

INTRODUZIONE

Nella tesi che si prospetta, si cercherà di trattare con puntualità il tema del *trust*, con particolare riguardo al suo utilizzo in funzione successoria. L'idea sottesa alla realizzazione di questo lavoro nasce, come tutte le cose, dall'incontro o meglio dallo scontro, di una passione e di un'esigenza pratica. Quanto alla passione, l'istituto oggetto della tesi costituisce, a parere dello scrivente, un tema dall'indiscutibile fascino dottrinale, infatti, le peculiarità e la flessibilità del *trust* successorio, come si avrà modo di approfondire nel corso dello scritto, lo rendono un *unicum* sia nel panorama civilistico in generale, inteso nella sua accezione di formante giuridico 'civil law', che nel contesto del diritto successorio italiano, dove apparrebbe come una fattispecie idonea a mettere in discussione i principi fondamentali del diritto delle successioni, quali, come si vedrà, la riserva della legittima ed il divieto dei patti successori.

L'ambizione di questo lavoro, e quindi l'esigenza pratica, è pertanto quella di riuscire a ricostruire un quadro completo della figura del *trust* ed in particolare della sua configurazione successoria, in modo da raccogliere in uno unico testo una trattazione quanto più ampia possibile delle tematiche che lo riguardano, dalla nascita dell'istituto, che affonda le sue radici nel diritto romano ed in quello medievale inglese, al suo moderno ingresso nel nostro ordinamento quale strumento volto alla pianificazione successoria.

Per trattare un tema così ampio, si è reso doveroso e necessario infatti, al fine di poter apprezzare e comprendere le più moderne configurazioni del *trust*, trattare nel primo capitolo le origini storiche sottese alla nascita dell'istituto ed alla sua diffusione. Detta analisi, troverà le sue fondamenta nella forma più antica di fiducia, quella del diritto romano, il cui collegamento con il *trust*, come si vedrà, è tanto interessante quanto controverso. Successivamente ci si soffermerà in particolare sulle ragioni dello sviluppo di tale istituto, con particolare riguardo alle esigenze sociali che ne hanno, a ben vedere, causato la diffusione. Infine, con l'intento di cogliere anche le sfaccettature moderne più complesse dell'istituto, si delinea, seppur senza pretese di esaustività, un quadro del diritto di proprietà inglese quanto più completo possibile, partendo dalla nascita dei feudi ad arrivando alla *Law of Property Act* del 1925.

Nel secondo capitolo, si è ritenuto di dover inquadrare con quanta più possibile completezza scientifica la disciplina generale dei *trust*, sia per quanto riguarda le forme della sua istituzione, che per le sue forme di espressione. Si analizzeranno quindi nello specifico anche le peculiari figure dei *trust* non espressamente istituiti, che seppur non esistenti nel nostro ordinamento, vi interagiscono sotto forma di *trust* esterni, in quanto costituenti nel panorama internazionale, ipotesi applicative tutt'altro che rare. Successivamente si analizzerà, attraverso una comparazione con il diritto inglese, la natura dei diritti spettanti ai soggetti coinvolti nel *trust*, ponderando la natura obbligatoria del diritto del beneficiario e del concetto di *dual ownership* con il fine di giungere ad una definizione completa per l'istituto del *trust*. In conclusione si procederà con l'analisi della nota sentenza *Webb v Webb*, fondamentale, insieme alla convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985, per il riconoscimento dei *trusts* nel nostro ordinamento.

Nel terzo capitolo si avrà modo di approfondire nello specifico la posizione dell'istituto del *trust* all'interno dell'ordinamento italiano, partendo dalla disciplina dettata con la Convenzione de L'Aja, ed arrivando alle norme interne che hanno permesso la diffusione dell'istituto. Infatti, nonostante l'estraneità e l'atipicità del *trust* ai principi del nostro ordinamento e del diritto civile in generale, inteso nella sua accezione di cultura giuridica contrapposta a quella della *common law* inglese, i fatti analizzati consentiranno di affermare che ormai tale istituto è stato calato coerentemente nel nostro ordinamento, con una quantità di anomalie non molto dissimile da quella di altri istituti, ed anzi a ben vedere, si noterà come l'assimilazione nel *corpus* normativo di tale istituto, consente una maggiore tutela dei principi privatistici fondamentali del nostro ordinamento, soprattutto in un contesto, che mai come oggi, è diventato di matrice internazionale. Si affronterà poi in chiusura il tema di un eventuale *trust* regolato esclusivamente dal diritto italiano, e della trascrivibilità di tale istituto.

