personalizzata⁶.

Altri hanno ritenuto che la differenza tra gestioni individuali e collettive risiederebbe nel fatto che le gestioni individuali sarebbero caratterizzate da operazioni speculative e di rischio, mentre le gestioni collettive avrebbero ad oggetto solo operazioni non speculative⁷.

In realtà, si è opportunamente messo in evidenza che queste considerazioni non trovano riscontro nè in via di fatto, nè da un punto di vista norma-

⁶ In questo senso G. VISENTINI, *Relazione introduttiva al seminario sulle gestioni di portafoglio*, in *Rapporto conclusivo della ricerca sul servizio di gestione di portafoglio individuale*, a cura del Ceradi, Roma, 1986, p. 35 ss, il quale auspicava la fissazione di un limite quantitativo minimo di duecento milioni di lire per i servizi di gestioni individuale. Nella linea di interpretazione quantitativa v. anche N. SALANITRO, *Società per azioni e mercati finanziari*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 172.

⁷ M. PREDA, *Le gestioni patrimoniali: aspetti operativi e gestionali*, in AA.VV., *Fondi di investimento e gestioni patrimoniali*, Milano, Egea, 1990, p. 150.

tivo⁸. Infatti, non solo non vi sono norme di legge che individuino i predetti criteri discriminatori fra i due tipi di gestione, ma neppure la Consob ha mai richiesto un ammontare minimo di patrimonio da conferire in gestione individuale, limitandosi la Commissione a precisare che esso deve comunque essere tale da permettere un'effettiva diversificazione degli investimenti, da determinarsi non in maniera rigida, ma in concreto, con riferimento alle attività finanziarie oggetto specifico del rapporto di gestione⁹.

I criteri normativi a cui fare riferimento per determinare la differenza tra gestione individuale e gestione in monte vengono invece individuati dalla dottrina prevalente desumendoli dalla disciplina legislativa dell'attività di gestione e riguardano due diversi aspetti. Il primo si riferisce alla possibilità per il cliente di un servizio di gestione individuale di impartire in qualsiasi momento al gestore istruzioni vincolanti circa le operazioni da compiere (o da cui astenersi). Viceversa i partecipanti ad un sistema di gestione collettiva del risparmio non godono di alcun potere di istruzione vincolante nei confronti del gestore, ma tutte le decisioni in ordine agli investimenti e ai disinvestimenti competono esclusivamente a quest'ultimo.

Il secondo aspetto riguarda la titolarità dei beni e dei diritti conferiti in gestione che, nel caso del servizio di gestione personalizzata, spetta esclusivamente al cliente, il quale può in qualunque momento rivendicarne la proprietà e ottenerne la restituzione. Al contrario, i partecipanti ad un fondo comune non hanno alcun diritto di comproprietà sul fondo, ma sono solo titolari di un diritto di credito all'eventuale distribuzione dei proventi del periodo e di un diritto di credito al rimborso del valore in denaro della quota al momento del recesso, senza poter mai ottenere la consegna dei titoli e dei beni che compongono il patrimonio del fondo comune¹⁰.

Ora, al fine di comprendere esattamente il senso di tale diverso regime, che costituisce l'essenza stessa della contrapposizione fra gestione individuale e gestione in monte, è necessario considerare quale sia il rapporto intercorrente fra tali elementi caratterizzanti. In proposito, è necessario ritenere che sia la possibilità o impossibilità di impartire istruzioni vincolanti

⁸ G. DI CHIO, *Dlgs. n. 58/1998. Gli intermediari: il sistema di vigilanza e l'esercizio dei servizi di investimento*, in *Società*, 1998, p. 502 ss., in part. p. 507.

⁹ V. G. DI CHIO, *op. loc. cit.*, per un'indicazione analitica delle comunicazioni Consob che esprimono tale principio.

¹⁰ In questo senso G. DI CHIO, *op. loc. cit.*; R. COSTI, *Il mercato mobiliare*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 171 ss.

al gestore a dipendere dalla particolare posizione di titolarità o mancanza di titolarità dei beni gestiti, che a sua volta dipende dal diverso particolare assetto strutturale-amministrativo della gestione.

In altre parole, i partecipanti ad un fondo comune di investimento sono privi del potere di impartire istruzioni vincolanti alla società di gestione esclusivamente per motivi di carattere tecnico. Se infatti il fondo comune è composto da una pluralità di titoli, valori o strumenti finanziari, di cui i vari partecipanti non acquistano mai la titolarità individuale e che viene gestita nell'interesse della collettività, il singolo cliente del fondo non potrebbe impartire istruzioni vincolanti di investimento rispetto ad un patrimonio cui partecipa solo *pro quota*, con un diritto di credito al valore monetario di questa, poiché le istruzioni che ciascun partecipante volesse impartire potrebbero confliggere con disposizioni di segno contrario impartite da altri quotisti. È evidente quindi che l'impossibilità per il cliente del fondo comune di impartire istruzioni vincolanti nasce esclusivamente dalla natura collettiva dell'investimento e dalla inesistenza di una titolarità individuale, per mancanza di specificazione, dei valori che compongono il fondo.

Viceversa, nelle gestioni personalizzate la possibilità di impartire istruzioni vincolanti è strettamente connessa alla natura personalizzata del servizio, e alla diretta titolarità dei valori gestiti, immediatamente riferibili al singolo cliente. È questo elemento che rende possibile impartire istruzioni vincolanti al gestore.

In sostanza, la facoltà del cliente di impartire istruzioni vincolanti al gestore dipende dal carattere personalizzato del servizio, e dalla diretta titolarità, frutto della individuazione singolare dei valori gestiti, carattere questo proprio del servizio di gestione individuale di portafogli di investimento e non viceversa.

In particolar modo, tale principio di separazione e individuazione nell'ambito del servizio di gestione di portafogli di investimento costituisce una conseguenza del principio, di generale portata in quanto riguarda tutti i servizi di investimento, di separazione patrimoniale di cui all'art. 22 TUF, il quale stabilisce che "gli strumenti finanziari e le somme di denaro dei singoli clienti costituiscono un patrimonio separato da quello dell'intermediario gestore e distinto da quello dei singoli clienti". Pertanto, viene espressamente sancito che sui patrimoni dei singoli clienti non sono ammesse azioni dei creditori dell'intermediario o nell'interesse di questi, nè quelle dei creditori dell'eventuale depositario o subdepositario o nell'interesse di questi, mentre le azioni dei creditori dei singoli clienti sono ammesse solo nei limiti dei patrimoni di loro proprietà. Sempre nell'ambito del principio di separazione, sui conti dei clienti depositati presso terzi non opera la compensazione

legale o giudiziale e non può essere pattuita quella convenzionale rispetto ai crediti vantati dal depositario o subdepositario nei confronti dell'intermediario o del depositario. Così, senza il consenso scritto del cliente, il gestore non può utilizzare i beni dei clienti nell'interesse proprio o di terzi.

In proposito, data la natura di beni fungibili del denaro e degli strumenti finanziari della clientela il legislatore ha ritenuto necessario, onde evitare il fenomeno della confusione dei patrimoni, non solo sancire espressamente tale principio, ma anche imporre agli intermediari che prestino il servizio di gestione individuale di portafogli di investimento una serie di regole organizzative che essi devono osservare al fine di consentire l'individuazione degli strumenti finanziari di proprietà di ciascun cliente, individuazione in assenza della quale la separazione dei patrimoni non potrebbe realizzarsi nella pratica, impedendosi in concreto l'esercizio dell'azione di rivendica. A tali norme organizzative, si aggiungono le previsioni sanzionatorie di carattere penale riguardanti la confusione fraudolenta di patrimoni da parte dell'intermediario (art. 168 TUF) e, in caso di insolvenza, norme processuali volte a facilitare l'individuazione del patrimonio dei singoli clienti (art. 91 TUB).

7. La disciplina del contratto di gestione fiduciaria.

Dall'applicazione di tale principio generale alla particolare fattispecie del servizio di gestione di portafogli di investimento discendono alcune delle norme contenute nell'art. 24 TUF con specifico riferimento a tale servizio. Tali disposizioni si applicano a tutti gli intermediari che prestino il servizio di gestione individuale di patrimoni e quindi anche al servizio prestato dalle società fiduciarie, e costituiscono la specifica disciplina normativa di questa attività.

Fra esse vanno ricordate innanzitutto quelle che prevedono, come già detto, per il cliente il potere di impartire, in quanto proprietario dei beni e valori gestiti, istruzioni vincolanti al gestore e di recedere in qualunque momento dal contratto; la previsione della titolarità del diritto di voto inerente ai titoli gestiti direttamente in capo al cliente stesso, salva la possibilità di delega dell'esercizio di esso al gestore, nel rispetto delle modalità e dei limiti previsti in via regolamentare, e l'impossibilità per il gestore di delegare a terzi l'esecuzione dell'incarico, salva l'autorizzazione del cliente. Alla diversa esigenza di garantire un'effettiva tutela al cliente rispondono invece la disposizione di cui all'art. 24 TUF, che prevede la necessaria redazione del contratto in forma scritta, così come la previsione di cui all'art. 30, comma

6, TUF, che prevede lo *jus poenitendi* del cliente entro sette giorni dalla conclusione del contratto, se stipulato fuori sede o a distanza. Tutte le norme, di rango legislativo, del TUF così indicate, sono espressamente sancite come inderogabili dall'art. 24 comma 2, TUF e quindi la diversa previsione renderà nullo il patto contrario, con nullità relativa rilevabile solo dal cliente.

A queste norme si aggiungono le disposizioni regolamentari, di cui al Regolamento Intermediari di attuazione del TUF, emanato dalla Consob, che specificano le norme contenute nel Testo Unico, indicando più in dettaglio il contenuto del contratto fra gestore e investitore.

8. La peculiarità del servizio di gestione di portafogli espletata dalle società fiduciarie di gestione.

Tutte le norme suddette si applicheranno nei confronti di tutti gli intermediari abilitati alla prestazione del servizio di gestione di portafogli di investimento, comprese quindi anche le fiduciarie di gestione. In cosa consiste quindi la differenza tra l'operatività di questi soggetti e quella delle altre tipologie di intermediari?

In proposito, una norma particolare è contenuta nell'art. 21, comma 2, TUF, e prevede che le SIM e le banche possano, nell'esercizio dell'attività di prestazione di servizi di investimento, compreso quello di gestione, operare non solo in nome e per conto del cliente, come normalmente avviene, ma anche, previo consenso scritto da parte del cliente, in nome proprio e per conto del cliente stesso.

Qual è quindi la differenza fra questa modalità operativa e quella delle fiduciarie?

La questione sorge soprattutto per effetto del susseguirsi nel tempo di diverse norme volte a disciplinare il servizio di gestione di patrimoni, a partire dalla l. n. 1 del 2 gennaio 1991, la quale disponeva che le SIM (art.8) e le banche (art. 8 e 16, comma 2) autorizzate a prestare il servizio, potessero agire esclusivamente in nome e per conto terzi, precisando poi il regolamento di attuazione di cui alla delibera Consob del 2 luglio 1991, n. 5387, che le SIM e le banche dovevano «intestare al nome dei singoli clienti i valori mobiliari acquistati o sottoscritti per conto degli stessi».

Solo con riferimento alle società fiduciarie l'art. 17, comma 1, l. n.1/1991 prevedeva che esse potessero svolgere «l'attività di gestione di patrimoni mediante operazioni aventi ad oggetto valori mobiliari, in nome proprio e per conto terzi».

Successivamente, però, alla direttiva CE del 10 maggio 1993 n. 93/22, il legislatore, con il decreto "Eurosime" n. 415 del 23 luglio 1996, all'art. 17, comma 2 (recepito poi nell'art. 21, comma 2, TUF) ha esteso la possibilità di agire in nome proprio e per conto del cliente (previo consenso scritto di quest'ultimo) anche alle SIM e alle banche (facoltà estesa successivamente dal TUF anche alle società di gestione del risparmio).

Contemporaneamente, l'art. 60, comma 4, del decreto Eurosime (norma la cui permanenza in vigore è espressamente sancita dall'art. 199 TUF fino all'approvazione della riforma organica della disciplina di queste società) ha stabilito che le società fiduciarie, autorizzate allo svolgimento del servizio di gestione, possano prestare tale attività anche in nome e per conto terzi e ha al contempo modificato l'espressione utilizzata per indicare il loro specifico *modus operandi*, stabilendo che esse possano espletare tale servizio anche «mediante intestazione fiduciaria».

In proposito, la modalità di esercizio della gestione del patrimonio effettuata in nome proprio e per conto del cliente secondo i termini di cui all'art. 21, comma 2, TUF, non è confondibile con quella attuata dalle fiduciarie, perchè la prima comporta comunque l'obbligo di trasferire e intestare a nome del cliente automaticamente e immediatamente dopo l'acquisto, gli strumenti finanziari acquistati per conto del cliente medesimo¹¹. Viceversa nel caso della gestione svolta dalle società fiduciarie, queste conservano l'intestazione fiduciaria degli strumenti gestiti. Tale intestazione fiduciaria verrà quindi meno solo quando il cliente richiederà la restituzione dei titoli, oppure interromperà il rapporto fiduciario.

In sostanza, la gestione in nome del gestore e per conto del cliente di cui all'art. 21, comma 2, TUF, rappresenta semplicemente uno strumento utile per rendere più snelle e meno complesse le operazioni di gestione, consentendo la possibilità di procedere unitariamente ad ordini cumulativi di acquisto e di vendita, rivolti dal gestore agli intermediari negozianti, per conto di più clienti gestiti, senza per questo dar corso alla spendita del nome per ogni singolo cliente interessato. Tale modalità, comunque, non snatura le caratteristiche proprie del servizio di gestione individuale, in quanto l'intestazione al cliente e il trasferimento dei titoli a quest'ultimo avviene, come già detto, automaticamente e immediatamente dopo l'acquisto

¹¹ G. VISENTINI, *Ferrarini, Novità e problemi del decreto Eurosime*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1996, I, p. 887; F. ANNUNZIATA, *La nuova disciplina dei servizi di investimento*, in *Riv. soc.*, 1996, p. 1154.

per conto del cliente medesimo, e anche in tale intervallo di tempo il cliente potrebbe rivendicare i valori di sua spettanza a norma dell'art. 1706, c.c., trattandosi di cose mobili.

Del resto, anche sotto l'impero della previgente l. n. 1/91, la Consob aveva individuato un *escamotage* per superare il problema dell'ammissibilità di ordini cumulativi, cioè la possibilità di assegnare un codice identificativo al nominativo di ogni cliente¹², potendosi trasmettere ordini anche nell'interesse di più clienti, senza effettuarne la separata spendita del nome, in tal modo avvicinando le modalità tecniche di svolgimento del servizio di gestione in nome e per conto del cliente a quelle del servizio in nome del gestore, ma per conto del cliente medesimo.

Il sistema predetto, quindi, si discosta dalle modalità di gestione delle società fiduciarie mediante la loro tradizionale tecnica operativa dell'intestazione fiduciaria. In proposito, secondo il sistema previgente della l. n. 1/91 nell'interpretazione datane dalla Consob¹³, quella dell'intestazione fiduciaria rappresentava l'unica modalità operativa consentita a tali società, essendo per esse vietato agire secondo modalità diverse. Tale divieto è stato comunque successivamente eliminato con l'art. 60, comma 4, del decreto Eurosim¹⁴, consentendosi così alle fiduciarie di gestione di operare sia mediante intestazione fiduciaria sia senza utilizzare tale modalità.

In proposito, l'operatività della fiduciaria di gestione secondo le modalità dell'intestazione fiduciaria non comporta tuttavia il trasferimento della titolarità sostanziale dei beni gestiti in capo al gestore, in quanto è un dato pacificamente riconosciuto¹⁵ che l'intestazione alla società fiduciaria determina per essa solo una titolarità formale, che non elimina l'immediata, diretta e continua riferibilità al cliente dei valori gestiti.

Anche le fiduciarie di gestione, infatti, sono assoggettate alle medesime norme in tema di registrazione, specificazione e separazione patrimoniale degli strumenti finanziari gestiti a cui sono soggetti tutti gli intermediari che espletino il servizio di gestione individuale di patrimoni, norme che garan-

¹² Art. 29 del regolamento Consob del 9 dicembre 1994, n. 8850, comunicazione Consob n. BOR (MI) 94001094 del 9 febbraio 1994.

¹³ Con le comunicazioni BOR/RM/93007717 del 13/9/93 n. BOR/RM/94009763 del 25/9/94. V. anche L. ZITIELLO, *Decreto Eurosim: la disciplina degli intermediari e dell'attività*, in *Società*, 1996, p. 1021.

¹⁴ Come indicato anche dalla Consob nella propria relazione annuale 1997, v. Relazione Consob 1997, p. 102-103.

¹⁵ V. per tutti E. RIGHINI, *I valori mobiliari*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 231.

tiscono quindi il medesimo grado di tutela per il cliente indipendentemente dal fatto che la gestione avvenga o meno secondo le modalità dell'intestazione fiduciaria. Fra l'altro, nel nostro ordinamento la disciplina del servizio di gestione di patrimoni ha trovato la sua origine proprio nella gestione operata dalle società fiduciarie, in quanto questi soggetti sono stati i primi intermediari ad offrire ai risparmiatori italiani questo servizio.

Circa la ricostruzione della configurazione giuridica della fattispecie dell'intestazione fiduciaria nell'ambito della prestazione del servizio di gestione di patrimoni, l'opinione prevalente è che in questo caso, soprattutto quando oggetto della gestione siano titoli di credito, si rientri all'interno dell'ipotesi della fiducia germanistica, in cui, mentre la titolarità del diritto rimane in capo al fiduciante, al fiduciario viene trasferita solo la legittimazione all'esercizio delle facoltà inerenti al diritto medesimo¹⁶.

Anche nel caso in cui la fattispecie venisse ricondotta a quella della fiducia romanistica, però, dovrebbe probabilmente ritenersi ammessa l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di ritrasferimento dei titoli intestati attraverso l'applicazione dell'art. 2392, c.c.¹⁷, così come, in caso di liquidazione coatta amministrativa, il fiduciante potrebbe rivendicare i beni di sua spettanza, applicandosi la disposizione di cui agli artt. 1707 c.c. e 103 l.fall, nel testo riformato., essendo egli titolare di una situazione di appartenenza sostanziale e del diritto alla restituzione dei medesimi¹⁸.

Del resto, una serie di interventi legislativi già da tempo ha messo in evidenza la situazione di appartenenza sostanziale dei beni fiduciariamente intestati ai fiducianti, a cominciare da, per es. dagli artt. 1, ultimo comma, del r.d. 29 marzo 1942, n. 259 e 9 della l. 29 dicembre 1962, n. 1745, riguardanti l'obbligo per la fiduciaria di dichiarare a fini fiscali le generalità degli effettivi titolari (fiducianti), dall'art. 7 della l. 7 giugno 1974, n. 216, che nell'imporre l'obbligo di comunicazione alla Consob delle partecipazioni sociali che superino determinati parametri quantitativi, afferma doversi tener conto anche delle azioni possedute indirettamente tramite società fidu-

¹⁶ Tale configurazione è considerata ammissibile nel nostro ordinamento per l'intestazione fiduciaria di titoli di credito, nonché per l'intestazione fiduciaria di quote di s.r.l. v. P.G. JAEGER, *Sull'intestazione fiduciaria di quote di società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.* 1979, I, p. 181 ss.

¹⁷ Cass. 29/11/1983, n. 7152, in *Mass. Giust. civ.* 1983, p. 2429.

¹⁸ G. DI CHIO, voce *Società fiduciarie*, in *Noviss. Dig. it.*, app., VII, Torino, Utet, 1987, p. 349.

ciarie, e dal d.p.r. del 1986, n. 30, il quale, nel riformare il codice civile ha in più punti preso in considerazione l'istituzione fiduciaria di partecipazioni, equiparandola all'effettiva titolarità da parte dei fiducianti.

Quanto alla configurazione giuridica del contratto di gestione di portafogli, prevalente è l'opinione che esso costituisca un contratto tipico, disciplinato dalle norme dettate dal TUF e dai regolamenti di attuazione, ma basato sullo schema del mandato, per la particolare posizione di *dominus* rivestita dal cliente nei confronti del gestore, mandato le cui norme andranno richiamate al fine di colmare le lacune eventualmente presenti nella legislazione speciale in tema di servizi di investimento.

9. Conclusioni: la fiducia all'interno del sistema del mercato finanziario.

La particolare vicenda delle società fiduciarie dimostra la perdurante vitalità della fiducia anche all'interno di una realtà complessa ed evoluta come quella dei mercati finanziari.

Nell'ambito di questo settore, tuttavia, l'importanza della fiducia si esprime non soltanto sotto il profilo tecnico-giuridico della modalità operativa dell'istituzione fiduciaria, ma assume un senso e un valore assai più ampi.

Da un lato, infatti, la fiducia è considerata oggi come un "asset reputazionale"¹⁹, fondamentale per l'operatività degli intermediari finanziari: sotto questo profilo la fiducia dei risparmiatori nei confronti dell'intermediario rappresenta un vero e proprio bene immateriale, ma dotato di un valore economico effettivo, in quanto idoneo a consentire e a consolidare la propensione della clientela a rivolgersi all'intermediario stesso affidandogli i propri risparmi, in quanto lo si considera affidabile e degno di fede.

In un senso più ampio la fiducia rappresenta poi un bene pubblico essenziale per il buon funzionamento del mercato; bene pubblico che, in quanto tale, viene tutelato anche attraverso norme di rilevanza penale, come quelle che puniscono quali fattispecie criminose le varie ipotesi di false e fraudolente comunicazioni rivolte al mercato, a prescindere dal danno patrimoniale che abbiano concretamente prodotto. Tali fattispecie vengono

¹⁹ "La reputazione e la fiducia sono tra gli asset principali su cui si fonda lo sviluppo dell'attività finanziaria", G. FORESTIERI, P. MOTTURA, *Il sistema finanziario*, Egea, Milano, 2004.

infatti punite in quanto incidono sulla credibilità e attendibilità dell'informazione in generale, diffusa sul mercato, e quindi sulla fiducia che i risparmiatori ripongono in esso e nelle sue istituzioni. La qualificazione di reati di pericolo e non di danno di fattispecie come il falso in prospetto (art. 173 *bis* TUF), la manipolazione del mercato (art. 185 TUF), il falso in bilancio e le false comunicazioni sociali, nell'ultima configurazione di questi reati adottata con la l. 27 maggio 2015, n. 69 o di altre fattispecie di comportamenti scorretti idonei a pregiudicare la fiducia dei risparmiatori nei confronti del mercato (come l'*insider trading*- art. 184 TUF)²⁰, dimostra che questo bene giuridico viene considerato come rilevante in sé, a prescindere dal concreto verificarsi di un danno patrimoniale a specifici soggetti. Tutte queste ipotesi, infatti, come si è detto, si caratterizzano per causare, come ineliminabile effetto collaterale, quello di minare la fiducia del pubblico nei confronti del mercato, incidendo così anche sull'efficienza del mercato stesso.

Solo, infatti, se i risparmiatori riporranno sufficiente fiducia nei mercati e nelle negoziazioni che su di essi si svolgono, essi compiranno frequentemente transazioni sui mercati stessi, assicurando quella quantità e frequenza di operazioni idonea a garantirne liquidità, spessore e profondità, e quindi l'efficienza nella formazione dei prezzi.

Allo stesso tempo la fiducia fra i contraenti all'interno del mercato è riconosciuta come un elemento importante per la riduzione dei costi di transazione sul mercato²¹, e quindi per l'aumento della sua efficienza. Infatti, se i contraenti sono animati da fiducia reciproca, non avranno necessità, o avranno necessità in misura minore, di ricorrere a forme di tutela legale e ai relativi costi, che andrebbero altrimenti a gravare sui costi complessivi delle operazioni, rendendole meno convenienti e i prezzi meno rispondenti al valore effettivo dei beni scambiati.

Infine, l'importanza dell'elemento "fiducia" nel sistema dei mercati finanziari, si manifesta anche nella rilevanza assegnata, nel dibattito giuridico ed economico attuale, ai "*fiduciary duties*" degli organi societari nei confronti degli azionisti nel sistema di *governance* delle società quotate²²,

²⁰ V. R. COSTI, *Il mercato mobiliare*, Giappichelli, Torino, 2013 p. 286.

²¹ V. G. SMARGIASSI, voce *Fiducia*, in *Dizionario di Economia e Finanza*, Treccani, Roma, 2012, in [http://www.treccani.it/enciclopedia/fiducia_\(Dizionario-di-Economia-e-Finanza\)](http://www.treccani.it/enciclopedia/fiducia_(Dizionario-di-Economia-e-Finanza)).

²² V. U. PATRONI GRIFFI, *Fiduciary duties e gruppi di società*, in *Giur. Comm.*, 1994, I, p. 982 ss.; M.A. EISENBERG, *Obblighi e responsabilità degli amministratori e*

nonché degli intermediari professionali nei confronti dei risparmiatori²³. La sostanziale asimmetria informativa esistente fra queste due categorie di soggetti mette infatti al primo posto l'importanza di adottare regole di comportamento improntate alla correttezza, alla buona fede, e alla tutela dell'interesse dei risparmiatori e degli azionisti, prevenendo ogni possibile forma di conflitto di interessi, secondo principi fondamentali fatti propri anche dalla disciplina legislativa sul tema.

A questo proposito, è sufficiente il richiamo all'art. 21 del TUF e al fondamentale obbligo di correttezza nel comportamento degli intermediari nei confronti della clientela nella prestazione dei servizi di investimento, per mettere in evidenza l'importanza basilare di questo principio, che si pone quale architrave dell'intero sistema normativo del settore dei mercati finanziari. Tale principio di correttezza è a sua volta considerato pacificamente dalla dottrina come espressione dei più generali principi di correttezza e buona fede nelle obbligazioni di cui agli artt. 1175, 1176, 1375 cc.²⁴, principi che alimentano la reciproca fiducia fra i contraenti e quindi sono basilari all'interno del complessivo sistema economico, che trova il proprio fondamento proprio nello scambio contrattuale all'interno del mercato.

In conclusione, la fiducia, all'interno dei mercati finanziari si presenta, dunque, non solo come meccanismo operativo di carattere tecnico, ma

dei fiduciari delle società nel diritto americano, in *Giur. Comm.*, 1992, I, p. 617 ss.; F. GHEZZI, *I doveri fiduciari degli amministratori nei Principles of corporate governance*, in *Riv. soc.*, 1996, p. 465 ss.; G. SMITH, *The Critical Resource Theory of Fiduciary Duty*, in *Vanderbilt Law Review*, 2002, vol. 55, p. 1399 ss.

²³ V. G. LA ROCCA, *La tutela dell'impresa nella contrattazione in strumenti finanziari derivati*, Cedam, Milano, 2011, p. 23; G. BERSANI, *La responsabilità degli intermediari finanziari*, Wolters Kluwer Italia, Milano, 2008, p. 58; The UK Law Commission (LAW COM No 350), *Fiduciary duties of investment intermediaries* Presented to Parliament pursuant to section 3(2) of the Law Commissions Act 1965, Ordered by the House of Commons to be printed on 30 June 2014.

²⁴ V., con riferimento alla norma analoga contenuta nella previgente l. n.1/91 M. CERA, *L'attività di intermediazione mobiliare e la disciplina contrattuale*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1994, I, p. 32; G. DI CHIO, *Sim. Regole di comportamento del nuovo intermediario polifunzionale*, in *Le Società*, 1991, p. 590; F. CARBONETTI, *I contratti di intermediazione mobiliare*, Milano, Giuffrè, 1992, p. 62. Sotto la nuova disciplina v. F. ANNUNZIATA, *La disciplina del mercato mobiliare*, Giappichelli, Torino, 2001, p. 101 ss.; B. INZITARI, V. PICCININI, *La tutela del cliente nella negoziazione di strumenti finanziari*, Milano, Wolters Kluwer Italia, 2008, p. 37 ss.

come fondamentale *asset* reputazionale, dotato di proprio valore anche economico, e come bene tutelato penalmente quale bene giuridico di interesse pubblico. Essa viene inoltre posta come obiettivo delle regole fondamentali di comportamento che gli operatori devono osservare nello svolgimento della loro attività nei confronti della clientela. La fiducia, e l'obbligo di agire con la correttezza idonea a generarla, vanno quindi riconosciuti l'una quale valore fondamentale, quasi architrave del sistema normativo in tema di mercati finanziari, l'altro come clausola generale fondamentale di carattere non solo giuridico, ma anche etico, elemento di congiunzione tra l'apparato normativo del diritto positivo e i fondamentali principi etici fondativi della convivenza civile.

Concludendo, quindi, possiamo affermare che, all'interno dell'attuale disciplina dei mercati finanziari, la fiducia costituisce tuttora un elemento profondamente importante e vitale, non solo di natura tecnica, ma anche sociale, etica e morale.

In questo senso il valore della fiducia, intesa in questa sua accezione più ampia, appare non solo inalterato nei secoli, come dimostrato dalle relazioni che ci hanno preceduto, ma particolarmente rilevante in questo tempo di crisi non soltanto economica e finanziaria ma anche, e forse soprattutto, civile e morale.

THOMAS TASSANI

LA FIDUCIA E IL TRUST NEL SISTEMA FISCALE ITALIANO

SOMMARIO: 1. La rilevanza degli assetti negoziali di tipo fiduciario nel diritto tributario: una premessa. – 2. Neutralità e trasparenza fiscale della fiducia c.d. “germanistica”. – 3. Fiducia c.d. “romanistica” ed imputazione della capacità contributiva. – 4. La soggettivazione fiscale del *trust* come soluzione sistematica. – 5. Conclusioni.

1. La rilevanza degli assetti negoziali di tipo fiduciario nel diritto tributario: una premessa.

I legami tra elaborazioni teoriche di diritto civile e di diritto tributario sono tradizionalmente molto stretti, derivando in particolare dalla natura della norma tributaria quale norma di “secondo grado” e dalla configurazione delle fattispecie impositive, aventi ad oggetto le modificazioni della realtà giuridica e non gli aspetti meramente economici.¹

In termini generali, ciò dovrebbe implicare che, per configurare gli effetti fiscali di un determinato atto giuridico, sia necessario in primo luogo delinearne compiutamente i profili nella branca giuridica di riferimento.

¹ La dottrina prevalente ritiene che nel diritto tributario sarebbero rilevanti gli effetti giuridici, e non quelli meramente economici, delle fattispecie. Si vedano A. FANTOZZI, *Il diritto tributario*, Torino, 2003, p. 176; E. DE MITA, *Diritto tributario e diritto civile: profili costituzionali*, in *Riv.dir.trib.*, 1995, I, p. 153; ID., *La legalità tributaria. Contributo alla semplificazione legislativa*, Milano, 1993, p. 25 ss.; R. LUPI, *L'elusione come strumentalizzazione delle regole fiscali*, in *Rass.trib.*, 1994, p. 227; S. CIPOLLINA, *La legge civile e la legge fiscale. Il problema dell'elusione fiscale*, Padova, 1992, p. 65 ss.; E. NUZZO, *Modelli ricostruttivi della forma di tributo*, Padova, 1987, p. 30 ss.; G. TINELLI, *Il reddito d'impresa nel diritto tributario. Profili generali*, Milano, 1991, p. 145; A. CARINCI, *L'invalidità del contratto nelle imposte sui redditi*, Padova, 2003, p. 60 ss.

Tuttavia, può accadere che lo stesso legislatore tributario si allontani, in relazione ad un determinato istituto giuridico, dalla definizione civilistica; a volte per motivi di praticabilità tecnica², ma in molti casi per apprezzare in modo più coerente e sistematicamente corretto la capacità contributiva realizzata (come nel caso della “soggettivazione” del *trust*).³

Oppure il legislatore tributario può assegnare rilevanza al sostrato economico dei comportamenti giuridici giungendo (schema tipico nelle norme antielusive) a “riqualificare” fiscalmente un atto o fatto, indipendentemente dalla connotazione e dalla validità/efficacia dello stesso sul piano civilistico.

Di questo secondo aspetto non ci occuperemo, in questa sede, cercando invece di definire in che modo i negozi giuridici riconducibili allo schema della fiducia siano valutati ai fini fiscali.

I punti significativi da considerare sono essenzialmente due.

Il primo: se ed in che modo il trasferimento fiduciario sia in grado di realizzare una modifica del soggetto cui è imputata e tassata la ricchezza prodotta dal bene (o dal fondo). Tale aspetto è tanto più importante in un sistema di imposizione personale, come quello della tassazione sul reddito.

Il secondo: se e come, nelle imposte sui trasferimenti, siano considerati i trasferimenti (iniziale e finale) dei beni in grado di attuare il programma fiduciario (in grado oppure no di esprimere una forza economica, una manifestazione di ricchezza connessa ai trasferimenti medesimi).

2. Neutralità e trasparenza fiscale della fiducia c.d. “germanistica”.

Il modello della fiducia germanistica risulta sostanzialmente “neutrale” ai fini fiscali, soprattutto se valutata in termini di separazione tra la proprietà del bene (sempre in capo al fiduciante) e la mera legittimazione all’esercizio del diritto (in capo al fiduciario).

In questa prospettiva, la titolarità giuridica “sostanziale” del bene è in grado di individuare inequivocabilmente il soggetto cui imputare la ricchezza prodotta dal bene, a nulla rilevando il trasferimento fiduciario.

² A. FANTOZZI, R. LUPI, *Le società per azioni nella disciplina tributaria*, in *Tratt. soc. az.*, diretto da Colombo-Portale, Torino, 1993, p. 19.

³ T. TASSANI, *I trusts nel sistema fiscale italiano*, Pisa, 2012, p. 41 ss.

Analogamente, non assistendosi ad alcun trasferimento di diritti reali, vi sarà irrilevanza della operazione nei tributi sui trasferimenti.

Anche ai fini procedimentali, si determina la totale “trasparenza” della intestazione fiduciaria dei titoli, nel senso che l’Amministrazione finanziaria può, con diversi strumenti a disposizione, rendersi conto del soggetto cui è riferibile la forza economica e, dunque, che deve essere assoggettato all’accertamento.

La stessa Agenzia delle Entrate, dopo avere in un primo momento affermato la natura “traslativa” della intestazione fiduciaria⁴, ha poi rivisto in parte questa soluzione, distinguendo tra fiducia “romanistica” e fiducia “germanistica”⁵. Valorizzando l’assenza di effetti traslativi negli schemi della fiducia germanistica (propria della intestazione fiduciaria delle partecipazioni), la prassi amministrativa ha quindi ritenuto estranea la fattispecie dal campo applicativo della imposta.

3. Fiducia c.d. “romanistica” ed imputazione della capacità contributiva.

La fiducia di stampo romanistico determina l’effetto reale del trasferimento della proprietà dal fiduciario al fiduciante. Il che fa sì che il reddito creato dal patrimonio trasferito sia imputabile in capo a chi ne ha la titolarità giuridica.⁶, a meno che non sia individuabile un “valido titolo giuridico” in capo al fiduciante che determini una condizione di riferibilità del reddito creato (ossia di possesso del reddito, nel senso che la ricchezza è a lui riferi-

⁴ Circ. Ag. Ent. 22 gen. 2008/3/E.

⁵ Circ. Ag. Ent. 27 mar 2008/28/E.

