

LA CORTE PER IL TRUST ED I RAPPORTI FIDUCIARI A SAN MARINO¹

1. La Repubblica di San Marino ha scelto di ratificare la Convenzione dell'Aja del 1 luglio 1985 sulla legge applicabile ai trust e sul loro riconoscimento con decreto consiliare del 20 settembre 2004 n. 119², e con la legge 17 marzo 2005 n. 37 ha introdotto nell'ordinamento sammarinese l'istituto del trust. Quest'ultima è stata emendata con la legge 1° marzo 2010 n. 42, anche per rendere l'istituto maggiormente rispondente alle Raccomandazioni del FATF/GAFI in materia di contrasto al riciclaggio ed al finanziamento del terrorismo³, finalità raggiunta con il giudizio estremamente favorevole contenuto nel Rapporto Moneyval del 2011 (il *rating* è LC). Si è aggiunta, con la legge 1° marzo 2010 n. 43, la disciplina dell'istituto dell'affidamento fiduciario.

Con la legge costituzionale 26 gennaio 2012 n. 1 è stata istituita la Corte per il trust ed i rapporti fiduciari, che “ha competenza per tutti i casi e le controversie in materia di rapporti giuridici nascenti dall'affidamento o dalla fiducia, quali trust, affidamento fiduciario, fedecommesso, istituzioni di erede fiduciario, ed istituti simili, da qualunque ordinamento regolati. Non rientrano nella competenza della Corte le controversie in materia di mandato, se non quando il mandatario è soggetto autorizzato ai sensi della legge 17 novembre 2005 n. 165 od esercente attività fiduciaria in ordinamenti diversi da quello sammarinese” (art. 1), mentre con la legge qualificata 26 gennaio 2012 n. 1, oltre a disciplinare la costituzione ed il funzionamento della Corte, sono stati dettati i principi per la procedura, poi articolata con il decreto delegato 30 settembre 2013 n. 128.

¹ Il lavoro riproduce, con l'aggiunta di note e di approfondimenti bibliografici, il testo dell'intervento al Simposio “*Il trust è il massimo e il più significativo esempio della civiltà giuridica inglese*”: *può il diritto civile fare meglio?*, a San Marino il 22 e 23 maggio 2015.

² Le leggi sammarinesi sono reperibili e consultabili nel sito internet www.consigliograndeegenerale.sm, nell'Archivio leggi.

³ Vengono in considerazione anche i decreti delegati attuativi: decreto delegato 16 marzo 2010 n. 49, sull'ufficio di trustee professionale; decreto delegato 16 marzo 2010 n. 50, “iscrizione e tenuta del registro dei trust e modalità di vidimazione del libro degli eventi”; decreto delegato 5 maggio 2010 n. 85, “individuazione delle modalità necessarie per la tenuta della contabilità dei fatti amministrativi relativi ai beni in trust”; decreto - legge 24 febbraio 2011 n. 36, “misure urgenti di adeguamento agli standard internazionali in materia di trasparenza e scambio di informazioni”.

L'oggetto di questo intervento non è quello di esaminare le leggi sul trust e sull'affidamento fiduciario, e nemmeno quella di illustrare gli istituti "concorrenti" di diritto comune, che richiedono studi, approfondimenti e l'applicazione di metodologie proprie degli studiosi di settore.

L'esercizio di funzioni giurisdizionali nella Repubblica di San Marino mi ha consentito di beneficiare dell'esperienza dell'applicazione di un diritto che si rinviene in una pluralità di fonti⁴, tra cui la tradizione del diritto comune, e dell'adattamento contemporaneo del processo civile del diritto comune.

Un giurista pratico, dunque, che vuole tentare di dare una risposta a due domande: 1) perché è stata istituita una Corte "specializzata" per i trust ed i rapporti fiduciari; 2) perché a San Marino.

2. E' un fatto noto, sul quale non occorre soffermarsi a lungo, che la Repubblica di San Marino non ha conosciuto l'esperienza della codificazione, e conserva un sistema delle fonti - confermato dall'art. 3 *bis* della legge 8 luglio 1974 n. 59 (la Dichiarazione dei cittadini e dei principi fondamentali dell'ordinamento sammarinese), nel testo aggiunto dall'art. 4 della legge costituzionale 26 febbraio 2002 n. 36 -, che prevede, quali fonti sussidiarie ed integrative rispetto allo *ius scriptum* (e cioè la legge), la consuetudine [i.e. le *laudabiles consuetudines* dello Statuto⁵] ed il diritto comune.

⁴ Per cui l'ordinamento sammarinese può considerarsi "aperto". Cfr. in argomento G. GORLA-L. MOCCIA, *Profili di una storia del diritto comparato in Italia e nel mondo comunicante*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, p. 237 ss.; G. GORLA, *Prolegomeni ad una storia del diritto comparato*, in *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, 1981, p. 877 ss.; M. LUPOI, *Sistemi giuridici comparati. Traccia di un corso*, Napoli, 2001. Cfr., anche D. CORAPI, *Evoluzione economica e comparazione giuridica*, in *Quadrimestre*, 1986, p. 125 ss. Osserva R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, in *Trattato di diritto comparato* diretto da R. Sacco, Torino, 1997, p. 149 che "S. Marino ci offre l'esempio di un'area che si sottrae all'innovazione grazie ad una marginalizzazione che equivale ad un isolamento". Tale era, infatti, la situazione antecedente l'apertura del processo di internazionalizzazione, che è iniziato negli anni Novanta, e che ha consentito il mantenimento di un assetto istituzionale e di un sistema di fonti originale.

