

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 canonî, 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 Domenicani 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 commodatum 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 aisiamento 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'oltremarina. 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 Fiduciae* 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, relessoront 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 fedecommesso, 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 fedecommesso 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 pontificium*, 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 sornite 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'onerato 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 fedecommessi 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 implexset, 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 enjoyment*’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 fedecommesso cercando per essi una sanzione aggiuntiva sotto forma di una pressione sociale oppure esigendo dagli eredi un opportuno giuramento” (ID., *Il fedecommesso universale* cit., p. 57). Sulla introduzione della tutela giuridica dei fedecommissi, 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 fedecommissi* 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 perfouemer 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 Fiduciae* 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 fideicommissio relictam sibi hereditatem capere potest*"; Gai. 2, 275: "*Latini quoque qui hereditates legataeque directo iure lege Iunia capere prohibentur, ex fideicommissio 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 legataeque 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 *Studiante* ne menziona molte, tra cui, principalmente, quella di consentire al titolare del fondo di disporre 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 prohybyt 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/ haryots/ and of the landes od theyr vylleyns/ but those poyntes be put away by dyuers statutes made in the tyme of kyng 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 execucyon of all suche landes as any persone ys seased of to the vse of hym that is soo bounde at the tyme of execucyon 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 execucyon vpon a statute staple/ statute marchant/ nor recognysaunce/ but suche as be in the bandes of the recognysour tyme of the execucyon sued. And somtyme landes be put in vse that they sholde not be put in execucyon vpon a wrytte of extendi facias ad valenciam. And somtyme suche uses be made that he to whose vse .&c. may declare bys 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 execucyon 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 use 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 fedecommissum 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 fedecommissum e successivamente anche i nati dopo la morte del testatore. Il Sc. Pegasiano regolò la capacità di alcuni individui di ricevere per fedecommissum 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 fedecommissum, 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 fedecommesso 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: "*Impm. Valentinianus, Valens et Gratianus AAA. ad Damasum Episcopum Urbis Romae. Ecclesiastici aut ex ecclesiasticis vel qui continentium se volunt nomine nuncupari, vudarum 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: inspicientibus 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 fedecommissum, 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 fedecommesso. 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 tecta que 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. LIEBESSCHUETZ, *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'onerato per la violazione del patto fiduciario, ma sarebbero distanti proprio laddove al *beneficiary trust*, a differenza del fedecommessario 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, *Trusts*, 2^a 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 alius 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*, 3^a 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 humblyment 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 sont 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 cousyn 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 Eglise ne par la comune ley de la terre: Please a vostre tres gracious 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 respoudre 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 *cestui 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 Spelman 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 di 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 executor 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, Tubingen 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 suscepti 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 praeef.: "...Ἴσμεν γὰρ, ὡς καὶ πρόωγν ἔστασιάζετο τὰ περὶ τῶν ἀποκαταστάσεων, καὶ εἰ συνέβη τινὰς ὑποθήκας ὑποθέσθαι τοὺς βαρυνομένους, πολλῆς τὸ πράγμα ταραχῆς ἦν, εἴτε δέοι καὶ τὰ ἀποκαταστῆναι κελευσθέντα πράγματα κινδυνεύειν εἴτε μόνα τὰ τοῦ βεβαρημένου τῆ ἀποκαταστάσει· καὶ πολλή τις ἦν καὶ περὶ αὐτὴν τὴν τῶν ῥημάτων διαφορὰν ζήτησις, εἴτε ὁ τελευτῶν διατάξαίτο τὰ περιπεύοντα πρὸς τῆ τελευτῆ τοῦ βεβαρημένου τῆ ἀποκαταστάσει πράγματαδεῖν ἀποκαταστῆναι, εἴτε καὶ ἀπλῶς ἀποκαταστῆναι τὸ καταλειφθὲν μετὰ τὴν παρακατάσχεσιν τοῦ νομίμου μέρους κελεύσειε· καὶ εἰσήγοντο καὶ fideicommissou persecutiones, 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 πρόωγν ταῦτα ἰόμενοι νόμον ἐγράψαμεν, καθάπαξ κωλύοντες τὰ ἀποκαταστάσει βεβαρημένα πράγματα μὴ ἐκποιεῖσθαι ἢ ὑποτίθεσθαι, ἀλλὰ μετὰ τῆς οικείας ὀδεύειν 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 fedecommesso e, quindi, con la stringente pretesa di efficacia del fedecommesso 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 vindicatio* rispetto al fedecommesso: era efficace anco verso i terzi e non si riferiva che all'oggetto del fedecommesso” (C. FERRINI, *Teoria generale dei legati e dei fedecommessi*, 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 fedecommesso” (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 fedecommesso 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'immeso di un possesso definitivo, tutelato *erga omnes*, paragonabile, se non addirittura identificabile, con la c.d. proprietà bonitaria” (G. IMPALLOMENI, *L'efficacia del fedecommesso 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 fedecommisario immesso 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-

fedecompresso 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 fedecompresso 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 giustiniane. Invero questa *missio*, destinata ad insistere sul singolo bene fedecompresso ed intervenendo in una situazione di violazione dell'obbligo fedecommissario, serviva a realizzare coattivamente la pretesa dell'onorato, il che importava riconoscere in capo all'immesso 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 fedecompresso del tutto peculiare, con caratteristiche sue proprie, che valevano a differenziarlo dalle altre *missiones*. In argomento cfr. K. A. VANGEROW, *Leberbuch 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 Diokletans* 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 fedecompresso 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 fedecommissario 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'immesso 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. IMPALLOMINI, *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 fedecommissario; 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 fedecommissario 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) statuì 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 fedecommesso 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 fiducia* cit., p. 56.