⁶ Sul tema, anche per riferimenti bibliografici, si rinvia a F. GALLO, *Gestione di fondi pensioni da parte di imprese assicuratrici: profili fiscali*, in *Dir.prat.trib.*, 1988, I, p. 1029 ss.; M. NUSSI, *Mandato II) Diritto tributario*, in *Enc.giur.Treccani*, Roma, 1990, XIV, p. 1 ss.; M. NUSSI, *Fiducia (dir.trib.)*, in *Dig.disc.priv., sez.comm.*, VI, Torino, 1991, p. 85 ss. Sul tema del “possesso” del reddito la bibliografia è estremamente vasta. Senza pretesa di completezza, si rinvia a M. MICCINESI, *Reddito delle persone fisiche (imposta sul)*, in *Dig.disc.priv.sez.comm.*, VI, Torino, 1991, p. 174; Id., *L'imposizione sui redditi nel fallimento e nelle altre procedure concorsuali*, Milano, 1990, p. 93; L. TOSI, *La nozione di reddito*, in AA.VV., *L'imposta sul reddito delle persone giuridiche*, *Giur.sist.dir.trib.*, diretta da F. Tesauro, Milano, 1996, p. 10; N. D'AMATI, *La progettazione giuridica del reddito*, vol. I, Padova, 1973, p. 103 ss.; G.A. MICHELI, *Soggettività tributaria e categorie civilistiche*, in *Riv. dir. fin.*, 1977, I, p. 419; F. PAPA-RELLA, *Possesso di redditi ed interposizione fittizia*, Milano, 2000, 169 ss., p. 221 ss.

bile). Il che può avvenire per esempio nel mandato con rappresentanza per la struttura stessa del mandato, perché i risultati e gli atti del mandatario sono riferibili direttamente al mandato.⁷

Ne deriva inoltre che trasferimenti dei beni sono valutabili autonomamente come singoli spostamenti patrimoniali da tassare ai fini dell'Iva e delle imposte sui trasferimenti.

Nell'Iva è presente un sistema *ad hoc* che consente di limitare l'imposizione sostanzialmente al solo "valore aggiunto" creato nei diversi passaggi.⁸

Nelle imposte sui trasferimenti, elemento decisivo è quello di considerare la natura del trasferimento del bene dal mandante al mandatario: gratuito, liberale, oneroso, corrispettivo.

Non credo si possa parlare di liberalità o anche solo gratuità, vista la funzione strumentale del trasferimento per l'adempimento del negozio fiduciario.

Conseguentemente, secondo la dottrina, sarebbe configurabile una limitata rilevanza impositiva perché si rientrerebbe nel campo di applicazione dell'imposta di registro in misura fissa, trattandosi (secondo l'art. 11 della Tariffa allegata al TUIR) di atti "non aventi per oggetto prestazioni a contenuto patrimoniale".

Diverso però è l'approccio dell'Amministrazione finanziaria, secondo cui l'assenza di un corrispettivo determinerebbe l'inclusione nelle imposte sulle successioni e donazioni con un effetto impositivo però difficilmente giustificabile a livello di sistema, visto che non si realizza alcun arricchimento gratuito.⁹

4. La soggettivazione fiscale del *trust* come soluzione sistematica.

L'istituto del *trust* appare essere in grado di determinare una frattura tra criteri giuridici e fiscali di individuazione della fattispecie.

⁷ E. BELLICONTARINI, *Profili tributari del mandato senza rappresentanza*, in *Riv. dir. trib.*, 1997, I, p. 518 ss.; A. FANTOZZI, *Mandato*, in *Guida fiscale italiana*, II, Torino, 1976, p. 768 ss.

⁸ S. CAMELI, *L'imposta sul valore aggiunto e le obbligazioni di fare nel contratto di mandato*, in *Rass. trib.*, 2010, p. 771; M. POSARELLI, B. RISTUCCIA, S. TREMATERRA, *Il riaddebito dei costi nell'ambito del mandato e dell'Iva*, in *Il fisco*, 2005, p. 6269 ss.

⁹ Si rinvia a M. BASILAVECCHIA, *Le intestazioni fiduciarie: trattamento tributario*, in AA.VV., *Analisi interpretative e novità della circolare 3/E/2008 dell'Agenzia delle Entrate*, in *I quaderni della Fon.it. Notariato*, Milano, 2008, p. 86.

La segregazione del patrimonio determina, infatti, una situazione di non riferibilità dello stesso a nessun soggetto, dal punto di vista della disponibilità della ricchezza prodotta.¹⁰

Con la conseguenza che il tradizionale criterio della titolarità giuridica della fonte non permette di individuare il soggetto passivo, il contribuente in senso proprio, né nel *trustee*, né nel disponente, né nel beneficiario.¹¹

La risposta del sistema tributario, prima a livello interpretativo¹² poi di

¹⁰ Sulla rilevanza del “collegamento soggettivo” ai fini della imputazione della capacità contributiva, si veda R. SCHIAVOLIN, *Il collegamento soggettivo*, in AA.VV., *La capacità contributiva*, a cura di F. Moschetti, Padova, 1993, p. 69 ss. Sul tema e sulla distinzione tra elementi oggettivi e soggettivi della fattispecie, si rinvia altresì a E. VANONI, *Elementi di diritto tributario*, in *Opere giuridiche*, cit., II, p. 296; A. FEDELE, *Le imposte ipotecarie. Lineamenti*, Milano, 1968, p. 93 ss.; ID., *Imposte reali ed imposte personali nel sistema tributario italiano*, in *Riv.dir.fin.sc.fin.*, 2002, p. 451 ss.; F. BATISTONI FERRARA, Voce *Capacità contributiva*, in *Enciclopedia del Diritto*, Appendice, Milano, 1999, p. 5; G. GAFFURI, *L'attitudine alla contribuzione*, Milano, 1969, p. 64; L. FERLAZZO NATOLI, *La fattispecie tributaria*, in *Trattato di diritto tributario*, diretto da A. Amatucci, Padova, 1994, II, p. 60; L. RASTELLO, *Diritto tributario. Principi generali*, Padova, ed. 1994, p. 407 ss.; S. SACCHETTO, *L'imposta sul reddito delle persone giuridiche*, in *Trattato di diritto tributario*, cit., IV, p. 69 ss.; S. SAMMARTINO, *Profilo soggettivo del presupposto dell'IVA*, Milano, 1975, p. 22 ss.; V. FICARI, *Il profilo soggettivo nell'imposta sul valore aggiunto: l'impresa e l'impresa dell'ente commerciale*, in *Riv.dir.trib.*, 1999, II, p. 549.

¹¹ A. FEDELE, *Destinazione patrimoniale: criteri interpretativi e prospettive di evoluzione del sistema tributario*, in AA.VV., *Destinazione di beni allo scopo*, Milano, 2003, p. 293 ss.; A. GIOVANNINI, *Soggettività tributaria e fattispecie impositiva*, Padova, 1996, p. 587 ss.; R. SCHIAVOLIN, *I soggetti passivi*, in AA.VV., *L'imposta sul reddito delle persone giuridiche*, in *Giur.sist.dir.trib.*, a cura di F. Tesaurò, Torino, 1996, p. 71; F. PAPARELLA, *Brevi riflessioni aggiornate in tema di trusts, elusione ed interposizione di persona*, in *Boll.trib.*, 2002, p. 485 ss.; ID., *Trusts ed interposizione fittizia nella disciplina delle imposte sui redditi*, in *Il fisco*, 1996, p. 4812; V. FICARI, *Il trust nelle imposte dirette (IRPEG ed IRAP): un articolato modulo contrattuale oppure un autonomo soggetto passivo?*, in *Boll.trib.*, 2000, p. 1526 ss.

¹² M. MICCINESI, *Il reddito del trust nelle varie tipologie*, cit., p. 309 ss.; G. ZIZZO, *Note minime in tema di trust e soggettività passiva*, cit., p. 4658 ss.; G. PUOTI, *La tassazione dei redditi del trust*, in *I trusts in Italia oggi*, a cura di I. Beneventi, Milano, 1996, p. 323; G. MAISTO, *The taxation of trusts in civil law countries*, in *European Taxation*, 1998, p. 246; F. TUNDO, *Implicazioni di diritto tributario connesse al riconoscimento del trust*, in *Dir.prat.trib.*, 1993, I, p. 1295; M. LUPOI, *Trusts*, cit.,

novella legislativa, è stata quella della soggettivazione dello stesso *trust*, soggetto passivo Ires alla stregua di un ente (commerciale o non commerciale, residente o non residente).¹³

La soggettivazione risulta essere di carattere generale, anche se il legislatore prevede una eccezione quando il beneficiario abbia un diritto certo e incondizionato alla percezione del reddito. In questo caso, si applica il principio della trasparenza, con tassazione del reddito direttamente in capo al beneficiario finale.¹⁴

I trasferimenti di beni, nel contesto del *trust*, sono tassati autonomamente, in base alla specifica fattispecie impositiva della costituzione di “vincoli di destinazione”, nel contesto dell’imposta sulle successioni e donazioni. Anche se si ripropone una problematica simile a quella dei trasferimenti fiduciari in genere, per quanto riguarda i *trust* non liberali.¹⁵

5. Conclusioni.

La considerazione degli effetti reali o meramente obbligatori, nelle diverse fattispecie di fiducia germanistica o romanistica sono sostanzialmente in grado di delineare il regime fiscale, fissando quello dei due soggetti (fiduciante, fiduciario) cui imputare il reddito pur nella autonomia, per la rilevanza fiscale, dei diversi trasferimenti patrimoniali.

Solo il *trust* non può essere ricondotto a questo schema, perché la segregazione è *altro* dal trasferimento della titolarità giuridica e perché il *trustee* ha un diritto sul patrimonio che è *altro* da quello di proprietà in senso classico. Più che l’aspetto fiduciario, rileva dunque il dato della segregazione patrimoniale. Ad analoga soluzione dovrebbe giungersi anche per quanto attiene ai contratti di affidamento fiduciario, ma solo qualora (la questione è vivacemente dibattuta in dottrina) si ritenga di assimilare

p. 793; P. LAROMA JEZZI, *I profili soggettivi dell'imposizione nella cartolarizzazione dei crediti, fra separazione patrimoniale e trust*, in *Riv.dir.trib.*, 2003, I, p. 259; Id., *Separazione patrimoniale e imposizione sul reddito*, Milano, 2006, p. 289 ss.

¹³ T. TASSANI, *op.ult.cit.*, p. 44 ss.

¹⁴ T. TASSANI, (voce) *Trasparenza*, in *Enc.Treccani, Diritto on line*, <http://hdl.handle.net/11576/2609591>, 2015.

¹⁵ T. TASSANI, *Sono sempre applicabili le imposte di successione e donazione sui vincoli di destinazione?*, in *Il fisco*, 2015, p. 1957 ss.

gli stessi, dal punto di vista dell'effetto di segregazione patrimoniale, alle fattispecie di *trust*.¹⁶

¹⁶ Come recentemente fatto dall'Agenzia delle Entrate, Direzione Regionale Liguria, in relazione ad un caso di affidamento fiduciario (Interpello 903/124/2014). La soluzione di ritenere applicabili, nel caso specifico, le agevolazioni "prima casa" è stata motivata in base alla qualificazione del contratto di affidamento fiduciario come avente struttura e caratteristiche "sostanzialmente sovrapponibili a quelle del trust", da cui deriva l'"effetto segregativo" del patrimonio e la peculiare posizione giuridica dell'affidatario fiduciario equiparabile a quella del *trustee*. Sul contratto di affidamento fiduciario, non esaminato in questa sede, si rinvia a M. LUPOI, *Il contratto di affidamento fiduciario*, Milano, 2014, *passim*.; T. ARRIGO, *Il trust interno e il contratto di affidamento fiduciario a oggetto immobiliare*, in G. VISINTINI (a cura di), *Trattato di diritto immobiliare*, Padova, 2013, p. 1412 ss.

PAUL MATTHEWS

IL TRUST DI CIVIL LAW VISTO DA UN COMMON LAWYER

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Jersey. – 3. San Marino. – 4. Francia. – 5. Conclusione.

1. Introduzione.

Il *trust* è il prodotto del *common law* inglese, e, più in particolare di quella parte di norme del diritto inglese conosciuta come *equity*.¹ Quando l'impero britannico iniziò a stabilire colonie oltremare, a partire dal diciassettesimo secolo in poi, i coloni portarono con sé il proprio diritto,² e il *trust* era ovviamente parte di esso. Questo è il motivo per cui il sistema giuridico di *common law*, e il *trust* come istituto giuridico parte di quel sistema, sono riscontrabili oggi in molti paesi nel mondo, dove il *trust* è in grado di adattarsi agli utilizzi più diversi a seconda delle necessità. Nonostante la presenza in diritto Romano di un certo numero di istituti volti a soddisfare le stesse esigenze del *trust*, nei moderni sistemi di *civil law* non è sorto nessun istituto giuridico in grado di competere con esso, o almeno così era prima della creazione della possibilità di istituire fondazioni per scopi privati.³ Si potrebbe dire che il *trust* era considerato un istituto giuridico indispensabile da metà del pianeta, ma totalmente sconosciuto all'altra metà.

In anni recenti, tuttavia, un certo numero di sistemi giuridici di *civil law* hanno introdotto, per mezzo di legislazioni speciali, singoli istituti simili al *trust*. In questo scritto considererò alcuni di questi *trusts* di *civil law*.

¹ M. LUPOI, *Trusts*, 2 ed. 2001, p. 23-67; M. LUPOI, *Istituzioni del diritto di trust*, 2 ed. 2011, p. 18-19.

² 1 Bl. Comm., p. 104-105, 124; J. SMITH, T. BARNES, *The English Legal System: Carryover to the Colonies*, 1975; B.H. MCPHERSON, *The Reception of English Law Abroad*, 2007.

³ P. PANICO, *Private Foundations, Law and Practice*, 2014.

Per prima cosa, dobbiamo stabilire alcuni punti di riferimento comuni in un'ottica di comparazione giuridica. Molti autori hanno provato ad esprimere l'essenza del *trust*, in particolar modo per spiegarlo a giuristi provenienti da una formazione diversa da quella di *common law*, o per semplice proposito di comparazione.

In quanto a noi, oggi esporrò le caratteristiche essenziali del *trust*, tralasciando la storia e i dettagli, come segue.

Il *trustee* è proprietario di determinati beni, con riferimento ai quali è onerato da obbligazioni di natura fiduciaria a gestire i medesimi beni facendo in modo che i beneficiari possano goderne. Queste obbligazioni sono descritte come *fiduciary* poiché comprendono l'idea che (i) il *trustee* debba fare tutto ciò che gli è possibile per il bene dei beneficiari, in relazione ai beni interessati (ii) il *trustee* deve agire nell'interesse dei beneficiari piuttosto che il suo proprio.⁴ In tal senso, il termine *fiduciary* non va confuso con il termine 'fiduciario' proprio del diritto di *civil law*. Entrambi i concetti connotano un rapporto basato sulla fiducia, ma mentre il rapporto fiduciario di *civil law* è basato su un contratto tra il fiduciario ed un particolare cliente, un *trustee* deve agire nell'interesse della classe dei beneficiari in quanto tale ('*for the benefit of the beneficiaries as a whole*'), senza necessariamente essere legato alle istruzioni di questo o quel beneficiario e senza che vi sia necessariamente un potere di revoca (a meno che questo non venga stipulato al momento della creazione del *trust*).

In secondo luogo, le obbligazioni che emanano dal rapporto di *trust* non riguardano solamente il *trustee*. Esse infatti riguardano alcuni (nella pratica, la maggior parte) dei successori del *trustee*, nella qualità di proprietari dei beni. Il limite all'efficacia delle obbligazioni scaturenti dal *trust* rispetto ai terzi è che esse non possono essere efficaci contro il terzo che abbia acquistato in buona fede diritti sulla proprietà senza notizia del rapporto di *trust*.⁵

A queste due caratteristiche consegue una terza. E cioè alcuni diritti importanti che i beneficiari hanno in relazione ai beni non sono meramente personali (ossia *in personam*), e cioè opponibili solamente contro il *trustee* che ha accettato il suo ruolo nel *trust*. Essi invece hanno alcune delle caratteristiche tipiche di un diritto reale, poiché sono anche opponibili nei confronti di terzi che siano divenuti proprietari dei beni non essendo acquirenti

⁴ *Armitage v Nurse* [1998], Ch. 241, C.A.

⁵ *Pilcher v Rawlins* [1872], LR 7, Ch. App. 259.

di buona fede (senza notizia del *trust*). I giuristi di *common law* trattano i beneficiari come se effettivamente avessero pretese di tipo reale sui beni,⁶ ma descrivono queste pretese come ‘*equitative*’ e non come ‘di stretto diritto’, poiché il *trust* è un prodotto dell’*equity*, ossia di una giurisprudenza basata sul principio di equità (quello che i giuristi romani chiamerebbero una giurisprudenza *ex aequo et bono*) sviluppatasi nel medio evo al fine di porre dei correttivi al diritto esistente. Ed è proprio questa tutela di tipo reale che rende i beni preclusi dalle pretese dei creditori personali del *trustee*.⁷

Una quarta caratteristica è che la precarietà della tutela reale di cui i beneficiari dispongono, ricordiamoci infatti che può essere sconfitta facilmente da chi abbia acquistato i beni interessati in buona fede e senza conoscenza del *trust*, è parzialmente compensata da una vera e propria forma di surrogazione, per cui qualsiasi somma o altro bene che sia stato utilizzato dal terzo acquirente di buona fede per impossessarsi dei beni in *trust*, può essere sostituito agli stessi beni.⁸ Quindi, se un *trustee* decide in violazione del *trust* di disporre dei beni in *trust* in favore di un terzo acquirente di buona fede e il prezzo pagato al *trustee* viene da lui utilizzato per comprare un altro bene, allora questo ultimo bene sostituirà i beni che originariamente erano inclusi nel rapporto di *trust*. E su questo bene i beneficiari potranno esercitare le proprie tutele reali (di *equity*).

Quindi ciò che abbiamo è un istituto giuridico che separa la gestione di un bene dal suo godimento. Inoltre, consente alla persona che ha creato il *trust*, il ‘disponente’ (in Inghilterra il ‘*settlor*’; negli USA il ‘*grantor*’), di stabilire esattamente quali diritti spettino ai diversi beneficiari, se è il diritto ad un reddito o al capitale, in quale percentuale, e in quali tempi. Il conferimento dei benefici può anche rimandato ad un momento successivo, lasciando il potere di compiere questa decisione nelle mani del *trustee* o di altri (in questi casi si avrà un ‘*trust discrezionale*’).⁹ Nonostante il *trust* si sia evoluto principalmente per questioni private o relative alla famiglia, tipicamente per permettere il sostentamento di individui e per fare donazioni

⁶ P. MATTHEWS, *From obligation to property and back again*, in D. HAYTON (a cura di), *Extending the boundaries of trusts and similar ring-fenced funds*, 2004, p. 206-208.

⁷ *Re Kayford Ltd* [1975], 1 WLR 279; M. LUPOI, *Istituzioni del diritto di trust*, 2 ed. 2011, p. 6-7.

⁸ M. LUPOI, *Trusts*, 2 ed. 2001, p. 48-57; A. NERI, *Il trust e la tutela del beneficiario*, 2005, cap. 2.

⁹ M. LUPOI, *L'atto istitutivo di trust*, 2005.

indirette, esso può anche essere utilizzato a fini commerciali o finanziari, quando non si ha una reale intenzione di fare un dono. Per esempio, in Inghilterra il *trust* gioca un ruolo fondamentale nel regime di comunione proprietaria di terreni, permettendo una rapida risoluzione di questioni tra comproprietari su come debba essere gestita la terra o chi abbia il potere di relazionarsi con il resto del mondo.¹⁰

Ora mi volgo a considerare alcuni aspetti che *non* sono essenziali perché si abbia un *trust*. Primo, non è necessario che il disponente trasferisca la proprietà ad una altra persona che agisca come *trustee*. Il disponente può divenire *trustee* degli stessi beni semplicemente esprimendo la sua intenzione in tal senso.¹¹ Né è necessario che il disponente – o il *trustee* – siano esclusi dal ricevere benefici dal *trust*. In altre parole, il disponente, o il *trustee*, può anche essere beneficiario. Né è richiesto dal diritto inglese che si dia alcun tipo di pubblicità alla creazione o all'operatività di un *trust* (con l'eccezione di alcuni casi molto speciali, quali gli '*unit trusts*'). Può tutto essere tenuto totalmente privato.¹²

L'ultimo punto da trattare preliminarmente è il seguente. Esiste un'importante differenza tra i più duttili istituti giuridici 'multifunzionali' di *civil law*, che assomigliano al *trust* (come la fondazione o il contratto fiduciario) da un lato, e quegli istituti che invece svolgono una sola 'funzione'. Tra questi ultimi sono inclusi l'usufrutto e la sostituzione fedecommissaria. I primi (multifunzionali) sono concorrenti del *trust* nel senso che possono essere utilizzati per scopi molto diversi e per ottenere effetti molto diversi. Ma i secondi (monofunzionali) sono ristretti ad uno o due utilizzi e non possono competere con la flessibilità e la duttilità del *trust*. In questo scritto io non li considererò.

Confronteremo ora tre differenti sistemi giuridici che sono di *civil law*, o da esso sono influenzati. Parlo di Jersey, San Marino e la Francia. Ognuno

¹⁰ H. BARRACLOUGH, P. MATTHEWS, *A practitioner's guide to the Trusts of Land and Appointment of Trustees Act 1996*, 1996; P. MATTHEWS, *The place of the trust in English law and in English life*, *Trusts & Trustees*, April/May 2013, p. 242, 247-248.

¹¹ *Milroy v Lord* [1862], 4 De G.F. & J. 264; *Paul v Constance* [1977], 1 WLR 527, C.A.

¹² *Heerema v Heerema* [1985-86], JLR 293; M. LUPOI, *Trusts*, 2 ed. 2001, p. 388-390.

di questi ha almeno un istituto che può essere considerato come *trust* oppure come sostituto del *trust* in un senso ampio.

2. Jersey.

Iniziamo con Jersey. Questa piccola isola, insieme con le altre Isole del Canale, cioè Guernsey, Alderney e Sark, è parte di ciò che rimane dell'eredità Normanna degli antichi Duchi di Normandia, che poi divennero Re di Inghilterra nel 1066, quando Guglielmo invase e conquistò l'Inghilterra.¹³ Il suo diritto consuetudinario è il vecchio diritto del Ducato di Normandia, uno dei *costume* del nord della Francia.¹⁴ Siccome il diritto normanno sopravvisse più o meno intatto fino al 1789, le connessioni tra Jersey e la madrepatria Francia erano importanti, nonostante la diversa sovranità politica. Certamente, negli ultimi cento anni, la legge di Jersey è stata molto più influenzata dal diritto inglese che da quello francese, e gli studiosi oggi affermano che l'isola abbia un sistema giuridico 'misto'. Tuttavia, i giuristi del posto vanno fieri della discendenza Normanna e delle loro corti, della loro legislazione, delle loro professioni legali, tutte queste separate dall'Inghilterra e approfittano di ogni occasione per ribadire la loro autonomia legale.¹⁵

I *trust* però sono divenuti parte fondamentale del diritto del Jersey, almeno a partire dal diciannovesimo secolo, quando Jersey divenne uno dei posti preferiti dagli inglesi per stabilirsi fuori dell'Inghilterra. Gli inglesi portavano con sé la propria cultura giuridica e volevano utilizzare gli stessi istituti che usavano in Inghilterra.¹⁶ Nel ventesimo secolo gli Inglesi iniziarono a scoprire che alcuni dei vantaggi del Jersey – soprattutto riguardo la totale indipendenza fiscale – erano ugualmente disponibili per coloro che mandavano solamente i loro soldi sull'isola, anche se non emigravano

¹³ *Barclay v Secretary of State for Justice* [2009], UKSC 9; *Barclay v Lord Chancellor* [2014], UKSC 54.

¹⁴ G. TERRIEN, *Commentaires du droit civil au pays et Duché de Normandie*, 2 ed. 1578.

¹⁵ P. MATTHEWS, *Lé Rouai, Nouot' Duc*, in *JLRev* 3, 1999, p. 177; L. LE RENDU, *Jersey: Independent Dependency?*, 2004; P. BAILHACHE (a cura di), *A celebration of autonomy*, 2005.

¹⁶ B.H. MCPHERSON, *The Reception of English Law Abroad*, 2007, cap 6.

effettivamente lì. L'industria di servizi finanziari nacque e crebbe fino ad oggi. Negli anni ottanta, le paure che il *trust*, non essendo istituito originariamente Normanno, potesse non resistere nei tribunali contro attacchi di tipo concettuale, spinse il legislatore ad emanare la legge del Jersey sul *trust*.¹⁷ Questa legge ha subito molti emendamenti da allora, il più recente è l'emendamento numero 6 del 2013.¹⁸

La legge del 1984, come modificata, stabilisce un dettagliato quadro normativo in cui i *trust* possano continuare ad esistere nel diritto del Jersey. È un 'quadro' poiché non è esauriente come un codice.¹⁹ Questo quadro è stato completato da una vasta giurisprudenza, che a sua volta è il risultato della coincidenza di due circostanze. La prima è il fatto che il contenzioso sul *trust* in Inghilterra è diminuito sempre di più nel corso degli anni, per via della tendenza a creare sempre meno *trusts* familiari basati in Inghilterra (soprattutto a causa dell'alta imposizione fiscale), a vantaggio degli *offshore trusts* (per via dei bassi livelli di tassazione). Dove si trovano i *trusts*, lì si trova anche il contenzioso. La seconda circostanza è che Jersey è stata particolarmente fortunata in anni recenti per la particolare attitudine dei propri giudici nel trattare questioni di *trusts*. È per questo che oggi Jersey è la fonte di una grossa parte della giurisprudenza mondiale di *trust*, il che è assolutamente sproporzionato alla sua dimensione e alla sua popolazione.

Il *trust* che ha continuato ad esistere dal 1984 ad oggi è essenzialmente il *trust* di matrice inglese, collocato in uno scenario *offshore*. Dove vi siano lacune nel testo della legge (e ce ne sono), esse sono riempite in primo luogo da riferimenti alla giurisprudenza inglese. Solo nel caso in cui non ci sia un precedente inglese, allora gli avvocati si impegnano a fare un passo in più. Il legislatore ha introdotto alcune novità importanti, come ad esempio i c.d. '*trust di scopo*' (*non charitable purpose trusts*),²⁰ ma per la gran parte un giudice inglese, trapiantato nella Royal Court di Jersey, noterebbe davvero poca differenza nei casi di *trust* da ciò che potrebbe trovare a casa sua. La lingua è l'inglese, i termini tecnici usati dagli avvocati sono praticamente

¹⁷ *Trusts (Jersey) Law 1984*; E. BARLA DE GUGLIELMI, P. PANICO, F. PIGHI, *La legge di Jersey sul trust*, 2007; H. BROWN, *The Jersey Law of Trusts*, 2013.

¹⁸ *Trusts (Amendment No.6) (Jersey) Law 2013*.

¹⁹ *Trusts (Jersey) Law 1984*, art 1(2).

²⁰ P. MATTHEWS, *Trusting on purpose*, in *JLRev* 1, 1997, p. 6; H. BROWN, *The Jersey Law of Trusts*, 2013, cap 17; M. LUPOLI, *Trusts*, 2 ed. 2001, p. 206-210; P. PANICO, *Trust caritatevoli e per scopi non caritatevoli*, in D. ZANCHI (a cura di), *Il trustee nella gestione dei patrimoni*, 2009.

identici (con pochissime modifiche che riflettono differenze in altre aree del diritto, come ad esempio nel modo di chiamare l'atto di *trust*: '*trust instrument*' o '*trust deed*'), e lo stile della redazione è molto simile a quello inglese. Tutto ciò che è possibile fare con un *trust* inglese, si può fare anche con un *trust* del Jersey. Ed inoltre, c'è qualche cosa che è possibile fare con un *trust* di Jersey e che non è possibile fare con uno Inglese; il '*trust* di scopo' è una di quelle.

3. San Marino.

Il secondo ordinamento giuridico da considerare è San Marino. Questo ordinamento è di *civil law* in maniera molto più profonda che il Jersey. Il diritto sottostante (come in Andorra) è il non codificato *ius commune* familiare a tutti i giuristi di tradizione romanistica. Diversamente da Jersey, non c'era qui un'esigenza di soddisfare la domanda dei clienti prima che la legislazione introducesse il concetto di *trust*, e non c'erano giudici con esperienza nel campo a decidere i casi che potessero emergere sulla questione. Una precedente legge sul *trust* del 2005²¹ è stata rimpiazzata dalla sofisticata legislazione del 2010. L'influenza del diritto di *trust* del Jersey è evidente. Il testo della legge comprende previsioni per ogni ambito che un giurista di *common law* si aspetterebbe di trovare, anche se i limiti non sono gli stessi del legislatore di San Marino. Come il *trust* di Jersey, anche quello di San Marino segue le linee inglesi, ma in un contesto più esplicitamente 'civilistico' (*civilian*) e adattato alle aspettative e alle necessità pratiche di *civil lawyers*. Degne di nota sono in questo senso le norme di cui all'articolo 8, che istituisce un registro del *trust* di San Marino, articolo 28, che richiede che ogni *trust* abbia un Libro degli Eventi, e gli articoli 57 e seguenti, che impongono responsabilità penale e sanzioni per varie attività connesse con i servizi di un *trustee*. Ancora, credo che (quasi) tutto ciò che si possa fare con un *trust* Inglese si possa anche fare con un *trust* di San Marino.

Ma San Marino ha una seconda corda nel suo arco. Ed è il nuovo istituto conosciuto come 'affidamento fiduciario' introdotto a sua volta nel 2010.²² Se il *trust* introduce un concetto estraneo nel diritto di San Marino, e cioè

²¹ P. MANES, N. SOLDATI (a cura di), *I trust interni e la legge della Repubblica di San Marino sui trust*, 2007.

²² Legge del 1 marzo 2010, no 43, sull'affidamento fiduciario; M. LUPOI, *The*

il concetto di *trust*, quest'ultimo istituto pone le fondamenta su una idea di *civil law*, il fedecommissario fiduciario, ma collocandolo esplicitamente in un contesto di un contratto fiduciario (un'altra idea di *civil law*). L'affidante (funzionalmente il disponente) affida beni all'affidatario (il *trustee*), e i due si accordano su un programma di collocamento e distribuzione dei benefici (entro 90 anni) ai beneficiari, che potrebbero essere o meno parti del contratto. L'affidante può decidere di far beneficiare i beneficiari quando e come vuole, proprio come il disponente di un *trust*. La legge prevede che l'affidatario deve agire in qualità di fiduciario nel miglior interesse dei beneficiari. Poiché in linea di principio un affidatario non può beneficiare di un affidamento, i suoi creditori personali non potranno aggredire i beni affidati. Se tutti i beneficiari scompaiono prima che abbiano avuto diritto ad ottenere qualcosa, i beni ritornano all'affidante (come un *resulting trust* inglese).²³

La posizione contrattuale dell'affidatario, e i beni affidati, può essere ceduta, e senza dubbio affidamenti ben costruiti stabiliranno che l'affidante abbia il potere (per conto dell'affidatario) di fare questo senza ulteriore necessità di consenso dell'affidatario. Questo eviterebbe la necessità di presentare domande alla corte e ottenere *vesting orders*, per esempio. Questo mostra anche come la posizione contrattuale dell'affidante, gli permette di avere un ruolo significativo – o anche di controllo – anche dopo che l'affidamento è stato creato. Non c'è bisogno né c'è spazio per la dottrina dello 'sham' per come applicata ai *trusts* in Inghilterra o in Jersey.²⁴

Diversamente dal *trust*, non c'è qui alcuna surrogazione reale o *tracing* dei beni. Invece, l'eventuale scorretto comportamento dell'affidatario è invalido, e i beni (anche quelli sostituiti) sono restituiti e la transazione inefficace, si ritorna allo *status quo ante*.²⁵ La tecnica è una versione più sofisticata di quella espressa nella legge Cinese del 2001,²⁶ e nel diritto Giapponese e Taiwanese prima di quello. Infine, il ruolo della corte. In *trust*, la corte ha il

New Law of San Marino on the «affidamento fiduciario», in *Studi in onore di Aldo Frignani*, Jovene, Napoli, 2011, p. 329-344.

²³ M. LUPOI, *Trusts*, 2 ed. 2001, p. 114-123.

²⁴ M. LUPOI, *Trusts*, 2 ed. 2001, p. 169-174; M. LUPOI, *Istituzioni del diritto di trust*, 2 ed. 2011, p. 80-84; D. MURITANO, *Il trust nullo*, in D. ZANCHI (a cura di), *Il trustee nella gestione dei patrimoni*, 2009.

²⁵ Legge del 1 marzo 2010, Art. 10.

²⁶ Artt. 22, 49; L. HO, *Trust law in China*, 2003, p. 5.62-5.68.

potere di monitorare, istruire e intervenire. Il diritto di San Marino prevede qualcosa di simile per gli affidamenti.

L'affidamento fiduciario è un risultato straordinario. Sfruttando l'idea esistente di fedecommesso fiduciario, il legislatore ha creato un istituto con caratteristiche fiduciarie idoneo ad essere proprietario di beni. Collocandolo in un contratto, tuttavia, il legislatore ha evitato molti dei problemi del trasferimento del *trust* ad un contesto di *civil law*, preservando però tutte le importanti caratteristiche del *trust*. Ovviamente, essendo una legge in lingua italiana in uno stato situato nel cuore dell'Italia, il principale mercato sarà quello italiano, ma nonostante la lingua e la collocazione geografica, non c'è alcuna ragione per cui in principio non dovrebbe attrarre anche clienti da altri paesi di *civil law*. Molto dipenderà dalla presa di posizione di professionisti del settore, che potrebbero aver preso più sicurezza ora che San Marino ha compiuto l'inusuale passo di istituire una corte per *trusts* e relazioni fiduciarie, composta da esperti del mestiere, alcuni dei quali provenienti da tradizione di *common law*.

4. Francia.

Il terzo ordinamento su cui mi soffermo oggi è la Francia. Anche se la Francia ha una storia di riconoscimento dei *trust* stranieri quando essi sorgono in un contesto francese e quando non offendono i principi francesi di ordine pubblico,²⁷ non ha un istituto di *trust* proprio. Dal 2007 tuttavia, ha una forma legale di *fiducie*, o contratto fiduciario.²⁸ Dagli anni 80, quando una delegazione francese prese parte, e la Francia firmò (ma non ratificò), alla Convenzione dell'Aja sul riconoscimento dei *Trust*, si è sempre sperato nella creazione di un istituto francese concorrente al *trust*. Tuttavia, ciò che la situazione politica francese ha permesso che si facesse, dopo più di 20 anni, è un'idea di contratto così pallida e striminzita, con grandissime re-

²⁷ Ad es. *Affaire Singer*, Trib. Seine, 16 mag. 1906; *Courtois v De Ganay*, C.A. Paris, 10 gen. 1970, in *Clunet* 100, 1973, p. 207 e in *Rev. crit.* 60, 1971, p. 518; *Zieseniss c Zieseniss*, Cass. Civ., 1ère ch., 20 febb 1996, in D.S. Jur. 1996, p. 390.

²⁸ *Loi du 19 février 2007*; J.P. BÉRAUDO, *La loi du 19 février créant une fiducie française*, in *Trust & Fiducie: concurrents ou compléments?*, 2008; F. LEFEBVRE, *La fiducie, mode d'emploi*, 2009; B. MALLET-BRICOUT, *The trustee: mainspring, or only a cog, in the French fiducie?*, in L. SMITH (a cura di), *The worlds of the trust*, 2014.

strizioni su ciò che può essere in pratica realizzato, che ogni idea di effettiva concorrenza con il *trust* deve essere cancellata dalla mente.²⁹ La legge del 2007 ha già subito varie modifiche tutte volte a liberalizzare un minimo la situazione, ma le difficoltà principali restano.