⁵ Che risale al Seicento. Nei richiami si farà riferimento alla edizione delle *Leges Statutae* stampata a Firenze nel 1895: tale edizione fu ordinata dal Consiglio Grande e Generale nella seduta dell'8 maggio 1893 in quattrocento esemplari, con la traduzione del testo latino in volgare ad opera del prof. Marino Fattori, riveduta dai proff. Nino Tamassia e Giuseppe Brini.

Le Rub. XIII e XXXI, Lib. I, *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini* (che nel testo vigente che risalgono al 1600) recitano: "abbiano poi i predetti Capitani giurisdizione, ed autorità, e facoltà di conoscere, definire e terminare tutte e singole cause civili, criminali, pure e miste e le cause vertenti fra gli uomini, e le persone della predetta Terra e suo contado, giurisdizione e distretto, e qualunque altra persona secondo la forma degli Statuti e delle riformazioni del Comune della predetta Terra, le quali ora sono, od accadrà di fare in avvenire. E se gli Statuti o le riformazioni non decidessero i casi contingenti, si debba procedere, definire e terminare secondo la forma del diritto comune e le lodevoli consuetudini della anzidetta Terra". L'art. 4 della legge costituzionale 26 febbraio 2002 n. 36, comma 6, stabilisce "la consuetudine e il diritto comune costituiscono fonte integrativa in assenza di disposizioni legislative".

Lo *ius commune* vigente nella Repubblica di San Marino - come è stato autorevolmente affermato - “non è il diritto romano giustiniano, ma quel diritto che si venne formando e svolgendo sulla base del diritto romano, del diritto canonico e della consuetudine, negli Stati più civili del continente europeo e in particolar modo in Italia. Esso deve ricercarsi negli scritti dei più autorevoli giureconsulti e nelle decisioni dei più rinomati Tribunali”⁶. Tale definizione esclude che il diritto comune vigente a San Marino sia una riedizione del diritto romano ammodernato ovvero del diritto comune vigente in Europa prima delle codificazioni, trattandosi, piuttosto, di una esperienza giuridica che, grazie all’interpretazione giurisprudenziale, utilizza il prodotto di quelli, come ben evidenziato da una ormai storica decisione: “in un diritto che (quale il sammarinese) ha per sfondo il diritto comune i procedimenti interpretativi ed analogici debbono avere maggiore sviluppo che non in un diritto il quale non conosce che la legge scritta e cioè l’interprete dovrà cogliere ogni legge per vedere se essa, oltre la sua lettera, non introduce in realtà principi nuovi. Sempre per quel richiamo alla coscienza comune che è base dei diritti positivi che hanno a fondamento il diritto comune, sembra che sarebbe un falsare lo spirito di quei diritti e togliere il loro pregio, il decidere oggi una causa così come avrebbe potuto essere decisa nel secolo XVII e sarebbe un non attingere alla coscienza storica sammarinese ed alla sua tradizione di libertà, il pensare che qui i rapporti tra potere sovrano, cittadini e stranieri si siano immobilizzati, sicché la discrezionalità possa esplicarsi in forme che in ogni altro paese sarebbero considerate arbitrarie”⁷. Questa attività di adeguamento costante è dovuta al carattere costitutivo che assume l’*interpretatio* negli ordinamenti che hanno a base il diritto comune: “visto il carattere costitutivo e non meramente ricognitivo dell’*interpretatio*, qual era disciplinata nella compilazione giustiniana, praticata e teorizzata perciò nell’età classica del diritto comune [...], e presente del resto, come è ovvio, nelle *leges statuta*e (§ 92 [Lib. I, tit. 61], da taluno equivocato, non ostante la testuale, perentoria antitesi fra *interpretari* ed *intelligere*), può cogliersi appieno l’insegnamento di Arturo Carlo Jemolo, appena ricordato [...], con l’avvertenza che non ‘di canoni ermeneutici’ si tratta, non ‘di criteri

Sulle “fonti positive” dopo la riforma costituzionale del 2002, si veda G. GUIDI, *Le fonti scritte nella Repubblica di San Marino*, Torino, 2004.

⁶ Sentenza Giudice delle Appellazioni civili V. Scialoja 12 agosto 1924, in *Giurisprudenza sammarinese*, 1924, p. 18.

⁷ Sentenza Giudice delle Appellazioni Civili C.A. Jemolo 15 luglio 1953, in *Giurisprudenza sammarinese*, 1963, 1, p. 34 ss.

metodici e sistematici' - tali apparivano ancora all'Astuti -, ma di concludenti fatti normativi”⁸.

