

La compatibilità con il diritto comune

di *Andrea Vicari*

Il 17 marzo 2005 la Repubblica di San Marino ha emanato la legge sul trust. Chi si occupa di trust in Italia ha visto in questa legge la realizzazione di molti desideri: essa infatti rappresenta la prima legge scritta in italiano sul trust e costituisce un riferimento importante per la pratica del trust in Italia. Questo entusiasmo è certamente lusinghiero per un operatore del diritto sammarinese, che è il primo deputato alla sua esegesi ed applicazione. Tale approccio sembra però aver generato negli osservatori italiani due ulteriori corollari logici nell'analisi della legge: essa viene quindi percepita come una codificazione del diritto dei trust sammarinese, autonoma ed esauriente tutta la disciplina dell'istituto, ma anche in alcuni casi lacunosa vista l'assenza di alcune norme presenti nella disciplina dei trust di altri Paesi. Tali corollari derivano dalla prospettiva che caratterizza l'osservatore italiano quando osserva un istituto del codice civile italiano. Tuttavia sono infondati quando si guardi ad una legge che appartiene all'ordinamento sammarinese. Alla spiegazione di questa affermazione sarà dedicato il presente articolo, il quale si occuperà soprattutto di ciò che la legge non dice, ma che deve essere conosciuto da chi, esterno al sistema giuridico sammarinese, voglia capirne la portata normativa più profonda al fine di impiegarla nella pratica o analizzarla nell'attività scientifica.

1. L'ordinamento sammarinese ed il suo sistema delle fonti

Quello sammarinese è un sistema giuridico con forti peculiarità e profondamente diverso da quello italiano¹. Le fonti del diritto sammarinese sono già elencate nella Rubrica XXXI, Libro III delle "Leges Statutae" del 1600, che ancora rappresentano il testo cardine dell'intero ordinamento.

Tale Rubrica dispone una chiara gerarchia delle fonti, prevedendo che per risolvere una questione giuridica retta dal diritto sammarinese occorra:

1. Si veda anche M. REINKENHOF, *Die Anwendung gemeinen Rechts in der Republik San Marino*, in "Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZeuP)", 1997, p. 321.

1) applicare lo Statuto e le posteriori leggi che lo riformano, le cosiddette *reformationes*;

2) ove né il primo né le seconde contengano disposizioni in materia, applicare le "lodevoli consuetudini locali";

3) ove anche queste non contengano disposizioni idonee, applicare il diritto comune, ossia quel diritto che si venne formando e svolgendo sulla base del diritto romano (non quindi propriamente il diritto romano giustiniano), del diritto canonico e della consuetudine, negli Stati più civili del continente europeo prima delle codificazioni ottocentesche ².