Come l'affidamento fiduciario di San Marino, i beni trasferiti dal *constituant* al *fiduciaire* non sono aggredibili dai creditori personali del '*trustee*',³⁰ e scorrette disposizioni o contratti fatti dal *trustee* con terzi sono nulli e le parti devono ritornare alle situazioni precedenti agli accordi presi.³¹ La corte francese ha qualche potere di supervisione e di intervento nella *fiducie*³² anche se certamente la posizioni delle corti di San Marino è più forte. Se quando la *fiducie* termina non ci sono beneficiari, i beni tornano al *constituant*.³³ Poiché questo istituto è un contratto, ci devono essere due o più parti. Questo esclude una *fiducie* unilaterale in cui il *constituant* sia anche *fiduciaire*, ma la legge di San Marino ha ingegnosamente previsto che l'affidante può anche essere affidatario, se almeno uno dei beneficiari è parte del contratto di affidamento.³⁴

La tassazione applicabile alla *fiducie* riflette i profondi sospetti delle autorità fiscali e del Partito Socialista francese nei confronti del *trust*. Essenzialmente, è a tassazione trasparente, nel senso che il *constituant* continua ad essere tassato come se fosse ancora il proprietario e ricevesse plusvalenze.³⁵ E ci sono gravosi requisiti di rendere conto alle autorità di tutto ciò che accade all'interno di una *fiducie*.

Ma tutte queste cose – nonostante siano gravi – non sono il problema. Il problema è che la legge proibisce espressamente alla *fiducie* di essere utilizzata per fare donazioni indirette, per atti di bontà o liberalità.³⁶ Ogni tentativo di fare ciò sarà totalmente nullo. Quindi non può essere utilizzata per pianificazione patrimoniale dai privati. In pratica può essere solamente utilizzata da in un contesto commerciale, come garanzia dell'adempimento

²⁹ P. MATTHEWS, *The French fiducie: And now for something completely different?*, in TLI 21, 2007, p. 17, 33.

³⁰ *Code Civil*, Art. 2025.

³¹ Art. 2023.

³² Artt. 2027-2028.

³³ Art. 2030.

³⁴ Legge del 1 marzo 2010, Art. 2(1).

³⁵ *Loi du 19 février* 2007, Art. 6.

³⁶ *Code Civil*, Art. 2013.

di obbligazioni, per la gestione di partecipazioni societarie a scopi commerciali, per creare strutture in difesa dei propri debiti e garanzie in generale.³⁷

5. Conclusione.

La conclusione a cui io giungo in questo breve elaborato è duplice. Primo, se un paese di *civil law* desidera competere con il *trust* di common law, può introdurre il medesimo *trust* nella sua legislazione interna. Questo può risultare semplice (come in Jersey), o più complesso (come in San Marino), ma è possibile. Se questo non è accettabile, allora è possibile adattare istituti di *civil law* affinché provvedano alle stesse funzioni che un *trust* svolge in Inghilterra. San Marino lo ha fatto bene, con l'affidamento fiduciario. La Francia, invece, in maniera più blanda, con la sua *fiducie*.

³⁷ F. BARRIÈRE, *The security fiducie in French law*, in L. SMITH (a cura di), *The worlds of the trust*, 2014.

ISTVÁN SÁNDOR

DIFFERENT TYPES OF TRUST
LIKE REGULATIONS IN EASTERN EUROPE – A COMPARISON

SOMMARIO: 1. Russia. – 2. Ukraine. – 3. Lithuania. – 4. Georgia. – 5. Romania. – 6. Czech Republic. – 7. Hungary. – 8. Comparison. – 8.1. Legal structure. – 8.2. Establishment. – 8.3. Registration of the *trust*. – 8.4. Requirements of the settlor. – 8.5. Ownership (title). – 8.6. Requirements of the *trustee*. – 8.7. The beneficiary. – 8.8. Managed property. – 8.9. Asset partitioning. – 8.10. Rights and obligations of the *trustee*. – 8.11. Liability of the *trustee*. – 8.12. Duration. – 8.13. Creditors' position. – 8.14. Tracing. – 8.15. Termination. – 9. Closing remarks.

The *common law trust* as a legal institution is a unique concept. The *trust* as a legal institution evolved in England, and quickly gained influence in Commonwealth countries. As a consequence, *trust* law is largely consistent and unified by its case law in North America, Australia, New Zealand, Hong Kong, etc. In *civil law* countries, by contrast, *trust* schemes have been introduced on-demand as *civil law* economies find the need, albeit with similar legislation and functionality as applied in *common law* countries. In *civil law* countries and states where English economic and political influence was strong, the regulation of *trusts* was inevitable. The *trust* has been instituted, however, with specific legislation in mixed civil legal environments, such as Louisiana¹,

¹ D. W. GRUNING, *Reception of the Trust in Louisiana: the Case of Reynolds v. Reynolds*, in *Tulane Law Review* 57, 1982, p. 89 ss.; R. BATIZA, *Origins of Modern Codification of the Civil law: The French Experience and Its Implications for Louisiana Law*, in *Tulane Law Review* 56, 1982, p. 578 ss.; F.F. STONE, *Trusts in Louisiana*, in *The International and Comparative Law Quarterly* 1, 1952, p. 368 ss.; J.M. WISDOM, *A Trust Code for the Civil law, Based on the Restatement and Uniform Acts: The Louisiana Trust Estates Act*, in *Tulane Law Review* 13, 1938, p. 71 ss.; E.F. MARTIN, *Louisiana's Law of Trusts 25 Years After Adoption of the Trust Code*, in *50 Louisiana Law Review* 50/3, 1990, p. 508 ss.; A.M. HESS, G.G. BOGERT, G.T. BOGERT, *The Law of Trusts and Trustees. A Treatise Covering the Law Relating to Trusts and Allied Subjects Affecting Trust Creation and*

Québec², South Africa³ and even in some Central and South American countries (Panama, Mexico, Chile, etc.).⁴ By comparison, legal systems in

Administration with Forms, Thomson/West, Eagan, 2007³, Vol. 1, p. 21 ss.; E.J. CHASE, *Trusts*, in *Louisiana Civil law Treatise*, Vol. 11, Thomson Reuters, Danvers, 2009², 4 ss.

² M.C. CUMYN, *The Quebec Trust: A Civilian Institution with English Law Roots*, in J.M. MILO, J.M. SMITS (a cura di), *Trusts in Mixed Legal Systems. Ars Aequi Libri*, Nijmegen, 2001, p. 73 ss.; Y. CARON, *The Trust in Quebec*, in *McGill Law Journal* 25, 1980, p. 422; M.C. CUMYN, *Reflections regarding the diversity of ways in which the trust has been received or adapted in civil law countries*, in L. SMITH (a cura di), *Re-imagining the Trust. Trusts in Civil law*, p. 9; B.G. SMITH, *Introduction to the Canadian Law of Trusts*, Butterworth & Co. (Canada) Ltd., Toronto, 1979, p. 154; A.H. OOSTERHOFF, R. CHAMBERS, M. MCINNES, L. SMITH, *Oosterhoff on Trusts. Text, Commentary and Materials*, Thomson Canada Limited, Toronto, Ontario, 2004⁶, p. 43 ss.; V. METTARLIN, *The Quebec Trust and the Civil law*, in *McGill LJ* 21, 1975; KENNETH G.C. REID, *Patrimony not Equity: The Trust in Scotland*, in J.M. MILO, J.M. SMITS (a cura di), *Trusts in Mixed Legal Systems. Ars Aequi Libri*, Nijmegen, 2001, p. 27; A. FUGLINSZKY, *A polgári jogi felelősség útjai (Paths of Civil Liability in Mixed Legal Systems) - Québec, Kanada*, in ELTE Eötvös Kiadó Kft., Budapest, 2010, p. 88 ss.; M. LUPOI, *Trusts: A comparative study*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, p. 276.

³ T. HONORÉ, *Obstacles to the Reception of Trust Law? The Examples of South Africa and Scotland*, in A.M. RABELLO (a cura di), *Aequitas and Equity: Equity in Civil law and Mixed Jurisdictions*, Jerusalem, 1997, p. 799; M.J. DE WAAL, *Trust law*, in J.M. SMITS (a cura di), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Edward Elgar, Cheltenham, Northampton, 2006, p. 43; E. CAMERON, M.J. DE WAAL, B. WUNSH, P. SOLOMON, E. KAHN, *Honoré's South African Law of Trusts*, in *JUTA Law*, Lansdowne, 2002⁵, p. 25; H. R. HAHLO, *The Trust in South Africa*, in *South African Law Journal* 78, 1961, p. 199; D. SHRAND, *Trusts in South Africa*, in *Legal and Financial Publishing Company Co. (PTY.) Ltd.*, Cape Town, 1976, p. 14 ss.; W. GEACH, J. YEATS, *Trusts. Law and Practice*, in *JUTA & Co Ltd.*, Wetton, 2007, p. 2 ss.; B. BEINART, *Trusts in Roman and Roman-Dutch Law*, in W.A. WILSON, *Trusts and Trust-Like Devices (United Kingdom Comparative Law Series, Vol. 5)*, Chameleon Press Limited, London, 1981, p. 168 ss.; R.W. LEE, *Recent South African Statutes*, in *The Law Quarterly Review CCIV*, 1935, p. 586 ss.

⁴ R.J. ALFARO, *The Trust and the Civil law with Special Reference to Panama*, in *Journal of Comparative Legislation and International Law* 33/3–4, 1951, p. 29; L. S.

Europe based on Roman law traditions have either conceived their own approach or completely rejected the institution of the *trust* as did Germany⁵, Austria⁶, Spain⁷, Portugal etc. Some established customary practices without any legislative background of the fiduciary ownership transfer, such as Switzerland; some made use of private foundations, as in Austria and Belgium, while others, such as Liechtenstein, recognized the benefits of the *trust* and similar institutions, and established such systems in the early 20th century.⁸ Ultimately, the economic demand for *trust* systems is obvious, particularly on the basis of its functionalities and legal regulations. In Asia, fol-

SÁNCHEZ VILELLA, *The Problems of Trust Legislation in Civil law Jurisdictions: The Law of Trusts in Puerto Rico*, in *Tulane Law Review* 19, 1945, p. 383 ss.; F. MATTA, *Civil law and Common Law in the Legal Method of Puerto Rico*, in *American Journal of Comparative Law* 40, 1992, p. 789.

⁵ J. REHAHN, A. GRIMM, *Country Report: Germany*, in *The Columbia Journal of European Law Online*, Vol. 18.2, 2012, p. 100 ss.; V. THURNHER, *Grundfragen des Treuhandeswesens. Juristische Schriftenreihe, Band 71*, Verlag Österreich, Wien, 1994, p. 33 ss.; D. LIEBICH, K. MATHEWS, *Treuhand und Treuhänder in Recht und Wirtschaft: ein Handbuch*, Verlag Neue Wirtschafts-Briefe, Herfle, Berlin, 1983², p. 32; H. KÖTZ, *Trust und Treuhand. Eine rechtsvergleichende Darstellung des anglo-amerikanischen Trust und funktionsverwandter Institute des deutschen Rechts*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1963, p. 120 ss.; E.D. GRAUE, *Trust-Like Devices Under German Law*, in W.A. WILSON, *Trusts and Trust-Like Devices (United Kingdom Comparative Law Series, Vol. 5)*, Chameleon Press Limited, London, 1981. p. 72.

⁶ H. KOZIOL, R. WELSER, *Grundriss des bürgerlichen Rechts. Band II. Schuldrecht Allgemeiner Teil, Schuldrecht Besonderer Teil, Erbrecht*, Manz, Wien, 2001¹², Vol. II, p. 120, Vol. I, p. 196.

⁷ A. BORRÁS, C.C. BEILFUSS, *National Report for Spain*, in D.J. HAYTON, S.C.J.J. KORTMANN, H.L.E. VERHAGEN (a cura di), *Principles of European Trust Law. Law of Business and Finance*, Vol. 1, Kluwer Law International – W. E. J. Tjeenk Willink, 1999, p. 159.

⁸ F.A. SCHURR, *A Comparative Introduction to the Trusts in the Principality of Liechtenstein*, in F.A. SCHURR (a cura di), *Trusts in the Principality of Liechtenstein and Similar Jurisdictions: Aspects of Wealth Protection, Beneficiaries' Rights and International Law*, Vol. 4, *Schriften des Zentrums für Liechtensteinisches Recht (ZLR) an der Universität Zürich*, Dike Verlag, Zürich/St.Gallen, 2014, p. 15 ss.

lowing in Japan's footsteps, the People's Republic of China⁹, South Korea¹⁰ and Taiwan¹¹ each established legal backgrounds for property management in the late 20th century. In the early 21st century, legislation in European *civil law* systems followed suit: France, Luxembourg, Russia, Lithuania, Geor-

⁹ L. HO, *Trust law in China*, in L. SMITH, *Re-imagining the trusts: trusts in civil law*, Cambridge University Press, Cambridge, New York, Melbourne, Madrid, Cape Town, Singapore, São Paulo, Delhi, Mexico City, 2012, p. 183 ss.; R.C. BEHNES, *Schriften zum chinesischen Recht. Band 3. Der Trust in Chinesischen Recht: Eine Darstellung des chinesischen Trustgesetzes von 2001 vor dem Hintergrund des englischen Trustrechts und des Rechts der finanziarischen Treuband in Deutschland*, Berlin, 2009, p. 62; Q.A. HA, *The Reception of Trust in Different Legal Systems: some Lessons for Vietnam. A Comparative Study*, in *Schriftenreihe Finance, Insurance & Law*, Vol. 1, Verlag Dr. Kovač, Hamburg, 2008, p. 128; L. HO, R. LEE, *Reception of the trust in Asia: An historical perspective*, in L. HO, R. LEE, *Trust Law In Asian Civil law Jurisdictions. A Comparative Analysis*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, p. 18 ss.; L. HO, *The Peoples's Republic of China*, in D. HAYTON (a cura di), *The International Trust*, Jordan Publishing Limited, Bristol, 2011³, p. 823; R. LEE, *Conceptualizing the Chinese Trust*, in *The International and Comparative Law Quarterly* 58/3, 2009, p. 659; KENNETH G.C. REID, *Conceptualising the Chinese Trust: Some Thoughts from Europe*, University of Edinburgh School of Law, Working Paper Series No 2011/06, 2011, <http://ssrn.com/abstract=1763826>, p. 9; L. HO, R. LEE, J. JINPING, *Trust law in China: a critical evaluation of its conceptual foundation*, in L. HO, R. LEE, *Trust Law In Asian Civil law Jurisdictions. A Comparative Analysis*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, p. 46 ss.; R. LEE, *Convergence and divergence in the worlds of the trust: Duties and liabilities of trustees under the Chinese trust*, in L. SMITH (a cura di), *The Worlds of the Trust*, Cambridge University Press, New York, 2013, p. 412 ss.

¹⁰ Trust Act of Republic of Korea, Act No. 900 of 1961. L. Ho, R. LEE, *Reception of the trust in Asia: An historical perspective*, in L. HO, R. LEE, *Trust Law In Asian Civil law Jurisdictions. A Comparative Analysis*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, p. 12 ss.; W. YING-CHIEH, *Trust law in South Korea: Developments and challenges*, in L. HO, R. LEE, *Trust Law In Asian Civil law Jurisdictions. A Comparative Analysis*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, p. 46 ss.

¹¹ Trust Law of the Republic of China 1996, amended on 30 December 2009. L. HO, R. LEE, *op. cit. (Reception)*, p. 12. For details of Taiwanese regulation, see W. WEN-YEU, W. CHIH-CHENG, S. JER-SHENQ, *Trust law in Taiwan: History, current features and future prospects*, in L. HO, R. REBECCA, *Trust Law In Asian Civil law Jurisdictions. A Comparative Analysis*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, p. 63 ss.

gia, San Marino¹², Czech Republic, Romania, and Hungary all set up legal backgrounds for property management.¹³

I would like to give a short introduction below to the legislation of the *trust*-like legal devices applied in seven Eastern European countries: Russia, Ukraine, Lithuania, Georgia, Czech Republic, Romania and Hungary. The second part of the study provides a comparison of the most important features of regulation in these legal regimes.

The texts of the civil codes of the covered countries use different terminologies for property management and for the parties in the relationship. I will generally use Anglo-Saxon terms, such as *trust*, settlor, *trustee*, beneficiary and *trust* property, but of course this does not mean that the examined legal institutions are equal to the *trust*.

1. Russia.

The regulation concerning the *trust* was promulgated on 24 December 1993.¹⁴ Pursuant to the regulation, a contract is concluded between

¹² A. VICARI, *Country Report: San Marino*, in *The Columbia Journal of European Law Online*, Vol. 18.2, 2012, p. 82.

¹³ It is also common practice in some countries to use the fiduciary transfer of ownership for purposes like the *trust*. For example, the institution of the *fiducia* (*powiernictwo*) exists in Poland. The establishment of the *fiducia* consists of two stages: firstly, the transfer of legal title to the fiduciary (*powiernik*), and secondly, the activity of the fiduciary, who acts in the capacity of owner, but fulfils the obligations arising from the contract vis-à-vis the transferor. The *fiducia*'s scope of application is mainly related to investment companies, bank and financial activities. P. STEC, *Fiducia in an Emerging Economy*, in E. COOKE (a cura di), *Modern Studies in Property Law*, Vol. 1: *Property 2000*, Hart Publishing, Oxford–Portland–Oregon, 2001, p. 47. The situation is very similar for example to the legal regulation in Greece as well. P.J. KOZYRIS, C. DELIYIANNI-DIMITRAKOU, A. VALTOUDIS, *Commercial Trusts in Europe: The Greek Perspective*, in *Revue hellénique de droit international* 60, 2007, p. 208 ss. In connection with the regulation of the Treuhand see I. SÁNDOR, *A bizalmi vagyonkezelés és a trust. Jogtörténeti és összehasonlító jogi elemzés (The fiduciary property management and the trust. Legal Historical and Comparative Law Analysis)*, in HVG-ORAC Lap- és Könyvkiadó Kft., Budapest, 2014, p. 250 ss.

¹⁴ The term *trust* (*trast*) appeared in the Russian private banking sector in 1990, allowing banks to manage the investments and securities of their clients. See “On the banks and banking activities in the RSFSR”, Vedomosti RSFSR 1990 No. 27. item 327. On “Fiduciary Ownership (the *trast*)”, Sobranie aktov RF 1994 No.

the settlor of the *trust* (*uchreditel' trasta*) and the *trustee* (*doveritel'nyi sobstvennik*); the settlor transfers the property to the *trustee*, who manages the property for the benefit of the beneficiary. Property transferred in this manner was granted protection in the event of the *trustee's* insolvency. This arrangement was drafted specifically for privatisation purposes; the state was the settlor, and the federal state treasury was the beneficiary. The *trustees* were institutions, e.g. banks, investment funds and insurance companies, which managed the shares of the converted state-owned companies for a fee.¹⁵ The new Russian civil code substantially amended this legal instrument.

The first part of the Russian civil code entered into force on 1 January 1995.¹⁶ Pursuant to Art. 209(4), legal title may be transferred to someone else for the purpose of property management (*doveritel'noe upravlenie*).¹⁷ The second part of the Russian civil code entered into force on 1 March 1996. Chapter 53 regulates property management (*doveritel'noe upravlenie*).¹⁸ Pursuant to Art. 1012 of the Russian civil code, under the agreement between the parties, one party (settlor) transfers the property to the other party (*trustee*) for a fixed period, and the other party undertakes to manage the property for the benefit of the settlor or a beneficiary designated by him. The transfer of property does

1.item 6. Pursuant to the preamble, the introduction of the *trust* was necessitated by new forms of business administration and institutional reform related to economic reform. E. REID, *The Law of Trusts in Russia*, in *Review of Central and East European Law* 24, 1998, p. 45 ss.

¹⁵ The federal contracting agency, Roskontrakt, became the largest asset management organisation. E. REID, *op. cit.* (*The Law of Trusts in Russia*), p. 47. The subsequent application of the *trust* is related to privatisation in Russia. In 1992, a presidential regulation ordered the conversion of state-owned companies into companies limited by shares; their shares were to be managed under a *trust* arrangement.

¹⁶ *Sobranie zakonodatel'stva RF* 1994 No. 32 item 3301.

¹⁷ The earlier term "*trust owner*" was replaced with "*trust manager*" (*doveritel'nyi upravliaiushchii*), which is associated with agency, representation. E. REID, *op. cit.* (*The Law of Trusts in Russia*), p. 48.

¹⁸ *Sobranie zakonodatel'stva RF* 1996 No. 5 item 410. See also I. GVELESIANI, *French "Fiducie" and Russian "ДОВЕРИТЕЛЬНОЕ УПРАВЛЕНИЕ ИМУЩЕСТВОМ"* (*Terminological Peculiarities*), in *European Scientific Journal*, December 2013, Special edition, Vol. 4, p. 115 ss.

not extend to the transfer of legal title to the property.¹⁹ Thus, under the new regulation, the settlor retains legal title to the *trust* property, while the *trustee* only acquires the right to manage the property. The *trustee* carries out his duties for remuneration, but is not entitled to profits from the *trust* property.

This contractual arrangement does not quite reach the level of the Anglo-Saxon *trust*, but it is more than a simple agency or mandate. Although the settlor may terminate the contract at any time, the *trustee* holds exclusive rights to manage the property. On the other hand, the *trustee* requires the prior written consent of the settlor for important decisions concerning the property, such as the cessation of the business association through the exercise of voting rights attached to shares included in the property, modification of its capital, decision on the amendment to the deed of foundation. The *trustee* must manage the property separately from his own property, and keep it on a separate account. This arrangement is mainly applied in Russia for the operation of investment funds and pension funds.²⁰

The adoption of the Anglo-Saxon version of the *trust* was opposed by Russian jurists mainly on the grounds that it would have infringed the requirement of the indivisibility of ownership, and the law of equity (*spravedlivost'*) is similarly unknown in Russian law.²¹

¹⁹ Z.E. BENEVOLENSKAYA, *Trust Management as a Legal Form of Managing State Property in Russia*, in *Review of Central and East European Law* 35, 2010, p. 68 ss. Hamza draws a parallel between this arrangement and regulation in Louisiana. G. HAMZA, *Az európai magánjog fejlődése. A modern magánjogi rendszerek kialakulása a római jogi hagyományok alapján* (Development of modern private law systems based on traditions of Roman law), Nemzeti Tankönyvkiadó, Budapest, 2002, p. 237; ID., *Origine e sviluppo degli ordinamenti giusprivatistici moderni in base alla tradizione del diritto romano*, Andavira editora, Santiago de Compostella, 2013, p. 494.

²⁰ E. REID, *op. cit.* (*The Law of Trusts in Russia*), p. 54 ss.

²¹ Benevolenskaya notes that divided ownership had not been unknown in the context of Russia's legal history. She mainly cites the work of Anatolij Vasilievich Venediktov, *Gosudarstvennaia socialisticheskaia sobstvennost* (Izdatel'stvo AN SSS, Moskva, Leningrad, 1948). Z.E. BENEVOLENSKAYA, *Prospects for Trust in Russia: The Prospective as Seen from 2010 and 2011 Draft Amendments to Russian Civil Code*, in *Review of Central and Eastern European Law* 37/1, 2012, p. 41 ss.

2. Ukraine.

The private law of Ukraine is traditionally based on Roman law, with a strong influence of the French civil code.²² The new civil code enacted on 1 January 2004 was strongly influenced by the German civil code (BGB). The new civil code regulates property management in Book V (The Right of Obligation), Section III (Separate Types of Obligations), Sub-section 1 (Contractual Obligations), Chapter 70 (Property Management).

According to the regulation, under the written property management agreement the settlor transfers the property to the manager (*trustee*) to be managed for a specific period of time. The *trustee* manages the property in the interest of the settlor or a third person, a beneficiary.²³ The *trustee* is entitled to remuneration for his activity. The property can be almost anything; there is a restriction only in case of monetary funds and certain securities, which are allowed only when the legal relationship is established by law. The *trustee* can only be an enterprise and the property management agreement must be registered by the state. The managed property must be handled separately from the assets of the *trustee*.

3. Lithuania.

In the earlier civil code of Lithuania, in force from 1964, property management was regulated in relation to public property. The new civil code was enacted on 17 May of 1994 and came into force on 1 January 2000²⁴; it introduced property *trust* law for the private sector as well. The regulation was essentially only renamed, but the substance of the legal arrangement remained the same.²⁵ The property *trust* law is an *in rem* right which is regulated in Book Four (Material Law), Part I (Things), Chapter VI (Right of *Trust*) of the Lithuanian civil code.

²² G. HAMZA, *Entstehung und Entwicklung der modernen Privatrechtsordnungen und die römischrechtliche Tradition*, Eötvös Universitätsverlag, Budapest, 2009, p. 557; G. HAMZA, *op. cit* (Origine), p. 501.

²³ Art. 1029(1) of the Ukrainian civil code.

²⁴ *Lietuvos Respublikos civilinis kodeksas*, LR CK.

²⁵ S. JUSTAS, *Problematics of Property Trust Law in Lithuania*, Mykolo Romerio Universitetas, Vilnius, 2011, p. 3.

The *trustee* right is an independent *in rem* right, with which the *trustee* is allowed to exercise practically the same rights as the owner.

4. Georgia.

Art. 724–729 of the Georgian civil code of 1997 regulate the legal institution that is similar to the *trust* (*sakutrebis mindoba*), which was shaped upon the influence of Anglo-Saxon law and the Roman law *fiducia*.²⁶ Property management is established by a written *trust* contract (*sakutrebis mindobis kbelsbekruleba*), under which the *trustee* (*mindobili mesakutre*) is obliged to manage the property for the benefit of the settlor (*sakutrebis mimndobi*); thus, this is not a tripartite relationship. The law allows the transfer of the legal title of the *trust* property, and pursuant to Art. 725(1), the *trustee* manages the property in his own name, at the cost and risk of the settlor. Profits from the property are also due to the settlor. As a general rule, the property management contract is gratuitous, but the parties may derogate from this rule. The *trustee* is liable toward third parties for duties relating to the *trust* property.²⁷ Provisions relating to agency provide the legal framework for the property management contract.

5. Romania.

In Romania, civil code No 511/2009 (amended by No 71/2011.), Art. 773–791 introduced the *fiducia*, a property management arrangement similar to the *trust*. The Romanian concept of the *fiducia* shows notable similarities to the French law of the *fiducie*.²⁸ The *fiducia* may be established by law

²⁶ G. HAMZA, *op. cit.* (*Entstehungen*), p. 589.

²⁷ For detailed analysis of regulation, see I. GVELESIANI, *The Luxembourgish “Fiducie” and the Georgian “Trust” (Terminological Peculiarities)*, in *Mediterranean Journal of Social Sciences*, Vol. 4, No 11, 2013, p. 126.

²⁸ In connection with the French regulation see F. BARRIÈRE, *The French fiducie, or the chaotic awakening of a sleeping beauty*, in L. SMITH (a cura di), *Re-imagining the trusts: trusts in civil law*, Cambridge University Press, Cambridge, New York, Melbourne, Madrid, Cape Town, Singapore, São Paulo, Delhi, Mexico City, 2012,

or a notarised contract. Hence, it may not be established by testament. Pursuant to Art. 773 of the Romanian civil code, one or more settlors (*constituitori*) transfer legal title or other rights to one or more *trustees* (*fiduciari*), who manage it for a specific purpose or for the benefit of the beneficiaries (*beneficiari*). The *trust* property constitutes property separate from the *trustee's* own property. Under Romanian regulations, the position of *trustee* may only be filled by a credit institution, investment company, insurance or reinsurance company, notary or lawyer.²⁹

The establishment of the *fiducia* must be reported to the competent tax authority within one month. The *fiducia* becomes effective vis-à-vis third parties once the deed of foundation has been registered (Electronic Archive of Security Interests in Personal Property). If the *trust* property includes real property, it must be registered in the land register. The maximum duration of the *fiducia* is 33 years.

6. Czech Republic.

The civil code of the Czech Republic (No. 89/2012.) in force as of 1 January 2014 also regulates property management. The regulation of the *trust* was introduced in a form of a *trust fund* (*svěřenský fond*). Legislators applied the concept of property without owner for drafting the regulation similar to the civil code of Québec.³⁰ Only *trust funds* set out in a Statute, which is a public instrument, are valid. The *trust* may be established by contract or testament. The *trust* may be declared for commercial, investment, private purposes or for public benefit.

Upon establishment of the *trust*, the settlor no longer holds legal title to the *trust* property, which will become property without owner, to be man-

p. 227 ss.; J. SZEMJONNECK, *Die fiducia im französischen Code civil*, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 3, 2010, p. 574 ss.

²⁹ See I. GVELESIANI, *Romanian "Fiducia" and Georgian "Trust" (Major Terminological Similarities and Differences)*, in *Challenges of Knowledge Society* 2013/3, p. 286 ss.

³⁰ In connection with the Québec rules of *trust* see Y. CARON, *op. cit.*, p. 428; M.C. CUMYN, *op. cit. (The Quebec Trust)*, p. 72.; KENNETH G.T. REID, *op. cit. (Patri-mony not Equity)*, p. 27.

aged by the *trustee* for the benefit of the beneficiaries.³¹ Despite the fact that the property of the *trust* fund does not have a legal owner, the *trustee* is listed in some public registries. Accordingly, the purpose of the property and its status as a “*trust fund*” must be indicated in legal relationships relating to the property. Both the settlor and the beneficiary may exercise control over the *trust* property. In addition, the court may also order the *trustee* to take appropriate actions.

The *trustee* is appointed by the settlor, otherwise by the court. The *trustee* is required to accept the appointment, otherwise the *trust* cannot be established. The *trustee* can be a legal person only if it is an investment company operating according to Act No. 240/2013 on Investments Companies and Investment Funds. The settlor also designates the beneficiary, otherwise the settlor is deemed to be the beneficiary.

7. Hungary.

The new Hungarian Civil Code regulates the fiduciary asset management contract in Chapter XLII, within the scope of agency-type contracts.³² The regulation was drawn up on the basis of the model of the *trust* in English law and that of the *Treuhand* in German law. The introduction of fiduciary asset management on a legislative level is warranted by contemporary, tangible demand in the economy. The Chief Codification Committee codified fiduciary property management under contract law, emphasising, however, its application of the legal instrument of the transfer of ownership, based on the *trust*-like model.³³ Under the rules of the new Hungarian Civil Code,

³¹ “The ownership of the assets of the *Trust Fund* shall be vested in its own name on account of the fund *trustee*, property in the *Trust Fund* is neither the property manager or property of the founder, or the property of the person to be filled from the *trust*”. Czech civil code, Art. 1448.§ paragraph (3).

³² In connection with the Hungarian regulation see I. SÁNDOR, *op. cit.* (*A bizalmi*), p. 379 ss.; G.B. SZABÓ, I. ILLÉS, B. KOLOZS, Á. MENYHEI, I. SÁNDOR, *A bizalmi vagyonkezelés*, in HVG-ORAC Lap-és Könyvkiadó Kft., Budapest, 2014, p. 84 ss.

³³ L. VÉKÁS (a cura di), *Az új Polgári Törvénykönyv Bizottsági Javaslatok magyarázatokkal*, in *Complex Kiadó Jogi és Üzleti Tartalomszolgáltató Kft.*, Budapest, 2012, p. 453.

the fiduciary asset management contract is an *in personam* legal instrument that implicitly carries substantial *in rem* effects.³⁴ The new Hungarian Civil Code sets out a contractual arrangement; its validity is bound to a written contract. The regulation is of a general scope; details are regulated in two separate pieces of legislation³⁵: Act XV of 2014 on *Trustees* and the Regulation of Their Activity, and Government Decree No 87/2014 (III.20.) on certain rules concerning the financial security of fiduciary property management undertakings. As a general rule, regulation is dispositive; contracting is principally for consideration.

Under the fiduciary asset management contract, the *trustee* has the duty to manage the things, rights and claims transferred to his ownership by the settlor in his own name, for the benefit of the beneficiary, for which the settlor is obliged to pay a fee. If the settlor and *trustee* are one and the same person, fiduciary property management is established by the irrevocable unilateral declaration of the settlor set out in a public instrument. A legal relationship of property management settled by testament is established by the *trustee's* acceptance of his appointment to such position, under the terms set out in the testament. Rules of the fiduciary asset management contract are applied as necessary to fiduciary property management estab-

³⁴ Menyhárd qualifies the Hungarian regulation as an original, entirely new formation, which resembles the rules of the English *trust* much more than the German-Austrian *Treuhand*. A. MENYHÁRD, *A bizalmi vagyongazdálkodás szabályai az új Ptk.-ban* (Rules of Fiduciary Property Management in the New Hungarian Civil Code), in R. SZAKÁL (a cura di), *Tájékoztató füzetek*, p. 251. Based on professional presentations held in the Legal Division of the MKIK, MKIK Szolgáltató Nonprofit Kft., Budapest, 2013. p. 144 ss. To the nature of the beneficiary's right in English law see P. MATTHEWS, *From Obligation to Property and Back Again? The Future of the Non-Charitable Purpose Trust*, in D. HAYTON (a cura di), *Extending the Boundaries of Trust and Similar Ring-fenced Funds*, Kluwer Law International, 2002, p. 206 ss.; P. MATTHEWS, *The compatibility of the trust with the civil law notion of property*, in L. SMITH (a cura di), *The Worlds of the Trust*, Cambridge University Press, 2013, p. 313 ss.

³⁵ For further commentary on the rules of the new Hungarian Civil Code relating to fiduciary property management, see G. WELLMANN (a cura di), *Az új Ptk. magyarázata VI/IV. Kötelmi jog, Harmadik, Negyedik, Ötödik és Hatodik Rész* (Explanation of the New Hungarian Civil Code VI/IV. Law of obligations, Part. Three, Four, Five and Six), in HVG-ORAC Lap- és Könyvkiadó Kft., Budapest, 2013, p. 790 ss.

lished by a unilateral legal act. Rules of the agency contract are applicable as necessary to fiduciary property management.

The rights of the settlor extend to the definition of the settled property and the appointment of the *trustee*. This, however, is a bilateral legal act, as it also requires the acceptance of appointment by the *trustee*. The settlor transfers ownership, rights and claims or other negotiable goods to the *trustee*, and the settlor issues a declaration as to the manner of the management of the property. In the legal relationship of property management, it is also possible to set out other conditions, such as its duration (maximum 50 years), terms, right of unilateral termination, remuneration of the *trustee*, appointment of additional *trustees*, regulation of the delegation of other agents, and the beneficiary's right to transfer. The settlor reserves the right to remove the *trustee*, appoint a new *trustee*, replace the beneficiary, modify given parts of the settlor's declaration, and to determine or modify the duration of property management.

The settlor and the beneficiary may monitor the activity of the *trustee* falling within the scope of property management, but the costs of such monitoring are incurred by the settlor. It is a mandatory rule that the settlor may not instruct the *trustee*.

Under the contract, the *trustee* may not be the sole beneficiary. The settlor and the *trustee*, however, may be one and the same person. The *trustee* has the duty to provide information, manage the property as instructed in the declaration of the settlor, avoid conflicts of interest and manage the property separately from his own.

If the *trustee* is authorised to designate the beneficiary under the contract, the *trustee* has the right to determine the share of the beneficiary.

Due to stricter requirements arising from the fiduciary nature of the legal relationship, the *trustee* has the duty to act in utmost consideration of the interests of the beneficiary. The *trustee* has the duty to protect the *trust* property against foreseeable risks in a commercially reasonable manner.

The management of the property includes the exercise of rights arising from ownership, other rights and claims transferred to the *trustee*, and the fulfilment of obligations arising therefrom. The *trustee* may dispose of the assets belonging to the *trust* property under the conditions and within the limits set out in the contract. If the *trustee* breaches his above obligations and illicitly transfers assets belonging to the *trust* property to a third party, the settlor and beneficiary have the right to reclaim these for the benefit of the *trust* property, if the third party did not purchase the assets in good

faith or for consideration.³⁶ This rule is applicable as necessary to the illicit encumbrance of the *trust* property.