La definizione del diritto comune sammarinese è stata così commentata: “non ad un’ineffabile sostanza del diritto guarda Scialoja, ma alla formazione di esso, e muove dal constatare ciò che il diritto comune non fu [...]. Ora impiegando il lessico dei positivisti e semplificando non poco, Scialoja prima distingue le esperienze, diverse dalla giustiniana, che ebbero corso per i secoli in cui *si venne formando e svolgendo* il diritto comune; e le riduce poi a sintesi nelle *decisioni dei più rinomati tribunali* e negli *scritti dei più autorevoli giureconsulti*. Tre giuristi veri gli fanno da guida [Casaregi, Richeri e Voet], vissuti in tempi nei quali la piccola repubblica di Romagna poteva apparire – ed era – estranea ai mutamenti profondi delle società europee e delle istituzioni. Ai sammarinesi Scialoja additava quelle opere, come punti fermi di orientamento in campi sui quali gli statuti non avevano segnato alcuna traccia che derogasse al diritto comune – mentre questo dal suo canto non apprestava una tutela soddisfacente nell’ipotesi da definire -. E’ impossibile sopravvalutare la decisione dell’agosto 1924: se le brevi righe dello statuto dalle quali Scialoja prendeva le mosse (§ 144, indirizzato a lui quale giudice di secondo grado; e §§ 18, 38, rivolti ai reggenti ed ai giudici di primo grado) delineavano il sistema, davano pure il criterio di

⁸ S. CAPRIOLI, *Parere in merito alle questioni di legittimità costituzionale*, reso il 29 settembre 1994 al Consiglio Grande e Generale, inedito, p. 17. Cfr., in argomento, ID., *Lineamenti dell’interpretazione*, San Marino, 2008, ove, ed in primo luogo, si avverte che non esiste identità concettuale tra *interpretatio* ed *interpretazione*, e si ammonisce di evitare di sovrapporre l’ermeneutica della legge quale fatto cognitivo (l’interpretazione, appunto) all’*interpretatio* cui fanno riferimento le fonti romane e medievali - fonti di diritto vigente nell’ordinamento sammarinese - che, invece, è fatto normativo: “se per *interpretazione* si intende oggi dai più il riconoscimento degli enunciati normativi nel loro significato – e non altro potrebbe intendersi -, nei tempi in cui la cultura giuridica ebbe forma di tradizione romanistica *interpretatio* fu in senso pieno determinazione dei precetti, dati altri precetti. Mentre nei vecchi regimi l’attività detta *interpretatio* venne praticata e teorizzata come un fenomeno compreso tra i fatti normativi – e come una facoltà, non un dovere, spettante agli organi cui competevano i precetti – ben oltre l’ovvio riconoscimento degli enunciati, cui si dava il diverso nome di *expositio*; l’accezione cognitiva di *interpretazione* – e specificamente l’accezione ermeneutica – sarà esclusiva negli Stati di diritto, regolati dall’appartenenza delle elementari funzioni pubbliche ad organi contrapposti, coerente al programma, tutto moderno, di costituzione formale e codificazione” (p. 31). Se *interpretatio* è fatto normativo di un unico soggetto (*princeps, populus, iudex* o chi *profitetur legitimam scientiam*), tale attività “presuppone una norma vigente e prende questa ad oggetto, modificando non già il disposto, ma l’ipotesi dedotta in precetto – ed ora in specie ampliandone l’ambito, ora limitandolo”, ma anche “l’assenza di una norma che direttamente disciplini il fenomeno e l’evidenza in questo di un interesse che meriti sanzione” (p. 44), tenuto conto che “soggetti dell’*interpretari* sono i titolari di poteri pubblici variamente connessi alle norme”. L’*interpretazione*, invece, presuppone la statualità del diritto, cui consegue che solo l’organo titolare della sovranità popolare può deliberare precetti, demandando l’applicazione agli organi giurisdizionali e l’esecuzione agli organi amministrativi, e si risolve nella valutazione delle condotte all’astratta e generale previsione contenuta nel precetto: “data la pluralità delle norme e la regola che le compone a sistema [...] l’osservanza di nessun precetto vigente esenta dall’osservanza di ogni altro. Così l’interpretazione di ogni precetto ha sempre carattere sistematico, destinata a mutare con il mutare dell’insieme, fermo restando il testo varia l’applicazione. Perciò non è possibile un’interpretazione che inerisca alla norma dalla sua entrata in vigore fino alla sua abrogazione” (p. 258 s.).

collegamento, che congiungeva l'esperienza sammarinese a quella europea: per questa via la decisione di Scialoja riconduceva la piccola repubblica verso la 'comunicazione del mondo civile', da cui era esclusa con la serrata seicentesca del Consiglio grande e generale"⁹.