Nell'ultimo capitolo si tratterà approfonditamente il tema del *trust* nella sua funzione di disposizione *mortis causa* del proprio patrimonio, analizzandone il profilo strutturale attraverso la lente dei diritti successori ordinamentali. Infatti, essendo sostanzialmente rimasto intatto nell'impalco di norme pensate dal legislatore del 42, il Libro secondo del Codice civile costituisce probabilmente uno dei pochi ad aver conservato una forte coerenza logica interna, pertanto si è reso necessario ponderare attentamente come quei diritti potessero interagire con un istituto quanto mai alieno all'ordinamento come il *trust* successorio. Si è posta, come detto, l'attenzione sul divieto dei patti successori previsto all'articolo 458 c.c. e sulla tutela dei legittimari in quelle successioni risolte, in tutto o in parte, con *trust* successori.

Senza svelare tutte le conclusioni raggiunte, e soprattutto dilungare troppo questa introduzione, l'analisi condurrà alla considerazione del *trust* successorio quale atto istituito si

con 'intento' *mortis causa*, cioè istituito dalla volontà del disponente di disporre le sue ultime volontà circa il patrimonio 'a causa di morte', ma giuridicamente, si vedrà che sarà qualificato come atto di liberalità indiretta con effetti *post mortem*. In conclusione di detto capitolo, si dedicherà qualche paragrafo per delineare un profilo generale sugli aspetti tributari del *trust*, argomento necessario per una completa valutazione applicativa dell'istituto, sia sotto l'insidioso profilo dell'imputazione dei redditi da questo prodotti, sia sotto quello delle imposte dirette e indirette.

In definitiva, il testo che si propone, lungi dall'aver la presunzione di poter trattare esaustivamente un tema così ampio, e tutt'oggi così dibattuto, si vorrebbe fosse però letto, nella prospettiva di un percorso introduttivo, in grado di offrire un panorama interdisciplinare a tutto tondo sull'utilizzabilità del *trust* successorio nell'ordinamento italiano.

CAPITOLO PRIMO

LE ORIGINI DEL TRUST

1.1 LA FIDUCIA NEL DIRITTO ROMANO

Il tema del raffronto fra negozio fiduciario e *trust* è sempre stato oggetto di acceso dibattito, invero, già precedentemente alla Legge n.364 del 31 maggio 1989¹, un'importante pronuncia del Tribunale di Casale Monferrato² aveva indagato il legame tra 'fiducia' e *trust*, riconducendo lo stesso allo schema del negozio fiduciario, e nello specifico, alla *fiducia cum amico* propria del diritto romano.

Appare pertanto opportuna al fine di una quanto più approfondita comprensione dell'istituto, una disamina, seppur senza pretese di esaustività, sulla storia dell'elemento fiduciario, sia nella sua accezione romanistica che germanistica, svelando quindi i legami e le similitudini che lo legano alla nascita ed allo sviluppo del *trust* così come oggi è conosciuto ed applicato.

Ebbene, nella storia del diritto romano la fiduciarità e le sue applicazioni risalgono già all'età arcaica, trovano larga applicazione nell'età classica e finiscono con il venir meno solo in età postclassica, fino a divenire sconosciute al diritto giustiniano³. A dare una definizione puntuale del concetto romano di *fiducia*, è Giuseppe Grosso, che definisce l'istituto romanistico come un trasferimento della proprietà compiuto per determinati scopi fiduciari '*fidi fiduciae causa*', e generante un'obbligazione sanzionata da un *actio fiduciae*⁴.

¹ REPUBBLICA ITALIANA, *Legge 16 ottobre 1989, n. 364: Ratifica ed esecuzione della convenzione sulla legge applicabile ai trusts e sul loro riconoscimento, adottata a L'Aja il 1° luglio 1985*, in *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*, n.261, 8 novembre 1989, reperibile alla URL:

<<https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/1989/11/08/089G0434/sg>> (consultato il 05/07/2022).

² Cfr. REPUBBLICA ITALIANA, *Tribunale Di Casale Monferrato, 13 aprile 1985, decreto n.240*, pronuncia che per la prima volta riconosce a pieno titolo un *trust* estero in Italia.

³ Cfr. G. GROSSO, *Fiducia (diritto romano)*, in A. Giuffrè (ed.), *Enciclopedia del diritto*, XVII, Varese, 1968.