The *trustee* is liable toward the settlor and beneficiary for the breach of his obligations in accordance with general rules of liability for damages. If the *trustee* carries out his duties gratuitously, rules of liability for damages are applicable to his breach of gratuitous contracts. The settlor and beneficiary may claim the management of any financial gain as part of the *trust* property, which was realised through the *trustee's* breach of his obligations arising from property management.

The *trustee* is liable for the fulfilment of the undertaken obligations with the *trust* property. The *trustee* assumes unlimited liability with his own property for the satisfaction of claims arising from commitments charged to the *trust* property, if these cannot be satisfied from the *trust* property, and the other party was not and could not have been aware that the commitments of the *trustee* exceed the limits of the *trust* property.

If the settlor dies or ceases without a successor, and there are no other settlors to the *trust* property, the court may recall the *trustee* from his office upon request of the beneficiary, and simultaneously appoint another *trustee* if the *trustee* seriously breached the contract. Several beneficiaries may exercise such right jointly, provided any of them may request the court to terminate the appointment of the *trustee* and to appoint a new *trustee*. The court may not appoint a person as *trustee*, against whom all beneficiaries object.

Section 6:312 of the Civil Code sets out rules on the separation of property. The *trust* property constitutes property separate from the *trustee's* own property and other property managed by him, which the *trustee* is obliged to register separately. The parties' derogation from this rule is void. Assets registered as property managed separately from the *trustee's* own property and other property managed by him are deemed to fall within the scope of *trust* property until proven otherwise. Any assets substituting the managed assets, insurance indemnities, damages or other value, and profits thereon, constitute part of the *trust* property, whether registered or not. Assets not registered by the *trustee* as comprising part of the *trust* property are deemed to be the private property of the *trustee* until proven otherwise.

The spouse, life partner, personal creditors of the *trustee*, and creditors

³⁶ G. KISS, I. SÁNDOR, *A szerződések érvénytelensége (Invalidity of Contracts)*, in *HVG-Orac Lap- és Könyvkiadó Kft.*, Budapest, 2014², p. 111 ss.

of other properties managed by the *trustee* may not lay claim to the assets of the *trust* property. The *trust* property does not constitute part of the *trustee's* inheritance. The beneficiary and the settlor may take action against the spouse, life partner, personal creditors of the *trustee*, and creditors of other properties managed by the *trustee*, to secure the separation of the *trust* property.

The beneficiary has the right to legally enforce the fulfilment of the *trustee's* obligations. Within this context, it is necessary to examine rights exercised by the beneficiary against the obligor in the case of civil third party beneficiary contracts.³⁷ The beneficiary has the right to claim the *trust* property and profits thereon, to receive information, while the *trustee* is entitled to remuneration and the reimbursement of his costs. Similarly to the settlor, the beneficiary does not have the right to instruct the *trustee*.

In terms of liability, the new Hungarian Civil Code does not allow the creditors of the settlor and *trustee* to assert claims for the *trust* property. The creditors of the beneficiary, however, may apply for execution of the property, notwithstanding that the distribution of the managed assets and profits thereon to the beneficiary is not due yet. This rule is modified by Act XV of 2014 to the extent that the creditors of the settlor may terminate the property management contract if the execution procedure launched against the settlor is unsuccessful, or does not produce any results within a foreseeable time. I wish to note that this rule is already drawing heavy criticism in Hungarian legal literature, as it ignores differences in time between the exercise of the right of termination and the insolvency of the settlor.

As a general rule, the *trustee* is liable with the *trust* property for the fulfilment of his obligations. However, the *trustee* assumes unlimited liability with his own property toward third parties if their claims cannot be satisfied from the *trust* property, and the third parties were not and could not have been aware that the commitments of the *trustee* exceed the limits of the *trust* property.

³⁷ Under the rules of common law, in the case of third party beneficiary contracts, the beneficiary has no legal device to enforce the provision of the service set out in the contract. This rule has been regularly broken, for example, in the United States to grant increasingly more rights to the beneficiary. H. HANSMANN, U. MATTEI, *The Functions of Trust Law: A Comparative Legal and Economic Analysis*, in 73 *New York University Law Review*, 1998, p. 451.

8. Comparison.

The most important features of the *trust* have been chosen for comparison. These viewpoints do not cover all the elements of *trust* regulation, but give a comprehensive picture of the similarities and differences in the rules of the researched countries.

8.1. Legal structure.

The legal structure of the *trust*-like devices in the seven reviewed countries is quite different. In Russia and Ukraine, this legal arrangement can be characterised as a mandate or agency contract.³⁸ In Georgia it is similar to an agency contract, but the *trustee* holds the property in his own name.³⁹ In Ukraine the agreement creates a contractual relationship, according to which the *trustee* is obliged to manage the property. In the Czech Republic the regulation resembles a separate and independent ownership of property, like the regulation in Québec⁴⁰. The *trust* property is neither the property of the settlor, nor that of the *trustee*; the *trust* property must be vested in its own name on account (must be designated as a “*Trust Fund*”). The *trust* can be private or public. In Romania the French *fiducie* served as the model, therefore it is a contractual relationship with some property features because the *trustee* becomes owner of the managed assets.⁴¹ In Lithuania the right of *trust* is an *in rem* right, which is quite peculiar because this right can exist alongside ownership.⁴² In Hungary the German *Treuhand* served as the main model for legislators, but strong property rights were also in-

³⁸ Art. 1012 of the Russian civil code. We should note that the Russian civil code regulates the right of economic management, where the manager can be a state or municipal enterprise (Art. 294), and also the right of operation management (Art. 296.), which is possible for institutes, but these are non-profit legal entities (Art. 120). These rights are *in rem* rights, but the establishment of these is restricted to the public and non-profit sector. Art. 1029(1) of the Ukrainian civil code.

³⁹ Art. 725 of the Georgian civil code.

⁴⁰ Art. 1448(3) of the Czech civil code.

⁴¹ Art. 773 of the Romanian civil code.

⁴² Art. 4.106 of the Lithuanian civil code.

tegrated into the fiduciary asset management contract. Two legal acts are required: firstly, a contract, and secondly, the transfer of property.⁴³ But we have to emphasise that the Hungarian model has additional rules in connection with asset partitioning and tracing.

On the basis of the comparison, we may conclude that none of these countries adapted the Anglo-Saxon *trust*. In Russia the structure basically rests on the contract of mandate and agency. In Georgia it is also based on a contract, but the *trustee* becomes owner of the managed property, while in Ukraine, the settlor remains the owner. Romania followed the French regulation, and the Czech Republic adopted the Québec model. The Hungarian regulation is also based on contract law but property law regulations are also applied. The Lithuanian solution is unique because the right of *trust* is an *in rem* right.

8.2. Establishment.

Fiduciary property management in Russia requires a written *trust* contract, similarly to the Georgian law.⁴⁴ In Ukraine a written agreement is also needed for property management.⁴⁵ In the Czech Republic a testament or a contract in the form of a public instrument needed for the establishment of the *trust* relationship.⁴⁶ In Romania a public instrument is also required, but there, the *trust* may be established by law.⁴⁷ In Hungary a contract, a testament or a unilateral declaration may result a the fiduciary asset management legal relationship. A contract and a testament can only be made in written form, while the unilateral act is bound to a document authorized by a notary.⁴⁸ In Lithuania the right of *trust* may be established by law, administrative act, contract, will or court judgment.⁴⁹

Upon comparison we may conclude that the written form is a requirement in all countries. The Russian, Ukrainian, Georgian and Romanian

⁴³ Art. 6:310 of the Hungarian civil code.

⁴⁴ Art. 1017 of the Russian civil code; Art. 727 of the Georgian civil code.

⁴⁵ Art. 1031(1) – (2) of the Ukrainian civil code.

⁴⁶ Art. 1452(3) of the Czech civil code.

⁴⁷ Art. 774(1) – (2) of the Romanian civil code.

⁴⁸ Art. 6:310(2) – 6:329(1) of the Hungarian civil code.

⁴⁹ Art. 4.108 of the Lithuanian civil code.

regulation allows only a contractual form, while the Czech, Lithuanian and Hungarian one permits a testament as well. The Hungarian regulation is unique in that the *trust* can be formed by a unilateral act as well. A public instrument is generally required in Romania, Ukraine and in the Czech Republic, but only in the case of the unilateral act under Hungarian law. The Russian and Georgian regulation does not have special requirements beyond the written form. Of course, in all countries there can be specific formal requirements if the transfer of the *trust* property must be registered with a public registry. Lithuania provides the widest ranging options to establish the right of *trust* not only in the form of a contract or a will, but this legal arrangement may be established by law, administrative act or court judgment as well.

8.3. Registration of the *trust*.

In Russia, Georgia and the Czech Republic, there are no special regulations relating to the registration of the *trust*. In Romania the *trust* agreement must be registered by the tax authority competent at the seat of the *trustee* within one month after its conclusion, and also with the national registry of the fiduciary management.⁵⁰ Registration is important for fiscal reasons and for validity as well. In Ukraine the property management agreement is also required to be registered.⁵¹ In Hungary, regulation is twofold. In the case of a profit-orientated fiduciary management company, the *trustee* must be licensed and registered by the National Bank of Hungary. In the case of a non-profit-orientated (ad hoc) *trust*, the contract must be registered by the National Bank of Hungary.⁵² We have to emphasise that the omission of the registration of the *trust* contract does not affect the legal validity of the contract, but it may cause fiscal disadvantages.

We may observe that the registration of the *trustee* and/or the *trust* deed is becoming a strengthening trend, usually in connection with the transfer of ownership. This may be a reason why registration is not required at all in Russia and Georgia, while some kind of registration is needed in Ukraine, Romania and in Hungary. In Romania the omission of registration results

⁵⁰ Art. 780 – 781 of the Romanian civil code.

⁵¹ Art. 1031(2) of the Ukrainian civil code.

⁵² Art. 11(1) – 19 of Act XV of 2014 on *Trustees* and the Regulation of Their Activity.

in the nullity of the *trust*. In Hungary this does not affect the validity of the *trust*, but has other legal consequences, although the *trustee* and the beneficiary must pay the relevant tax and stamp duty for the transfer.

8.4. Requirements of the settlor.

In Russia and Ukraine, the settlor or principal can only be the owner of the property.⁵³ There are exceptions in Russian law; in the case of guardianship, the guardian, in the case of inheritance, the testamentary executor can also dispose of others' property by establishing a *trust*.⁵⁴ In Lithuania the *trustor* can also be the owner of the property to be managed, or any other person who is vested with such right.⁵⁵ In Georgia, the Czech Republic, Romania and Hungary there are no specific regulations in connection with the settlor. Of course, these pieces of legislation apply general rules, and according to the *nemo plus iuris* principle, the transfer of the property will be not successful, unless the settlor is owner or at least has the right to dispose of the property.⁵⁶

8.5. Ownership (title).

In Russia and Ukraine, the legal title remains with the settlor, which is a mandatory rule, and the *trustee* only has the right to manage the property⁵⁷. In Georgia the settlor transfers the title of the *trust* property to the *trustee*, and manages the property in his/her own name, but the settlor remains the

⁵³ Art. 1032(1) of the Ukrainian civil code. As an exception, when the property owner is a juvenile, an incapacitated person, minor, has limited civil capacity or his residence is unknown, the custodian or the guardianship authorities can be settlors as well. See Art. 1032(2) – (5) of the Ukrainian civil code.

⁵⁴ Art. 32 – 40 – 1026 of the Russian civil code. We should note that other grounds specified by law may also arise.

⁵⁵ Art. 6.957 of the Lithuanian civil code.

⁵⁶ *Nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet* (D. 13, 7, 18, 2) or alternatively: *nemo dat quod non habet*. See A. FÖLDI, G. HAMZA, *A római jog története és intézményei*, in *History and Institutions of the Roman Law*, Nemzedékek Tudása Kiadó, Budapest, 2014¹⁹, p. 319.

⁵⁷ Art. 1012(1) of the Russian civil code; Art. 1029(1) of the Ukrainian civil code.

ultimate beneficial owner.⁵⁸ In the Czech Republic neither the settlor, nor the *trustee* or the beneficiary are owners of the property; the property does not have an owner. If registration of the property is needed, it is registered in the name of the *trustee*, but as *trust* property.⁵⁹ In Romania the *trustee* becomes the owner, but must keep the property separate.⁶⁰ In Lithuania ownership remains with the *trustor* and the *trustee* acquires a special *in rem* right, the right of *trust*.⁶¹ In Hungary the *trustee* must acquire full ownership, title – this is a mandatory rule.⁶²

With regard to this aspect of regulation, four different structures exist in Eastern Europe. In Russia and Ukraine the settlor remains the legal owner of the *trust* property. These models resemble the simple contractual legal relationship more than the English *trust*. In Lithuania a special *in rem* right is established in relation to property management, where the *trustor* remains the owner. This regulation is very similar to the structure of the Dutch *bewind*, but in this case, the owner is the *trustee*, not the beneficiary. The Czech regulation follows the Québec model, which means that the *trustee* formally holds the legal title, but the *trust* property is an independent property without owner. In Georgia, Hungary and Romania the *trustee* is legally the owner of the property, but this property is separated from his/her own property – it is like a sub-property.

8.6. Requirements of the *trustee*.

In Georgia no special requirements apply to the *trustee*. In Russia, according to law, the *trustee* (*trust* administrator) can only be a businessman or commercial company, and only exceptionally may it not be a businessman or non-profit making organization.⁶³ A state body or local government

⁵⁸ The English translation mentions that “the *trustor* transfers property to the *trustee*, who holds and manages it in accordance with the interest of the *trustor*” (Art. 724) and “the *trustee* shall be bound to manage the property held in *trust* in his own name, but at the risk of the *trustor*” (Art. 725).

⁵⁹ Art. 1450(1) of the Czech civil code.

⁶⁰ Art. 773 of the Romanian civil code.

⁶¹ Art. 6.953(2) of the Lithuanian civil code.

⁶² Art. 6:310(1) of the Hungarian civil code.

⁶³ If the *trustee* can be someone else under law, even in this case an institution is not allowed to be the *trustee*. Art. 1015 (1) – (2) of the Russian civil code.

or a sole enterprise unitarian enterprise are not allowed to be a *trustee*. The position of a *trustee* may only be filled by a businessman (*predprinimatel'*) or a commercial company. Natural persons may manage property only in the case of *trusts* established by law (e.g. guardianship, custodianship). The *trustee* is required to indicate his legal status, e.g. with the abbreviation "D U", on contracts relating to the *trust* property. In Ukraine the *trustee* can only be an enterprise. A state body and local government body can be a manager only if so stipulated by law. The beneficiary is not permitted to be the sole manager.⁶⁴ In Lithuania the *trustee* may be a natural or a legal person as well, and special legal regulation may be enacted to exclude persons from the position of *trustee*. The *trustee* may not be the sole beneficiary at the same time.⁶⁵ In the Czech Republic the *trustee* can be a natural person. The civil code stipulates that a legal person can be the *trustee* only if it is permitted by law. We are aware of such law only in connection with investment companies. The *trustee* may also be appointed by the court. The settlor may also be a *trustee*, but not the sole one.⁶⁶ In Romania only financial institutions, investment companies, financial investment companies, insurance companies, notaries and lawyers can be *trustees*.⁶⁷ In Hungary specific conditions must be met if the *trustee* is a profit-orientated business. If the *trust* relationship is not profit-orientated, any private person of legal age and any legal person can be a *trustee*. The act drafted in connection with the enforcement of rules set out in the new Hungarian Civil Code distinguish professional and ad hoc property management. Property management is defined as the professional use, possession and enjoyment of the property of someone else for remuneration, which serves the preservation of value and the generation of profit, where reasonably practicable. Thus, the *trustee* is defined as a business association dealing with the utilisation of someone else's property either on a professional or on an ad hoc basis.

An undertaking contracting on a regular basis for fiduciary property management at least twice annually, or for a property management fee in excess of one per cent of the value of the *trust* property on the date of the contract, or for any other financial gain⁶⁸, may carry out fiduciary property

⁶⁴ Art. 1033(1) – (3) of the Ukrainian civil code.

⁶⁵ Art. 6.958(1) – (3) of the Lithuanian civil code.

⁶⁶ Art. 1453(1) – (2) of the Czech civil code.

⁶⁷ Art. 776(1) – (3) of the Romanian civil code.

⁶⁸ Art. 3(1) of Act XV of 2014 on *Trustees* and the Regulation of Their Activity.

management in possession of the licence issued by the National Bank of Hungary prior to the start of such activity, such undertaking deemed to be a transparent organisation within the meaning of the Act on National Assets. The undertaking must be a limited liability company or private limited company with a registered office in the territory of Hungary, or the branch – registered in Hungary – of an undertaking based in another contracting state of the Agreement on the European Economic Area.

The fiduciary property management undertaking may not carry out activity other than property management, and its name must make reference to property management. The *trustee* must hold the licenses required for such activity. The fiduciary property management undertaking is required to fulfil strict staff and equipment requirements to receive the license of the National Bank of Hungary.⁶⁹

The fiduciary property management undertaking has the burden of proving that it duly performed its fiduciary property management contracts in accordance with the statutory requirements, for the utmost benefit of its client, in particular.

The fiduciary property management undertaking is obliged to inform the future party to the contract of the risks defined by law prior to the conclusion of the property management contract. In addition, the fiduciary property management undertaking has the duty to provide information in writing, on a monthly basis. If no changes are made to the original information, it is sufficient to make reference to such fact in subsequent information. The fiduciary property management undertaking is required to maintain records on the fiduciary property management relationships to support the traceability of fiduciary property management, administrative controls and administrative assessments of property.⁷⁰

We may observe that it is a trend to regulate the office of the *trustee* and require the fulfilment of special conditions to fulfil this position. It is especially important in cases where the *trust* management activity aims to be conducted on a business basis.

⁶⁹ Art. 3(2) – (5) of Act XV of 2014 on *Trustees* and the Regulation of Their Activity.

⁷⁰ Art. 36 – 38 of Act XV of 2014 on *Trustees* and the Regulation of Their Activity.

8.7. The beneficiary.

In Russia and in Ukraine the *trustee* may not be the beneficiary, but there are no other special regulations relating to this topic.⁷¹ In Lithuania the *trustee* may not be the sole beneficiary.⁷² It is possible to establish the *trust* for personal purposes, and for private or public good as well.⁷³ In Georgia there are no specific regulations applicable to the position of the beneficiary. In the Czech Republic anybody can be a beneficiary, but nobody is allowed to appoint a beneficiary for his/her own profit.⁷⁴ It is possible to establish a *trust* for private purposes and also for public charitable purposes.⁷⁵ In Romania the settlor, the *trustee* or third person may all be beneficiaries.⁷⁶ In Hungary the *trustee* may not be the sole beneficiary, and the purpose *trust* is not regulated.⁷⁷

Based on the above comparison, we may conclude the following. It is noteworthy that Czech regulations allow the establishment of a purpose *trust*, even a private purpose *trust*. In Russia the *trustee* may not be the beneficiary because of his contractual position. The Hungarian, Romanian, Georgian and Czech regulations are quite liberal in this regard because the *trustee* can be a beneficiary, but not the only one.

8.8. Managed property.

In Georgia, the Czech Republic, Romania, Hungary and Lithuania, there are no specific regulations applicable to the definition of the *trust* property; it can be movables, immovables, rights, claims and securities.⁷⁸ In

⁷¹ Art. 1015(3) of the Russian civil code; Art. 1033(3) – 1034(2) of the Ukrainian civil code.

⁷² Art. 6.958 of the Lithuanian civil code.

⁷³ Art. 4.106(2) of the Lithuanian civil code.

⁷⁴ Art. 1458(2) of the Czech civil code.

⁷⁵ Art. 1449(2) – 1473(1) of the Czech civil code.

⁷⁶ Art. 777 of the Romanian civil code.

⁷⁷ Art. 6:311(4) of the Hungarian civil code.

⁷⁸ Art. 724 of the Georgian civil code; Art. 1448(1) of the Czech civil code; Art. 773 of the Romanian civil code; Art. 6:310(1) of the Hungarian civil code; Art. 6.956(1) of the Lithuanian civil code.

Russia the *trust* property can be assets, securities, any other rights or property, but not cash only and property under economic or operative management. In the case of securities, these can be pooled by several settlors.⁷⁹ In Ukraine monetary funds and some types of securities are excluded from the *trust* property.⁸⁰

It is quite common that all kinds of rights can be objects of the *trust* property. Exceptions are regulated in Russian and Ukrainian regulation.

8.9. Asset partitioning.

In Russia the *trustee* must separate the managed property from his own property in legal relationships. According to the *trust* property, he must use the mark “D U” (*doveritel’nyi upravliaiushchii*, *trust manager*) to indicate to third parties that the transaction is connected to *trust* property. At the same time, the *trustee* must keep the *trust* property on a separate account.⁸¹ In Ukraine the *trust* property must be separated from the settlor’s and *trustee*’s property. The managed property must be registered with the manager’s separate bank, and is subject to separate accounting.⁸² In Georgia the managed property is in the ownership of the *trustee*, and the *trustee* enjoys the owner’s position in relation to third persons. Furthermore, the *trustee* can be liable toward third persons.⁸³ In the Czech Republic the managed assets are absolutely separate from the property of the settlor, the *trustee* and the beneficiary.⁸⁴ In Romania, Hungary and Lithuania the *trustee* must also manage the managed property separately.⁸⁵

As we can see, asset partitioning is resolved by law in all the studied regulations, except Georgia. On the other hand, the extent of asset partitioning can be judged upon the creditors’ rights.

⁷⁹ Art. 1013(1) – (3) of the Russian civil code.

⁸⁰ Art. 1030(2) – 1045 of the Ukrainian civil code.

⁸¹ Art. 1012(3) – 1018(1) – 1018(2) of the Russian civil code.

⁸² Art. 1030(3) of the Ukrainian civil code.

⁸³ Art. 725(2) – 728 of the Georgian civil code.

⁸⁴ Art. 1448(3) of the Czech civil code.

⁸⁵ Art. 786(2) of the Romanian civil code; Art. 6:312 of the Hungarian civil code; Art. 6.961 of the Lithuanian civil code.

8.10. Rights and obligations of the *trustee*.

In Russia the *trustee* is required to manage the *trust* asset, provide information, and is entitled to receive remuneration.⁸⁶ In Ukraine the *trustee* is entitled to manage, alienate and mortgage the *trust* property, but the latter two rights can be exercised only with the consent of the settlor. The *trustee* is entitled to remuneration. The *trustee* must act in person, except if a deputy can be entrusted under the management agreement or in urgent cases. The *trustee* is obliged to notify third persons that he is acting as property manager and not as an owner.⁸⁷ In Georgia the *trustee* must manage the property in good faith, as if he were managing his own affairs.⁸⁸ In the Czech Republic there is no specific regulation pertaining to the duties and rights of the *trustee*. The settlor, the beneficiary, an appointed third person (protector), or a public authority appointed by law may supervise the activity of the *trustee*. The settlor may at any time terminate the *trust* or remove the *trustee* and appoint another. The settlor may issue a letter of wishes, but may not directly instruct the *trustee*.⁸⁹ In Romania the *trustee* must inform the settlor. The settlor may appoint a third person (protector) to supervise his rights, and he is entitled to remuneration. The settlor may at any time initiate the removal of the *trustee* in court. Between the time of removal and the appointment of a new *trustee*, the court may appoint a temporary supervisor.⁹⁰ In Hungary the *trustee* is entitled to remuneration, if not otherwise stipulated. The settlor and the beneficiary only hold a right to information; they are not allowed to instruct the *trustee*. The settlor may at any time remove the *trustee*, and the beneficiary may apply for his removal in court.⁹¹ In Lithuania, under the *trust*, the *trustee* exercises owner's rights over the *trust* property. The *trustee* must exercise his right in person, if not stipulated otherwise in the agreement. The *trustee* is entitled to protect the *trust* right

⁸⁶ Art. 1020 of the Russian civil code.

⁸⁷ Art. 1037 – 1038 – 1041 – 1042 of the Ukrainian civil code.

⁸⁸ Art. 725 of the Georgian civil code.

⁸⁹ Art. 1463 – 1466 of the Czech civil code.

⁹⁰ Art. 783 – 784 – 788 of the Romanian civil code.

⁹¹ Art. 6:317 – 320 of the civil code. Furthermore, there are several special requirements applicable to the *trustee* regulated in Act XV of 2014 on *Trustees* and the Regulation of Their Activity.

as in the case of the right of ownership. The *trustee* must report his activities to the *trustor* and the beneficiary at least once a year.⁹²

It is quite common for the general rule to entitle the *trustee* to remuneration in all the examined legislations, except in Georgia. The *trustee* is generally obliged to inform the settlor and the beneficiary. The settlor may remove the *trustee*; under Romanian regulation, a court decision is needed for this. The Hungarian regulation also allows the beneficiary to remove the *trustee* by court decision. In countries, where the *trust* is based on a contractual relationship (Russia, Georgia), the settlor is allowed to instruct the *trustee*. This is forbidden in other jurisdictions; only a letter of wishes may be issued.

8.11. Liability of the *trustee*.

In Russia the *trustee* is not liable to third parties in the capacity of *trust* manager, but if he omits to give notification to them, he will be liable with his own property. Finally, the settlor must provide compensation for damages caused to third parties by the management of the *trust* property. The *trustee* is liable towards the beneficiary, except in the event of force majeure or losses caused by the beneficiary. In Ukraine the manager must act with due diligence and compensate the damages of the settlor and the beneficiary if he fails to do so. The *trustee* is liable toward third parties with his own property in limited cases, which will be discussed in connection with the creditors' position.⁹³ In Georgia the *trustee* is liable to the settlor and also to third persons; the settlor, however, must bear all costs and risks associated with the *trust* property. In the Czech Republic there is no special rule regarding the liability of the *trustee*, but general rules are applied. In Romania it must be assumed that the *trustee* is fully competent to dispose of the property to third parties. The *trustee* is liable to third parties only with the *trust* property. In Hungary the *trustee* must act as a prudent and reasonable businessman. The *trustee* is liable towards the settlor and the beneficiary in case of breaching his/her duties. In Lithuania the *trustee* must act in the interests of the *trustor* and the beneficiary, and he is liable for all

⁹² Art. 6.963 – 6.964 of the Lithuanian civil code.

⁹³ Art. 1043(1) of the Ukrainian civil code.

the damages caused by the breach of his obligations. If the *trustee* oversteps his powers, he is personally liable for the caused damages.

Where the *trust* is operated under a mandate contract (Russia, Georgia), general rules are applied to the liability of the *trustee*. It is common that the *trustee* is liable to the settlor and the beneficiary. The liability of the *trustee* is more severe in Hungarian regulation.

8.12. Duration.

The *trust* relationship may last for maximum 5 years in Russia and Ukraine, except where the law permits a longer duration; in Lithuania it is maximum 20 years, also except where the law permits a longer duration; in Romania it is maximum 33 years, maximum 50 years in Hungary, maximum 100 years in the Czech Republic in the case of a private purpose *trust*, while in Georgia there is no time limitation.⁹⁴

It is common that there is a time limitation to the *trust* relationship (with the exception of Georgia). We may observe that these time limitations are quite short in Russia, Lithuania, Romania and even in Hungary, compared with the international trends. If we consider that the *trust* very often functions as asset planning for longer periods of time, then the Russian and Ukrainian models are not suitable to achieve this purpose.

8.13. Creditors' position.

In connection with the creditors' position we have to take into consideration four different cases: the creditors of the settlor, the *trustee*, the beneficiary and the *trust* property itself. We have to take into account that there is no special regulation in Georgia pertaining to the position of the creditors.

⁹⁴ Art. 1016(2) of the Russian civil code; Art. 1036(1) of the Ukrainian civil code; Art. 6.959(2) of the Lithuanian civil code; Art. 779b) of the Romanian civil code; Art. 6:326(3) of the Hungarian civil code; Art. 1460(1) of the Czech civil code.

a) Creditors of the settlor

In Russia, in case of the bankruptcy of the settlor, the *trust* contract must be terminated and the *trust* property is deemed to be part of the bankrupt settlor's property.⁹⁵ In Ukraine the creditors of the settlor may lay claims to the *trust* property only in two cases, even though the settlor remains the owner of the property. If the settlor goes bankrupt, the management agreement must be terminated and, here too, the *trust* property is deemed to be part of the settlor's property. In another case, the managed property is mortgaged before the property management relationship comes into being.⁹⁶ There is no definite regulation in connection with the rights of the settlor's creditors in the Czech civil code. In Lithuania, if the creditors of the settlor file a bankruptcy procedure against the settlor, the *trust* agreement is terminated and the managed property will be subject to the creditors' claims.⁹⁷ In Romania, creditors of the settlor may claim the *trust* property if they have guarantees in things or their claim originates before the establishment of the *trust* and the settlor is insolvent; in this case, the *trust* contract is terminated.⁹⁸ In Hungary the creditors of the settlor may claim the *trust* property if the settlor is under execution and his property does not cover his debts. In this case the creditor may terminate the *trust* relationship.

All the regulations provide some kind of immunity for the managed property and separate it from the settlor's assets. Furthermore, the creditors of the settlor may claim the *trust* property if the settlor is insolvent.

b) Creditors of the *trustee*

In Russia the wording of the civil code confirms that the creditors of the *trustee* are not allowed to lay claims against the *trust* property because it is separated from the *trustee*'s own assets.⁹⁹ Based on the fact that the *trustee* is not granted ownership, the creditors of the *trustee* may not demand compensation from the managed property under Ukrainian law. This aspect of regulation is very similar to the one in Lithuanian law. In Czech law, the sit-

⁹⁵ Art. 1018(2) of the Russian civil code.

⁹⁶ Art. 1040 of the Ukrainian civil code.

⁹⁷ Art. 6.961(2) of the Lithuanian civil code.

⁹⁸ Art. 786(1) of the Romanian civil code.

⁹⁹ Art. 1018(1) of the Russian civil code.

uation is the same, although for different reasons, because the *trustee* does not have ownership of the *trust* property, either. In Romania, even though the *trustee* is owner, his creditors are not allowed to take action against the *trust* property.¹⁰⁰ In Hungary it is also clear that the creditors, spouse or partner of the *trustee* may not lay claim against the *trust* property.¹⁰¹

Overall we may establish that the creditors of the *trustee* may generally not lay claims against the *trust* property.

c) Creditors of the beneficiary

There are no specific regulations in connection with the rights of beneficiaries' creditors to *trust* property in Russia, Ukraine and Lithuania. I think the reason is related to the fact that in these countries the philosophy of the regulation presupposes that the settlor is the beneficiary himself. In the Czech and Romanian regulations we cannot find any special rules on this. In Hungary the creditors of the beneficiary may claim the *trust* property only when the transfer of it or part of it is due to the beneficiary.¹⁰²

In my opinion, lacking regulation of the position of beneficiaries' creditors may cause problems in practice. The Hungarian regulation is favourable from this point of view; it does not reveal deficiencies in this field. On the other hand, it is also advantageous if a discretionary *trust* is established.

d) Creditors of the *trust* property

We may assume that on the basis of a general rule regulated in all the examined legal regimes, the obligations arising in connection with the *trust* property have to be handled alone, independently from the parties' property. But there are different subsidiary rules as well. In Russia, if the *trust* property does not cover the debts, the *trustee* and the settlor are liable to third parties in the first and second stages, respectively. If the *trustee* transgresses his powers, first the *trustee*, then the settlor will be held liable to third parties, provided the *trustee* compensates the settlor for all the caused damages.¹⁰³ The Ukrainian and Lithuanian regulation is quite the same; the

¹⁰⁰ Art. 785 of the Romanian civil code.

¹⁰¹ Art. 6:313 of the Hungarian civil code.

¹⁰² Art. 6:314 of the Hungarian civil code.

¹⁰³ Art. 1022(2) – (3) of the Russian civil code.

trustee assumes secondary liability to third parties for debts exceeding the value of the *trust* property, and if he acts beyond the limits of his power, he must also provide compensation to the settlor for the damages.¹⁰⁴ In the Czech Republic the creditors of the *trust* property may sue for the *trust* property only if there is no special regulation relating to secondary liability. In Romania, in case of claims against the *trust* property, the settlor's or the *trustee's* property may be litigated only if it is regulated in the *trust* contract.¹⁰⁵ In Hungary the creditors of the *trust* property may only lay claim to the *trust* property, unless the *trustee* transgresses his powers and the third persons did not know about it and with due diligence they did not have to know about it, either. In this case the *trustee* will be liable for claims by third parties with all of his property.¹⁰⁶

It is worth mentioning that in Russia, Ukraine, Lithuania the creditors of the managed assets are in very favourable position because they can lay claims against the settlor and the *trustee* as well. In Hungary, regulation provides this possibility only against the *trustee* and only in case the third party acts with due diligence. In Romania and in the Czech Republic, such kind of mandatory rule does not exist, which can be quite disadvantageous for the creditors.

8.14. Tracing.

There are no special rules relating to tracing in Russian, Ukrainian, Lithuanian, Czech and Romanian *trust* laws. In Hungary both the settlor and the beneficiary have a right to demand third parties to restore the *trust* property in case the transaction from the *trust* property was not a purchase made in good faith.¹⁰⁷ In Lithuania and Russia the settlor remains the owner of the *trust* property, therefore the settlor has the right to reclaim, vindicate the property any time.

Among the compared jurisdictions, only the Hungarian law regulates the possibility of tracing for the benefit of the settlor and the beneficiary.

¹⁰⁴ Art. 1043(2) – (3) of the Ukrainian civil code; Art. 6.965(3) – (4) of the Lithuanian civil code.

¹⁰⁵ Art. 786(2) of the Romanian civil code.

¹⁰⁶ Art. 6:318(3) of the Hungarian civil code.

¹⁰⁷ Art. 6:318(2) of the Hungarian civil code.

This rule is the special adaptation of the English regulation. Under this rule we may argue that the settlor and the beneficiary both have some kind of *in rem* right to the *trust* property.

8.15. Termination.

In Russia the *trust* relationship ceases in case of the death or liquidation of the beneficiary, refusal of the beneficiary to receive from the *trust* estate, the death or liquidation of the *trustee*, refusal of the *trustee* to manage the *trust* because of impossibility, termination by the settlor or with the settlor's bankruptcy. Termination must be bound to three months' notice. The *trust* property must be returned to the settlor, if not stipulated otherwise in the contract.¹⁰⁸ In Ukraine the property management agreement is terminated if all of the *trust* property is distributed, if any of the parties terminates it or the fixed period expires, or in case of the death or refusal by the beneficiary. The legal relationship also ceases if the *trustee* becomes legally incapacitated, missing or his legal capacity is restricted or the settlor goes bankrupt.¹⁰⁹ In Georgia, on the basis of the mandate contract, each party may terminate the contract according to the rules of mandate.¹¹⁰ In the Czech Republic the *trust* ceases when the given period expires, if the purpose of the *trust* is fulfilled, or if the fulfilment of the purpose is impossible, it will be terminated by the court, but the court may replace it with other similar purposes; or it is terminated by the court. The settlor may at any time terminate it or appoint a new *trustee*.¹¹¹ In Romania, after the *trustee* accepted his office, the settlor is not allowed to modify or terminate the contract, except with the consent of the beneficiary or the court. The *trust* contract is terminated by expiration or the fulfilment of its purpose. The beneficiary may also waive his rights, which terminates the contract. The insolvency procedure or liquidation of the settlor also terminates the contract. After termination, the *trust* property must be transferred to the beneficiary, otherwise to the settlor.¹¹² In Lithuania the *trust* ceases in case of the death or liquidation of the

¹⁰⁸ Art. 1024 of the Russian civil code.

¹⁰⁹ Art. 1044(1) of the Ukrainian civil code.

¹¹⁰ Art. 729 of the Georgian civil code.

¹¹¹ Art. 1471 – 1473 of the Czech civil code.