Il connotato caratterizzante di questo sistema delle fonti è costituito dalla regola che disciplina la successione delle norme, la quale comporta il concorso delle stesse: si avverte, infatti, che il sistema di diritto comune "è connotato dalla pluralità degli ordinamenti e dalla conseguente distinzione delle competenze normative, sicché le norme si giustappongono in esso sull'identica materia, derogando nell'ambito di competenza la norma sopravveniente alla norma vigente. Questa risulta inapplicabile, non già abrogata. Ogni vicenda che tolga applicabilità alla norma sopravvenuta lascia rivivere l'applicabilità della norma derogata"¹⁰. Quando non vi sia abrogazione espressa, le norme si susseguono nella stessa materia per deroga.

E' stato anche affermato che "il sistema delle fonti di diritto della Repubblica di San Marino procede partendo dalla norma di ambito più ristretto per arrivare a quell'universale sistema normativo che, per prescrizione statutaria cogente deve ricercarsi nel diritto comune. In generale, per individuare le norme che regolano il caso portato alla conoscenza del magistrato sammarinese, deve essere applicato il principio che procede esaminando tutte le fonti, in una successione che è stata collocata anche in ordine gerarchico. Per successive verifiche si dovrà infatti pervenire all'accertamento dell'esistenza e della conseguente applicabilità delle norme vigenti, fino alla applicazione del diritto comune. Si dovrà procedere all'accertamento dell'esistenza e della conseguente applicabilità, in primo luogo, di norme negoziali; poi verificare se esistono nella legislazione della Repubblica norme contenenti disposizioni che possano riguardare la materia della quale di controverte [...]; infine, [...] si dovrà far ricorso al diritto comune. [...]. Esistono pronunce delle supreme magistrature sammarinesi che hanno confermato il suddetto principio, rendendolo ormai consolidato ed acquisito [...]. In un siffatto sistema di fonti la pubblicazione di nuove e specifiche leggi e tutte le

⁹ S. CAPRIOLI, *Il diritto comune nelle esperienze di San Marino*, in *Le fonti del diritto privato sammarinese*, ed. a cura della Banca Agricola Commerciale, San Marino, 2000, p. 55 e 58 s.

¹⁰ S. CAPRIOLI, *Autonomia ed eteronomia nel diritto delle imprese*, in *La legislazione societaria sammarinese*, Rimini, 1990, p. 23 s. Si veda anche S. CAPRIOLI, negli Atti del Convegno su *La tutela del minore nel nuovo diritto di famiglia. Osservazioni di diritto comparato*, San Marino, 1989, pp. 141-143: "la norma derogante produce quiescenza della norma derogata, sicché la rimozione della prima non è vera e propria reviviscenza della seconda. L'unità del sistema chiamato diritto comune nel susseguirsi delle norme è il concretere della disciplina, il complicarsi delle norme, che s'intrecciano in un reticolo finissimo. Ne risulta una stratificazione ininterrotta, priva di discontinuità, che rende spesso malcerto ai privati il campo su cui svolgere la propria attività discrezionale".

successive modifiche che possono intervenire, non limitano la portata generale delle richiamate pronunce, e lasciano inalterato il ricorso al diritto comune come fonte integrativa ultima. [...] le nuove manifestazioni di volontà normative della Repubblica vanno così ad inquadrarsi perfettamente nella categoria delle cosiddette *reformationes contingentes* previste dalla antica norma statutaria, e sono collocate allo stesso livello di vigenza delle disposizioni statutarie”¹¹.

E pertanto, anche oggi, nonostante la “costituzionalizzazione” del sistema delle fonti, nel quale il diritto comune viene collocato “in un sistema di produzione normativa dall'impronta sempre più gerarchica ed unitaria”¹², e nonostante l'aumento della produzione legislativa (spesso non giustificato, se non dalla scarsa conoscenza del diritto vigente, ovvero dall'inconsapevole atteggiamento del legislatore, che oltre a tradire una vocazione positivista fondata sull'idea del codice, assume quasi sempre a modello le soluzioni italiane, e finisce per “trapiantare” soluzioni inadeguate che mal si armonizzano con il sistema¹³) che ha investito soprattutto negli ultimi anni anche il diritto privato¹⁴, il ricorso al diritto comune rimane necessario per integrare le lacune delle disposizioni legislative, essendosi ben rilevato che “il vigore di una legge speciale non solo non esclude l'integrazione-supplenza a cui sono chiamate le norme del diritto comune, ma non ne esclude nemmeno, in via d'ipotesi, la concorrenza, che ben può

¹¹ P.G. PERUZZI, *Proposta per un trattamento automatico delle opere a stampa di diritto comune*, in *Studi Sammarinesi*, 1988, p. 10 s. dell'estratto.