⁴ *IVI* p. 385 «In questo processo si inserisce ab antiquo uno specifico istituto giuridico che assume il nome di fiducia, che consiste in un trasferimento della proprietà (o, per connessione, di una potestà) compiuto per determinati scopi fiduciari (*fidi fiduciae causa*), e generante un'obbligazione sanzionata da un'*actio fiduciae*».

Naturalmente, imprescindibile per il negozio fiduciario era il suo legame con uno dei più antichi modi di trasferimento degli *iura in re*: la ‘*mancipatio*’ e la ‘*in iure cessio*’, in quanto la *causa fiduciae* non era in grado da sola di comportare l’effetto traslativo della *traditio*, occorrendo al contrario un negozio astratto di trasferimento, che non necessitava di una valida causa traslativa. Si svela così in parte il lento declino di questo istituto in epoca postclassica e la sua scomparsa nel periodo giustiniano⁵.

Sul piano delle fonti, quella probabilmente più importante per la ricostruzione dell’istituto è il testo delle *Institutiones* di Gaio, in cui, pur non dandosi alla fiducia una classificazione sistematica, questa viene trattata incidentalmente, ponendo in rilievo l’apprezzabile distinzione che ancor oggi rappresenta un importante discrimine nello studio dell’istituto, la *fiducia cum creditore* e la *fiducia cum amico*⁶.

La prima, ovvero la *fiducia cum creditore* è quella che si sviluppa dapprima nell’elaborazione delle figure di garanzia tipiche, infatti ebbe un’applicazione diffusa per tutta l’epoca classica in quanto rappresentava per il creditore la miglior forma possibile di garanzia, dato che risultava pienamente tutelabile secondo l’impianto dello *ius civile*, almeno relativamente alle *res Mancipi*.

Questo tipo di fiducia prevedeva l’alienazione di un bene di qualunque natura, sia mobile che immobile, *Mancipi* o *nec Mancipi*, compiuta da un fiduciante, che di solito coincideva con il debitore, a favore del creditore, ovvero il fiduciario⁷. Questa poteva essere effettuata esclusivamente tramite i modi formali ed astratti di trasferimento della proprietà, la *mancipatio* e la *iure cessio*, conosciuti già dall’antico diritto romano.

L’istituto si lega ai più antichi modi formali di alienazione della proprietà, la *mancipatio* e la *in iure cessio* (entrambi efficaci nel *ius civile* per le *res Mancipi*; la seconda valeva anche per le *res nec Mancipi*).»

⁵ *Ibidem* «L’istituto si lega ai più antichi modi formali di alienazione della proprietà, la *mancipatio* e la *in iure cessio* (entrambi efficaci nel *ius civile* per le *res Mancipi*; la seconda valeva anche per le *res nec Mancipi*). Questo collegamento era essenziale, in quanto la *causa fiduciae* non sarebbe stata tale da fondare il trasferimento di proprietà nella *traditio* (in cui l’acquisto era legato ad una causa); occorreva un negozio astratto di trasferimento, in cui l’acquisto avvenisse indipendentemente dalla causa. Questo collegamento poi faceva sì che oggetto normale della fiducia fossero le *res Mancipi* (l’estensione alle *res nec Mancipi* è discussa fra i romanisti) anche se l’*in iure cessio* valeva per tutte le cose. Il collegamento con le forme della *mancipatio* e della *in iure cessio* qualifica il declino della fiducia in epoca postclassica, e la scomparsa nel diritto giustiniano, col declino e colla scomparsa di tali atti formali».

⁶ *Ivi* p.386.

⁷ Cfr. E. SARLUCA, *Il negozio fiduciario e il trust*, Napoli, 2001, p. 12. Per l’autore: «Nel diritto romano, l’istituto della fiducia, che consisteva nel trasferimento di una proprietà compiuto per determinati scopi fiduciari (*fidi fiduciae causa*) e generava un’obbligazione sanzionata con l’*actio fiduciae*, non poteva prescindere dal collegamento con uno dei più antichi modi formali di trasferimento degli *iura in re*, la *mancipatio* e la *in iure cessio*; il collegamento era essenziale giacché la *causa fiduciae* non era sufficiente a giustificare l’effetto traslativo della semplice *traditio* (in cui l’acquisto era legato ad una causa) occorrendo, invece, all’uopo, un negozio astratto di trasferimento, che non necessitasse di una valida causa traslativa».