¹¹² Art. 789 – 790 of the Romanian civil code.

beneficiary, or when the beneficiary waives the benefit received under the *trust* agreement. In the *trust* agreement the parties may derogate from these two rules. The *trust* also ceases if the *trustee* dies, becomes legally incapacitated, his legal capacity is limited or is untraceable or liquidated. The *trust* is also terminated if bankruptcy proceedings are launched against the *trustor*. The parties may withdraw the agreement if the *trustee* is not in the position to fulfil the agreement himself. The *trustor* may terminate the agreement at any time if he pays the remuneration of the *trustee*. In Hungary, fiduciary property management is terminated if no *trust* property is left; three months after resignation, if the *trustee* resigns from his position; on the termination date of the *trustee*'s engagement, if there is no *trustee* to manage the *trust* property for over three months; on the date of the settlor's death, if he was the sole beneficiary.¹¹³

Where the *trust* is based only on a contractual relationship, the death or liquidation of the *trustee* terminates the relationship (Russia, Georgia). In jurisdictions where the *trust* relationship contains more property elements, the *trusteeship* is an office, and if the *trustee* dies, this does not terminate the *trust*. It is quite common that the settlor may terminate the *trust* relationship (except under Romanian law). It is also quite common that the beneficiary may not terminate the *trust* (*Saunders v Vautier* rule is not applicable), except in Romania and in Hungary.

9. Closing remarks.

Several conclusions can be drawn on the basis of the comparison. Generally, I would point out that in all the above mentioned countries, asset management is based on a contractual relationship between the parties. From this point of view, the Russian, Ukrainian, Georgian models remain on the level of a contract, while the Lithuanian regulation creates an independent *in rem* right for the *trustee*. Under the Romanian and Hungarian solutions, the *trustee* is granted ownership, but asset partitioning is ensured as well, while the Czech law regulates the *trust* property as if it were an independent entity without owner. In my opinion, Hungarian regulation resembles the English *trust* the strongest, particularly if we take into account the

¹¹³ Art. 6:326 of the Hungarian civil code.

possibility to establish it by last will and unilateral act, and item the settlor's and beneficiary's right of tracing.

If we think of the function of the *trust* as an instrument of asset planning, the short duration of the legal relationship can be a relevant obstacle. In Russia and Ukraine, and even in Lithuania, the permitted duration of the legal relationship does not seem to be adequate, while the Czech solution is most aligned to the international trends.

The other very important advantage of the English *trust* is its flexibility. In all the examined countries a written document required for the establishment of the legal relationship, which may limit willingness to establish fiduciary management. On the other hand, this is understandable in connection with a new legal instrument for documentation reasons and to ensure the protection of creditors. The elasticity of regulations can be criticized in countries, where rigorous requirements are applied to the *trustee's* person, or the registration of the *trust* agreement is prescribed. In my opinion, this can be explained with the caution of the legislators, who would like to avoid the possibility of starting a new legal institution with abuses and scandals. I think that once this type of property management becomes a living component of these legal systems, together with the related experience, then these restrictions can be rethought.

In connection with the position of the parties' creditors, I think that most of the regulations are providing appropriate protection, maybe more than is desirable in some countries.

I hope that these *trust*-like devices will play an important role in the economies and societies of Eastern European countries and can fulfil the advantageous functions of the English *trust*.

FRANCESCO A. SCHURR

*GLI AFFIDAMENTI FIDUCIARI NEL DIRITTO CIVILE:
IL CASO DEL LIECHTENSTEIN**

SOMMARIO: 1. Le tipologie della fiducia. – 2. Fiducia romanistica e *trust* anglosassone. – 3. La fiducia fondata sulle discipline dedicate alla procura e al mandato. 4. – Questioni pratiche e riflessioni nella dottrina. – 5. La responsabilità nei casi di breach of *trust*. – 6. Effetto reale del rapporto fiduciario nell'ipotesi del *trust*. – 7. Costituzione del rapporto fiduciario. – 8. Asset Protection. – 9. La funzione del fiduciario. – 10. La funzione del fiduciante. – 11. La funzione dei beneficiari. – 12. Osservazioni finali.

1. Le tipologie della fiducia.

All'inizio del presente saggio occorre distinguere due tipologie di fiducia, entrambi presenti nel sistema giuridico del Liechtenstein, cioè la fiducia continental-europea e il *trust* di origine anglosassone.

Mentre la prima fattispecie si basa sulle discipline del Codice Civile Austriaco (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*) del 1811, in vigore nel Principato del Liechtenstein dal 1812 per quanto concerne la disciplina delle obbligazioni e dei contratti, il *trust* anglosassone fu introdotto nel Liechtenstein nel 1926 con l'entrata in vigore del Codice delle Persone e delle Società (*Personen- und Gesellschaftsrecht*). Nell'ordinamento in esame quindi sono evidenziabili contemporaneamente due teorie fiduciarie, quella continental-europea della fiducia romanistica e quella anglosassone del *trust*¹.

* Professore Ordinario, Cattedra di Diritto delle Società, delle Fondazioni e dei Trusts, Università del Liechtenstein, Vaduz, Principato del Liechtenstein.

¹ F. SCHURR, *La fiducia nell'ordinamento giuridico del Principato del Liechtenstein*, in A. BARBA/D. ZANCHI (a cura di), *Autonomia privata e affidamenti fiduciari*, 2012, p. 121 ss.

2. Fiducia romanistica e *trust* anglosassone.

L'introduzione del *trust* nel Liechtenstein è avvenuta in forma di un c.d. *legal transplant*. Bisogna sottolineare che il Principato del Liechtenstein fu il primo ordinamento di *civil law* a introdurre esplicitamente il *trust* nel proprio ordinamento, usando il termine della *Treuhänderschaft* e creando gli artt. 897-932 nel Codice delle Persone e delle Società (*Personen - und Gesellschaftsrecht*, PGR)² del 1926³. Ovviamente il fenomeno del negozio fiduciario (*Treuhandgeschäft*) era ben conosciuto nel Liechtenstein già prima dell'entrata in vigore delle norme appena citate,⁴ e veniva costruito con riferimento ai paragrafi 1002 ss. del Codice Civile Austriaco (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*, ABGB).⁵ L'introduzione della disciplina del *trust* all'interno degli artt. 897-932 del Codice delle Persone e delle Società non è avvenuta per

² Il Codice delle Persone e delle Società (*Personen - und Gesellschaftsrecht*, PGR) fu rilasciato dal parlamento del Liechtenstein (*Liechtensteinischer Landtag*) il 20 gennaio 1926); era l'intenzione del legislatore di attirare degli investitori dall'estero creando delle norme molto liberali e flessibili. Il testo era stato redatto da due giuristi molto celebri all'epoca, cioè Wilhelm Beck e Emil Beck. Le caratteristiche fondamentali di tale Codice furono esplicate nel 1926 in un breve commentario (*Kurzer Bericht zum Personen - und Gesellschaftsrecht*); ripubblicato recentemente nella rivista *Jus & News*, 2006, p. 295 ss. (con introduzione di F. Marxer).

³ Cfr. LR 216.0; nella c.d. raccolta sistematica (*Systematische Sammlung*) delle norme giuridiche del Liechtenstein (LR) si trovano tutte le norme giuridiche nazionali, oltre a quelle sovranazionali e internazionali, nella versione attuale, con indicazione del numero LR sul sito www.gesetze.li

⁴ Cfr. S. WENAWESER, *Ausgewählte Fragen zum liechtensteinischen Treuhänderschaftsrecht*, in *Liechtensteinische Juristenzeitung*, 2005, p. 7.

⁵ La versione del Liechtenstein del Codice civile austriaco (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*, ABGB) si trova sotto il numero LR 210.0 al sito www.gesetze.li. Il Principato del Liechtenstein fu il primo Stato a recepire l'ABGB, tramite Decreto del Principe del 18 febbraio 1812. Bisogna sottolineare che l'ABGB è tuttora in vigore nel Liechtenstein per molti settori del diritto civile, ad es. le obbligazioni, i contratti, le successioni ecc. L'idea di un Codice civile del Liechtenstein completo (*Liechtensteinischen Zivilgesetzbuch*), il quale avrebbe dovuto prendere il posto dell'ABGB, fu poi realizzato soltanto in parte. In questo contesto bisogna menzionare il Codice dei diritti reali (*Sachenrecht*, SR) del 1922 (LR 214.0), il quale si orienta verso la tradizione del Codice civile svizzero (*Zivilgesetzbuch*, ZGB) ed inoltre anche il Codice delle persone e delle società (*Personen- und Gesellschaftsrecht*, PGR).

realizzare nel proprio sistema il modello teorico della c.d. fiducia germanistica (*germanistische Treuhand*),⁶ bensì per introdurre nell'ordinamento del Liechtenstein un istituto giuridico del tutto nuovo, vicino al modello genuino del *trust* anglosassone. Infatti, l'uso dell'elemento caratteristico dell'equità (*equity*) rende possibile ricondurre la *Treuhänderschaft* disciplinata negli artt. 897-932 del Codice delle Persone e delle Società almeno parzialmente alla tradizione inglese.⁷ In tal modo è stato creato un maggiore livello di certezza del diritto derivante dai tipici effetti reali del *trust*.

3. La fiducia fondata sulle discipline dedicate alla procura e al mandato.

Bisogna sottolineare che il Codice Civile Austriaco (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*, ABGB) del 1811, applicabile in parte anche nel Principato del Liechtenstein, tuttora non prevede espressamente il negozio fiduciario (*Treuhandgeschäft*). Nel corso della storia degli ultimi duecento anni dalla sua entrata in vigore il fenomeno della fiducia si è sviluppato grazie alle usanze nella prassi; in tale circostanza è stato fatto sempre riferimento ai paragrafi 1002 ss. dello stesso codice civile austriaco⁸, cioè le norme dedicate al contratto di delega (*Bevollmächtungsvertrag*).⁹ Infatti, il legislatore del 1811 ha mescolato all'interno dei paragrafi 1002 ss. del codice civile la procura (*Vollmacht*) e il contratto di mandato (*Auftrag*). Chiaramente l'accostamento di tali istituti giuridici eterogenei ha portato, nel corso dei due secoli dall'entrata in vigore, a notevoli incertezze nella prassi e inoltre a numerose perplessità nella dottrina.¹⁰ Nell'applicazione pratica delle norme in

⁶ Cfr. su tale argomento ad es. H. BÖSCH, *Trust und Fiduzia im liechtensteinschen Recht*, in *Jus & News*, 1997, p. 12.

⁷ Cfr. K. MOOSMANN, *Der angelsächsische Trust und die liechtensteinische Treuhänderschaft unter besonderer Berücksichtigung des wirtschaftlich Begünstigten. Eine rechtsvergleichende Studie mit Erkenntnissen für das Schweizer Treuhandrecht*, 1999, p. 190 ss.

⁸ Cfr. la sentenza della Corte Suprema Austriaca (*Oberster Gerichtshof*, OGH) 2 Ob 105/08f.

⁹ P. APATHY, in M. SCHWIMANN (a cura di), *ABGB Praxiskommentar*, III ed., 2006, § 1002, N. 9.

¹⁰ P. BYDLINSKI, in H. KOZIOL/P. BYDLINSKI/R. BOLLENBERGER (a cura di), *ABGB Kommentar*, II ed., 2007, § 1002, N. 7.

esame bisogna quindi distinguere le norme dirette a disciplinare il rapporto contrattuale tra mandante e mandatario e quelle miranti alla procura.¹¹ Nell'ipotesi della fiducia il fiduciario (*Treuhänder*) agisce in nome proprio e si distingue quindi dal semplice rappresentante. Per quanto riguarda il trattamento degli *assets* che costituiscono l'oggetto della fiducia (*Treugüter*) il fiduciario (*Treuhänder*) è soggetto a varie limitazioni e vincoli nei confronti del fiduciante (*Treugeber*).¹² Dal punto di vista economico il bene fiduciario non appartiene al fiduciario, bensì al fiduciante, anche se giudicando la ripartizione della proprietà dal punto di vista formale si potrebbe presumere il contrario. I casi in cui un terzo acquista il bene fiduciario contro la volontà del fiduciante sono particolarmente precari. In tali ipotesi occorre verificare se il terzo, cioè l'acquirente, sia stato consapevole del fatto che il fiduciario stava oltrepassando la propria competenza.¹³

4. Questioni pratiche e riflessioni nella dottrina.

Date le notevoli incertezze appena descritte, la prassi ha accolto ben volentieri l'istituto giuridico della *Treuhänderschaft*, entrato in vigore nel 1926, apprezzando in prima linea la certezza del diritto derivante dagli effetti reali del *trust*.¹⁴ Le questioni fondamentali del rapporto fiduciario – cioè in particolare lo *status* giuridico del fiduciante, del fiduciario e dei beneficiari – erano state risolte dal legislatore nazionale all'interno delle norme speciali contenute negli artt. 897-932 del Codice delle Persone e delle Società (*Personen- und Gesellschaftsrecht*, PGR)¹⁵. Dalla lettura attenta dell'art. 926 di

¹¹ F. SCHURR, in M. SCHWIMANN (a cura di), *ABGB Taschenkommentar*, 2015, § 1002, N. 17; dato il fatto che il rapporto fiduciario non è stato disciplinato dal legislatore, l'unico punto di normativo di riferimento è predisposto dal legislatore nelle norme sulla procura e sul mandato; cfr. la sentenza della Corte Suprema Austriaca (*Oberster Gerichtshof*, OGH) 1 Ob 220/08x.

¹² Cfr. la sentenza della Corte Suprema Austriaca (*Oberster Gerichtshof*, OGH) 9 Ob 131/99a; JBl 1986, 647.

¹³ Cfr. la sentenza della Corte Suprema Austriaca (*Oberster Gerichtshof*, OGH) 5 Ob 297/05 w; cfr. la sentenza della Corte Suprema Austriaca (*Oberster Gerichtshof*, OGH) 1 Ob 220/08x.

¹⁴ Cfr. F. SCHURR, *La fiducia nell'ordinamento giuridico del Principato del Liechtenstein*, op.cit., p. 126.

¹⁵ Cfr. K. MOOSMANN, op. cit., p. 166 ss.

tale codice si può trarre la conclusione che la disciplina speciale sulla fiducia è integrata dalla disciplina civilistica generale del mandato (*Auftrag*)¹⁶. Il legislatore ha quindi precisato che anche il secondo modello di rapporto fiduciario, quindi quello contenuto all'interno degli artt. 897 ss. del Codice delle Persone e delle Società, sia riconducibile al modello fiduciario classico instaurato nell'ordinamento del Liechtenstein (e in quello austriaco) grazie all'applicazione analogica dei paragrafi 1002 ss. del Codice Civile Austriaco (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, ABGB*).¹⁷

La dottrina nazionale e internazionale ha contribuito notevolmente a rendere visibili i pregi degli articoli appena citati. In questo modo il *trust* del Liechtenstein è stato impiegato spesso come modello per strutturare patrimoni stranieri.¹⁸ Chiaramente l'evoluzione giuridica della *Treuhänderschaft*

¹⁶ Cfr. le norme contenute nei paragrafi 1002-1034 del Codice civile Austriaco (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, ABGB*).

¹⁷ Bisogna rilevare che la legislazione speciale sulla fiducia, introdotta nel sistema giuridico del Liechtenstein nel 1926, contiene anche altri riferimenti normativi, tra cui anche il riferimento contenuto nell'art. 910, comma 5 del Codice delle Persone e delle Società, quale norma prevede l'applicazione della Legge sull'Impresa Fiduciaria (*Treuunternehmensgesetz, TruG*). Tale legge, introdotta nel 1928 contenuta nell'art. 932a, paragrafi 1-170 del Codice delle Persone e delle Società ha un carattere estremamente casistico ed esplicativo e spesso la lettura di tale legge può fungere come "commentario" al rapporto fiduciario, cfr. P. MARKER, *Liechtensteinisches Wirtschaftsrecht*, 2009, p. 117. Nella stesura della *Treuunternehmensgesetz* il legislatore del Liechtenstein si è ispirato al modello del *Massachusetts Business Trust*.

¹⁸ Oltre alle opere già citate *supra*, vedi anche G. BAUR, *Beitritt des Fürstentums Liechtenstein zum Haager Trustübereinkommen?*, in *Jus & News*, 2003, p. 263-279; H. BÖSCH, *Die liechtensteinische Treuhänderschaft zwischen Trust und Treuband. Eine rechtsdogmatische und – vergleichende Untersuchung aufgrund der Weisungsbestimmung des Art. 918 liecht. PGR*, 1995; ID., *Bemerkungen zur Haftung des Treuhänders für falsche Angaben und zu anderen aktuellen Fragen des liechtensteinischen Treubandrechts*, in *Liechtensteinische Juristenzeitung*, 1999, p. 73-81; ID., *Judikaturwende im liechtensteinischen Treubandrecht. Eine Nachlese und ein Ausblick*, in *Liechtensteinische Juristenzeitung*, 2000, p. 87-93; ID., *Liechtensteinische Trustrezeption und Anwendungsbereich der Bestimmungen über die Treuhänderschaft – Neue Erkenntnisse oder nur alter Wein in neuen Schläuchen?*, in *Liechtensteinische Juristenzeitung*, 2001, p. 42-53 e 73-92; ID., *Schweizerische Spuren im liechtensteinischen Treubandrecht*, in *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, 119 (2000), p. 175-220; P. MATTHEWS, *Die Gefahren der Über-Klassifikation im Trustrecht*, in *Liechten-*

non è dovuta soltanto ai contributi degli studiosi del diritto, bensì è fondamentalmente anche merito delle varie pronunce delle autorità giudiziali del Liechtenstein, cioè in particolare la Corte Suprema del Liechtenstein (*Oberster Gerichtshof, FL-OGH*) e la Corte d'Appello del Liechtenstein (*Obergericht, FL-OG*). La giurisprudenza, infatti, diede un'interpretazione estensiva delle norme dettate dal legislatore, riferendosi non soltanto alle origini continental-europee della fiducia romanistica (*romanistische Treuhand*), bensì alle radici anglosassoni del *trust*.¹⁹ Nel corso del tempo la giurisprudenza ha poi reso concrete le fondamenta giuridiche della *Treuhänderschaft* istaurando certezza del diritto per i maggiori ambiti di applicazione interna e internazionale.²⁰

5. La responsabilità nei casi di *breach of trust*.

Nelle ipotesi in cui il fiduciario abbia agito contrariamente ai propri doveri fiduciari, si verifica l'ipotesi del c.d. *breach of trust* (*Treubruch*)²¹. Infatti l'art. 924, comma 1, del Codice delle Persone e delle Società (*Personen- und Gesellschaftsrecht, PGR*) prevede che il fiduciario (*Treuhänder*) che ha agito

steinische Juristenzeitung, 2001, p. 109-114; F. SCHURR, *Der Trust im Fürstentum Liechtenstein – Rechtsdogmatische und rechtsvergleichende Überlegungen*, in H. ALTMIPPEN/H. FITZ/H. ROTH (a cura di), *Festschrift für Günter H. Roth*, 2011, p. 765 ss.; M. SUMMER, *Vertrauen ist gut, Kontrolle ist besser* – die Auskunftsrechte von Begünstigten im liechtensteinischen Stiftungs – und Treuhänderrecht, in *Liechtensteinische Juristenzeitung*, 2005, p. 36-53; S. WENAWESER, *Zur Rezeptionsfrage der Treuhänderschaft und ihrem Anwendungsbereich nach liechtensteinischem Recht*, in *Liechtensteinische Juristenzeitung*, 2001, p. 1-20; ID., *Die bindende Weisung im englischen und liechtensteinischen Trustrecht*, 2001.

¹⁹ Cfr. ad es. le sentenze della Corte Suprema del Liechtenstein (*Oberster Gerichtshof, FL-OGH*) 7 febbraio 2007, 6 C 373/91; 9 febbraio 2007, 8 CG.2004.239; 6 dicembre 2001, I CG 378/99-50; 1° febbraio 2001, 9 C 130/99-47; 5 dicembre 2000, 2 C 209/96-145; 6 luglio 2000, 5 C 303/98-53; 1° luglio 1999, 3 C 46/95; 16 dicembre 1991, 2 C 88/89-31; 3 settembre 1991, 2 C 330/88-43; 25 febbraio 1991, 2 C 341/87-61; 25 febbraio 1991, 2 C 341/87-61; 15 ottobre 1990, 1 C 36/86-71; 26 gennaio 1988, 3 C 96/86-36; 8 gennaio 1987, 4 C 322/84-40.

²⁰ Cfr. F. SCHURR, *La fiducia nell'ordinamento giuridico del Principato del Liechtenstein*, op.cit., p. 127 ss.

²¹ Cfr. K. MOOSMANN, op. cit., p. 264.

contrariamente alle discipline del patto fiduciario oppure alla legge, risponde nei confronti del disponente oppure dei beneficiari secondo i principi della disciplina dei contratti. Tale riferimento normativo alla disciplina del Codice Civile Austriaco (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*, ABGB) può essere utilizzato come argomento essenziale a favore della teoria secondo cui la fiducia contenuta negli artt. 897 ss. del Codice delle Persone e delle Società costituisca semplicemente una precisazione della fiducia preesistente al 1926 e basata sulla semplice applicazione delle norme del Codice Civile Austriaco sulla rappresentanza e sul mandato, cioè sui paragrafi 1002 ss. di tale codice.²²

Per inquadrare la sussistenza della violazione della carica fiduciaria bisogna prima di tutto prendere in considerazione l'atto e lo statuto fiduciario (*Treuhandurkunde*) e poi le norme di legge nazionali, cioè gli artt. 897 ss. del Codice delle persone e delle società (PGR) e i paragrafi 1002 ss. del Codice Civile Austriaco. Nella prassi è consigliabile concretare al meglio possibile gli obblighi e doveri del fiduciario nella stesura delle clausole della *Treuhandurkunde* per giudicare meglio, in seguito, la sussistenza di una eventuale violazione dei doveri fiduciari.

Il fiduciario (*Treuhänder*) può opporsi alle richieste di responsabilità personale secondo criteri simili agli organi delle persone giuridiche²³. Nell'ipotesi in cui il fiduciario avesse investito e utilizzato i beni e diritti che costituiscono oggetto della fiducia come se si fossero trattati di *assets* propri, si può generalmente giungere al risultato che questi abbia agito ragionevolmente. Nella valutazione concreta occorre sempre verificare se ci sia stato un conflitto d'interesse²⁴.

²² Cfr. F. SCHURR, *La fiducia nell'ordinamento giuridico del Principato del Liechtenstein*, op.cit., p. 136.

²³ La teoria della c.d. *business judgement rule*, recentemente recepita dal modello tedesco e quello statunitense nell'art. 182, comma 2, del Codice delle persone e delle società (cfr. J. GASSER, *Neue Pflichten und Gestaltungsmöglichkeiten des Stiftungsrates*, in Universität Liechtenstein (a cura di), *Das Neue Liechtensteinische Stiftungsrecht*, 2008, p. 178 ss.), non può essere applicata direttamente al *trustee*, poiché concepita soltanto per le persone giuridiche, quindi ad es. per gli organi di una società per azioni (*Aktiengesellschaft*).

²⁴ Per un raffronto con la disciplina inglese, cfr. *Re Thompson's Settlement* [1985] 2 All E.R. 720.

6. Effetto reale del rapporto fiduciario nell'ipotesi del *trust*.

Come menzionato *supra*, nella fiducia romanistica non è costatabile un effetto di tipo reale, giacché prevale il rapporto contrattuale tra fiduciario (*Treuhänder*) e fiduciante (*Treugeber*), mentre la tutela reale delle parti è particolarmente forte nell'ipotesi del *trust* costituito secondo la disciplina degli artt. 897 ss. del Codice delle Persone e delle Società (*Personen- und Gesellschaftsrecht*, PGR). Bisogna rilevare che il legislatore del Liechtenstein ha espressamente disciplinato l'effetto reale del ruolo di amministrazione del fiduciario (*Treuhänder*) all'interno dell'art. 911 del Codice delle persone e delle società (*Personen- und Gesellschaftsrecht*, PGR).

Quindi il secondo modello fiduciario del Liechtenstein è caratterizzato prevalentemente da elementi provenienti dall'ambito dei diritti reali, i quali sono parzialmente accostati agli elementi riconducibili alla disciplina dei contratti.²⁵ La c.d. dedica dei beni che costituiscono oggetto della fiducia (*Vermögenswidmung*) è un elemento caratteristico della disciplina del *trust* del Liechtenstein. Tale atto di trasferimento conduce al risultato che il patrimonio della *Treuhänderschaft* è rigorosamente vincolato al patto fiduciario (*Treuhandabrede*)²⁶. Tale *Vermögenswidmung*, infatti, comporta un mutamento dello *status* giuridico dei beni trasferiti in occasione dell'adempimento della promessa fiduciaria²⁷, giacché l'accordo fiduciario, di fatto, conferisce un'impronta di natura reale a tali beni. Tale traccia è evidenziabile in modo particolarmente lampante nella considerazione del c.d. diritto di seguire la proprietà fiduciaria (*Spurfolgerecht*) quale caratteristica particolare della fiducia disciplinata negli artt. 897 ss. del Codice delle Persone e delle Società, non invece nella fiducia di stampo austriaco derivata dai paragrafi 1002 ss. nel Codice Civile Austriaco.²⁸ Tale *Spurfolgerecht* di-

²⁵ Cfr. F. SCHURR, *La fiducia nell'ordinamento giuridico del Principato del Liechtenstein*, op. cit., p. 123 ss.

²⁶ Per un raffronto con la disciplina inglese, cfr. G. THOMAS/A. HUDSON, *The Law of Trusts*, II ed., 2010, n. 1.01 ss.; A. HUDSON, *Equity and Trusts*, VI ed., 2010, p. 58 ss.; per una delimitazione del *trust* inglese dagli istituti giuridici simili, cfr. G. MOFFAT, *Trusts Law*, V ed., 2009, p. 15 ss.

²⁷ Per un approfondimento degli effetti reali nella disciplina inglese, cfr. *Westdeutsche Landesbank Girozentrale v. Islington LBC* [1996] 2 All ER 961, 988.

²⁸ K. BIEDERMANN, *Die Treuhänderschaft des liechtensteinischen Rechts, dargestellt an ihrem Vorbild, dem Trust des Common Law*, 1981, p. 162 ss.

mostra che il legislatore del 1926 intendeva appoggiarsi non soltanto alla tradizione continental-europea della fiducia romanistica, bensì era disposta ad assimilare dei principi derivanti dalla tradizione inglese del *trust*.²⁹ In tal modo il legislatore del Liechtenstein è riuscito a creare un'alternativa alla fiducia romanistica basata esclusivamente sull'obbligazione.³⁰

7. Costituzione del rapporto fiduciario.

Innanzitutto bisogna rilevare che il rapporto fiduciario generalmente richiede la volontà delle parti coinvolte, quindi in prima linea un accordo tra fiduciante e fiduciario riguardante il trasferimento dei beni che costituiscono oggetto della fiducia.³¹ In questa ipotesi non si tratta in prima linea di un negozio giuridico, bensì di una dedica patrimoniale (*Vermögenswidmung*), la quale definisce il rapporto tra il fiduciario e il patrimonio trasferito³². Quindi la fiducia disciplinata negli artt. 897 ss. del Codice delle Persone e Società è molto più vicina alla disciplina dei diritti reali, rispetto alla fiducia romanistica basata sui paragrafi 1002 ss. del Codice Civile Austriaco³³.

La genesi del rapporto fiduciario non richiede un'iscrizione costitutiva al registro delle imprese (*Handelsregister*). L'obbligo di registrazione riguarda soltanto le *Treuhänderschaften* costituite per una durata superiore ai dodici mesi (art. 900 ss. del Codice delle persone e delle società). Generalmente l'atto fiduciario stesso determina se la *Treuhänderschaft* viene semplicemente depositato oppure iscritto presso il registro delle imprese. Secondo il regime dell'art. 900, comma 1, del Codice delle Persone e delle Società l'obbligo di registrazione è limitato ai casi in cui il fiduciario³⁴

²⁹ Cfr. S. WENAWESER, *op. cit.*, in *Liechtensteinische Juristenzeitung*, 2005, p. 7.

³⁰ Cfr. F. SCHURR, *La fiducia nell'ordinamento giuridico del Principato del Liechtenstein*, *op. cit.*, p. 125 ss.

³¹ Cfr. F. SCHURR, *La fiducia nell'ordinamento giuridico del Principato del Liechtenstein*, *op. cit.*, p. 128.

³² Per una distinzione tra l'atto di disposizione e la dichiarazione negoziale, cfr. K. BIEDERMANN, *op. cit.*, p. 23 ss.

³³ I diritti reali che richiedono la pubblicità (ad es. la proprietà immobiliare) devono essere trascritti al nome del fiduciario (*Treuhänder*), cfr. l'art. 912 Codice delle Persone e delle Società (*Personen- und Gesellschaftsrecht*).

³⁴ Quando sussistono più di un fiduciario, questo vale se almeno uno degli stessi ha la sua sede oppure residenza nel Liechtenstein.

ha la sua sede oppure la sua residenza nel Liechtenstein³⁵. La domanda di registrazione del rapporto fiduciario deve contenere la denominazione della *Treuhänderschaft*, la data della costituzione, la durata, oltre al nome, cognome e residenza oppure ditta e sede del fiduciario. Comunque l'art. 902 del Codice delle Persone e delle Società prevede un'eccezione importante all'obbligo di registrazione: è ammissibile depositare una copia autenticata dell'atto fiduciario presso il registro delle imprese (*Handelsregister*) entro dodici mesi dalla costituzione del rapporto fiduciario invece della piena registrazione³⁶.

Il legislatore del Liechtenstein ha definito le caratteristiche dell'atto fiduciario nell'art. 899 del Codice delle persone e delle società (PGR). Quindi che il negozio fiduciario sia stipulato in forma scritta, a pena di nullità. Nella prassi tipicamente il fiduciante redige una dichiarazione scritta la quale viene poi accettata dal fiduciario in forma scritta. Bisogna rilevare che per l'interpretazione del rapporto fiduciario instaurato tra il *settlor* e il *trustee* è da considerare in prima linea l'atto fiduciario (*Treuhandurkunde*), come previsto dall'art. 910 del Codice delle Persone e delle Società. Secondo la disciplina del Liechtenstein il fiduciante ha piena libertà per la stesura dei documenti. Tale libertà negoziale permette quindi al fiduciante di adattare il rapporto fiduciario alle proprie esigenze, oltre alle aspettative concrete della propria impresa oppure della famiglia.³⁷

Per poter affermare la valida costituzione di un rapporto fiduciario bisogna verificare la certezza riguardante l'intenzione del fiduciante, la certezza degli *assets* che costituiscono oggetto della fiducia e che quindi devono essere trasferiti al fiduciario ed inoltre la certezza riguardante lo scopo, quindi la scelta dei beneficiari.³⁸ Dall'atto fiduciario (*Treuhandurkunde*) deve quindi risultare che il fiduciante aveva davvero l'inten-

³⁵ K. MOOSMANN, *op. cit.*, p. 213 ss.

³⁶ La *Treuhänderschaft* è quindi adatta come strumento per il consolidamento di beni patrimoniali, giacché i terzi non hanno accesso alle informazioni riguardanti un rapporto fiduciario il quale non è stato registrato, bensì soltanto depositato. Il registro delle imprese (*Handelsregister*) può quindi fornire soltanto le informazioni riguardanti la sussistenza di un *trust*, ma non degli ulteriori dettagli; vedi P. MARXER, *op. cit.*, p. 119.

³⁷ F. SCHURR, *La fiducia nell'ordinamento giuridico del Principato del Liechtenstein*, *op. cit.*, p. 128 ss.

³⁸ Cfr. la sentenza della Corte Suprema del Liechtenstein (*Oberster Gerichtshof*, FL-OGH), in *Liechtensteinische Entscheidungssammlung*, 1989, p. 3.

zione di servirsi di una *Treuhänderschaft* secondo gli artt. 897 ss. del Codice delle Persone e delle Società e non di un'altra forma giuridica, cioè ad es. di una semplice fiducia di stampo romanistico (*romanistische Treuband*) costituita con riferimento ai paragrafi 1002 ss. del Codice Civile Austriaco.³⁹

Per quanto concerne gli *assets* che costituiscono oggetto della fiducia (*Treugüter*) bisogna rilevare che l'atto fiduciario deve determinare esattamente gli *assets* da conferire al fiduciario. Nelle ipotesi in cui la *Treubandurkunde* preveda che il patrimonio intero del fiduciante dovrà essere trasferito al fiduciario, è utile allegare un elenco dettagliato con tutti i beni patrimoniali alla dichiarazione fiduciaria.⁴⁰

Tutti i diritti suscettibili di valutazione economica possono essere trasferiti dal fiduciante al fiduciario, cioè in particolare le quote di una società di capitali oltre ai diritti del fondatore di uno stabilimento (*Gründerrechte einer Anstalt*), anche i brevetti e i marchi ed inoltre tutti i tipi di diritti reali ecc.⁴¹. L'art. 899, comma 3, del Codice delle persone e delle società (PGR) prevede che il rapporto fiduciario (*Treubandverhältnis*) deve essere indicato espressamente come tale.⁴²

Secondo le norme degli artt. 897 ss. del Codice delle Persone e delle Società è prevista inoltre la c.d. certezza dell'oggetto. L'atto fiduciario deve indicare quindi lo scopo del rapporto fiduciario.⁴³ Ogni atto fiduciario deve contenere dei punti di riferimento per determinare in un secondo momento le persone che dovranno ricevere delle distribuzioni nel corso della durata del rapporto fiduciario. La determinazione dei beneficiari (*Begünstigte*) e la specificazione normativa dei loro diritti servono come indicazione essenziale per l'esercizio della discrezione del fiduciario (*Ermessen des Treuhänders*). Per quanto riguarda la nomina dei beneficiari, l'atto fiduciario tipicamente

³⁹ K. BIEDERMANN, *op. cit.*, p. 441 ss.

⁴⁰ Cfr. F. SCHURR, *La fiducia nell'ordinamento giuridico del Principato del Liechtenstein*, *op. cit.*, p. 130.

⁴¹ Anche nel diritto inglese il concetto di beni che costituiscono oggetto della fiducia è molto ampio, cfr. *Keech v. Sandford* [1726] Sel Cas Ch 61; *Grainge v. Wilberforce* [1889] 5 TLR 436.

⁴² La denominazione del rapporto fiduciario deve avvenire in modo che questo possa essere distinto facilmente dai terzi. La disciplina del Liechtenstein consente sia l'utilizzo di un nome di fantasia oppure del nome del fiduciante oppure della sua famiglia.

⁴³ K. MOOSMANN, *op. cit.*, p. 95 ss.

fa riferimento al c.d. allegato (*Anhang*), nel quale sono indicati i beneficiari con i loro nomi.