¹² Così F. TREGGIARI, *Trust e diritto comune a San Marino*, in A.A.V.V., *Il trust nella nuova legislazione di San Marino*, San Marino, 2005, p. 43

¹³ Con riferimento alla riforma del diritto della società di cui alla legge 28 giugno 1990 n. 68, ad esempio, S. CAPRIOLI, *La nuova legge sulle società della Repubblica di S. Marino*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, p. 143 ss., ha evidenziato che pone in essere una formale recezione di norme italiane: “la nuova disciplina rivela sin dal primo sguardo la sua struttura mista, intercalando ingenti materiali di riporto, che provengono dalla citata l. 45/1942 e da qualche *lex loci vicinioris* (dal grande testo promulgato in Italia con il r.d. 16 marzo 1942 n. 262; dal d.p.r. 31 marzo 1975 n. 136) [...]. Da ciò la tensione fra due poli opposti, che muove la legge nella sua struttura, improntata pure com'è a quella tecnica del *mosaico*, nella quale si riconosce il connotato saliente delle normazioni proprie del sistema del diritto comune; e marcata insieme da quella tendenziale esclusività, che è l'essenza dei regimi codificati. Ad una statistica significativa gioverà l'ovvia disaggregazione dei dati; ma quale spunto di meditazione emerge da un primo rilievo: sui cento articoli, di cui si compone la l. 68/1990, trentaquattro ripetono letteralmente o variamente parafrasano le norme della l. 45/1942; cinquantuno ripetono letteralmente o parafrasano o variamente combinano articoli del codice civile della Repubblica italiana; cinque prendono da quest'ultimo ordinamento a modello diretto il d.p.r. 136/1975. Tutto ciò merita attenzione suscettibile come potrebbe rivelarsi di non lievi implicazioni esegetiche”.

¹⁴ Il diritto penale ed il diritto processuale penale sono invece stati inclusi nei codici penali del 1865 e, ora del 1974 (vigente), e nel codice di procedura penale del 1878. Sul codice penale sammarinese del 1865 si veda S. VINCIGUERRA, *Un codice italiano per uno Stato estero: il codice penale sammarinese del 1865*, in AA.VV., *Codice penale della Repubblica di San Marino (1865)*, Padova, 2004, pp. 11-34, e D. BRUNELLI, *Dal 'Progetto Zuppetta' al codice della Repubblica di San Marino: un avvicinarsi di culture e di ideologie del diritto penale tra aspre polemiche ed autorevoli encomi*, *ivi*, pp. 35-86.

verificarsi in relazione a quegli ambiti negoziali suscettibili di essere regolati da istituti fra loro alternativi”¹⁵.

Così delineato con estrema approssimazione il sistema delle fonti, appare di immediata evidenza come l’ordinamento sammarinese abbia conservato tratti di marcata originalità, e mantenuto quelle categorie comuni alla cultura giuridica europea “prima della ventata codificatoria e della ubriacatura concettualizzante”¹⁶, di cui – a ragione – si auspica il recupero, al fine di fornire soluzioni appaganti alle esigenze della vita attuale.

L’ambito delle “fiducie” (con i relativi negozi *inter vivos* e *mortis causa*) e dei rapporti fiduciari in generale, è particolarmente paradigmatico, attese le vicende storiche che hanno portato le codificazioni ad emarginarli, quasi a relegarli nel metagiuridico¹⁷: “si dirà che i tempi sono cambiati, ma questo non è vero: le fiducie che abbiamo rapidamente passato in rassegna [...] sono le stesse fiducie dei secoli scorsi, i dati giuridici sono i medesimi, medesime le questioni che si pongono e perfino medesime soluzioni in quanto non contrastanti con le nuove leggi [...]. Si tratta, allora, di abbeverarsi al diritto comune – un suggerimento che potrebbe essere offerto anche ai tanti ‘codificatori europei’ – quale diritto vigente, nei limiti appena indicati”¹⁸. L’auspicato “ritorno” alla tradizione medievale e moderna delle fiducie “è evidente perché quella tradizione si presenta come uno spesso sostrato comune di regole e di

¹⁵ F. TREGGIARI, *Trust e diritto comune a San Marino*, cit., p. 44. Osserva U. SANTARELLI, *Cinque lezioni sul diritto comune delle società*, Atti della Scuola Sammarinese di diritto comune vigente, in *Miscellanea I.G.S.*, fasc. 2, agosto 1991, p. 36, con riferimento alla “micro-codificazione” del diritto sulle società, che l’ordinamento delle società è costituito dalla legge n. 68 del 1990, “ma in un modo del tutto diverso da come le società commerciali sono regolate in Italia dal titolo VI del V libro (artt. 2247 ss.) del codice civile: perché questi articoli del codice civile sono per l’appunto un codice. La legge n. 68 del 1990 della Repubblica di San Marino, invece, nel sistema delle fonti normative dell’ordinamento giuridico sammarinese ha grado e dignità di *reformatio statutorum*, e questo pone la prospettiva in termini profondamente diversi, indipendentemente dai contenuti specifici delle singole norme. E diversa è anche la ragione che spinge l’interprete della norma codificata italiana a guardare alla storia per capire il meccanismo secondo il quale è stata costruita la norma. L’interprete dell’ordinamento giuridico vigente nella Repubblica di San Marino invece guarda con un’ottica diversa alla *reformatio statutorum* in materia di società, perché quella *reformatio* - a parte i suoi limitati effetti derogativi nei confronti delle *reformationes* precedenti - senza nulla abrogare del sistema previgente, diventa parte di un unico contesto normativo del quale fa ancora parte, come diritto vigente, il diritto comune”.

¹⁶ Così M. LUPOI, *I trust nel diritto civile*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2004, p. 294.