Lo scopo era quello di garanzia⁸: il creditore-fiduciario assumeva l'obbligo di ritrasferire il bene al debitore-fiduciante ove il credito garantito venisse soddisfatto. L' istituto conobbe grande utilizzo in epoca classica⁹, molti infatti sono i documenti pervenuti attestanti il suo utilizzo ancora nel corso del I secolo d.C.¹⁰, tuttavia la ricostruzione della *fiducia cum creditore* resta afflitta, almeno in ordine ad alcuni punti cruciali¹¹, da una non piccola dose d'incertezza a causa della scarsità delle fonti, come rilevato da Paola Lambrini¹². Considerando inoltre l'assenza di trattazione del *pactum fiduciae* all'interno della compilazione giustinianea, causata dal divieto di patti compromissori imposto dall'imperatore Costantino stesso, appare chiaro quanto frammentato possa essere il quadro delle fonti, posto che il su citato divieto causerà nel tempo la scomparsa della *fiducia cum creditore*¹³.

Se possibile, ancor più complessa appare una ricostruzione unitaria dell'altra forma di fiducia indicata da Gaio, quella *cum amico*. Probabilmente, l'originaria funzione dell'istituto, era rintracciabile nell'affidamento dei propri beni ad una persona amica, ad esempio in caso di partenza per la guerra. Tuttavia, con il tempo, l'analogia tra questo uso della *fiducia* ed il deposito, ha fatto sì che l'istituto in questione fosse dedicato ad altri intenti più concreti e specifici. In effetti, proprio con il crescente utilizzo della *fiducia* se ne scoprirono le potenzialità, in quanto istituto idoneo al soddisfacimento delle più disparate esigenze. La stessa *fiducia cum creditore* nacque come sviluppo della *fiducia cum amico*, arrivando poi ad avere un'importanza e diffusione tale da spingere i commentatori a farne una categoria a sé, addirittura dottrinalmente contrapposta all'istituto da cui in realtà ha avuto origine.¹⁴

⁸ Lo scopo di garanzia cui era finalizzata la proprietà trasferita al fiduciario si è da sempre prestato ad essere molto vario, il grande valore della fiducia infatti, in maniera non difforme da come è il 'trust' oggi, è di essere un istituto molto flessibile, idoneo ai più disparati impieghi in tutti i campi, compreso quello successorio (di cui si tratterà approfonditamente più avanti) e familiare, anche se in tali casi il diritto romano parlava di fiducia cum amico.

⁹ G. GROSSO, *Fiducia (diritto romano)*, in A. GIUFFRÈ (ed.), *Enciclopedia del diritto*, XVII, Varese, 1968, p. 385-386 «dovette avere per tutta l'epoca classica ancora un'applicazione di un certo rilievo, anche se ormai pegno e ipoteca si erano ampiamente sviluppati; il trasferimento di proprietà, con la semplice obbligazione di restituzione, copriva più largamente il creditore e, trattandosi di *res mancipi*, permetteva una piena esplicazione nello *ius civile*».

¹⁰ Mancipatio Pompeiana, formula Baetica (in FIRA, III, 2 ed., 91s. Migliardi Zingale, in tema di Fiducia cum creditore: i documenti della prassi, Labeo, 46, 2000, 451 ss. Tavoleta in bronzo rinvenuta nelle foci del fiume Guadalquivir in Spagna. Prende il nome dalla provincia romana *Hispania Baetica*, contiene un formulario che descrive la '*fiducia cum creditore*'.

¹¹ Quali ad esempio l'origine dell'istituto o piuttosto la struttura dell'atto e la sua tutela processuale.

¹² P. LAMBRINI, *Il negozio fiduciario e la sua causa*, in *Studi Urbinati*, Università degli studi di Urbino, LXXXIII, vol. 66, 2015, p. 35, «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».

¹³ Cfr. *ivi*, p. 36.

¹⁴ E. SARLUCA, *Il negozio fiduciario e il trust*, Napoli, 2001, p. 14, «è proprio con l'acquisita consapevolezza che con la fiducia si potesse dare risposta alle più disparate esigenze che dalla *fiducia cum amico* gemmò la *fiducia cum creditore*, la quale assunse tale importanza e diffusione da spingere i commentatori a farne una categoria a sé, tradizionalmente contrapposta a quella della *fiducia cum amico* di cui era nata come una specificazione».