Soltanto nell'ipotesi di una fiducia che definisce uno scopo astratto (*Zwecktreuhänderschaft*) è ammissibile rinunciare a una disciplina concreta riguardante i beneficiari nell'atto fiduciario e negli allegati⁴⁴. In tale ipotesi lo scopo del rapporto fiduciario deve comunque essere circoscritto abbastanza concretamente da rendere possibile al fiduciario di prendere le decisioni appropriate per quanto riguarda l'utilizzo di ciò che viene ricavato dai beni che costituiscono oggetto della fiducia. Secondo la concezione liberale, maggioritaria all'interno del Liechtenstein per quanto riguarda i rapporti fiduciari, non è previsto un periodo massimo per la durata del rapporto fiduciario. L'art. 900, comma 2b e 2c, del Codice delle Persone e delle Società (*Personen- und Gesellschaftsrecht*, PGR) prevede comunque che occorre stabilire nell'atto fiduciario la data della costituzione e la durata prevista.⁴⁵

⁴⁴ L'art. 927, comma 7, del Codice delle Persone e delle Società prevede espressamente il modello fiduciario in cui manca una scelta concreta delle persone aventi diritto. Nel caso della c.d. *Zwecktreuhänderschaft* manca, quindi, un gruppo concreto di beneficiari esercitanti il controllo sulle attività fiduciarie. Occorre evidenziare i rischi risultanti da una *Treuhänderschaft* in cui nessuno può far valere i propri diritti nei confronti del fiduciario, né in via stragiudiziale, né in via giudiziale; un paragone con il diritto inglese dimostra che in quel ordinamento il c.d. *purpose trust* a scopo privato è ammissibile soltanto in poche ipotesi, cioè ad es. il *trust* costituito per la manutenzione di una tomba oppure di un animale domestico (per la delimitazione del *charitable trust* dal *trust* istituito per scopi privati, cfr. Re Moss [1949] 1 All E.R. 495). La necessaria presenza di *beneficiaries* nel diritto inglese è dovuta anche al fatto che questi assumono lo status giuridico di proprietari secondo l'equità (*equitable ownership*) nel momento della costituzione del *trust* e che soltanto l'esercizio di tale *equitable ownership* renderebbe eseguibile il *trust* (*beneficiary principle*), cfr. Morice v. Bishop of Durham [1805] 9 Ves 522. Nel sistema inglese i beneficiari vengono, quindi, strumentalizzati come persone addette al controllo. Nel Liechtenstein invece la *Zwecktreuhänderschaft* è ammissibile per qualsiasi scopo. Il pericolo di un *trust* non controllato viene accantonato dal forte ruolo del tribunale (*Landgericht*) al quale spetta la sorveglianza, cfr. K. BIEDERMANN, *op. cit.*, p. 42.

⁴⁵ Cfr. F. SCHURR, *La fiducia nell'ordinamento giuridico del Principato del Liechtenstein*, *op.cit.*, p. 131; il Liechtenstein si distingue da molti altri ordinamenti giacché permette la costituzione di un *trust* senza limiti di tempo. Occorre ricordare che la maggior parte degli ordinamenti di *common law* prevedono per il *trust*

8. Asset Protection.

Il *trust* del Liechtenstein è uno strumento adatto per impedire a terzi l'accesso ai beni che costituiscono oggetto della fiducia e può quindi costituire un mezzo adatto per raggiungere un consolidamento dei beni patrimoniali.⁴⁶ Nella prassi la tutela dei beni che costituiscono oggetto della fiducia nei confronti dei creditori personali del fiduciante (*Treugeber*) risulta come problema giuridico assai più complesso rispetto alla tutela contro i creditori personali del fiduciario (*Treuhänder*). I creditori personali del fiduciario possono soddisfarsi soltanto sui crediti di quest'ultimo verso il patrimonio fiduciario, cioè in particolare sul compenso spettante al fiduciario previsto nell'art. 920, comma 4, del Codice delle persone e delle società. Per i beni e diritti che costituiscono oggetto della fiducia sono rigorosamente protetti verso i creditori del *trustee* in base all'art. 915 del Codice delle persone e delle società malgrado il fatto che formalmente rientra nella categoria della proprietà del fiduciario. Tale protezione vale sia per l'ipotesi di esecuzione forzata (*Zwangsvollstreckung*), sia per il fallimento (*Konkurs*)⁴⁷. Nell'ipotesi in cui il fiduciario avesse violato il proprio dovere di netta separazione tra i beni personali e i beni che costituiscono oggetto della fiducia, il diritto dei beneficiari alla restituzione prevale rispetto ai crediti di terzi verso il fiduciario.

Per quanto riguarda i crediti personali del fiduciante (*Treugeber*) bisogna considerare l'art. 914, comma 1, del Codice delle persone e delle

la c.d. *rule against perpetuities*, oltre al divieto della c.d. *accumulation* e, quindi, vietano una costruzione di *trust* duraturo, cfr. G. MOFFAT, *op. cit.*, p. 318 ss. La possibilità di costituire una *Treuhänderschaft* nel Liechtenstein senza limite nel tempo ha fatto emergere tale ordinamento come ordinamento adatto per realizzare dei rapporti fiduciari adatti a strutturare un patrimonio familiare per molte generazioni. La maggior parte degli ordinamenti di *common law* infatti considera il *trust* costituito senza limite di tempo, invalido per l'eccesso del c.d. *perpetuity period*; bisogna ricordare che in molti ordinamenti la *rule against perpetuities* non è stata concepita come limite di durata rigido, bensì come obbligo di limitare la validità dell'atto fiduciario. Ad es. un atto è compatibile con la *rule against perpetuities* quando prevede che il beneficiario riceve soltanto una distribuzione irregolare fino a quando compie 21 anni, e che in seguito diventa titolare dell'intero patrimonio; cfr. A. HUDSON, *op. cit.*, p. 185 ss.

⁴⁶ Cfr. F. SCHURR, *La fiducia nell'ordinamento giuridico del Principato del Liechtenstein*, *op.cit.*, p. 132 ss.

⁴⁷ Cfr. K. BIEDERMANN, *op. cit.*, p. 374.

società, quale norma contiene una drastica limitazione. I terzi creditori possono far valere i loro diritti nei confronti dei beni che costituiscono oggetto della fiducia soltanto secondo le regole del decreto sull'impugnazione (*Anfechtungsordnung*) oppure in base alle norme sulla successione, in particolare i diritti alla legittima⁴⁸.

Le opportunità riguardanti la protezione del patrimonio nel Liechtenstein sono comunque limitate dai principi del diritto civile. L'art. 2 del Codice delle Persone e delle Società (PGR) prevede l'obbligo per chiunque di agire in buona fede nell'esercizio dei propri diritti e nell'adempimento di propri obblighi. Il comma 2 di tale articolo prevede che l'evidente abuso non viene tutelato: ciò vuol dire che i creditori del fiduciante possono soddisfarsi sui beni che costituiscono oggetto della fiducia, se il fiduciante ha istituito la fiducia in modo abusivo, per evadere una responsabilità concreta nei confronti di un creditore oppure erede⁴⁹. Qualora i beni sono stati trasferiti al fiduciario soltanto in modo fittizio senza che tale trasferimento abbia realizzato una vera *Treuhänderschaft* con tutte le sue caratteristiche tipiche, allora si tratterebbe di un comportamento abusivo e, quindi, non degno di tutela giuridica. Le caratteristiche tipiche della *Treuhänderschaft* da considerare in questo contesto riguardano il rapporto tra il fiduciario e il fiduciante. Sono particolarmente precari i casi in cui il fiduciario non amministra i beni e diritti che costituiscono oggetto della fiducia in modo autonomo, essendo soggetto al continuo influsso del fiduciante. Infatti, la disciplina sulla fiducia del Liechtenstein prevede che la validità della *Treuhänderschaft* dipende dalla capacità del fiduciario di amministrare i beni che costituiscono oggetto della fiducia senza restrizioni e di poter disporre del patrimonio

⁴⁸ In tale contesto occorre menzionare l'art 64 del decreto della tutela dei diritti (*Rechtssicherungsordnung*, RSO) ed il paragrafo 785 del Codice civile (ABGB) oltre all'art. 29 della legge sul diritto internazionale privato (*Gesetz über das internationale Privatrecht*, IPRG); cfr. P. MARXER, *op. cit.*, p. 124; per un raffronto comparativo degli ordinamenti i quali rendono possibile l'adozione di una strategia di *asset protection*, cfr. G. MOFFAT, *op. cit.*, p. 303 ss.

⁴⁹ La giurisprudenza ha affrontato tale questione in particolare nell'ambito del trasferimento di beni alle delle fondazioni; cfr. la pronuncia della Corte costituzionale del Liechtenstein (*Staatsgerichtshof, FL-StGH*), in *Liechtensteinische Entscheidungssammlung*, 2005, p. 128; secondo tale giurisprudenza i creditori del disponente non avrebbero accesso ai beni conferiti, già per il semplice fatto che il disponente si fosse riservato il diritto di revoca oppure che questi avesse stipulato un rapporto di mandato con l'amministratore.

a favore dei beneficiari. L'art. 918 del Codice delle Persone e delle Società, il quale contiene tale principio, è chiaramente ispirato al diritto inglese⁵⁰.

Si può quindi riassumere che in tutti i casi in cui i documenti riguardanti la *Treuhänderschaft* prevedano che il disponente abbia il diritto di esercitare un influsso continuo (*fortlaufendes Weisungsrecht*) sul fiduciario, sussisterebbe il rischio che la separazione del patrimonio non venga riconosciuta.⁵¹ Comunque il fiduciante può riservarsi il diritto di revocare oppure modificare successivamente il rapporto fiduciario. Una clausola del genere nell'atto fiduciario non pregiudica minimamente la validità della *Treuhänderschaft* e quindi non impedisce l'effetto di separazione del patrimonio essenziale ai fini di una solida protezione dei beni che costituiscono oggetto della fiducia nei confronti dei creditori personali del fiduciante. Il trasferimento dei beni che costituiscono oggetto della fiducia al fiduciario può avvenire nel momento dell'istituzione del rapporto fiduciario oppure in seguito, trattandosi in entrambe le ipotesi di un atto a titolo gratuito ai sensi dell'art. 65 del Decreto della Tutela dei Diritti (*Rechtssicherungsordnung, RSO*). Tale norma sancisce che l'impugnazione dell'atto di trasferimento può avvenire entro un anno dall'inizio dell'esecuzione forzata. S'intende che la ratio legis di tale breve termine consiste nel fatto di rendere utilizzabile il modello fiduciario di cui agli artt. 897 ss. del Codice delle Persone e delle Società (*Personen- und Gesellschaftsrecht, PGR*) per lo scopo di protezione e conservazione del patrimonio, ad es. nel contesto del *private wealth management*.

Visto che il negozio fiduciario del Liechtenstein è sempre stato utilizzato prevalentemente da fiducianti di origine straniera, bisogna menzionare brevemente anche la dimensione del diritto internazionale privato e in particolare l'art. 75 del Decreto della Tutela dei Diritti. Tale norma prevede che all'impugnazione di atti giuridici si applica la legge dello stato di residenza oppure della sede del debitore. Inoltre l'impugnazione è ammissibile soltanto nell'ipotesi in cui anche il diritto applicabile all'atto di acquisto permetterebbe una tale impugnazione. In tutti i casi in cui la disciplina per l'impugnazione dello stato di residenza, oppure della sede si distingue da quella applicabile all'atto di trasferimento, si applicano le leggi più favorevoli per la controparte della procedura. Secondo l'art. 75 del Decreto sulla Tutela dei Diritti l'impugnazione dipende quindi sia dai presupposti dettati

⁵⁰ Per un raffronto con la prospettiva inglese, cfr. A. HUDSON, *op. cit.*, p. 952.

⁵¹ F. SCHURR, *La fiducia nell'ordinamento giuridico del Principato del Liechtenstein*, *op. cit.*, 2012, p. 132 ss.

dalla legge della residenza oppure sede del debitore, sia dai requisiti imposti dalla disciplina applicabile all'atto di trasferimento.

Ovviamente anche la disciplina delle successioni può contrastare drasticamente con la costituzione di un *trust*. Così l'integrità dei beni che costituiscono oggetto della *Treuhänderschaft* può essere messa a rischio da una richiesta dei legittimari (*Pflichtteilsberechtigte*). Infatti, l'atto di trasferimento al fiduciario deve esser inquadrato come atto a titolo gratuito. All'atto pratico bisogna verificare se tale trasferimento avesse cagionato una violazione del diritto alla legittima. I legittimari potranno agire in giudizio per vedersi riconosciuto il diritto leso dall'atto di trasferimento dei beni che costituiscono oggetto della fiducia, quale atto a titolo gratuito. Secondo il paragrafo 785, comma 3, del Codice Civile Austriaco (*Allgemeins Bürgerliches Gesetzbuch, ABGB*), applicabile anche nel Principato del Liechtenstein, gli atti di trasferimento del fiduciante al fiduciario non vengono considerati nell'azione dei legittimari, se tale trasferimento è avvenuto più che due anni prima della morte del disponente. Inoltre bisogna considerare che secondo il paragrafo 1487 dello stesso codice, l'azione di riduzione si prescrive in tre anni.⁵²

Anche in questa circostanza bisogna brevemente menzionare la dimensione internazionalprivatistica, giacché nella maggior parte delle *Treuhänderschaften* del Liechtenstein il disponente sarà uno straniero. Secondo l'art. 29, comma 1, della Legge del Diritto Internazionale Privato (*Gesetz über das interantionale Privatrecht, IPRG*) generalmente a ogni azione di riduzione sono applicabili le norme dello statuto personale del fiduciante. I beni trasferiti al Treuhänder potrebbero quindi essere soggetti al rischio di termini più lunghi rispetto a quelli appena menzionati del paragrafo 785, comma 3 e del paragrafo 1487 del Codice Civile Austriaco. Per evitare tale incertezza del diritto, il legislatore del Liechtenstein ha introdotto recentemente una nuova disciplina, cioè l'art. 29, comma 5, della Legge del Diritto Internazionale Privato. Grazie a tale norma l'azione di riduzione avrà successo soltanto nell'ipotesi in cui coincidono i termini stranieri, cioè quelli dettati dalla legge nazionale del fiduciante (*Treugeber*), oltre a quelli del Liechtenstein, quale diritto applicabile all'atto di trasferimento dei beni che costituiscono oggetto della fiducia, quindi i paragrafi 785, comma 3 e 1487 del Codice civile (ABGB).

A questo punto occorre ricordare che già secondo la tradizione anglo-

⁵² Cfr. F. SCHURR, *La fiducia nell'ordinamento giuridico del Principato del Liechtenstein*, op.cit., p. 133 ss.

sassone sussistono vari tipi di rapporto fiduciario i quali rendono possibile il consolidamento del patrimonio del fiduciante entro i limiti posti dal diritto civile e penale⁵³. Come appena evidenziato, quindi anche la *Treuhänderschaft* del Liechtenstein costituisce un istituto giuridico adatto ad affiancare l'intenzione del fiduciante di rendere possibile la conservazione dei beni patrimoniali tramite l'atto di trasferimento al fiduciario, se non ci siano dei limiti posti nella disciplina civilistica, tributaria oppure penale del Liechtenstein oppure di stati terzi. L'intenzione di consolidamento dei beni patrimoniali può funzionare soltanto se il patrimonio rimane del tutto separato sia dalla sfera patrimoniale del fiduciante, sia da quella del fiduciario: questa doppia segregazione viene realizzata tramite due elementi giuridici, cioè l'attribuzione dei beni al "nuovo" soggetto giuridico, cioè il fiduciario secondo i criteri dei diritti reali, e il rigido vincolo di tali beni allo scopo fiduciario (*Treuhandzweck*). Questa "dimensione reale", assente nella tradizionale fiducia costruita in base ai paragrafi 1002 ss. del Codice Civile Austriaco, costituisce al nostro l'elemento essenziale del secondo modello fiduciario, cioè dalla *Treuhänderschaft* disciplinata negli artt. 897 ss. del Codice delle Persone e delle Società.

Secondo il modello fiduciario i terzi⁵⁴ possono accedere ai beni che costituiscono oggetto della fiducia per soddisfare i propri diritti soltanto quando sono presenti determinati requisiti, ad es. un vizio di volontà nel patto fiduciario⁵⁵. Inoltre bisogna ricordare che il consolidamento dei beni che costituiscono oggetto della fiducia ovviamente non può essere efficace se il terzo riesce a contestare l'atto di trasferimento secondo i principi dell'impugnazione della donazione (*Anfechtung der Schenkung*) oppure se il terzo riesce a far valere i propri diritti all'integrazione della propria parte legittima (*Pflichtteilsergänzung*)⁵⁶.

⁵³ Per un confronto con la disciplina inglese e statunitense, cfr. P.H. PETTIT, *Equity and the Law of Trusts*, XI ed., 2009, p. 236 ss.; fu in particolare l'esperienza statunitense a sviluppare lo strumento di un *trust* impostato proprio verso la protezione patrimoniale verso terzi (*asset protection trust*).

⁵⁴ Ad es. i creditori del fiduciante oppure gli eredi legittimari.

⁵⁵ Cfr. i paragrafi 869 ss. del Codice Civile Austriaco (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*, ABGB).

⁵⁶ Cfr. i paragrafi 947 ss. del Codice Civile Austriaco; vedi anche il paragrafo 785 dello stesso codice ed inoltre gli artt. 64 ss. del decreto sulla tutela dei diritti (*Rechtssicherungsordnung*, RSO); vedi LR 283.0 sul sito www.gesetze.li; cfr.

9. La funzione del fiduciario.

Il legislatore ha definito il ruolo del fiduciario nell'art. 897 del Codice delle Persone e delle Società. Bisogna sottolineare che spetta al fiduciario il dovere di far valere il diritto all'adempimento di tutti i diritti riguardanti i beni che costituiscono oggetto della fiducia.⁵⁷ Occorre precisare che il *Treuhänder* (*trustee*) assume un ruolo di piena autonomia nel funzionamento del rapporto fiduciario immediatamente dopo l'accettazione della carica⁵⁸. Il *trustee* è quindi vincolato esclusivamente dall'accordo fiduciario e non sarebbe più soggetto all'influsso del fiduciante per quanto riguarda ad es. l'investimento dei beni che costituiscono oggetto della fiducia. Il dovere fiduciario (*Treuepflicht*) è al centro di ogni modello fiduciario. Da tale dovere possono essere tracciati tutti gli altri obblighi del *fiduciario*, cioè ad es. l'obbligo di separare i beni che costituiscono oggetto della fiducia da quelli personali. Chiaramente il divieto di stipulare contratti con se stesso, disciplinato nell'art. 925, comma 2, del Codice delle Persone e delle Società) è anche riconducibile al dovere fiduciario⁵⁹.

Nella prassi spesso si pone il problema se il fiduciario deve compiere tutti i compiti riguardanti l'amministrazione delle attività fiduciarie personalmente oppure se può servirsi dell'aiuto di terzi. Il legislatore del Liechtenstein ha affrontato tale problema nell'art. 919, comma 5, del Codice delle Persone e delle Società (PGR) e ha stabilito che il *trustee* generalmente deve provvedere personalmente all'adempimento della sua carica, ma ha anche concesso al fiduciario di delegare alcuni compiti amministrativi a terzi⁶⁰. Tale delega comunque non esonera dalla responsabilità per la scelta appropriata dell'esperto incaricato, visto che il principio della c.d. *culpa in eligendo* è applicabile anche nel Liechtenstein. Nella scelta dell'esperto

F. SCHURR, *La fiducia nell'ordinamento giuridico del Principato del Liechtenstein*, op.cit., p. 135.

⁵⁷ Cfr. P. APATHY, in M. SCHWIMANN (a cura di), op. cit.

⁵⁸ Per un raffronto con la disciplina inglese, cfr. Clough v. Bond [1838] 3 My & Cr 490.

⁵⁹ Cfr. K. BIEDERMANN, op. cit., p. 280 ss.

⁶⁰ Un esempio essenziale da menzionare in questo contesto è l'amministrazione del patrimonio in senso stretto. La complessità degli investimenti, ad es. quelli mobiliari e immobiliari, costringe molti *Treuhänder* di rivolgersi a vari esperti del settore.

al quale affidare una parte dei compiti propri, il fiduciario deve seguire esclusivamente gli interessi dei beni e diritti che costituiscono oggetto della fiducia e quindi l'interesse dei beneficiari (*Begünstigtenprinzip*). Altrimenti il Treuhänder sarebbe responsabile secondo i principi giuridici della *culpa in eligendo*.

Tipicamente il fiduciante può determinare all'interno dell'atto fiduciario (*Treuurkunde*) i dettagli del ruolo e dello *status* giuridico del fiduciario.⁶¹ La determinazione dei diritti e obblighi del *trustee* è un elemento fondamentale per la certezza del diritto e per una *governance* fiduciaria equilibrata.⁶² La disciplina del Liechtenstein lascia al fiduciante un ampio spazio per la determinazione dell'ambito dei compiti del *trustee*. È nell'interesse di ogni professionista, il quale intende assumersi la carica di fiduciario, di trovarsi dinanzi ad un atto fiduciario in cui i propri obblighi e doveri siano definiti senza equivoci.⁶³

L'utilità di una precisazione dello *status* giuridico del *trustee* nell'accordo fiduciario diventa particolarmente evidente se si prendono in considerazione le situazioni in cui vi è incertezza sull'ammissibilità di un determinato atto compiuto dal *trustee* e, quindi, se deve essere valutata l'ipotesi di un'infrizione dell'accordo fiduciario⁶⁴.

È sempre raccomandabile inserire delle clausole di successione per un'eventuale uscita dell'attuale fiduciario e inoltre delle regole riguardanti la nomina dei fiduciari successori.⁶⁵ Questa necessità è particolarmente evidente per i rapporti fiduciari costituiti a lungo termine oppure addirittura senza limite nel tempo.

In questa circostanza bisogna ricordare che ogni atto fiduciario deve inoltre contenere delle regole riguardanti la cancellazione oppure la modifica del rapporto fiduciario in base all'art. 906 del Codice delle Persone e delle Società. Questo si spiega con il fatto che la realizzazione e le modalità

⁶¹ Vedi l'art. 917 ss. Codice delle Persone e delle Società.

⁶² Cfr. F. SCHURR, *La fiducia nell'ordinamento giuridico del Principato del Liechtenstein*, op. cit., p. 131.

⁶³ Tale interesse è spiegabile anche con il rischio di responsabilità professionale del fiduciario (*Treuhänder*).

⁶⁴ Per un raffronto con la disciplina inglese, cfr. *Target Holdings v. Redfems* [1996] 1 AC 421.

⁶⁵ Cfr. artt. 904, comma 1 e 917 Codice delle Persone e delle Società.

per la cancellazione oppure la modifica del rapporto fiduciario ricadono nella competenza del *trustee*.⁶⁶

10. La funzione del fiduciante.

Le uniche norme di legge a definire il ruolo del fiduciante (*Treugeber*) si trovano all'interno dell'art. 897 e dell'art. 932a, paragrafo 49, comma 1, del Codice delle Persone e delle Società. Secondo queste norme si presume che il ruolo del disponente sia rivestito da chi promette nell'atto fiduciario il trasferimento dei beni che costituiscono oggetto della fiducia⁶⁷. Il *settlor* è quindi obbligato a mettere a disposizione del fiduciario i beni corrispondenti alla sua promessa nell'atto fiduciario. Infine, secondo l'art. 920, comma 3, del Codice delle Persone e delle Società il disponente è obbligato a pagare al fiduciario un compenso adeguato. Una lettura attenta delle norme di legge dettate dal legislatore del Principato in materia della *Treuhänderschaft* porta quindi al risultato che il legislatore ha dedicato poca attenzione al ruolo del fiduciante.⁶⁸

Bisogna rilevare che il diritto del Liechtenstein concede al *Treugeber* di inserire una clausola nell'atto fiduciario secondo cui tutti i beni e diritti che costituiscono oggetto della fiducia oppure alcune parti ricadrebbero al disponente.⁶⁹ Potrebbe trattarsi quindi di un rapporto fiduciario costituito con una condizione risolutiva. L'atto fiduciario può anche prevedere che i beni che costituiscono oggetto della fiducia devono essere ritrasferiti ai propri successori, ad es. agli eredi del *settlor*, secondo l'art. 917, comma 1, del Codice delle persone e delle società (PGR). Il fiduciante può inoltre riservarsi il diritto di ratifica per alcuni atti giuridici di notevole portata, ad es. per la vendita dei beni immobili intestati al fiduciario.

⁶⁶ Cfr. F. SCHURR, *La fiducia nell'ordinamento giuridico del Principato del Liechtenstein*, op. cit., p. 132.

⁶⁷ Cfr. K. MOOSMANN, op.cit., p. 233.

⁶⁸ Cfr. F. SCHURR, *La fiducia nell'ordinamento giuridico del Principato del Liechtenstein*, op. cit., p. 138 ss.

⁶⁹ Ad es. con il decorso di un certo termine oppure nel momento in cui subentra una determinata condizione.

11. La funzione dei beneficiari.

I rapporti fiduciari generalmente richiedono una precisazione degli interessi e dei diritti dei beneficiari, giacché altrimenti la fiducia non sarebbe costituita secondo il c.d. principio beneficiario (*Begünstigtenprinzip*)⁷⁰. Questo principio vale quindi sia all'interno del primo modello fiduciario, cioè quello romanistico fondato sui paragrafi 1002 ss. del Codice Civile Austriaco, sia quello costruito in base alle norme specifiche sulla fiducia, cioè gli artt. 897 ss. del Codice delle Persone e delle Società. Comunque soltanto nella seconda ipotesi al beneficiario spetta un diritto simile a quello della proprietà. Tale concetto viene riassunto con la formula della proprietà basata su equità (*auf Billigkeit beruhendes Eigentum*). Da questo diritto reale – atipico per la tradizione continental-europea del Liechtenstein – risultano comunque anche dei diritti particolari all'informazione. Ai beneficiari spetta quindi anche il ruolo di fungere come elemento fondamentale nella governance fiduciaria, visto che loro stessi sono i titolari degli interessi economici legati all'amministrazione dei beni che costituiscono oggetto della fiducia e, quindi, i primi a voler evitare qualsiasi forma di abuso.

Come esposto già ripetutamente all'interno di questo saggio, l'interpretazione della *Treuhänderschaft* del Liechtenstein deve avvenire sia alla luce della tradizione della fiducia romanistica di stampo continental-europeo, sia alla luce della *trust* anglosassone. Questo vale anche per l'inquadramento del ruolo dei beneficiari (*Begünstigte*). Ispirandosi all'esperienza inglese, bisogna osservare che ogni persona, alla quale spetta, secondo le circostanze negoziali, un qualsiasi tipo di vantaggio economico derivato dai beni che costituiscono oggetto della fiducia, ha un proprio diritto soggettivo a ricevere informazioni sull'amministrazione di tali beni. Tale diritto ovviamente deve considerarsi limitato ad una misura appropriata e quindi confinata alle sole informazioni necessarie per l'ottenimento dei propri diritti patrimoniali nei confronti del *trustee*⁷¹.

⁷⁰ Tale principio è stato ripetutamente formulato nella giurisprudenza anglosassone, cfr. ad es. *Morice v. Bishop of Durham* [1805] 9 Ves 522; cfr. auch *Leahy v. Attorney General for NSW* [1959] AC 457.

⁷¹ Quindi il diritto all'informazione spetta in primissima linea ai beneficiari immediati. Si intende che non ogni soggetto il quale dichiara di essere beneficiario automaticamente avrà accesso alle informazioni. Sarà necessaria un'indagine precisa da parte del fiduciario (*Treuhänder*).

Si può riassumere che l'intensità del diritto all'informazione deve essere proporzionale al grado del diritto quasi-patrimoniale dell'interessato. Le norme dettate dal legislatore del Liechtenstein in materia della fiducia comunque sono flessibili giacché permettono l'adattamento del diritto all'informazione alle esigenze del fiduciante. Infatti nella maggior parte delle *Treuhänderschaften* istituite secondo gli artt. 897 del Codice delle Persone e delle Società, è previsto il mantenimento di un elevatissimo livello di discrezionalità tramite l'esclusione contrattuale dell'accesso dei beneficiari alle informazioni. Il legislatore del Liechtenstein ha precisato ulteriormente il ruolo dei beneficiari all'interno dell'art. 932a, paragrafo 78, del Codice delle Persone e delle Società. Dalla lettura attenta di questa norma si può trarre la conclusione che il legislatore probabilmente aveva l'intenzione di introdurre il principio di equità (*Billigkeitsprinzip*), ispirandosi alla disciplina inglese⁷². All'atto pratico la determinazione dello status giuridico di ogni beneficiario di un rapporto fiduciario stabilito secondo il diritto del Liechtenstein deve orientarsi verso le disposizioni contenute nell'atto fiduciario. Il sistema giuridico del Liechtenstein garantisce un elevatissimo livello di autonomia privata al fiduciante per quanto riguarda la scelta dei beneficiari e l'intensità dei loro privilegi⁷³. Tale principio è stato consolidato anche dal testo dell'art. 917, comma 3, del Codice delle Persone e delle Società.

Il compito del controllo sulle attività fiduciarie generalmente viene svolto con la massima efficienza da coloro che hanno un proprio interesse economico nel funzionamento dell'amministrazione dei beni che costituiscono oggetto della fiducia. In entrambe le ipotesi di fiducia, quindi sia in quella fondata sui paragrafi 1002 ss. del Codice Civile Austriaco, sia in quella costituita in applicazione degli artt. 897 ss. del Codice delle Persone e delle Società, il ruolo di controllo dovrebbe spettare in prima linea ai beneficiari per garantire una governance fiduciaria appropriata. Chiaramente il ruolo dei beneficiari deve rimanere generalmente passivo, in quanto questi si trovano regolarmente in una posizione di attesa di una distribuzione effettuata dal Treuhänder.

⁷² Per un raffronto con il diritto inglese, cfr. *Bowman v. Secular Society Ltd.* [1917] AC 406.

⁷³ Cfr. K. MOOSMANN, *op. cit.*, p. 258.

12. Osservazioni finali.

Nel Liechtenstein coesistono due modelli di fiducia, l'uno ispirato alla tradizione fiduciaria anglosassone del *trust*, l'altro fondato sulla tradizione continental-europea della fiducia romanistica. Mentre il secondo modello è frutto di una specifica legislazione contenuta nel Codice delle Persone e delle Società (*Personen- und Gesellschaftsrecht*, PGR) del 1926, il primo modello si basa sugli artt. 1002 ss. del Codice Civile Austriaco (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*, ABGB), entrato in vigore nel Liechtenstein nel 1812.

Per entrambi i modelli prevale un'ampia libertà negoziale nell'assegnazione dei diritti soggettivi spettanti ai singoli personaggi coinvolti nel rapporto triangolare della fiducia, cioè il fiduciante (*Treugeber*), il fiduciario (*Treuhänder*) ed il beneficiario (*Begünstigter*). Entrambi le fattispecie possono essere impiegate quasi universalmente ad es. per operazioni fiduciarie rivolte a scopo di gestione (*Verwaltungstreuhand*) oppure per quelle dirette a costituire una garanzia (*Sicherungstreuhand*). La coesistenza di due tradizioni di negozio fiduciario del tutto diverse, quella della fiducia romanistica e quella del *trust*, all'interno dell'ordinamento giuridico del Liechtenstein, può fungere come modello per tutti gli ordinamenti giuridici di *civil law* che hanno applicato recentemente la tecnica giuridica del c.d. *legal transplant*, introducendo il *trust* anglosassone e seguendo quindi la via percorsa dal legislatore del Liechtenstein nel lontano 1926.

CECILIA ASCANI - GABRIELE MARRA

*PROFILI PENALISTICI DEI NEGOZI FIDUCIARI DI SCOPO**

SOMMARIO: 1. Premessa. Forme legali e prassi contrattuali di fronte al diritto penale. – 2. Breve inquadramento dell'istituto fiduciario di scopo. – 2.1. Alla ricerca della causa. – 3. L'istituto del *trust* e la “tiepida” accoglienza dell'ordinamento italiano. – 4. Il *trust*: potenziali profili di rilevanza penale. – 4.1. Alla ricerca della tipicità penale nel prisma degli interessi contrattuali. – 4.2. Itinerari giurisprudenziali. – 4.3. Condotta appropriativa ed altruità dei beni appropriati. – 4.4. Terzietà del *trust* e misure ablativa. – 4.5. I necessari limiti (esegetici) della tutela penale. – 4.6. Uno sguardo oltre confine. – 4.6.1. Il caso sammarinese. – 4.6.2. Note di sintesi. – 5. Conclusioni.

1. Premessa. Forme legali e prassi contrattuali di fronte al diritto penale.

Il *trust* è un istituto che vive nella prassi dei rapporti tra privati, all'ombra di un quadro normativo civilistico granulare e affatto specifico. Analoga asimmetria caratterizza l'approccio al tema da parte del sistema penale. I cui interpreti si sono confrontati con il *trust* seguendo tracce normative disperse, alla ricerca di criteri che con sufficiente determinatezza fossero in grado di identificare il punto di discriminare tra consentito ed illecito.

Le riflessioni che seguono intendono descrivere lo stato essenziale della questione al fine di verificare se, da questo stato di normatività liquida, siano emerse isole di tipicità penale, attorno alle quali sia possibile organizzare futuri esercizi interpretativi. Un provvisorio esercizio cartografico è ciò a cui aspira lo studio. Il tratteggio tra teoria e prassi è, invece, lo strumento a cui si affida.

2. Breve inquadramento dell'istituto fiduciario di scopo.

Il negozio fiduciario vede un soggetto, cd. fiduciante, alienare un diritto per uno scopo ulteriore. Il soggetto cui il diritto viene trasferito, cd. fidu-

* Sono attribuibili a Cecilia Ascani i §§ 1, 2, 3 e 5. A Gabriele Marra il § 4.

ciario, si obbliga a realizzarlo ritrasferendo in un momento futuro il diritto stesso al fiduciante ovvero a un terzo.

Si ha così la contestuale realizzazione di un effetto reale, il trasferimento di un diritto, e di un effetto obbligatorio, derivante dal cd. *pactum fiduciae*, in virtù del quale il fiduciario si obbliga a utilizzare il bene in modo conforme a quanto stabilito con il fiduciante e a ritrasferirlo al medesimo o ad altro soggetto che quest'ultimo gli abbia indicato¹. All'interno del rapporto fiduciario si concretizza un fenomeno di interposizione reale di persona o rappresentanza indiretta, ove la persona interposta acquisti i diritti previsti a suo favore dal contratto ma sia tenuta a ritrasferirli ad una terza persona, in questo può dirsi che il rapporto sia di tipo trilaterale.

Una parte della dottrina sostiene che il negozio fiduciario si articoli in due distinti negozi a loro volta collegati: un primo negozio esterno ed efficace verso i terzi, con la quale la proprietà viene trasferita ed un secondo negozio, interno a contenuto obbligatorio, con il quale il fiduciario si obbliga al successivo ritrasferimento del bene al soggetto predefinito. Per altri il negozio fiduciario sarebbe invece un negozio astratto che si basa sul *pactum fiduciae* dello schema contrattuale, e l'atto traslativo troverebbe giustificazione all'esterno, in una causa che dovrà essere espressa nel medesimo *pactum*.

Qualora il fiduciario non rispetti l'obbligo assunto con il *pactum fiduciae*, il fiduciante potrà utilizzare i rimedi generali previsti in materia di inadempimento ex art. 1218 c.c. e chiedere il risarcimento dei danni e, altresì, ricorrendo le condizioni di legge sarà legittimato ad agire mediante esecuzione specifica, ex art. 2932 c.c., qualora il patto prevedeva il ritrasferimento della proprietà. Ai creditori del fiduciante sarà viceversa rimessa la possibilità di esperire l'azione surrogatoria di cui all'art. 2900 c.c. al fine di esercitare, in luogo del fiduciante, il diritto alla restituzione del bene fiduciariamente trasferito.

2.1. Alla ricerca della causa.

Il tradizionale problema relativo al negozio fiduciario è stato quello di dare ad esso un fondamento causale idoneo a giustificare la sua ammissi-

¹ F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, Napoli, 1973, p. 179.

bilità nel nostro ordinamento giuridico; si può in questo senso affermare che esso nasce dall'esigenza di piegare, modificare, superare, gli schemi rigidi preordinati dall'ordinamento per la produzione di determinati effetti, quando non addirittura, dall'esigenza di produrre effetti all'ordinamento giuridico (ancora) sconosciuti. In questo clima di perplessità va collocato l'istituto del *trust* che consiste in un rapporto fiduciario, in virtù del quale un soggetto trasferisce la proprietà di determinati beni ad un fiduciario per un fine prestabilito. Il trasferimento di beni nel fondo del *trust* è vincolato da un legame che intercorre tra il *settlor* e il *trustee*, che è il cosiddetto patto di fiducia; il *settlor* (disponente) trasferisce l'intestazione (non la proprietà, così come è intesa nel diritto italiano) di quei beni perché vengano amministrati dal *trustee* nell'interesse dei beneficiari e nei limiti di quanto stabilito nell'atto istitutivo.