¹⁷ M. LUPOI, *I trust nel diritto civile*, cit., p. 198 ritiene che “esistano spazi nel nostro ordinamento per fare a meno dei trust: specialmente grazie al diritto comune, alla conoscenza della giurisprudenza patria e alla messa a frutto della comparazione con il diritto francese compaiono spazi dei quali sarebbe sciocco non avvalersi”. G. DIURNI, *Fiducia e negozio fiduciario*, in *Digesto. Dir. Priv. – sez. civ.*, VIII, Torino, 1992, pp. 288 ss. precisa: “non è lontano dal vero chi costruisce l’intera disciplina sull’affidamento e sull’aspettativa di un leale comportamento del fiduciario, o chi rifugge da eccessive schematizzazioni, affidandosi piuttosto alla ricchezza dell’esperienza normativa che adatta principi e formula discipline per affermare e tutelare valori”.

¹⁸ M. LUPOI, *I trust nel diritto civile*, cit., p. 198.

esperienze plurisecolari più vicine di quanto non si pensi alle sensibilità che al di là della Manica hanno parallelamente promosso *uses* e *trusts*. ‘Volontà fiduciaria’ e ‘titolarità nell’interesse altrui’ sono categorie ben conosciute e favorevolmente regolate dal diritto comune storico, criteri conducenti nell’interpretazione delle relazioni negoziali indirette e delle disposizioni di ultima volontà per via di intermediario”¹⁹.

Ebbene a San Marino quella tradizione è sicuramente diritto vigente, senza dover proporre soluzioni “originali” per salvaguardare l’attualità di tale patrimonio sapienziale²⁰.

3. I trust e, più in generale, le “fiducie” impongono una capacità di comprensione delle finalità e degli scopi alla base della creazione del rapporto, e una dimestichezza con il modello giuridico che spesso difettano negli operatori, e che incidono negativamente – a fronte di abusi, inadempimenti o comportamenti contrari alla correttezza dei fiduciari, o comunque di richieste di indirizzi e principi per meglio perseguire gli scopi dell’affidamento – sulla piena attuazione del programma divisato dal fiduciante e che ledono i diritti dei beneficiari.

E’ questa la ragione per cui il prof. Lupoi ha proposto la costituzione in San Marino di una Corte per il trust ed i rapporti fiduciari, organo giudiziario specializzato e qualificato dalla competenza professionale dei giuristi chiamati ad esercitare la funzione di giudice, in grado, pertanto, di offrire risposte adeguate alle problematiche specifiche che l’esercizio della giurisdizione impone in questo contesto²¹.

¹⁹ F. TREGGIARI, *Trust e diritto comune a San Marino*, cit., p. 46 s.

²⁰ M. LUPOI, *I trust nel diritto civile*, cit., p. 197 ss., rispondendo alla domanda “quanto ‘diritto comune’ è ancora tra noi?”, precisa: “tutto ciò che non contrasta con il diritto vigente. Infatti, il diritto comune non è mai stato abrogato né dal codice civile del Francesi né dai nostri codici se non nelle ‘materie’ per le quali i nuovi testi disponevano; né si vede perché mai avrebbe dovuto esserlo: mandare al macero un complesso di saggezza e di esperienza plurisecolare non può essere vantaggioso, neanche quando si voglia dare un segnale inequivoco e perfino sforzato di rottura con l’età precedente”. Replica a tale costruzione F. TREGGIARI, *Trust e diritto comune a San Marino*, cit., p. 47 s., nota 28: “anche riducendo il ragionamento al lessico dei codificatori ed espungendone ogni pur ineludibile coniugazione ideologica, bisognerà comunque innanzitutto intendersi sul significato delle parole della legge: se conveniamo che ‘materie’ non siano né i comparti generali del diritto privato codificato, né tanto meno le singole figure che vi sono delineate, ma lo siano invece tutti gli oggetti riconducibili alle intitolazioni dei libri del codice [...] lo spazio per un diritto comune *direttamente positivo* delle fiducie – perciò un diritto comune *bypass* del trust – si comprime drasticamente”.

²¹ Si è proseguita la tradizione della monocraticità dell’organo giudicante – che caratterizza la giurisdizione sammarinese – seppure con deroghe rimesse al Presidente della Corte -, e si è recuperato appieno il modello della magistratura professionale, con il conferimento dell’incarico temporalmente limitato a giuristi di chiara fama, che, per la Magistratura ordinaria è stato invece sostituito da un sistema misto, che mutua dal modello “burocratico” l’incarico a tempo indeterminato, la selezione mediante concorso, e la possibilità di carriera, ancorché non automatica.