La particolare adattabilità dell'istituto, si rileva anche dalla su citata *Formula Baetica*, all'interno della quale troviamo documentata la *mancipatio fidi fiduciae causa*¹⁵, ovvero quell'istituto dal quale nasce naturalmente l'obbligo di restituzione, fatto salvo il principio che tra le parti del *pactum conventum factum est*, cioè il patto con il quale fiduciante e fiduciario stabilivano i limiti di tale obbligo di restituzione¹⁶. Da quanto premesso è possibile evincere che nell'impostazione tradizionale, nonché in quella degli ordinamenti moderni, l'obbligazione del fiduciario nasceva dal *pactum fiduciae*, quale patto accessorio dell'atto formale traslativo, dal quale seppur intimamente collegato, restava distinto.

Era proprio l'obbligo di restituzione che nasceva dalla causa fiduciaria che, con il *pactum conventum* della *Formula Baetica*, ovvero con un patto ulteriore, poteva essere modellato per il raggiungimento degli scopi più vari che le parti volevano conseguire.

In effetti, avendo la fiducia avuto nel corso dei secoli, dalle origini nell'età classica alle compilazioni giustiniane, quando l'istituto inizia a scomparire¹⁷, applicazioni molto più numerose di quante riportate in Gai. 2.60¹⁸, si riflette una struttura della società romana caratterizzata da un forte vincolo solidaristico che trova espressione nella *fides*¹⁹, ovvero quel complesso indistinto formato da valori etici, giuridici e religiosi.

¹⁵ Mancipatio Pompeiana, formula Baetica (in FIRA, III, 2 ed., 91s. Migliardi Zingale, in tema di Fiducia cum creditore: i documenti della prassi, Labeo, 46, 2000, 451 ss. «Dama L. Titi ser(uus) fundum Baianum, qui est in agro qui | Veneriensis uocatur, pago Olbensi, uti optumus maxumusq(ue) | esset, (serstertio) n(ummo) I et hominen Midam (serstertio) n(ummo) I fidi fiduciae causa mancipio accepit ab L. Baiano, libripende antest(ato). Adfines fundo | dixit L. Baianius Imm Titium et C. Seium et populum et si quos dicere oportet Pactum conuentum factum est inter Damam L. Titi ser(uum) et L. Baian(ium), | quam pecuniam L. Baiano dedit dederit, credidit crediderit, ex | pensumue tulit tulerit, sive quid pro eo promisit promiserit, | spondit, fideue quid sua esse iussit iusserit, usque eo is fundus | eaque mancipia fiducia essent, donec ea omnis pecunia fides||ue persoluta L. Titi soluta liberataque esset; si pecunia, sua qualque die L. Titius h(eredi)ue eius data soluta non esset, tum uti eum | fundum eaque mancipia, sive quae mancipia ex is L. Titius b(eres)ue eius uellet, ubi et quo die uellet, pecunia presenti | uenderet». Interpretazione di A. GRILLONE, *Per un'ontologia della fiducia nel diritto romano classico*, in A. PETRUCCI (cur.), *I rapporti fiduciari: temi e problemi*, Torino, 2020 : «nella prima parte del formulario si afferma che il fiduciante (L. Baiano) ha trasferito *sestertio nummo I*, attraverso una *mancipatio* a scopo di fiducia, il fondo Baiano, libero da ogni peso (*uti optumus maxumusque*), ad un servo del creditore (L. Tizio) e, mediante un secondo atto solenne, come suggerisce la duplice menzione del prezzo simbolico del trasferimento, allo stesso titolo, anche un suo schiavo, davanti ad un *libripens* e a testimoni. Ai fini, poi, della più corretta identificazione dell'oggetto del primo atto, nel seguito, il documento probatorio individua con precisione i confini del fondo.

La seconda parte dell'epigrafe, che in questo luogo a noi più direttamente interessa, fa invece espressa menzione del patto convenuto (*pactum conuentum factum est*) tra il servo *accipiens* e il debitore del suo dominus, in forza del quale i fondi e i servi mancipati rimarranno in proprietà del fiduciario, fintanto che l'intero ammontare delle somme per diverse cause date a credito a L. Baiano da L. Tizio venga a quest'ultimo corrisposto e le garanzie da costui prestate liberate (*donec a omnis pecunia fidesue persoluta L. Titi soluta liberataque esset*), e che, diversamente (*si pecunia... data soluta non esset*), il creditore e i suoi eredi acquistino la facoltà di vendere in blocco o singolarmente ogni bene convenuto in garanzia»

¹⁶ Ad esempio prevedendo che tale obbligo non fosse azionabile sino al soddisfacimento del credito, ovvero che il creditore nel caso di inadempimento del debitore potesse vendere l'oggetto.