Come si dirà meglio più tardi, accanto all'elemento fiduciario il *trust* presenta un ulteriore elemento caratterizzante ravvisabile appunto nell'amministrazione dei beni confluiti in esso, questa dovrà svolgersi in maniera diligente e nell'unico fine di favorire il beneficiario. In questo senso può dirsi che lo strumento del patrimonio destinato rappresenti una concessione che viene riservata all'autonomia privata, al fine di realizzare un'articolazione del patrimonio che incide su interessi di soggetti diversi². Tale fenomeno ricorre in tutti quei casi ove la legge consenta ai privati di separare determinati beni dalla propria sfera giuridica, seppur mantenendo la formale titolarità dei medesimi, imprimendo ai beni un vincolo di destinazione per effetto del quale sia impossibile distarre detti beni dallo scopo cui sono destinati³.

Nel nostro ordinamento non mancano ipotesi codificate di segregazione patrimoniale quale per esempio il fondo patrimoniale ovvero il finanziamento destinato ad uno specifico affare contemplato dall'art. 2447-bis, comma 1^a, lett. *b* e disciplinato dalla norma in commento al fine di promuovere una più efficiente utilizzazione delle risorse economiche dell'impresa ed agevolare il credito alla produzione. Questo inedito paradigma negoziale mira ad offrire alle società per azioni, in accomandita per azioni e cooperative, un surrogato del *trust* anglosassone per raccogliere finanziamenti garantiti principalmente con valori conseguiti nell'esercizio d'impresa. La

² M. BIANCA, M. D'ERRICO, A. DE DONATO, C. PRIORE, *L'atto notarile di destinazione – L'art. 2645-ter del codice civile*, Giuffrè, Milano, 2006.

³ G. CHINÈ, M. ZOPPINI, *Manuale di diritto civile*, Nel Diritto Editore, Roma, 2011, p. 589.

lunga esperienza del *project financing* ha dunque ispirato il riformatore nella predisposizione di un modello idoneo al trasparente perseguimento delle suesposte istanze, non essendo adatta la definizione di patrimoni destinati a uno specifico affare di cui alla lett. *a* del medesimo articolo.

3. L'istituto del *trust* e la “tiepida” accoglienza dell'ordinamento italiano.

Il *trust* può dirsi istituto civilistico dai confini mobili in quanto scarsamente presidiato sotto il punto di vista normativo. Difetta una sua definizione strettamente civilistica ed altrettanta lacuna si registra per quel che concerne il regime degli effetti nel campo tributario. Come già anticipato l'istituto contempla una pluralità di soggetti quali il *settlor*, il *trustee*, il *beneficiary* e in ultimo, ma non d'importanza, il *guardian*. Per quel che concerne la sua struttura assume primaria importanza la centralità funzionale dello scopo perseguito, nonché il substrato dei cosiddetti doveri fiduciari, può a tale riguardo affermarsi che il *trust* assuma tutte le vesti che un professionista riesca ad immaginare.

A mero scopo esemplificativo, tra i vari scopi che esso potenzialmente persegue possono individuarsi la tutela del patrimonio per finalità successorie, forme di investimento e pensionistiche⁴, la tutela di minore e di soggetti diversamente abili (il cui godimento dei beni in *trust* rimarrà limitato fino al raggiungimento della maggiore età per i primi, mentre beneficeranno dei “soli” frutti senza mai esserne pieni proprietari i secondi), la protezione di beni immobili ravvisabile nel tipico effetto segregativo del patrimonio conferito, nonché gli indubbi vantaggi di natura fiscale, ove il risparmio d'imposta non rappresenti l'unico motivo di istituzione del *trust*, sarà viceversa considerato illegittimo e sanzionato l'uso elusivo od evasivo.

L'assenza, nel diritto civile italiano, di un sistema di norme equitative non è però di ostacolo all'utilizzo del *trust*; né argomento decisivo per un definitivo giudizio di verifica della sia illiceità. Non foss'altro perché l'assenza dal c.c. è supplita, sul piano della legittimazione – il punto deve ritenersi acclarato – dall'adesione dell'Italia alla Convenzione dell'Aja del

⁴ I piani di investimento pensionistici ed i fondi comuni sono derivazione dei *trust fund* anglosassoni.

1 luglio 1985, entrata in vigore dal 1 gennaio 1992. I sostenitori di una diversa conclusione cultori di una rigida idea di legalità statuale si trovano, pertanto, a remare contro-corrente, anche per la numerosità delle sentenze nazionali che hanno riconosciuto gli effetti legittimati dalla Convenzione di Roma, con particolare riguardo al *trust* cosiddetto interno⁵. Sulla validità del *trust* ha apposto il suo sigillo anche il legislatore fiscale intervenuto in materia prima nel 2006, poi, con la “finanziaria 2007” e con alcune conseguenti circolari dell’agenzia delle entrate (si segnala la 48/E/2007). Incidentalmente qui si osserva il sospetto che trasuda dalla trama normativa di questi atti: figlio dell’aliena genetica normativa trapiantata dal *trust* nel terreno dell’ordinamento nazionale – sempre si sospetta di chi non si conosce! – ma, soprattutto, dell’apprezzamento dei rischi di una sua strumentalizzazione a scopi illeciti. Ritrosia strutturale che, con un occhio alla prassi finisce per apparire del tutto fuori luogo. I segni, anche solo premonitori, di un impiego sistematico del *trust* per scopi illeciti sono infatti del tutto assenti. Osservazione che ha una specifica rilevanza anche all’interno della speculazione teorica dei penalisti, che anche in base ad essa, sono giustificati ad ascrivere la vicenda che qui interessa nell’area dei cd. reati in contratto⁶.

4. Il *trust*: potenziali profili di rilevanza penale.

Ciò nonostante, il *trust* appare agli occhi del penalista con tratti non rassicuranti: quelli fissati dalla sua fluidità funzionale, idonei ad innescare facili suggestioni criminogenetiche equalizzanti atipicità e fraudolenza. Come si vedrà, nella teoria e nella prassi del sistema penale non mancano certo degli strumenti necessari per evitare tali precipitose conclusioni. La questione è però destinata a rimanere comunque problematica. Si considerino a conferma alcuni dati. Il confronto tra prassi del *trust* e diritto pe-

⁵ Intendendosi per interno il *trust* che presenti quale unico elemento di estraneità rispetto all’ordinamento italiano la legge regolatrice, che dovrà essere necessariamente straniera, generalmente inglese, stante la mancanza nel nostro ordinamento di norme specifiche in materia.

⁶ F. MANTOVANI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, tomo II, *Delitti contro il patrimonio*, CEDAM, Padova, 2014, che distingue la categoria in parola da quella a base integralmente illecita dei cd. reati contratto (art. 644 c.p.).

nale è mediato da schemi tipici, da quest'ultimo ricevuti dal legislatore del '30 ed improntati ad una visione dei rapporti patrimoniali tutelati per certi aspetti "primordiali"⁷. A ciò confinato dalla limitatezza degli scopi sociali del suo intervento (*ne cives ad arma ruant*) ma, altresì, dalla sostanziale estraneità dei problemi della circolazione giuridica della matrice civilistica che di quelle incriminazioni è cifra essenziale (per il tramite degli elementi normativi che ne costellano la tipicità⁸). Una rete di tutela a maglie larghe, a cui rischia di sfuggire la grana fine della prassi meno ortodossa dei negozi fiduciari di scopo.

La refrattarietà dell'impianto codicistico alla dimensione dinamica che al patrimonio imprime gli atti dell'autonomia privata, spiega l'assenza di riferimenti alla fiducia – diffusi invece nel settore del diritto penale dei mercati finanziari⁹ – quale nota qualificante il perimetro della protezione penalistica del patrimonio. Mancanza che costituisce un punto nodale per misurare la capacità di adattamento della tutela penale ai nuovi orizzonti del *trust*, istituto che fa della fiducia il tratto qualificante la sua tipicità sociale e giuridica.

Alla luce di queste preliminari acquisizioni, non si va troppo lontano dal vero osservando che il diritto penale realizza una sorta di "super istanza" di controllo di meritevolezza dell'utilizzo *trust*, operando in un contesto ove tutte quelle sofisticate distinzioni elaborate dal diritto civile rischiano di essere sistematicamente ignorate al momento dell'applicazione della fattispecie incriminatrice. Un'istanza che, tacendo altro, il diritto penale finisce per esercitare operando con un deficit di legalità!

Un primo indice rivelatore della suddetta "crisi" può ravvisarsi nell'inevitabile scontro fra la centralità definitoria dello scopo tipica dell'istituto del *trust*, basata sulla logica del *case by case*, e il principio di riserva di legge che tutela l'idealtipo di norme generali ed astratte. Altro terreno di scontro tra principi vigenti nell'ordinamento penale e disciplina del *trust* può ravvisarsi nel rilievo che quest'ultima attribuisce alle componenti fiduciarie dell'isti-

⁷ A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2003.

⁸ F. CARNELUTTI, *Teoria giuridica della circolazione*, CEDAM, Padova, 1933 (rist. ESI, Napoli, 2010).

⁹ La fiducia è infatti condizione essenziale del loro spontaneo funzionamento. La sua tutela non può dunque dirsi estranea all'area di interesse del sistema penale. Nonostante i dubbi che il suo ingresso tra gli elementi essenziali del tipo suscita per la tenuta del modello penalistico incentrato sulla tutela dei beni giuridici!

tuto, difficilmente conciliabili con le esigenze di tassatività della disciplina penalistica; il rischio, in tal senso, è quello di un'inarrestabile tendenza a scolorirsi del dato formale, quale il concetto di altruità, e dei profili di materialità che sono propri di una corretta definizione della condotta nonché appropriativa, fagocitati dalla constatazione dell'avvenuta violazione degli immateriali obblighi fiduciari.

Nell'economia di questa indagine la riferita lacuna rileva in una duplice prospettiva. Da un lato, evidenzia una nota di strutturale inadeguatezza della tutela penale vigente a farsi carico dell'intero spettro di problemi connessi alle patologie dello schema contrattuale in esame. Dall'altro, illustra invece, sul piano della dinamica funzionale della ricezione penalistica, un più generale fattore di rischio (più che potenziale) per la tenuta della legalità delle fattispecie interessate. Infatti, una volta acclarata la pressione che sul *tabbestand* esercitano insoddisfatte esigenze di tutela, si è anche identificata una potente forza motrice per sforzi ermeneutici finalizzati a decomprimere quel rapporto, aprendo brecce nella tenuta della legalità della singola fattispecie, per farvi entrare "l'aria nuova" di quelle inedite esigenze di tutela.

4.1. Alla ricerca della tipicità penale nel prisma degli interessi contrattuali.

Ciò chiarito in termini generali, la discussione del tema impone di abbassare lo sguardo ad un livello di maggior dettaglio. Quello consentito dall'esplosione dell'unitario schema contrattuale qui provocata per "liberare" le sue singole componenti.

Questo consente di trattare partitamente la posizione del disponente – *settlor* da quella del *trustee* – fiduciario, entrambe autonomamente rispetto alla figura del *guardian*, eventualmente posto a tutela dell'effettivo rispetto dello schema contrattuale¹⁰.

Quanto al primo, si deve osservare che i profili di rilevanza penale at-

¹⁰ Una valutazione autonoma, in caso di riscontrate patologie, richiederebbe anche la posizione dell'ingegnere dell'operazione, la cui conclusione, per la sua intrinseca complessità giuridica, richiede la necessaria presenza di specifici contributi professionali. Il tema non può qui essere approfondito, anche perché la sua soluzione dipende dall'interpretazione di delicati istituti della parte generale del diritto penale: qual'è il concorso di persone nel reato. Cfr. per un primo approccio al tema, M. MASUCCI, *Sul rischio penale del professionista*, Jovene, Napoli, 2012.

tengono, prevalentemente, al piano dell'eventuale strumentalizzazione dello schema contrattuale per scopi illeciti: che possono paritariamente colpire interessi pubblici – quali l'evasione fiscale o la frustrazione dell'autorità giudiziaria – e interessi privati – quali sono le pretese creditorie. Al diritto penale è dunque richiesto di apprestare la sua tutela contro forme di impiego dello schema contrattuale che per lo scopo perseguito non superano il vaglio della sociale meritevolezza.

In relazione alla posizione del fiduciario, a venire in rilievo è, prevalentemente, la lesione degli interessi privati la cui soddisfazione è affidata alla stipulazione del negozio fiduciario di scopo. Al sistema penale è in questo caso richiesto di impedire l'abuso di beni altrui: compito tradizionalmente svolto dalla tutela penale del patrimonio.

Ancora diverso è il quadro quando si passi ad analizzare la posizione del *guarantor*. In quanto soggetto privo di poteri gestionali, non può abusare dei diritti e dei beni dedotti in contratto. In ragione della carenza di potere nel determinare le finalità perseguite mediante il *trust* non può neppure essere autore di condotte lesive della meritevolezza sociale del negozio. La sua posizione non sembra dunque interessare il diritto penale al di fuori di casi di connessione con la condotta illecita altrui, e, segnatamente, con la sola condotta abusiva del *trustee*, rispetto al quale riveste una posizione di garanzia, un dovere impeditivo fondante, in caso di inerzia, la sua responsabilità omissiva. Non ostano in tal senso le perplessità che, sul piano dell'*extrema ratio*, vengono opposte ad ogni proposta di presidiare beni patrimoniali con fattispecie d'azione duplicate dai loro doppioni omissivi (ex art. 40 cpv c.p.).

La prassi ha infatti sempre ritenuto tale argomento affatto irresistibile. Come resistibile sarebbe, altresì, l'idea di scartare l'ipotesi per la natura privatistica della fonte dell'obbligo. In senso contrario milita, infatti, una robusta opinione d'insieme che ha oramai da tempo 'liberalizzato' il sistema delle fonti dell'obbligo giuridico impeditivo, includendovi il negozio giuridico tra privati. Ciò detto, non può passare inosservata l'assenza del momento fiduciario quale elemento descrittivo del tipo soprattutto se da questa prospettiva si vaglia la posizione del *trustee*-esecutore, la cui eventuale *malagestio* oltre ad assumere le forme di un'azione appropriativa, ben può manifestarsi attraverso omissioni di condotte necessarie per il fedele adempimento del mandato; che restano, tuttavia, certamente estranee alla presa repressiva dell'art. 646 c.p.

Salvo inquadrare la vicenda nel più generale schema dei reati d'obbligo (*Pflichtdelikte*), la cui dimensione offensiva è fissata dal solo elemento della disfunzionalità "di settori della vita che hanno già una loro configurazio-

ne giuridica (i rapporti – ad esempio – tra amministrazione patrimoniale e mandante)”¹¹. Interesse la cui compressione è da ritenersi equivalentemente realizzata mediante azione o omissione. Tanto basta per intuire la forza fluidificante della legalità propria della categoria in esame. Il tutto scontando altresì un irrigidimento del controllo penalistico sulle attività dei privati: in corrispondenza dell’approfondimento delle capacità di intervento della pena, che è propria di tali letture funzionalistiche, a detrimento della competenza della responsabilità civile. Meglio attrezzata, si chiosa, per far fronte alla molteplicità delle questioni poste dalla violazione di doveri fiduciari, o più rispettosa di quell’autonomia privata da cui si origina la fluttuante tipicità sociale del *trust*¹².

Esemplare in tal senso, attingendo all’esperienza comparativa, è la parabola interpretativa alla quale è andata incontro la fattispecie di “infedeltà” (*Untreue*) disciplinata dal § 266 StGB, la cui parabola evolutiva si è assestata su di una pervasiva nozione di “violazione fiduciaria” quale nota essenziale dell’illecito¹³.

La già viva preoccupazione che suscita la qualità degli argomenti fino ad ora illustrati, si radicalizza osservando il tema dal punto di vista della vorace ed oscura categoria dell’abuso del diritto. Se, per dirla altrimenti, si passa a descrivere l’atteggiamento del sistema penale di fronte al rischio incombente di una strumentalizzazione della forma giuridica del *trust* per finalità sostanzialmente elusive di norme imperative pubblicistiche. Incertezza si aggiunge, così, ad incertezza, che finisce per diventare un tratto permanente della rilevanza penalistica dei negozi fiduciari di scopo. Né si osservi, in senso contrario, che le più recenti evoluzioni del sistema penal-tributario, ampiamente scosso – nel più recente passato – dall’ondata di diritto libero che si è su di esso abbattuto dopo la scoperta della rilevanza penalistica dell’art. 37-bis DPR n. 600 del 1973, sembrano indirizzate a porre un freno a tale ‘abuso’ del diritto penale. Vivo e vegeto è, infatti, l’atteggiamento della prassi che con regolarità pratica il principio a tenore del quale “po-

¹¹ C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1998, p. 43.

¹² Cfr. C.E. PALIERO, *Sicurezza dei mercati o mercato delle (in)sicurezze? Prove critiche di psicopolitica criminale*, in *Sicurezza e diritto penale*, Bononia University Press, Bologna, 2011, p. 301 ss.

¹³ W. NAUCKE, *Der Begriff der politischen Wirtschaftsstraftat*, LIT Verlag, Berlin, 2012, p. 17 ss.

tentamente ripugna ad ogni senso di giustizia” mandare assolto chi, pur nel formale rispetto della legge extrapenale, ha comunque sostanzialmente leso l’interesse tutelato dalla fattispecie incriminatrice¹⁴.

Tale conclusione trova conferma nel diritto comparato. Osservando l’esperienza dei paesi di *common law*, patria indiscussa del *trust*, si apprende dell’inesistenza di specifiche norme di tutela penale¹⁵. Si viene però anche a conoscenza del fatto che l’intervento penale, quando doveroso, non avviene quasi mai ‘in campo aperto’, ma solo se mediato da provvedimenti giurisdizionali extra-penal, ai quali è affidato il compito di dare forma e sostanza alla valutazione della componente fiduciaria che innerva l’istituto in parola. È quanto avviene, ad esempio, nel caso della stipulazione di *asset protection trust*, la cui costituzione, con contestuale trasferimento all’estero dei beni disposti, rende incapiente il *settlor*, frustrando, di conseguenza, le legittime aspettative del ceto creditorio. Il rimedio, ove l’operazione non superi il vaglio di meritevolezza, è individuato nell’emissione di un ordine giudiziale di rimpatrio dei beni, la cui effettività è assistita dall’incombenza della minaccia di ritenere integrato il reato di *Contempt of Court* in caso di ‘disobbedienza’.

Se a quanto sin qui osservato si aggiunge anche la consapevolezza del rarefatto impegno giurisprudenziale sul tema, allora ben si comprende l’esigenza di una maggiore attenzione.

4.2. Itinerari giurisprudenziali.

Le linee prospettiche che emergono da quanto sin qui osservato vanno passate al vaglio della prassi applicativa, che, data la granulosità del quadro legale di riferimento e i tratti di miopia funzionale che lo connotano, assume un ruolo centrale, per comprendere lo stato di salute complessiva dei rapporti tra diritto penale e *trust*.

Come anticipato, la giurisprudenza penale ha avuto modo di confrontarsi con il *trust* solo in sporadici casi. Circostanza che di certo non facilita la ricostruzione delle innervature del quadro complessivo del problema.

¹⁴ G. MARRA, *Legalità ed effettività delle norme penali*, Giappichelli, Torino, 2002.

¹⁵ E dall’usuale ricorso, in caso di abusi della forma negoziale, alle risorse messe a disposizione dall’ordinamento penale generale.

Al fine di massimizzare la valenza informativa dei dati ricavabili da una schematica ricostruzione della prassi applicativa comunque esistente, è conveniente fissare un criterio d'ordine, attorno al quale organizzare l'esame degli interventi giurisprudenziali.

In questa prospettiva emergono in primo luogo, le decisioni che si sono occupate della rilevanza penale del *trust* – illecito – sotto il profilo della sua tipicità rispetto al quadro legale vigente. In seconda istanza, si evidenziano invece le decisioni che si sono occupate del tema nella prospettiva di una corretta applicazione di istituti generali del sistema penale (ad esempio: provvedimenti ablatori di prevenzione). Nel primo caso, a venire in rilievo è, in prevalenza, un'istanza di tutela di beni giuridici individuali – categoria alla quale va ascritta anche la tutela creditoria in forma cetuale propria della disciplina della bancarotta¹⁶ –; nel secondo, invece, a stagliarsi in primo piano è la garanzia dell'interesse prettamente statale che si manifesta nell'effettivo esercizio dei poteri di prevenzione.

4.3. Condotta appropriativa ed altruità dei beni appropriati.

Si osservi ora il merito di quanto va profilandosi nella prassi.

Nella prospettiva della necessaria tutela contro la frustrazione delle aspettative creditorie – categoria che nel caso del *trust* si estende fino alla tutela delle pretese dello stato creditore del debito fiscale – a venire in rilievo sono, in particolare due sentenze. Spicca una decisione del giudice di legittimità che, in un caso di destinazione dei beni conferiti in *trust* a finalità proprie del *trustee* ha ravvisato un'ipotesi di *interversio possessionis* rilevante quale condotta appropriativa ex art. 646 c.p.¹⁷.

L'omessa inclusione della decisione in parola nell'attività di repertazione commentaristica e la sua sostanziale assenza dal circuito del dibattito pubblico, ne oscura la struttura motivazionale e, con essa, la possibilità di

¹⁶ In proposito si ricordi che la giurisprudenza di legittimità ha affrontato il problema anche nella prospettiva del *settlor* che segrega i propri beni in un *trust* per frustrare un provvedimento del giudice (art. 388 c.p.).

¹⁷ Cass. Sez. II 3 dicembre 2014, Cervelli, inedita. La decisione è 'registrata' da F. BRIZZI, *Il "negozio illecito": leasing e trust come strumenti di dissimulazione della "disponibilità"*, in *Arch. Pen.* 2015, n. 2, p. 9.

analizzare compiutamente l'*iter* seguito per arrivare ad un dispositivo che merita consenso.

Di certo più utile è, in questa prospettiva, l'esame di una sentenza di merito, intervenuta su di un'analoga fattispecie, della quale è stato possibile ricostruire – sia pure approssimativamente – l'iter motivazionale.

Il *trustee* che manchi volontariamente ai suoi doveri di diligente gestione dei beni oggetto di segregazione patrimoniale risponde del delitto di appropriazione indebita, per aver violato il vincolo di destinazione del bene – una 'classica' ipotesi di appropriazione per distrazione – agente su di un bene da ritenersi altrui.

Questo il principio. Conseguenza di una interpretazione che si muove nel solco di una tradizione consolidata in tema di individuazione degli estremi della condotta appropriativa¹⁸, ma, al contempo, anche di un evidente sforzo di emancipazione dell'opinione di quanti ritengono l'altruità elemento normativo del fatto di matrice civilistica, avente carattere accessorio e sintetizzante le regole dettate dal codice civile: orizzonte entro il quale pare difficile assegnare l'etichetta di altruità a beni che, una volta conferiti in *trust*, entrano formalmente nell'esclusiva sfera di proprietà di quest'ultimo.

Non di meno, considerando la propensione autonomista del diritto penale quando si tratti di fare i conti con istituti e regole propri di altri settori dell'ordinamento, la conclusione del tribunale lagunare appare affatto sorprendente, perché, sforzandosi di guardare alla sostanza delle cose non è seriamente dubitabile che il *trustee* al quale è affidata la gestione del *trust* gestisce beni sui quali sussiste un interesse sostanziale del conferente e un indiretto potere di controllo sugli stessi da parte del *settlor* in ragione dell'originario vincolo finalistico impresso dallo stesso sulla vita del *trust*.

Quanto basta a garantire la prevedibilità della reazione penale nei confronti di condotte manipolative della specifica funzionalità economico-sociale impressa al bene detenuto dall'originaria attribuzione fiduciaria.

A nulla rileverebbe, in senso contrario, far osservare che ciò non è piena proprietà ai sensi del codice civile, ma solo una situazione 'mezzana', per sua natura insufficiente per fondare un giudizio di non appartenenza della stessa a soggetti diversi dall'autore della condotta. Opinione destinata a scontrarsi – rovinosamente – contro due irresistibili argomenti di segno

¹⁸ Tribunale di Venezia, 4 gennaio 2005. Vedi anche A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, vol. III, *Delitti contro il patrimonio*, Giuffrè, Milano, 2003.

opposto: con il fatto che nel “linguaggio comune”, altrui sono tutte le cose sulle quali “insista un interesse di altri, “di qualsiasi specie”, e che “nel caso concreto abbia un peso economico-sociale apprezzabile”¹⁹; o, altresì, con la circostanza che in tale direzione spingono anche valutazioni teleologiche difficilmente contestabili, finalizzanti la tutela penale alla salvaguardia dell’esclusività del rapporto fattuale di interesse che caratterizza i rapporti soggettivi con le cose²⁰.

4.4. Terzietà del *trust* e misure ablative.

Non si può di certo ignorare il costo imposto da questa tendenziale de-formalizzazione alle ragioni della legalità. Tuttavia non si possono neppure ignorare i costi che una diversa conclusione scaricherebbe sulle fondamenta del sistema.

Sul punto vi è il consenso di massima anche della prassi applicativa, che qui si illustra sommariamente anche nella seconda delle prospettive analitiche in precedenza esplicate.

Chiamata a verificare i limiti di applicabilità di misure ablative (confisca) e di quelle pre-ablative consentite dal codice di rito (art. 321 c.p.p.) e dalla disciplina delle misure di prevenzione ha precisato che il conferimento di beni in *trust* non li ‘salva’ dall’applicabilità di forme di apprensione coattiva qualora risulti che la sostanza dei rapporti di fatto sul bene non corrisponde alla loro formalizzazione contrattuale: in tutti i casi in cui si ritenga accertato che i beni sono rimasti nell’effettiva disponibilità dell’indagato²¹. D’altra parte, non si manca di osservare che l’autonomia giuridica del *trust* impedisce di procedere a troppo sbrigativi interventi ablativi del suo patrimonio per fatti ascrivibili alla condotta del disponente o del *trustee*.

¹⁹ A. PAGLIARO, *Principi*, cit., p. 71. L’osservazione apre il varco, stando a quanto dimostrato dalla moderna scienza della comparazione, ad un ulteriore e radicale processo di de-legalizzazione degli elementi normativi extragiuridici costellanti la tutela penale del patrimonio. Cfr. R. SACCO, *Il diritto muto*, Il Mulino, Bologna, 2014.

²⁰ A. PAGLIARO, *Principi*, cit., p. 48 ss. Riscontri comparatistici si leggono in H. OTTO, *Grundkurs Strafrecht*, De Gruyter, Berlin, 20057, p. 147 ss.; D. ORMEROD, D. WILLIAMS, *Smith’s law of theft*, Oxford University Press, Oxford, 20079, § 54.

²¹ Cass. Sez. II del 16.04.2015, Buonocore, inedita. Ne dà notizia, ancora una volta, F. BRIZZI, cit., p. 9.

Rispetto ad essi il *trust* conserva infatti almeno una posizione di terzietà. Qualità che, a tenore del diritto vigente (art. 240, co.3 c.p.), lo pone, per ciò solo, al riparo dall'aggressione coattiva delle agenzie di *enforcement* penalistica, in assenza di una persuasiva motivazione della sua fittizietà²².

Resta dunque inteso che se si vuol continuare a dare credito alla necessaria determinatezza della norma penale, il futuro consolidamento di tale lettura non esaurisce lo spazio dei problemi con i quali la prassi interpretativa è chiamata a confrontarsi.

4.5. I necessari limiti (esegetici) della tutela penale.

Per evitare soluzioni troppo *tranchant* occorrerà procedere ad una ripermimetrazione interna alla fattispecie appropriativa. A tal fine sembra opportuno distinguere dal classico concetto di altruità della cosa, quale elemento normativo di matrice civilistica – nonché requisito strutturale della fattispecie ex art. 646 c.p. – un altro maggiormente elastico. Nell'ipotesi di un bene confluito in *trust* si può infatti osservare come vi sia un dato formale, secondo il quale il *trustee* ne è proprietario, ma nella sostanza su di esso persista un interesse di una persona diversa da quest'ultimo; ciò non può essere definito piena proprietà ma, per parte della giurisprudenza, merita di essere considerata rilevante nell'ottica dell'altruità. Questo tipo di lettura modifica l'interpretazione strettamente sanzionatoria operata dai giudici di Venezia, ampliando lo spettro della rilevanza penale fino alla violazione di condizioni extranee ad una qualificazione legale tipica ai sensi del c.c. con il risultato di includere nel concetto di altruità anche quei beni sui quali sussista un vincolo di interesse a favore di altro soggetto diverso dal proprietario, ove tale interesse abbia un peso economico – sociale apprezzabile.

4.6. Uno sguardo oltre confine.

La frammentazione penalistica del quadro normativo municipale e le connesse preoccupazioni che la rilevata a-sistematicità può suscitare – tanto dal punto di vista di una effettiva tutela degli interessi in gioco, quanto

²² Trib. Taranto, sez. Misure di prevenzione, 3.03.2012, www.penalecontemporaneo.it.

in termini di garanzia dell'agire individuale – suggeriscono di alzare per un momento lo sguardo per gettare un'occhiata oltre confine. Allo scopo di verificare l'esistenza e la praticabilità di alternative all'intervento affidato alle sole norme del diritto penale generale, e di misurare l'adequatezza dei livelli di tutela e garanzia comunque offerti, rebus sic stantibus, dall'ordinamento interno.

4.6.1. Il caso sammarinese.

Nel quadro comparato emerge l'ordinamento della Repubblica di San Marino, che con decorrenza 1 marzo 2010 (legge n. 42), si è dotato di una legge organica sul *trust*: non esclusa la previsione di un autonomo statuto penale della figura del *trustee*.

Cinque specifiche fattispecie di reato (artt. 57-61) si aggiungono così alle generali previsioni codicistiche (art. 366 c.p. con riferimento agli artt. 53 e 54)²³ e alla pluralità di sanzioni – penali ed amministrative – che presiedono l'effettività della disciplina anti-riciclaggio (artt. L. 17 giugno 2008, n. 92): questione che presenta plurimi profili di intersezione con la dinamica gestoria del *trust* (artt. 18/1 e 23/1 lett. c)).

L'interesse tutelato è eminentemente privatistico: coincidente con l'integrità dell'interesse patrimoniale dedotto in *trust*. Inequivoco, sul punto, è il riferimento al profitto ingiusto e al danno patrimoniale che caratterizza la tipicità dei misfatti di cui agli artt. 58, 59 e 60: quale nota caratterizzante il dolo specifico, nelle prime due ipotesi, e l'evento del reato, nell'ultima.

La tutela dell'interesse patrimoniale del conferente non esaurisce, però, il perimetro dell'intervento penalistico. Significativa in tal senso è la previsione dettata dall'art. 57, in funzione strumentale alla salvaguardia di una condizione essenziale della sicurezza del mercato del *trust*: la partecipazione al quale è riservata a quanti soddisfano fondamentali condizioni di integrità e capacità. Qualità astrattamente identificate dalla legge, che a tal proposito detta l'art. 18, prevedendo, altresì, l'intervento di un apposito decreto delegato, al quale è rimesso il compito di fornire un maggior livello di dettaglio dell'intervento regolativo in materia.

Chiarita la struttura sanzionatoria delle norma in commento (art. 56) e

²³ Il riferimento a disposizioni legali senza ulteriori indicazioni, deve ritenersi riferibile alla legge 1 marzo 2010, n. 42.

preso conseguentemente atto della funzione integrativa del precetto penale propria dell'intera disciplina extrapenale, si ha contezza della complessità teleologica propria della fattispecie in esame: segnata dal riconoscimento della meritevolezza di pena di un interesse di natura meta-individuale facilmente identificabile con l'effettività delle "regole del gioco"²⁴. Interesse che si aggiunge, senza però rimpiazzarlo, al basamento patrimoniale dell'intera disciplina, dando così vita ad una fattispecie plurioffensiva. Foriera di rischi, sul piano della lineare prevedibilità dei futuri esercizi interpretativi e della tenuta della necessaria offensività dell'illecito penale, nella misura in cui si ritenga legittimo l'eventuale scioglimento di quella nota di complessità finalistica in termini di alternatività: considerando sufficiente la violazione anche di uno solo degli interessi consacrati dal legislatore. In tal caso, ove a venire in rilievo fosse solo la dimensione funzionale propria della violazione delle artificiali regole del gioco dettate dall'ordinamento, il misfatto in parola perderebbe infatti ogni capacità selettiva dell'offesa penalmente rilevante e con essa ogni capacità di sufficiente orientamento *ex ante*²⁵.

Un discorso a parte merita, infine, l'interrogativo concernente il rilievo penalistico di eventuali infrazioni alle decisioni dell'autorità giudiziaria, che in materia è *ex lege* dotata di specifici e penetranti poteri di intervento funzionale e di controllo di legalità (artt. 53, 54 e 55), ulteriori agli ordinari compiti decisionali riservategli in tema di azioni di responsabilità per illecito civile (artt. 20 e ss.). Un insieme di prerogative la cui effettività sembra essere solo parzialmente tutelata dalle norme dell'ordinamento penale generale, che limita il suo intervento ai soli casi di mancato rispetto o fraudolenta elusione di "misure cautelari a difesa della proprietà, del possesso e del credito" (art.366 c.p.). È però vero, a bene vedere, che l'evocato presidio penalistico è sufficientemente articolato per garantire l'effettività dell'intero nocciolo dei poteri giurisdizionali "di controllo e di supervisione di qualsiasi *trust*" (art. 53/1): caratterizzato dalla tipizzazione di innovative facoltà di intervento cautelare, strumentali alla salvaguardia di un interesse proprietario. Quanto basta per concludere osservando che anche su questo punto l'ordinamento penale sanmarinese risulta privo di significative lacune.

²⁴ Il rilievo attribuito dal legislatore a tale componente sovra-individuale, quantomeno al livello della selezione delle *rationes* di tutela, è attestato anche dalla deroga alla perseguibilità a querela prevista in relazione all'ipotesi di cui all'art. 58.

²⁵ Per una fine analisi di questi equilibri teleologici cfr. C. PEDRAZZI, voce *Mercati finanziari (tutela penale)*, in ID., *Diritto penale*, vol. IV, Giuffrè, Milano, 2003.

Prima di chiudere questa pagina del libero della comparazione, sono necessarie alcune note ulteriori, in merito alla struttura della tipicità obbiettiva delle incriminazioni in parola.

Spicca, in proposito, il misfatto che punisce il *trustee* che “sottrae o comunque distrae in beni” oggetto del negozio fiduciario (art. 58), perché caratterizzato dalla coesistenza, all’interno di una unitaria ipotesi criminosa, della condotta sottrattiva con il riferimento residuale (“o comunque”) all’ipotesi di distrazione dei beni.

Scelta problematica, almeno da un punto di vista sistematico, tradizionalmente segnato, sulla scia di un univoco quadro comparato, dalla alterità tra le due condotte, anche da un punto di vista sanzionatorio (art. 194 e 197 c.p.).

Tradizione che la fattispecie in parola innova, con specifico riferimento alla legislazione penale municipale, anche da un punto di vista lessicale, sostituendo all’impossessamento, qualificante la condotta del misfatto di furto, il riferimento alla mera sottrazione. Scelta non irrilevante nell’economia dell’incriminazione in parola, data la sua capacità di arretrare il momento consumativo del reato rispetto a quanto previsto per il misfatto di furto: occorrendo a tal fine la creazione di un potere di fatto sulla cosa al di fuori della sfera di controllo di chi vanta sulla stessa un potere maggiore. Il riferimento alla mera sottrazione qualificante la tipicità dell’art. 58 si accontenta invece, allo stesso fine, di verificare l’avvenuta espropriazione del bene dal *trust*. Circostanza degna di nota, anche in relazione alla previsione del dolo specifico quale elemento subbiettivo del misfatto, data la sua idoneità funzionale ad arretrare ancora di più, rispetto all’effettivo evento di danno al patrimonio altrui, il momento di perfezionamento dell’illecito²⁶.