Si ricorda, con riferimento al Commissario della Legge, che il *nomen* porta con sé il riferimento al *committere* l’esercizio della *iurisdictio* spettante ai Capitani Reggenti ad un forense, di adeguate capacità

Si tratta di una proposta alla quale si è ritenuto di aderire con entusiasmo e senza riserve, consapevole della specializzazione che le cause ed i procedimenti in tali materie richiedono. Si pensi, ad esempio, alla previsione di cui al primo comma dell'art. 53 della legge n. 42 del 2010, che attribuisce alla Autorità Giudiziaria la titolarità “di un generale potere di controllo e supervisione di qualsiasi trust regolato dalla legge, che esercita emettendo *i provvedimenti del caso*”; ovvero alla azione cautelare di cui all'art. 54 che attribuisce all'Autorità Giudiziaria il potere di emettere provvedimenti cautelari “*del caso*”, quando “il beneficiario titolare di diritti determinati o il guardiano abbiano motivo di ritenere che il trustee sia per omettere un atto dovuto o per compiere un atto che viola la legge”; ovvero all'esercizio dei poteri giurisdizionali di cui all'art. 16 della legge 1 marzo 2010 n. 43 sull'affidamento fiduciario²².

Il Commissario della Legge non ha una competenza ed una sensibilità adeguata per esercitare poteri connotati in senso lato da ampia discrezionalità, che presuppongono capacità immediata di comprensione delle dinamiche in gioco, e di calibrare il contenuto del provvedimento (che è necessariamente atipico) per assicurare il corretto contemperamento degli interessi e le soluzioni di giustizia sostanziale richiesti dal caso. Si tratta di una giurisdizione che presuppone sia dato rilievo ad obbligazioni anche di

professionali, nominato per un triennio dal Consiglio Grande e Generale, secondo la procedura di cui alla Rub. XXXI, Lib. I degli Statuti (e tale rubrica fa riferimento alla prelazione per i giuristi “raccomandati” dai signori di Urbino e del Montefeltro: “un dottore di leggi forestiero dello Stato e dominio del Serenissimo Signor Duca d'Urbino nostro protettore, o d'altro luogo, che sia pratico, esperto, dotto ed idoneo al governo della nostra terra di San Marino, e che abbia tenuto almeno due altri uffici in qualche città, terra o castello. [...] O se piuttosto piacerà al Consiglio, potranno i signori Capitani *pro tempore* per loro lettera o messi, ed oratori significare al sullodato Serenissimo Signor Duca d'Urbino Protettore della Repubblica e libertà nostra una tale risoluzione e il nostro bisogno di un ufficiale estero, e pregare Sua Altezza che per sua benignità voglia proporci per il tempo stabilito dal detto Consiglio uno dei Dottori dello Stato, e dominio suo, o di altro luogo, il quale sia pratico, esperto ed idoneo per l'amministrazione della giustizia del nostro Stato, e che sia stato ufficiale almeno in due altri luoghi”). Il Commissario della Legge era dunque investito della *iurisdictio mandata* o *delegata* “in solido”, dicono gli Statuti, con i Capitani Reggenti “e con ciascuno di loro”. Con il tempo la giurisdizione del Commissario della Legge si è svincolata da quella dei Capitani Reggenti, sebbene solo con la Dichiarazione dei diritti (legge 8 luglio 1974 n. 59) sia stata sancita la definitiva separazione. Riporta T.C. GIANNINI, *Sommario di procedura giudiziaria civile sammarinese*, 2° ed. riveduta dal dott. Viroli, San Marino, 1967, p. 18, che ancora nel 1901 “la Reggenza conserva potenzialmente tutte le facoltà demandate e questi due giudici [Giudice Conciliatore e Commissario della Legge] e, nei casi di assenza o di vacanza di essi loro, le esercita o direttamente o delegandole ad un suo Uditore, eletto per ciò”.

²² Art. 16: “L'autorità Giudiziaria, provvedendo con decreto motivato su ricorso di qualsiasi interessato, assunte, se del caso, sommarie informazioni, può: a) in mancanza dell'affidante e di soggetti da lui designati o in caso di loro inerzia, adottare provvedimenti corrispondenti all'esercizio di poteri di cui al comma 1 lettera c dell'articolo 5 [“il contratto determina in quali circostanze [...] c) l'affidante o i soggetti da lui designati sono autorizzati a trasferire a una diversa persona i rapporti derivanti dal contratto, con liberatoria dell'affidatario, e a compiere atti reali e atti con effetti reali sul patrimonio affidato in deroga alle disposizioni di diritto comune”]; b) impartire direttive all'affidatario; c) integrare il contratto per mezzo di nuove disposizioni o modificare o eliminare disposizioni del contratto se ciò appare utile per la migliore attuazione del programma destinatorio”. La legge sammarinese sull'affidamento fiduciario consente di rispondere a quelle esigenze magistralmente illustrate da M. LUPOLI, *Il contratto di affidamento fiduciario*, Milano, 2014.

coscienza dell'affidatario di una posizione soggettiva, per prevenire alla attuazione del programma o rimediare adeguatamente alla c.d. "fiducia tradita", con il Giudice che deve divenire non solo tutore della conformità alla legge di una determinata soluzione, bensì colui che realizza l'intento delle parti con una soluzione giusta. Richiede, in altre parole, quel salto che l'*Equity* ha compiuto in Inghilterra, e che consiste, come è stato mirabilmente evidenziato, nel fatto che "obbligazioni che in diversi ordinamenti appartengono al foro interno sono per l'*Equity* obbligazioni giuridiche perché sono obbligazioni del foro interno. Il dato culturale sottostante questa impostazione è di straordinaria importanza, non soltanto perché colma quella scissione fra foro esterno e foro interno che tanto ha caratterizzato la storia degli ordinamenti continentali dal Seicento in poi, ma perché consente all'*Equity* di adattarsi all'evolversi dei tempi come nessun sistema codificato potrebbe"²³.