Per un'analisi delle differenze tra fedecommesso 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 fedecommesso; (2) in un *trust* la *legal ownership* del *trustee* e la *equitable ownership* del *beneficiary* concorrono e spesso coesistono, mentre nel fedecommesso la proprietà del fedecommissario ha inizio allorquando 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 fedecommesso 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 ore 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 sostanzii nella 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. PETT, *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 prescindendo 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. CRANKHORPE, *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 fiduciarità 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 applicazioni 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 Sargeant, 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 Nortonbautevile, with lands, & c., in Somerseshire, 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 case 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 volente apres, le darrein volente 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 volente, 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:

“Sciant 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 quadriuiu(m) 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 feoffees 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 fedecommesso: 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. AMELOTTI, *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 convaluerit, 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 conditio 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 quaest.): "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 fondiaria cfr. J. DECLAREUIL, *Quelques notes sur certains types de fidéicommissis*, 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 familia 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 Séverès*, 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 fedecommissato 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 fedecommissato 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 fedecommissato 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 fedecommissato in forza del primo testamento; se, invece, la scelta fosse mutata, egli nulla avrebbe potuto esigere *ex neutro testamento*, ossia né in forza di fedecommissato, 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 Voluntar) “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 seized to the use of the performarce 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. LUIPOI, *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 fedecommissi, 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: “*Incertainae 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 fideicommissis 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 fedecommissario (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 tipucitiano e qualche generica notizia in I. 2, 20, 25-28 e in I. 3, 9 *pr.*, oltre a taluni passi escerpiti 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 subbietiva 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, 2^a ed., § 133, p. 414; J. DECLAREUIL, *Quelques notes* cit., p. 154; S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, II, Roma, 1928, 2^a 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, 10^a 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 permessa 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 fedecommissario 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 fedecommesso romano, atteso che al *trustee* non è consentito trattenere alcuna porzione dei beni a lui trasferiti in *trust*. Detto altrimenti, rispetto all'onerato di fedecommesso, 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 fedecommesso: 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 be 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 fedecommesso, 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 Waltherum 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 Piking 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 comprimere, 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 fedecommesso puro – che, importando un obbligo di restituzione immediato, escludono il concretizzarsi di detta facoltà – anche nell’ipotesi di fedecommesso sottoposto a termine o a condizione, in cui trascorre sempre un certo tempo in cui l’erede possiede i beni, può accadere che il fedecommisario abbia il diritto di pretendere la restituzione, oltre che della cosa o del capitale, anche dei frutti maturati nell’intervallo e fatti propri dall’onerato. 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 dilatatum 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 designazione 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. LUPOLI, *Trusts* cit., p. 188-195. Da notare che anche il Digesto conosce forme di fedecommesso 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 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

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 Knowille, 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 anotheir heirs*” (*Ibidem*, vol. VI, n. 5, n. 16, John de Knowil alias de Knowille). 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 reddito 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: ‘Rebllianus si caverit coloniae Philippensium, si sine liberis morietur, quantacumque pecunia ex hereditate deve bonis meis ad eum pervenit, eam pecuniam omnem ad coloniam Philippensiumperventuram’*. 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 Sei Saturnini, cum annos sedecim haberet, a Valerio Maximo fiduciario herede restitui debeat, priusquam praefinitum tempus aetatis impleret decessit, fiduciaria hereditas ad eum pertinet, ad quem cetera bona Oceani pertinuerint, quoniam dies fideicommissi vivo Oceano cessit, scilicet si prorogando tempus solutionis tutelam magis heredi fiduciario permisisset, quam incertum diem fideicommissi constituisse videatur”.

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 constituisse 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'onere 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. LUPOLI, *Origine civilistica dei Trusts* cit., p. 84-87.

¹⁷⁴ La casistica offerta dalle fonti suggerisce che la finalità perseguita da tale tipo di fedecommissario 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 cavit: 'Τὴν θυγατέρα μου Κρισπίναν, ἦν ἡυχόμην 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 fedecommissio¹⁷⁵. 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 haeres, 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 *Itinerae 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 klassischen Altertumswissenschaft*, 2. R., IX, München 1934, cc. 1010-1016; F. SCHULZ, *Classical Roman Law*, Oxford 1951, p. 333; M. AMELLOTTI, *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 haeres: 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 fedecommissio fiduciario (o fiducia testamentaria) e fedecommissio ordinario vale qui la pena riportare un brano di un celebre consulente genovese del Seicento: “*Differt fideicommissum fiduciarium a simplici fideicommissio 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 fideicommissarius 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 Jur. 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 Fuducia* 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 immoveable, 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 fedecommesso 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 sergeanty* e *by petit sergeanty*, 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 fiduciarus 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 indubbe 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 rivedere le attuali incomprendimenti civili 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.