2. Sul diritto comune nell'ordinamento sammarinese, v. S. CAPRIOLI, *Il diritto comune nelle esperienze di San Marino*, in "Riv. int. dir. com.", 1994, 91. Molto utili anche A. IGLESIA FERREIRÓS (ed.), *Actes del I simposi jurídic Principat d'Andorra/República de San Marino. El "ius commune" com a dret vigent: l'experiència judicial d'Andorra i San Marino, Andorra, 1994. Per quanto riguarda gli scritti utili per cercare il diritto applicabile a San Marino*, secondo RAMOINO, il commissario della legge che ha guidato lo sviluppo dell'attuale diritto sammarinese nella sua fase formativa, "tutti gli scrittori di diritto comune forniscono utili insegnamenti, tuttavia sono da preferirsi quelli dei sec. XVI, XVII e XVIII: dell'epoca, cioè, in cui il diritto comune si trovava nel suo maggior splendore. Inoltre il diritto comune è più da cercare negli scrittori pratici che nei culti o teorici. In via particolare, poi, possono consultarsi le seguenti opere che vengono, normalmente, citate avanti i Tribunali di questa Repubblica: A - Tra i numerosi compendi, sunti, breviari o repertori: 1) *La Summa Diversorum Tractatum* pubblicata sulla fine del seicento da Marco Antonio SABELLI, uditore della Rota Toscana. È un ottimo libro di rinvio e di bibliografia che fa conoscere i migliori trattati di diritto comune in ciascuna parte di questo. Le materie sono disposte per ordine alfabetico come in un vocabolario. 2) *La Prompta Bibliotheca* del cardinale LUCIO FERRARIS pubblicata nel Settecento: utile specialmente nelle parti dominate dal diritto canonico. Essa pure tratta le singole materie per ordine alfabetico. B - Tra le opere di indole generale: 1) *il Theatrum Veritatis et Justitiae* del cardinale G.B. DE LUCA (1607-1687) di Venosa. È una delle migliori opere del sec. XVII anche perché contempera giustamente il metodo pratico col teorico. Comprende in diciotto volumi tutto il *gius civile, feudale, canonico, commerciale e giudiziario*. Ogni libro ha una rubrica e consta di un certo numero, più o meno grande, di trattatelli (*decisivi discursus*) che rientrano nella materia del libro. Dello stesso autore si hanno due altre buone opere di indole istituzionale: *il Dottor Volgare* in lingua volgare (è tra gli autori di Crusca) e *le Istituta* accresciute e perfezionate dal dott. Simbeni (in Pesaro 1743). 2.) *La Universa Civili et Criminali Jurisprudencia* del piemontese Tommaso MAURIZIO RICHERI pubblicata nel sec. XVIII. È divisa in quattro libri suddivisi in titoli, capitoli, sezioni, paragrafi con ampi sommari. Tratta tutta la materia civile, commerciale, penale e processuale. Non v'è controversia, per quanto piccola, che non vi sia risolta. È, per San Marino, opera utilissima. 3) *Il Commentarium ad Pandectas* dell'olandese Giovanni VOET (1647-1713). È opera meritatamente celebre, elegante e minuta, che ha esercitato molta efficacia sui codici moderni, specialmente sull'austriaco. 4) Quelle dell'anconetano Benvenuto STRUCCA (1509-1578), dei genovesi SCACCIA (1618), DE TURRIS (1641) e CASEREGIS (1670-1737); del fiorentino ANSALDO (1651-1719) per quanto si riferisce al diritto mercantile o commerciale, il quale deve considerarsi parte del diritto comune generale in cui si inquadra, ora in G. RAMOINO, *Le fonti del diritto privato sammarinese*, in AA.VV., *Le fonti del diritto privato sammarinese*, San Marino, 2000, 9, p. 20. Una *summa* del diritto privato sammarinese si può oggi trovare in L. LONFERNINI, *Elementi di diritto civile sammarinese*, San Marino, 2000.

2. Integrazione ed interpretazione delle leggi nel sistema delle fonti sammarinese: differenze rispetto al sistema italiano

Dal sistema delle fonti sammarinesi derivano importanti implicazioni per l'interprete della legge in generale, e di quella sul trust in particolare.

Una prima implicazione è di ordine generale. La legge sammarinese sul trust lo regola in modo molto diverso rispetto al modo in cui un titolo del codice civile italiano regola un istituto giuridico. Questo perché gli articoli del codice civile italiano sono, per l'appunto, articoli di un codice, che vogliono disciplinare in modo esclusivo un determinato settore del diritto privato. La legge sul trust della Repubblica di San Marino è invece una cosa diversa. Come anticipato, nel sistema delle fonti della Repubblica essa ha grado di *reformatio statutorum* e non di codice. Ciò ha implicazioni fondamentali per l'operatore del diritto che si debba confrontare con essa piuttosto che con una norma del codice civile italiano. Diverso è il modo con cui l'operatore deve guardare la storia del diritto, il diritto comune. L'interprete della norma codificata italiana guarda alla storia raramente e quando lo fa lo fa per capire il meccanismo secondo il quale la norma codificata è costruita, che resta l'unica regolatrice dell'istituto. L'interprete di una norma sammarinese contenuta in una *reformatio statutorum* deve invece guardare alla storia del diritto per interpretare ed applicare la norma stessa. Infatti, la *reformatio statutorum*, senza nulla abrogare del sistema previgente, diventa parte di un unico contesto normativo del quale fa ancora parte, come diritto vigente, quel diritto comune del quale abbiamo precedentemente parlato.

Ulteriori implicazioni sono di ordine particolare e riguardano direttamente le norme sull'interpretazione della legge. Infatti, nel sistema sammarinese:

- 1) tutto ciò che non è espressamente contemplato dalle eccezioni legislative rientra nella regola prevista dal diritto comune;
- 2) le parole della legge debbono essere sempre interpretate nel senso maggiormente coerente con la disciplina del diritto comune;
- 3) ogni dubbio interpretativo deve essere risolto, per quanto possibile, in conformità con le regole del diritto comune;
- 4) la legge deve essere interpretata restrittivamente, essendo vietata qualsiasi interpretazione estensiva o analogica.