¹⁷ Cfr. P. LAMBRINI, *Il negozio fiduciario e la sua causa*, in *Studi Urbinati*, LXXXIII, vol. 66, 2015.

¹⁸ Gai, 2.59-60, come riportato in A. GRILLONE, *Per un'ontologia della fiducia nel diritto romano classico*, in A. PETRUCCI (cur.), *I rapporti fiduciari: temi e problemi*, Torino, 2020, p. 23. «*Nam qui rem aliqui fiduciae causa mancipio dederit vel in iure cesserit, si eandem ipse possiderit, potest usucapere, anno scilicet [...] Sed fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure, aut cum amico, quo tutius nostrae res apue eum sint*».

¹⁹ Cfr. L. LOMBARDI, *Dalla Fides alla bona fides*, A. Giuffrè, Milano, 1961.

Non era rara infatti, un'applicazione della fiducia a scopo di *donatio mortis causa*, ove il fiduciante confidava nel ritrasferimento della cosa donata nell'ipotesi di sopravvivenza al donatario, un'applicazione dell'istituto della fiducia, prodromica all'uso medievale della fiducia testamentaria.

1.2 LA FIDUCIA NEL DIRITTO MEDIEVALE

Posto che come trattato nel precedente paragrafo, l'assenza della fiducia nella compilazione giustiniana²⁰ ha reso difficile la rielaborazione dell'istituto da parte dei giuristi medioevali e moderni, nella prassi permaneva l'esistenza di istituti che portavano il nome di fiducia, ma che tuttavia si allontanavano parzialmente dal diritto romano. Un esempio lo si trova nel diritto longobardo dove un istituto simile al pegno continuava ad essere chiamato fiducia²¹.

A ben vedere però, la variazione dell'istituto che forse più continuò a mantenere la sua natura sulla scia del diritto romano, nonché quella costituente l'ambito di ricerca del presente lavoro di tesi, fu la fiducia testamentaria²².

La prassi continentale della fiducia testamentaria, ebbe una diffusione non dissimile da quella del contemporaneo progresso di *use* e *trust* in Inghilterra (tema di cui si tratterà approfonditamente più avanti) le cui radici posso infatti ricercarsi nella tradizione romanistica²³. Il fatto che *use* e *trust* possano essere stati un tangibile lascito dell'istituto romano della fiducia, applicato in Britannia e sopravvissuto alla permanenza dell'impero in quelle terre, non è certamente una certezza, tuttavia la tesi venne formulata per la prima volta da autori inglesi nell'Ottocento²⁴. In effetti, esistono evidenze nelle fonti che sembrerebbero dare fondamento alla teoria, i due *leading cases*²⁵ di diritto romano su cui i giuristi dello *ius commune* edificarono la loro teoria della *fiduciaria hereditas*, provenivano dai giuristi romani

²⁰ Cfr P. LAMBRINI, *Il negozio fiduciario e la sua causa*, in *Studi Urbinati*, Università degli studi di Urbino, LXXXIII, vol. 66, 2015.

²¹ A. PERTILE, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'impero romano alla codificazione*, IV, 2 ed., Torino 1893.

²² Istituto in cui il successore fiduciario (erede o legatario) era considerato titolare-gestore nell'esclusivo interesse del beneficiario o dei beneficiari indicati dal testatore, il suo incarico era gratuito.

²³ M. LUPOI, *Trust and Confidence*, in *Law Quarterly Review*, p. 253-287, Londra, 2009.

²⁴ 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*, Berlino 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», n.21, Berlino, (1999), p. 368.

²⁵ Principio fondamentale della '*common law*' circa il rispetto del '*blinding precedent*' ovvero il precedente giudiziario vincolante. Si tratta del principio per cui il giudice, nelle sue decisioni, deve attenersi alle massime di diritto contenute nelle decisioni emesse in precedenza da organi giurisdizionali di rango superiore. Tra i '*blinding precedents*' ve ne sono alcuni di fondamentale importanza, denominati appunto '*leading cases*', che si pongono come punti di riferimento imprescindibili per la materia che trattano, in quanto in grado da soli, di omologare la giurisprudenza. Cfr. A. BURROWS, *Oxford Principles of English Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013.