Una specifica riflessione merita anche l’alternativa condotta distrattiva, che nell’economia del misfatto in esame sembra svolgere un ruolo ‘residuale’ di chiusura. Per comune opinione, il riferimento alla distrazione deve infatti intendersi applicabile ad ogni condotta appropriativa non riconducibile alle ipotesi di consumazione, alienazione e ritenzione, le cui note di tipicità sono rintracciabili nella constatata frustrazione del vincolo finalistico dettato dal proprietario del bene da parte di chi ne abbia l’attuale possesso²⁷.

Come è agevole constatare, si è in presenza di una ipotesi di reato sufficientemente ampia per munire di adeguata tutela l’interesse patrimoniale

²⁶ Cfr. A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., p. 450.

²⁷ Commissario della Legge (Emiliani), sentenza n. 84 del 24 agosto 1984.

del conferente, nei confronti di pressoché tutti gli abusi commessi a suo danno dal *trustee*.

La speciale disciplina penale dettata dal legislatore sanmarinese in materia di *trust* si conclude con la previsione di due ulteriori misfatti. Entrambi finalizzati a garantire interessi prodromici a quello patrimoniale del conferente: l'una, punendo l'omessa tenuta della documentazione contabile indispensabile per una corretta verifica dell'operato del *trustee*; l'altra, al medesimo fine, sottoponendo a pena le condotte di alterazione della verità delle relative appostazioni.

Entrambe le ipotesi di reato non presentano profili di interesse ai fini della presente indagine, se non quello di attestare la selettiva necessità di prevedere ipotesi di reato speciali a protezione delle specifiche condizioni di funzionamento del *trust*: la cui effettività risulterebbe altrimenti compromessa, fuoriuscendo, le relative violazioni, dal raggio di azione del diritto penale generale.

Istanza da sottolineare, unitamente però alla presa d'atto, di rilievo da una prospettiva nazionale, che quest'ultimo è comunque già dotato – *rebus sic stantibus* – di risorse sufficienti per reagire adeguatamente in caso di dolose violazione dei vincoli fiduciari a beneficio proprio del *trustee*.

4.6.2. Note di sintesi.

Tutto ciò considerato, resta solo spazio per alcune cursorie valutazioni di sintesi, la cui validità non è compromessa dalla consapevolezza della necessità di un più ampio giro d'orizzonte, se per il tramite dell'indagine comparata si intende misurare lo qualità della presenza penalistica nella dinamica dei rapporti *causa fiduciae*²⁸.

Nonostante l'«estraneità» del *trust* dalla tradizionale modellistica proprietaria²⁹, il consueto impianto di tutela penale del patrimonio non risente del declino del modello monistico dell'istituto civilistico. Neppure volendo

²⁸ Una recente messa a fuoco dei rapporti tra fiducia, dinamica economica e diritto penale si legge in L. FOFFANI, *Sicurezza dei mercati e del risparmio*, AA.Vv., *Sicurezza e diritto penale*, Bononia University Press, Bologna, 2011, p. 273 ss., spec. 280 ss. (analisi sviluppata entro un ampio giro di orizzonte comparatistico a cavaliere tra disciplina speciale e norme codicistiche).

²⁹ M. GRAZIADEI, *Fiducia e trust in Italia*, in questo volume, p. 349 ss., spec. 354 ss.

evidenziare l'assenza di una specifica norma di tutela contro il conflitto di interessi (art. 59). Ipotesi che traducendosi in un sostanziale contrasto di scopi – tra il disponente e il *trustee* – è riconducibile all'ipotesi distrattiva *ex art. 646 c.p.* Fa fede, sul punto, l'opinione consolidata della dottrina e l'omologa posizione della giurisprudenza.

Analogo è il giudizio quando a venire in rilievo è il profilo organizzativo del *trust*³⁰, la cui funzionalità necessita, come dimostra – da ultimo – l'esperienza sammarinese, anche di adeguata protezione dell'interesse alla verità della rappresentazione contabile dei fatti gestionali dello stesso.

La sottolineatura della mancanza di norme specifiche sul punto, entro il perimetro di validità dell'ordinamento italiano, non equivale però ad evidenziare l'esistenza di una lacuna. Quell'assenza pare infatti ben supplita, in termini funzionali, dalla norma che punisce la falsità in scritture private (art. 485 c.p.). La cui portata è estesa dalla prassi applicativa oltre la mera dichiarazione di volontà; a tutti i casi in cui la falsità interessi rappresentazioni formate dal privato a fini di prova quando dalle stesse possono derivare effetti dannosi giuridicamente rilevanti per un determinato soggetto³¹. Lettura ampia, allineata con l'ormai risalente precisazione, a tenore della quale l'uso, che condiziona la rilevanza penale dell'alterazione, coincide con la produzione di qualsiasi conseguenza giuridica nei confronti di terzi³². Il tutto, all'ombra di un dolo specifico interpretato dalla giurisprudenza di legittimità in termini latissimi: riferibile, traslando il discorso al punto che qui interessa, ad ogni possibile intendimento fraudolento del *trustee*.

5. Conclusioni.

Chi ha sin qui seguito la riflessione che si è inteso sviluppare, non potrà certo dire di aver acquisito certezze granitiche. Al di là delle capacità di chi scrive, ciò è conseguenza del fatto che il sistema penale è costretto 'ad inseguire' la dinamicità del *trust* su di un terreno che non gli è consueto, o, per meglio dire, non lo è del tutto.

Spiccata sembra infatti l'esigenza di intervenire *case by case*. Un eserci-

³⁰ Ampiamente A. GALLARATI, *Il trust come organizzazione complessa*, Giuffrè, Milano, 2010.

³¹ Cass. 19/3/1980, *Giust. pen.*, 1981, II, p. 25.

³² Cass. 2/7/1979, *Giust. pen.*, 1980, II, p. 348.

zio problematico, rispetto ai canoni più consueti dell'operatività penalistica, che la ricostruzione qui compiuta dell'esistente prassi applicativa dimostra però privo di intollerabili note di arbitrarietà.

Se questo è vero, alla luce delle nuove dimensioni della legalità convenzionale – intesa a garantire la prevedibilità degli sviluppi delle decisioni giudiziarie – anche la lettura delle poche certezze che si possono qui offrire non sembra fatica del tutto sprecata.

Sufficiente, quanto meno, anche per mettere a fuoco la più rilevante posta 'sociale' che si gioca in ogni partita in cui sono chiamati a scontrarsi diritto penale e autonomia negoziale: quella dei rapporti tra ordinamento gerarchico ed ordinamento spontaneo nella definizione di un conveniente ordine della società³³. Ma di ciò non si può qui a lungo discutere.

³³ Cfr. F. VON HAYEK, *Legge, legislazione e libertà*, in *Il Saggiatore*, Milano, 2010. Per una discussione penalistica valga il rinvio a G. MARRA, *Extrema ratio. Una genealogia* (dattiloscritto in corso di pubblicazione), p. 10 ss., 52 ss., 176 ss.

ANTONIO GAMBARO

CONSIDERAZIONI FINALI

Le nostre intense giornate sono state dedicate alla vicenda storica della Fiducia, che in lingua inglese si dice *Trust* e che in primissima approssimazione possiamo considerare come parole sinonime, o, meglio come xenonime¹. Abbiamo quindi contemplato un fenomeno giuridico di lunga durata connotato da una varietà di periodi nel corso del quale è emersa la complessità del tema, ma anche la perennità dei problemi di fondo con cui la Fiducia, spesso frammentata in *fiducie*, si è confrontata proponendosi come strumento atto a risolverli nella direzione degli interessi racchiusi nel concetto di autonomia privata. Mi pare infatti che lungo tutto il percorso storico che abbiamo esplorato la Fiducia, ed ovviamente il *Trust*, si è manifestato come strumento di autonomia confrontandosi continuamente con i limiti che l'ordinamento pone all'autonomia individuale.

Ma un convegno scientifico come il nostro è anzitutto connotato dalla ricerca di strumenti epistemologici atti ad ampliare la dimensione della nostra comprensione dei fenomeni storici, specie quelli di lunga durata che per la continua metamorfosi delle forme pongono in primo piano il problema di capire che cosa è accaduto e perché è accaduto. In questa direzione si impone anzitutto la ricerca delle categorie appropriate. La celebre frase che Gierke rivolse a Maitland², così spesso citata e ripetuta all'inizio delle

¹ L'utilissima nozione di xenonimo è sviluppata da A.G. CONTE, *Semantica della xenonimia*, in R. SACCO (cur.), *Le nuove ambizioni del sapere del giurista: antropologia giuridica e traduttologia giuridica*, Atti dei Convegni Lincei, 253, Roma, Scienza e lettere Editore Commerciale, 2009, p. 161.

² F. W. MAITLAND, *Equity: a course of lectures*, 1° ed. a cura di A. H. CHAYTOR and W. J. WHITTAKER, 1909 e poi in numerose altre; da ultimo cfr. l'edizione a cura di J. BRUNYATE, Cambridge Univ. Press, 2011. La frase celebre si trova nella pagina iniziale.

trattazioni scolastiche dedicate al *trust*, e che suona: I can't understand your *Trust*, può essere considerata il simbolo di che cosa accade quando si affronta un tema muniti delle categorie inadatte ad inquadrarlo³.

Al riguardo mi pare giovino due precisazioni.

La prima, che ormai ripeto spesso, è che le categorie giuridiche hanno anche un funzione epistemologica, sono cioè strumenti necessari del nostro comprendere i rapporti sociali del mondo in cui viviamo, perché spesso ci forniscono indicazioni più limpide di quelle che si ottengono utilizzando le categorie di altre scienze sociali, oggi certo più in voga della scientia juris, dall'economia, alla sociologia, alle scienze politiche. Senza la relativa precisione concettuale del linguaggio tecnico che la scientia juris ha messo a punto nel corso di una secolare esperienza non riusciremmo a discorrere razionalmente di "attribuzioni", "obbligazioni", "proprietà" e via elencando perché queste parole sono anche parole del linguaggio ordinario, ma se usate nel significato ampio ad esse attribuito dal linguaggio ordinario non sono utili ai discorsi relativi alla Fiducia. La ragione di ciò è che come appare più chiaro al termine del nostro convegno, la tematica della Fiducia esige in sede di scelte di politica legislativa, come in sede di aggiudicazione, bilanciamenti finissimi e perciò da ricercare con strumenti intellettuali della massima precisione, tra i molteplici interessi in gioco ciascuno dei quali ha radice in diversi strati dell'ordinamento giuridico complessivo. Il linguaggio delle altre scienze sociali riprende anch'esso dal vocabolario comune le parole di cui ha bisogno, ma non ne raffina il senso nella direzione del comprendere i rapporti sociali nella misura richiesta dai bilanciamenti di interessi necessari, e perciò è inadatto a far capire quali sono gli effettivi punti di equilibrio mano a mano raggiunti.

La seconda precisazione è che nel corso delle nostre giornate, abbiamo fatto ricorso, direi spontaneamente, perché non mi risultano accordi previi, alle tecniche di indagine tipiche del metodo storico comparativo: la tecnica del contrasto, la tecnica del raccordo esigenza – cautela – rimedio, la tecnica della esplorazione dell'orizzonte delle scelte che si presentano al giurista in ogni momento; queste sono tutte tecniche strumentali allo svolgimento del discorso conoscitivo, si muovono quindi nella dimensione della gnoseologia, e non nell'ambito del discorso deontico.

³ Nel caso specifico, come Maitland ha cura di chiarire subito, l'impossibilità di comprendere nasceva dall'assunto per cui tutti i diritti debbono essere o *in rem* o *in personam*.

Con questi strumenti dunque abbiamo esplorato un tema che ci è apparso sempiterno, e che in effetti mostra qualche tratto caratteristico perenne, almeno sul lato della funzione ove l'indagine storica ha posto in luce come nell'esperienza giuridica romana l'incarnarsi della *fides* nel fedecommesso è stato essenzialmente un fenomeno di aggiramento degli assurdi limiti imposti al testatore dalla *lex Voconia*. Questo uso della fiducia come strumento di reazione alle disposizioni paternalistiche, o anche tiranniche (tra i due concetti di paternalismo e di tirannide, esistono sì differenze, ma sono differenze più di sfumature che di sostanza) appare costituire un dato costante la cui emersione è continua e giunge sino al ricorso massiccio a forme di intestazione fiduciaria durante l'ultimo, recente e tristissimo, episodio di persecuzione razziale che abbiamo conosciuto in Europa. Con leggero spostamento di senso, la stessa funzione viene svolta quando si tratti di prevenire il rischio di sanzioni espropriative; ma in quest'ambito si colgono con maggior nitore i problemi di coerenza del sistema *juris*, perché nel porsi come strumento di prevenzione del rischio di sanzioni espropriative la fiducia non distingue tra sanzioni inique e non, ma costituisce sempre uno strumento per aggirare la legge, ovvero come strumento di protesta, o, anche, di ribellione alla stessa e ciò pone dilemmi perché, comunque, il fiduciario per divenire tale promette, o giura, di rispettare il vincolo della fiducia e se non rispetta tale vincolo commette una frode, sicché sembrerebbe che l'alternativa si ponga tra l'incoraggiare la frode alla legge e l'incoraggiare la frode al fiduciante. E qui si aprono scenari di grande complessità su cui ci siamo intrattenuti da vari angoli visuali, ma che al fondo richiamano il tema della pluralità degli ordinamenti giuridici. È stato infatti acutamente osservato che sino a quando la *fides* vive nella dimensione della relativamente piccola comunità urbana della Roma antica, si tutela da sola. Rompere la fiducia è infatti un mezzo sicuro per provocare l'ostracismo sociale, perché contraddice ai sentimenti morali della comunità, ed i sentimenti morali, come ha indicato Adam Smith⁴, si pongono come sistema ordinamentale che opera tra persone a stretto contatto emotivo tra loro. Il diritto deve quindi intervenire a proteggere il vincolo fiduciario quando i rapporti di prossimità si allentano, perché viene a mancare appunto la prossimità. Ma quando il diritto deve intervenire, nell'azione dei giuristi che ne sono gli agenti, e qui gli esempi si moltiplicano ed abbracciano l'esperienza

⁴ Cfr. A. SMITH, *Theory of Moral Sentiments*, 2° ed., Edinburgh, 1761.

giuridica romana come quella della giurisprudenza del diritto comune, si coglie bene nell'accavallarsi delle rationes e degli argomenti addotti il perpetuarsi dell'incontro – scontro tra la lealtà dovuta alla comunità informale ove si radicano i sentimenti morali di fedeltà alla parola data e l'ubbidienza imposta dalle leggi positive.

Questo dilemma trascende le problematiche rispetto alle quali primieramente si è posto. Infatti la fenomenologia della fiducia non si manifesta solo nei meccanismi di trasferimento della ricchezza da una generazione all'altra. Anche se questo capitolo è quello che ha attratto la maggiore attenzione polarizzando spesso le analisi attorno alla tematica del fedecomesso o del *family trust*, è sicuro che gli usi della fiducia sono stati più vasti. Ce ne è stata data qui testimonianza quando è stato ricordato che nella evoluzione recente delle funzioni svolte dalla società fiduciaria si sono via via manifestate diverse esigenze della clientela, da quella della gestione riservata, tesa essenzialmente a velare la identità del *dominus* di affari e patrimoni che si preferisce gestire lontani dagli sguardi altrui, a quella della garanzia di neutralità nella gestione conservativa di insiemi patrimoniali a protezione di interessi disparati che altrimenti ricadrebbero nella *tragedy of the commons*. In altri termini, la fiducia non serve solo a porre in essere forme di circolazione della ricchezza, sia *inter vivos* che *mortis causa*, che deroghino al paternalismo del legislatore, ma serve anche a velare, o a mantener riservata la ricchezza, ed anche a gestirla in modo più corretto ed efficace.

Acquisita la consapevolezza dell'ampio ventaglio di funzioni che la intestazione fiduciaria riesce a svolgere, e che svolge sempre in maniera dialettica, ovvero sempre alla perenne ricerca di un punto di equilibrio con le tendenze antagoniste di volta in volta rappresentate dal paternalismo che sospinge ad un'a protezione intensa degli interessi dei legittimari (vittoriosi antagonisti dei fedecomessi familiari), o dall'affermarsi imperioso del criterio della trasparenza anche nella conduzione di affari privati, sull'assunto che completamente privati non possono essere, se non altro per lasciare spazio sia ad esigenze di natura fiscale sia ad esigenze di governo dell'economia da parte dei poteri pubblici, diviene meglio evidente la complessità della trama di rapporti che scaturiscono dalle intestazioni fiduciarie.

A questo riguardo è da osservare come il problema sia anzitutto di tipo descrittivo, ovvero sia relativo al modo con cui la dottrina giuridica rappresenti gnoseologicamente la complessa trama anzidetta. Ma è anche subito da aggiungere che per affrontare sotto il profilo conoscitivo la complessità del reale possono entrare in campo due diverse strategie,

quella propriamente scientifica che consiste nei procedimenti di complessificazione⁵, che in rapida e sbrigativa sintesi potremmo denominare come ordinamento dei fattori di complessità, e quella, primitiva, che consiste nel tentativo di semplificarla riconducendola a pochi fattori pretesamente assunti come essenziali. In riferimento alla trama dei rapporti che nascono dalle intestazioni fiduciarie la tentazione della semplificazione ha preso spesso la scorciatoia della entificazione delle situazioni fiduciarie. Ancora all'ora attuale per risolvere alcune questioni che si agitano attorno alla figura del *trust* interno, si è suggerito di considerarlo fittiziamente come un ente; un soggetto giuridico autonomo rispetti ai suoi necessari protagonisti. Può darsi che in certi ambiti specifici ove le esigenze di semplificazione si fanno più acutamente sentire, questa strategia sia pagante, ma è subito da dire che sul piano dello sviluppo delle nostre conoscenze si tratta di una strategia destinata all'insuccesso ed equivale a quella del nascondere la polvere sotto i tappeti, anziché affrontare il problema della sua rimozione. Fuor di metafora il punto è che la soggettivizzazione della trama delle relazioni nascenti da una intestazione fiduciaria non semplifica alcunché, perché il far riferimento ad un ente se in certi ambiti discorsivi è un utile strumento di economia del linguaggio, in realtà mette solo tra parentesi tutta la complessità e la varietà dei possibili moduli organizzativi dell'ente che si postula; sicché una volta chiarito che l'entificazione si risolve in una assai variabile rete di contratti ed in una parimenti variabile tecnica di ripartizione delle risorse⁶ tra i partecipanti alla struttura organizzata si disvela l'inganno della strategia semplificatrice.

No, il *trust* ed in genere le relazioni fiduciarie non sono cognitivamente riconducibili ad un soggetto, o ad un ente fittizio, perché poi non siamo in grado di dire alcunché di preciso circa il modo di essere dei rapporti che stanno dietro il velo dell'ente e nemmeno circa il modo con cui si ripartiscono le utilità delle risorse dell'ente, oppure, per poterlo fare siamo costretti a tornare a contemplare le strutture dei rapporti fiduciarie, accorgendoci con ciò di essere tornati al punto di partenza dopo aver compiuto un inutile giro dell'oca.

⁵ Cfr. A. FALZEA, *Complessità giuridica*, in *Enc. del. Dir. Annali*, vol. I, Milano, Giuffrè, 2007, p. 201 ss.

⁶ Cfr. H. HANSMANN e R. KRAAKMAN, *Organizational law as asset partitioning*, in *European Economic Review*, 44, 2000, p. 807, 817.

Occorre quindi tornare a riflettere sulla natura dei rapporti fiduciari.

Anche a tale proposito si avvertono nella somma delle analisi qui esposte alcuni caposaldi permanenti. Ed, anzitutto, il fatto che al momento istitutivo della trama di rapporti si colloca sempre una vicenda traslativa di una situazione di appartenenza su beni, in forza della quale il fiduciario è investito della loro titolarità. I meccanismi dell'investitura possono essere assai vari, ma è essenziale osservare che non può trattarsi di una vicenda che concerne l'aspetto possessorio. Se ci si limita alla situazione possessoria si può dar vita una *negotiorum gestio*, la quale presenta alcune affinità rispetto alle intestazioni fiduciarie, ma se ne differenzia radicalmente perché viene a mancare l'elemento dell'affidamento fiduciario il quale rileva proprio perché vi è stato il trasferimento del titolo. Ed è nella ricostruzione di questo passaggio che possono emergere alcuni fraintendimenti che hanno attanagliato le riflessioni in materia.

In primo luogo, è certo che il trasferimento di titolarità tra il fiduciante ed il fiduciario non è una vicenda di scambio. La logica, ed anche l'etica, dello scambio è del tutto remota al trasferimento fiduciario e ciò serve ad indicare come sia bizzarro cercare di dotarlo di una causa, o di una consideration, il cui concetto sia derivato dalla contemplazione di un assetto di interessi sinallagmatici. È anche da osservare che neppure la logica e l'etica del dono si addicono ai trasferimenti fiduciari, sicché quando si sostiene che sono ammesse solo le cause di scambio o quelle donative, si afferma anche che i trasferimenti fiduciari non sono ammessi, ma senza che la prima asserzione possa fungere da giustificazione, o spiegazione, della seconda perché si tratta delle stessa asserzione espressa in due forme verbali diverse. Ciò da ragione del perché le indagini, che pure sono state copiose ed impegnate, dedicate al profilo della causa nelle attribuzioni fiduciarie, abbiano lasciato sempre nel lettore qualche perplessità o, almeno, un sentimento di non appagamento. Prova ne sia che le prassi non si sono fidate delle tesi più benevole ed hanno continuato a lungo a mascherare i trasferimenti fiduciari sotto le spoglie, ovviamente simulate, di contratti di vendita; prassi che nella sua illogicità la dice lunga circa l'irragionevolezza del punto di partenza e l'inidoneità dei tentativi di scansarne le conseguenze. Meglio affrontare il problema di petto chiedendosi perché mai il diritto di disporre, che in tema di proprietà è diritto di rango costituzionale alla luce della formulazione dell'art. 17 Carta dei diritti fondamentali dell'UE, debba essere limitato alla causa di scambio o alla pseudo causa donativa. E l'interrogativo è retorico perché se si vuole evitare di praticare il metodo dell'inversione è evidente che qualsiasi costruzione del concetto di causa del negozio è inidonea a giustificare razionalmente l'imposizione di un limite alla principale facoltà

dominicale. Infatti nelle argomentazioni che sono state proposte al riguardo il richiamo al profilo della inidoneità della fiducia ad integrare il requisito causale del trasferimento cede presto il passo all'invocazione del principio del *numerus clausus*, senza rilevare che ciò non integra alcuna sinergia, ma la confessione della insufficienza dell'argomento causale.

La realtà è che qui la vicenda traslativa è funzionale alla esecuzione di un programma di destinazione dei beni e quindi si tratta di una vicenda complessa che non si esaurisce nel trasferimento in sé e non può essere osservata limitatamente al momento del trasferimento. Nei contratti di scambio, come nei contratti a titolo gratuito, l'attenzione si concentra quasi naturalmente sulla vicenda traslativa perché al di là dei suoi punti iniziale e finale non vi è granché da osservare. Un diritto di proprietà, o altro diritto, si è trasferito da A a B; nella fase del passaggio può essere che il diritto si frantumi⁷, ma terminata tale fase si ricompatta in figure ben note. Negli affidamenti fiduciari accade il contrario: la vicenda traslativa da origine ad una situazione di appartenenza strutturalmente diversa da quella iniziale.

Non sorprende quindi l'attenzione che è stata qui dedicata ad esplorare la morfologia della proprietà fiduciaria, perché in effetti è su di essa che si incentrano i dubbi, le perplessità, ed anche le liti. Io non credo che giovi molto intenderla come una rete di rapporti obbligatori, perché non si riesce ad eliminare il fatto che le *res* implicate nel programma svolgono un ruolo imprescindibile nella ricostruzione della trama delle regole relative alla proprietà fiduciaria. Ciò risalta in modo più limpido quando si prendono in considerazione i rapporti con i terzi estranei al programma. Nella *law of trusts*, la protezione che viene data ai beneficiari nei confronti dei terzi che abbiano acquistato beni provenienti dal fondo del *trust* mediante i rimedi del following, del tracing e del constructive *trust* è meglio spiegabile in termini di assegnazione del bene a chi ha il titolo migliore che non in termini di efficacia o meno dell'acquisto a titolo derivativo dal *trustee*. Infatti, a ben vedere, colui che ha acquistato, poniamo, a titolo gratuito, dal *trustee* fedifrago ha un titolo ben debole per poter pretendere di mantenere una posizione proprietaria sui beni provenienti dal *trust fund*, e quindi soccombe a fronte del miglior titolo che si preserva in capo al beneficiario che appare quindi dotato di un titolo migliore. Benché necessariamente svolgentesi lungo un linea frastagliata e sfumata la ricerca del titolo migliore consente

⁷ Cfr. A. CHIANALE, *Obbligazioni di dare e trasferimento della proprietà*, Milano, Giuffrè, 1990.

sempre un confronto immediato tra gli interessi in gioco con immediato guadagno per la razionalità dell'aggiudicazione.

L'ottica dell'appartenenza non toglie che rilevi l'analisi delle posizioni soggettive dei protagonisti dell'attribuzione fiduciaria ed in particolare di quella del fiduciario. Al riguardo si è rilevato come esso appaia in talune configurazioni come amministratore di un programma, come "minister", e sicuramente si tratta di qualificazione pregnante che cattura un aspetto importante del suo ruolo; ma non è men vero che nella media durata il punto critico è rappresentato dalla compatibilità del programma fiduciario con la promozione degli interessi generali e sotto tale profilo il ruolo di "minister" assegnato al fiduciario rischia di contrassegnarlo come custode di un assetto proprietario immutabile rispetto al quale esso è infatti privato del diritto di disporre dei beni di cui è titolare. Ora, quando la durata del programma sia prolungata simile assetto rischia di essere incompatibile con l'interesse generale. L'esperienza storica che si è accumulata alla nostre spalle non lascia dubbi al riguardo. Dalle riforme settecentesche che hanno avuto di mira l'abolizione della cosiddetta mano morta fedecommissoria, alla rule against perpetuities at common law, gli indici che possiamo ricavare dalla esperienza sono univoci nel suggerire che solo un fiduciario dotato del diritto di disporre riesce a conciliare il ruolo di minister con quello di titolare di situazioni di appartenenza che lo richiama ad adempiere alle funzioni cui tutti proprietari sono chiamati dall'ordinamento, funzioni di cui forse oggi si è smarrito il ricordo abbagliati come siamo dall'idea di funzione proprietaria come funzione sociale, ma che continuano a sussistere allo stato latente negli ordinamenti moderni. Certo, tutto dipende dalla durata del programma e perciò quando affrontiamo il problema della posizione del mandatario, normalmente legata alla breve durata dell'incarico, il problema quasi scompare, ma giova comunque tenerlo presente non solo in omaggio al dato positivo espresso all'art. 1379 c.c., ma perché in siffatta materia si ritrova il dato sempiterno per cui la presa in carico da parte dell'ordinamento giuridico degli effetti della Fiducia implica la continua ricerca dell'equilibrio ottimale tra esigenze non collimanti, equilibrio che essendo relativo all'assetto delle situazioni di appartenenza non può essere lasciato completamente all'autonomia contrattuale, posto che l'autonomia dispositiva è uno, e fors'anche il più rilevante, degli interessi da proteggere, ma non può essere l'unico.

Egual dialettica si propone quando si esaminino i rapporti tra proprietà fiduciaria e responsabilità patrimoniale.

In questo contesto, e contrariamente a quanto si è immaginato nella nostra dottrina, la questione delicata non è quella che si pone in riferimento

alla responsabilità patrimoniale personale del fiduciante. Infatti una lettura minimamente attenta dell'art. 2740 c.c. impone di concludere che la norma ivi consacrata istituisce un nesso inderogabile tra titolarità su beni, in senso ampio, e responsabilità; e se non dice nulla circa il modo con cui tale titolarità si esplica, esclude però che il debitore possa rispondere con i beni altrui anziché con i beni propri. Se si evitano i cortocircuiti logici mediante i quali gli azzeccarbugli pervengono a concludere che i creditori personali del fiduciario possono soddisfarsi sui beni del fiduciante, si scorge che le forme di proprietà fiduciaria si aprono ad un'area problematica in riferimento non alla posizione del fiduciario, ma in riferimento alla posizione del fiduciante e dei beneficiari.

Al netto delle distorsioni cui si è accennato, il principio di responsabilità patrimoniale declinato in riferimento alle situazioni di appartenenza, che sono quelle che vengono normalmente in rilievo, impone la direttiva di fondo per cui il titolare di diritti sui beni non possa preservare a se i vantaggi di tale titolarità scindendola dalla responsabilità patrimoniale. Per sottrarre i beni al potenziale soddisfacimento dei propri creditori il titolare non ha altra scelta all'infuori di quella di scindersi dalla titolarità su di essi, il che significa non essere più nella posizione in cui l'ordinamento gli consente di far sì che il bene serva direttamente al suo interesse⁸. Dal che deriva che ove il trasferimento avvenga prima dell'insorgere della posizione debitoria del fiduciante, il bene oggetto di trasferimento fiduciario, e vincolato perciò alla esecuzione di un programma che lo destina ad uno scopo diverso dal soddisfacimento diretto degli interessi del fiduciante o dei beneficiari, può essere sottratto ai creditori personali di costoro senza contraddire al principio della responsabilità patrimoniale come accade in contemplazione di un normale atto di disposizione. Il punto critico è quindi quello relativo al grado di separazione che si istituisce tra il precedente titolare della posizione di appartenenza e la posizione successiva al trasferimento fiduciario. In tema è agevole immaginare la formazione di un continuum inteso come in insieme lineare caratterizzato da differenze impercettibili tra gli elementi adiacenti, ma da notevole diversità alle due estremità. Così, nel contesto del problema della responsabilità patrimoniale del disponente, l'atto con cui si trasferisce un bene ad un *charity trust*, o si pone in essere un atto di destinazione ex art. 2645 ter c.c. a favore di un ente pubblico, differisce ben

⁸ Cfr. F. SANTORO PASSERELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 9a ed., rist., Napoli, Jovene, 2002, p. 80

poco da una normale donazione, rispetto alla quale i creditori personali del disponente potranno invocare il sistema revocatorio, ma se sono creditori successivi all'atto di disposizione e non sussistono elementi di frode, non ha senso che invochino il principio della responsabilità patrimoniale perché il disponente si è del tutto separato dalle utilità che quel bene può generare. Viceversa l'intestazione fiduciaria fatta favore di un fiduciario che si obblighi ad eseguire gli ordini del fiduciante non separa il fiduciante dalle utilità del bene trasferito molto più di quanto non accada nell'ipotesi del mandato o dei rapporti di custodia e deposito, sicché in tal caso il trasferimento della titolarità si qualifica come fittizio ed il fiduciario come mero interposto.

Queste elementari considerazioni aiutano a comprendere perché i problemi più spinosi si pongano in riferimento ai *trusts* di protezione, ove la separazione sussiste perché il costituente si priva del diritto di disporre, ma è programmata come temporanea.

Gli esempi che si sono appena analizzati sono continuamente ricorrenti nella vicenda storica della fiducia ed impongono agli ordinamenti della varie epoche e dei vari sistemi il problema di individuare la soluzione che rappresenti il punto di equilibrio ottimale tra i diversi valori in gioco.

È sotto il profilo dell'equilibrio che mi pare si possa confermare che la *law of trust* si è rivelata il modello vincente perché appare anche il modello migliore. Della *law of trust* in senso normativo possiamo anche immaginare di fare a meno, ma sotto il profilo conoscitivo non possiamo onestamente non riconoscere che ci ha insegnato tanto.

In particolare vi sono alcuni aspetti che meritano di essere sottolineati. In primo luogo si deve considerare che la *law of trust* ha messo a punto, grazie alla più lunga esperienza storica, un insieme di regole più completo di qualsiasi altra esperienza giuridica. Basti accennare alla dettagliata individuazione dei fiduciary duties, alla correlata mappatura dei conflitti di interesse, alla più raffinata analisi dell'obbligo di disgorgement.

Al confronto l'arsenale giuridico dei sistemi di civil law appare nettamente più modesto, ad anche non privo di insidie che nascono da idee infelici. Tra queste mi sembra da annoverare l'idea per cui l'attribuzione fiduciaria sia caratterizzata dalla potestà, o possibilità, di abuso. Al riguardo non rileva tanto la contraddittorietà della formulazione che in effetti può essere evitata, ma la vaghezza della figura cui si pone capo. È da ritenere infatti che una delle caratteristiche degli affidamenti fiduciari sia il bisogno di precisione che reclamano. Evocare formule problematiche come l'abuso significa incanalarsi su un itinerario poco congruo.

I problemi della *fides* in senso tecnico non possono essere risolti rinviando

doli in massa al dovere generale di *bona fides*, ed in effetti i giuristi romani non hanno mai pensato ad una simile soluzione. Ciò sia perché in tema di soluzioni equilibrate tra interessi plurimi il concetto di buona fede è largamente inutilizzabile, ma anche perché la vaghezza della clausole generali è incompatibile con la buona esecuzione di un programma che come tale richiede precisione, certezza, esattezza. Quando si dice che il trasferimento, o affidamento, fiduciario è posto in funzione della esecuzione di un programma che si svolge nel tempo, si implica anche la necessità che tale programma si svolga in modo conforme a ciò che è preventivabile *ex ante*.

Se si osserva la *law of trusts* angloamericana ci si avvede che essa costituisce un corpus normativo imponente e dettagliato che come tale è in grado di fare da guida per la soluzione il più possibilmente univoca dei problemi, numerosi e sottili, che la Fiducia pone continuamente. Non bisogna farsi ingannare dalla origine storica della *law of trusts* e dalla indubbia flessibilità della giurisdizione in Equity. A parte il rilievo che è ben possibile una *law of trust* senza Equity come indica l'esempio scozzese⁹, il punto è la stessa Equity si era convertita almeno a partire dal cancellierato di lord Eldon alle esigenze di certezza e prevedibilità *ex ante* e questo è stato il suo contributo essenziale allo sviluppo del modello del *trust* angloamericano come modello vincente.

Ma, ovviamente, la ragione principale del successo del modello del *trust* è stata che attraverso la *law of trust* che è essenzialmente il prodotto storico di un diritto giurisprudenziale i sistemi anglosassoni hanno protetto, pur circondandola da limiti, l'autonomia individuale rinunciando invece a fortificare il paternalismo dei legislatori e dei regolatori.

Sicché uno degli interrogativi che ci si può porre rispetto al futuro della Fiducia nell'esperienza italiana è quello relativo all'atteggiamento generale della giurisprudenza la quale sino a qui non sembra incline ad abbandonare il forte sostegno che ha tradizionalmente offerto a scelte di politica legislativa di tipo paternalistico.

Strumenti dell'autonomia la Fiducia ed il *Trust* vivono bene solo in una atmosfera giuridica pronta a riconoscerne il valore, ed al riguardo è ammissibile un certo pessimismo della ragione, posto che, contrariamente a quanto immaginava Feuerbach, la ragione umana è strumento affidabilissimo al fine di comprendere il mondo, ma non è efficacissimo al fine di cambiarlo.

⁹ Cfr. A. REALI, *Un modello di trust conforme all'ordinamento italiano: il trust senza l'equity*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, II, p. 161.

Finito di stampare nel novembre 2015
per i tipi delle Arti Grafiche Editoriali Srl, Urbino