3. Interpretare ed integrare la legge sul trust con le norme di diritto comune: l'erede fiduciario di diritto comune era un trustee

Il paragrafo che precede dovrebbe aver chiarito che il diritto comune rappresenta il terreno su cui la legge sul trust, come qualsiasi intervento legislativo sam-

iddette re-
, applicare

e il diritto
e del dirit-
del diritto
peo prima

nelle espe-
REIRÓS (ed.),
mune" com-
to riguarda
ommissario
formativa,
erirsi quelli
io maggior
orici. In via
ate avanti i
tori: 1) La
ELLI, udito-
riori trattati
co come in
Settecento:
materie per
e del cardi-
che perché
utto il gius-
di un certo
a del libro.
re in lingua
(in Pesaro
aurizio Ri-
paragrafi
v'è con-
Il Com-
ente cele-
sull'au-
(1618),
o si rife-
genera-
Le fonti
ammari-
2000.

marinese, poggia le sue fondamenta. Queste fondamenta sono piantate su un tessuto di precedenti giurisprudenziali ed opinioni dottrinali fittissimo, in quanto frutto di un'elaborazione millenaria, ed autorevolissimo in quanto frutto dell'elaborazione di grandissimi giuristi – partendo da Baldo per giungere al De Luca – e dei più grandi tribunali europei – partendo dalla Rota Romana per giungere ai Parlamenti francesi –.

Conoscere questo terreno ed il modo con cui le fondamenta della legge sul trust vi sono impiantate è quindi fondamentale per l'interprete.

In particolare, è necessario comprendere su quale area del diritto comune siano impiantate le radici della legge sul trust, per poter poi fare riferimento alle regole contenute in quest'area al fine di impiegarle nell'interpretazione ed integrazione della legge stessa.

La lettera della legge non sembra aiutare molto in questo compito. La sua terminologia è presa a prestito dalla legge del modello del trust internazionale, piuttosto che dal diritto comune.

I primi commentatori della legge sammarinese sul trust l'hanno descritta come una legge che introduce un nuovo istituto. Graziadei, nel limitarsi a riconoscere che “il fenomeno nelle sue linee generali è senz'altro attestato nelle fonti di diritto comune”, sembra poi implicitamente ammettere la novità dell'istituto nella sua specificità³. Pur ammettendo l'esistenza di figure negoziali simili nel diritto comune, Treggiari espressamente afferma che “di fronte al nuovo istituto appena accolto [nell'ordinamento sammarinese] in tutte le sue possibili configurazioni non c'è una corrispondente figura “di tradizione” immediatamente disponibile all'autonomia negoziale dei sammarinesi”⁴.

Seguendo questa opinione, l'area del diritto comune in cui risulterebbero impiantate le radici della legge sul trust sarebbe non esattamente identificabile, ma probabilmente collocabile nell'interstizio tra gli istituti del deposito, il mandato e fidecommesso, erede fiduciario. Tutti istituti questi che nelle loro linee generali richiamano il trust. Questo tipo di richiamo non aiuterebbe certamente il lavoro interpretativo del giurista⁵.

3. M. GRAZIADEI, *Prima lettura delle disposizioni civilistiche contenute nella legge di San Marino sul trust*, in AA.VV., *Il trust nella nuova legislazione di San Marino*, Rimini, 2005, pp. 39-50.

4. F. TREGGIARI, *Trust e diritto comune a San Marino*, in AA.VV., *Il trust nella nuova legislazione di San Marino*, Rimini, 2005, pp. 15-16.

5. Sono da sottoscrivere le osservazioni di Santarelli sulla funzione del giurista nell'ordinamento sammarinese: “In questo delicatissimo lavoro è impegnata e messa duramente a prova la creatività interpretativa e la responsabilità del giurista, il quale – proprio perché giurista di diritto positivo – non è di certo una specie di trovarobe arruffone che prende su alla rinfusa dal gran mucchio delle *opiniones*, che nei secoli si sono adagate nell'esperienza di diritto comune” e concludeva dicendo

Se
diritti
giuristi
l'esistenza
tiche
simo
un erede
sferito
tale d
trust
fiduciario
diritto
to in
favore
bi gli
del fic
il trust
Ac
diritto
riconosc
presen
della
trust
dalla
può sc
mune
avesse
Qu
della l

che sare
do risol
Savelli
tutt'altr
vetera p
te”; v. U
giuridic
6 M. Lu
7 Per un
nel dirit