Giovaleno²⁶ e Papiniano²⁷, entrambi, seppur in periodi diversi, stanziati in Britannia. Il primo svolgeva l'incarico di *legatus iuridicus*²⁸ della provincia di Britannia attorno alla metà del I secolo d.C., il secondo fu *praefectus praetorio*²⁹ al tempo di Settimo Severo, inizio del III secolo d.C..

In entrambi i casi citati, i due giuristi applicarono le regole della *fiducia* in evidente divergenza dalla disciplina della disciplina del *fideicommissum*, identificando nell'erede istituito, gravato di fedecommesso, il titolare-gestore di un patrimonio destinato esclusivamente al fedecommissario, in maniera non dissimile da come poi sarebbe accaduto nel *trust* testamentario³⁰.

²⁶ D. 36, 1, 48 (46) GIAVALENO, *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 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 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 constituisse 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 fedecommesso è sorto quando Oceano era vivo. Ciò si verifica se appare che il testatore, prorogando il termine per l'adempimento del fedecommesso, abbia voluto affidare la tutela di quei beni all'erede fiduciario, piuttosto che fissare un termine incerto al fedecommesso.

²⁷ 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 complisset, restituere, idque sibi mater ideo placuisse testamento comprehendisset, ne filiae tutoribus, sed potius necessitudini res committerentur, eundemque Pollidium fundum retinere iussisset: praefectus 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 fedecommesso.

²⁸ Particolare figura di legato che rappresentava il governatore nell'esercizio delle sue funzioni giurisdizionali, su tutta la provincia o in alcuni distretti di essa.

²⁹ Inizialmente figura dell'amministrazione militare dell'impero romano, nel tardo impero, privato di ogni potere militare, supervisionava l'operato in ambito fiscale e giudiziario dei vicari e dei governatori provinciali posti alle sue dipendenze.

³⁰ D. JOHNSTON, *The Roman Law of Trust*, Oxford University Press, Oxford, 1988.

1.2.1 LE NATURE DELLA PROPRIETÀ FIDUCIARIA

Al fine di concludere questo essenziale, quanto necessario, *excursus* sulla storia dell'istituto della fiducia, si rende necessaria un'ultima breve distinzione sulla natura della proprietà fiduciaria, ovvero sulla distinzione tra fiducia romanistica e fiducia germanistica. Nel primo caso abbiamo l'effettiva attribuzione al fiduciario della titolarità del diritto, configurandosi infatti un'interposizione reale di persona, almeno ove questa non sia fittizia e quindi l'effetto traslativo non sia voluto, ma bensì solo simulato³¹. Le forme tipiche di estrinsecazione della fiducia romanistica sono la *fiducia cum amico* e la *fiducia cum creditore*³² di cui si è già trattato nei paragrafi precedenti.

Al contrario, nella fiducia di tipo germanistica, tipica della tradizione anglosassone, si verifica una separazione tra titolarità formale del diritto e legittimazione al suo esercizio, in quanto resta in capo al fiduciante la titolarità del diritto, con una trasmissione della sola legittimazione al suo esercizio in capo al fiduciario.³³

La distinzione assume particolare rilievo considerando la tendenziale estraneità del concetto di fiducia germanistica nel nostro ordinamento, la cui principale figura applicativa si realizza proprio nel *trust*. A ben vedere tuttavia, non sono completamente estranee neanche altre forme di applicazione di detta fiducia, secondo le ricostruzioni della dottrina maggioritaria esempio, nei casi di intestazione fiduciaria di titoli azionari e quote di partecipazione societaria ci troviamo in un'ipotesi di fiducia germanistica³⁴.

In effetti, tenuto conto della natura dei beni in esame (azioni e valori mobiliari in genere) e delle rispettive norme di circolazione, si è affermato nel nostro ordinamento il principio della separazione (realizzato proprio attraverso il negozio fiduciario) della titolarità del diritto di proprietà rispetto alla legittimazione al relativo esercizio. Non a caso, il legislatore ha infatti confermato che nelle ipotesi di intestazione fiduciaria di azioni e titoli in genere, la proprietà del bene in capo al fiduciante, è separata dalla legittimazione all'esercizio in capo alla fiduciaria. Imponendo tra l'altro alle società fiduciarie, una serie di obblighi concernenti principalmente la comunicazione delle generalità circa gli effettivi proprietari dei titoli

³¹ Cfr. P. LAMBRINI, *Il negozio fiduciario e la sua causa*, in *Studi Urbinati*, Università degli studi di Urbino, LXXXIII, vol. 66, 2015.