Seguendo le tesi esposte nell'affascinante libro di Maurizio Lupoi *I trusts nel diritto civile* si arriva però ad una diversa conclusione rispetto a quella a cui Treggiari e Graziadei giungono. Il libro di Lupoi è dedicato proprio alla verifica dell'esistenza nella tradizione giuridica romanistica di istituti con caratteristiche identiche a quelle del trust e conclude che il quadro concettuale del trustee è il medesimo dell'erede fiduciario in diritto comune. Sia nel trust che nell'istituzione di un erede fiduciario vi è l'affidamento di un diritto ad un soggetto, che viene trasferito a costui per il raggiungimento di una finalità; questo soggetto ha, rispetto a tale diritto, un titolo che è il medesimo titolo che egli otterrebbe in mancanza di trust o di sua istituzione ad erede fiduciario. Tuttavia, sia il trustee che l'erede fiduciario non possono trarre vantaggio dal diritto trasferito loro; l'esercizio del diritto è funzionale rispetto alla finalità dell'affidamento, la permanenza del diritto in capo a questi soggetti è temporanea e costoro sono obbligati a restituire in favore di un beneficiario che acquista dal trustee e non dal disponente. In entrambi gli istituti, il beneficiario stesso è legittimato a reagire contro gli atti dispositivi del fiduciario che tradissero l'affidamento. Insomma, il diritto comune conosceva il trust, soprattutto in sede testamentaria ⁶.

Accantonate le questioni nominalistiche e acclarata la presenza del trust nel diritto comune, si devono poi necessariamente compiere i passi logici successivi, riconoscendo che il trust, sotto forma dell'istituto dell'erede fiduciario, era ben presente nella sua specificità nel diritto sammarinese ben prima dell'emanazione della recente legge e che quest'ultima rappresenta una *reformatio* dell'istituto del trust testamentario noto al diritto comune, una *reformatio* che lo trasporta fuori dalla sfera dei negozi puramente *mortis causa*. D'altra parte, questo passo non può scandalizzare il conoscitore del diritto comune: sin da Bartolo, in diritto comune esisteva una teorica che riteneva che l'istituzione di un erede fiduciario avesse causa da un contratto tra il testatore ed il fiduciario ⁷.

Questo significa che, applicando le regole sull'interpretazione ed integrazione della legge del diritto sammarinese descritte sopra, occorre guardare alle regole

che sarebbe un pessimo giurista di diritto comune vigente quel giudice o quell'avvocato che, dovendo risolvere un serio problema "pratico", si mettesse a saccheggiare il Bertachini, il Toschi o il Savelli alla ricerca della massima "giusta". Questo sarebbe fare male quello che nel Vangelo a tutt'altro proposito è scritto; se il giurista si contentasse d'essere qui *profert de thesauro suo nova et vetera* piluccando a caso in biblioteca, il suo diventerebbe davvero uno strano diritto comune vigente"; v. U. SANTARELLI, *Cinque lezioni sul diritto comune delle società*, in "Miscellanea dell'Istituto giuridico sammarinese", fasc. 2, agosto 1992, 5, p. 9.

⁶ M. LUPOI, *I trusts nel diritto civile*, Torino, 2004, p. 172.

⁷ Per una panoramica di questa teorica, v. A. AMBROSINI, *Disposizioni di ultima volontà fiduciarie nel diritto germanico, canonico e comune*, Roma, 1917, p. 265.

del diritto comune in tema di erede fiduciario per interpretare ed integrare la legge sul trust.

4. Un'esemplificazione del processo interpretativo ed integrativo della legge sul trust: la simulazione del trust

È opportuno, a questo punto, esemplificare il processo che deve compiere l'interprete di fronte ai concetti della legge sammarinese sul trust, i quali seppur espressi in lingua italiana quasi mai assumono lo stesso significato tecnico che essi assumono in diritto italiano.

L'art. 11 della legge prevede che il trust sia nullo quando l'atto istitutivo del trust sia simulato. La legge dice che il trust simulato è nullo ma non dice quando il trust sia simulato. Ecco allora che per comprenderlo occorre guardare alle regole di diritto comune per comprendere quando vi sia simulazione nell'istituzione di erede fiduciario.

Il problema se l'istituzione di un erede fiduciario sia simulato è posto sin da Baldo ed Angelo. Nel diritto comune più tardo sovente l'istituzione di un erede fiduciario viene addirittura sempre definita come una forma di *simulatio*. Infatti, presso i giuristi del diritto comune vi è la tendenza a considerare come simulati tutti quegli atti della vita giuridica in cui vi sia un celamento della verità. Tuttavia, come ci ha insegnato l'Ambrosini nella sua monografia sulle disposizioni di ultima volontà fiduciarie nel diritto comune pubblicata all'inizio del secolo scorso, le loro espressioni non hanno un significato tecnico: ossia non possono accennare a simulazione in senso strettamente giuridico⁸.

Occorre allora procedere oltre lo strato superficiale delle opinioni espresse nella dottrina e nelle giurisprudenza.

Si rinvengono allora due *regulae* di diritto comune particolarmente rilevanti per definire la simulazione dell'erede fiduciario e quindi del trust.

Una è quella riportata dal cardinal De Luca, il quale considera simulata l'istituzione di erede fiduciario fatta materialmente, ma con l'intento di non mettere in atto alcun atto giuridico. In diritto italiano, questo sarebbe un caso di riserva mentale e non di simulazione. Tuttavia, considerarlo un caso di trust simulato allinea il sistema di San Marino a quello inglese, ove la giurisprudenza ha parificato riserva mentale e simulazione nel leading case Wyatt del 1994. In quel caso, i giudici affermarono che "il signor Wyatt non aveva alcuna intenzione di istituire un trust. Egli sottoscrisse l'atto non per dargli esecuzione, ma per metterlo da

8. A. AMBROSINI, *Disposizioni di ultima volontà fiduciarie diritto germanico, canonico e comune*, cit., p. 268.

parte e farne poi uso in caso di necessità. Sebbene egli non avesse una finalità disonesta o fraudolenta, la sua finalità non era quella risultante dall'atto: il trust fu una finzione ('pretence') o, come talvolta si dice, uno 'sham'. L'istituzione del trust è dunque nulla".

Una seconda posizione rilevante è quella della Rota Romana ripresa anche in alcune sentenze settecentesche del Senato del Piemonte⁹. Questa posizione considera simulata quell'istituzione di erede fiduciario fatta senza reale affidamento di poteri al fiduciario. Anche questa visione della simulazione del trust allinea il diritto sammarinese all'esperienza internazionale. La giurisprudenza di Jersey, nel caso Rahman, dove il trustee agiva sulle indicazioni di disponente o beneficiario, ha considerato ciò indice della mancanza di un reale affidamento ed ha qualificato come simulato il trust.

Il diritto sammarinese nelle sue fonti di diritto comune in tema di erede fiduciario ritrova sintomi di simulazione sul piano della volontà iniziale e della effettività. In questo modo si pone quindi in linea con l'esperienza internazionale. Tuttavia, questo risultato non deve essere dato per scontato ma vi si può giungere solamente dopo il serio approfondimento del diritto comune, evitando di assumere che i concetti espressi dalla legge sammarinese sul trust abbiano il significato che ad essi si attribuisce in Italia.

5. Conclusioni

L'emanazione di una legge in materia di trust da parte della Repubblica è stata accolta da molti operatori italiani con entusiasmo. Dopo anni in cui l'esperienza italiana si è dovuta nutrire, non senza difficoltà interpretative ed applicative, di discipline regolatrici i trust contenute in precedenti giurisprudenziali e solo parzialmente in leggi, di discipline sempre espresse in lingua straniera ed inquadrata in sistemi giuridici molto lontani geograficamente, culturalmente e tecnicamente da quello italiano, finalmente si può contare su una normativa contenuta in legge, scritta in italiano da un Paese culturalmente vicino all'Italia e geograficamente un'*enclave* dell'Italia stessa. Insomma una vera e propria rivoluzione copernicana per coloro che si interessano di trust in Italia. Tuttavia, l'entusiasmo in campo giuridico è sempre pericoloso, se non accompagnato dalle necessarie cautele tecniche. Infatti, pur essendo una legge scritta in lingua italiana, essa è pur sempre

9. Rota romana, 4 febbraio 1626, *Spoletana haereditatis seu confidentiae, coram Buratto*, in M. BURATTI, *Decisiones*, t. I, Lugduni: Sumptibus Ioannis-Antonii Huguetan & Marci-Antonii Ravaud, 1661, dec. 901, n. 4.

una legge straniera per l'operatore italiano e si colloca in un ordinamento la cui struttura è tutt'altro che elementare e che richiede il ricorso costante al diritto comune, nell'interpretazione di ogni disposizione della legge o nella stesura di atti di trust. Quindi la prima legge in lingua italiana porta certamente maggior semplicità per gli operatori, ma occorre sempre tenere a mente che la semplicità non deve essere confusa con il semplicismo.