³² G. GROSSO, *Fiducia (diritto romano)*, in A. Giuffrè (ed.), *Enciclopedia del diritto*, XVII, Varese, 1968.

³³ S. BARTOLI, *Il Trust*, in *Il diritto privato oggi*, Giuffrè Editore, Milano, 2001, p.385, «La fiducia germanistica si caratterizza per l'attribuzione al fiduciario non già – come invece accade nella fiducia romanistica – della proprietà del bene, bensì di una mera legittimazione ad esercitare i poteri ad essa inerenti in nome proprio e per conto del fiduciante.».

³⁴ Cfr. L. CARIOTA, *I Negozi Fiduciari*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2010.

fiduciariamente intestati³⁵, a conferma della particolare attenzione dell'ordinamento alla circolazione dei beni attraverso detta fattispecie.

1.3 LA FIDUCIA DEL DIRITTO MEDIEVALE ANGLOSASSONE

Come è stato osservato da Maria Chiara Malagutti, non c'è modo di capire l'essenza del *trust* se non analizzandone le origini³⁶. Si tratta infatti di un istituto giuridico talmente permeato dalla storia del diritto inglese, che l'unico modo di studiare e comprendere a fondo, financo le sue più moderne configurazioni, risulta studiarne la nascita e l'evoluzione storica.

Premessa necessaria, è la contestualizzazione del concetto di proprietà feudale inglese, ovvero quello della *free tenure*, un rapporto giuridico nascente dalla concessione unilaterale fra *lord* e *tenant*, che non determinava nessun trasferimento in termini di diritti reali, ma bensì la sola attribuzione di un potere assai ampio di uso e godimento del fondo³⁷.

L'origine di tale uso è da ricercarsi, secondo Mario Giuseppe Losano, nella vittoria di Guglielmo il Conquistatore. Egli infatti concepì la nota battaglia di Hastings³⁸ come un segno divino della sua supremazia come padrone sul territorio dell'Inghilterra. Sul piano giuridico questo significò la proprietà da parte sua dell'intero suolo inglese. Questo accentramento di potere si tradusse in un sistema di tipo feudale, in cui a prescindere dal rango, qualsiasi persona dal vassallo al servo della gleba, possedeva la terra soltanto come vicario del sovrano centrale.³⁹ Ed infatti, l'idea che la proprietà della terra competesse alla sola Corona, costituì proprio il fulcro del sistema feudale inglese, in quanto da essa derivò un'organizzazione accentrata e gerarchica, per effetto della quale il Re, Lord al di sopra di tutti gli altri, mediante un atto unilaterale di concessione infeudava in un fondo i nobili locali, i *tenents in capite* o i *tenants in chief*, che a loro volta mediante un atto unilaterale di sub-concessione infeudavano parti del

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ Cfr. M.C. MALAGUTTI, *Il trust*, in *Atlante di Diritto Privato Comparato* a cura di F. GALGANO, Zanichelli, Bologna, 1992.

³⁷ Cfr. M. LUPOI, *Appunti sulla Real Property e sul Trust nel Diritto Inglese*, Giuffrè Editore, Milano, 1971.

³⁸ Battaglia decisiva combattuta (1066) tra Guglielmo il Conquistatore, duca di Normandia (sbarcato a Hastings, nell'Inghilterra meridionale), e il re sassone Aroldo II. Nello scontro questi morì, mentre Guglielmo, con la vittoria, si assicurò il dominio sull'Inghilterra, di cui divenne re.

³⁹ M.G. LOSANO, *I Grandi Sistemi Giuridici. Introduzione ai Diritti Europei ed Extraeuropei*, Piccola Biblioteca Einaudi, Torino, 1978, p.149, «Guglielmo il Conquistatore concepì la battaglia di Hastings come un giudizio di Dio, un 'ordalia che doveva indicare il futuro padrone dell'Inghilterra. La sua vittoria si tradusse, in termini giuridici, nella sua proprietà dell'intero suolo inglese; l'accentramento politico si tradusse in un sistema amministrativo di tipo feudale, in cui ogni persona, a qualunque livello, possedeva la terra soltanto come vicario del sovrano centrale. [...] una piramide di sudditi che andava dai *tenants in capite*, cioè dai signori che ricevevano la terra direttamente dalla corona, a tutta una serie di vassalli intermedi, fino alla categoria più bassa, i servi della gleba.».