Inoltre, difetta al Commissario della Legge quella specializzazione che la disciplina di diritto comune delle fiducie e delle situazioni affidanti richiedono. È stato ben sottolineato che "il diritto comune praticato dai giudici e dagli avvocati sammarinesi corrisponde ad una ridotta selezione del materiale storico convenzionalmente richiamato con la formula 'tradizione romanistica'. [...] Ma il dato problematico più rilevante di questo rapporto con il diritto della tradizione, più che nella sua completezza dei richiami alle fonti del diritto comune, è costituito dalla mancanza di un pensiero scientifico contemporaneo su quelle fonti, che sottrae le condizioni stesse del processo elaborativo di quel diritto come risultato della riflessione dell'interprete sulle fonti, facendo così mancare all'esperienza del diritto comune (e del diritto proprio sammarinese) vigente un suo elemento di struttura"²⁴.

²³ M. LUPOI, *I trust nel diritto civile*, cit., p. 360, ove precisa: "l'*Equity* è la vetta che ciascun sistema giuridico dovrebbe sognare di possedere. Essa ha le sue difficoltà, i suoi fallimenti, le sue incertezze – come potrebbe essere diversamente? – ma anche una straordinaria capacità di rinnovarsi e di proporre, oggi come nei secoli fa, le risposte che la società si attende, nella fedeltà a valori immutabili. Perché, alla fine, questo è il tema: non tanto l'idoneità di un sistema di adattarsi alle nuove circostanze economiche o sociali, quanto quello di mostrare questa idoneità senza accordarsi alle mode e senza accogliere flussi giuridici che non siano rispondenti ai dati fondamentali del sistema. Ho detto: 'dovrebbe sognare di possedere', perché per molti l'*Equity* è il diavolo: ti costringe a chiederti se una certa soluzione è *giusta*; una domanda tanto più ardua di quella, assai più semplice, che chiede se quella certa soluzione è *legale*". Cfr. anche M. LUPOI, *Riflessioni sulla "fiducia dopo la morte"*, in *Trust e attività fiduciarie*, 2007, p. 337: "il diritto inglese ha nutrito le valenze fiduciarie del nostro diritto comune e ha eretto le obbligazioni nascenti dalla fede data, obbligazioni di coscienza in prima analisi, in obbligazioni giuridiche. Noi abbiamo confuso le obbligazioni naturali con le obbligazioni morali, queste ultime con le obbligazioni di coscienza e queste ultime con le obbligazioni prescritte dalla religione; cosicché, cessato l'*utrumque ius*, è stato eretto un vallo e il diritto civile, volendosi proteggere, è impoverito". Dimostra come il diritto comune abbia fornito i principi e le regole su cui il diritto inglese ha costruito il moderno diritto dei trust M. LUPOI, *Trust and Confidence*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2009, pp. 353-363 e pp. 469-479.

²⁴ F. TREGGIARI, *Trust e diritto comune a San Marino*, cit., p. 56 e s. Le stesse osservazioni sono svolte anche da A. LANDI, *Note a margine di un recente convegno sul diritto comune vigente*, (<http://www.idr.unipi.it/iura-communia/landi.html>), 1995, ove, con riferimento al diritto sammarinese

Si tratta, dunque, di prendere coscienza della necessità dell'apporto di giuristi altamente qualificati sotto il profilo scientifico e professionale, che solo possono apprestare soluzioni appaganti per le parti, attuando in concreto la volontà trasfusa nei programmi negoziali: la Corte, con il lavoro di questi giudici e grazie al prestigio di cui godono, costituirà anche una sorta di "laboratorio" per la creazione di modelli processuali, nonché per il recupero di istituti di diritto civile, espressione della tradizione del diritto comune, ma anche di rilevante portata innovativa, grazie anche al 'dialogo' con tradizioni diverse²⁵.

La Corte esercita la giurisdizione "ordinaria", ma gode di autonomia rispetto al Tribunale; avanti ad essa si applica una procedura differente, che presuppone il modello del processo civile sammarinese, ma con importantissime novità mutate da tradizioni giuridiche diverse. Non è il caso di soffermarsi in dettaglio sul procedimento, ma è comunque necessario rimarcare come l'applicazione concreta di tale rito costituisca un esperimento da seguire con grande attenzione, anche in vista di auspicabili riforme della vigente procedura civile, volte alla riduzione della durata delle cause.

Il modello dell'attuale processo civile ordinario è quello enunciato nella Rub. VI, Lib. II, delle *Leges Statutae* (significativamente intitolata: "dell'abbreviare le liti e del modo di procedere nelle cause civili")²⁶: le disposizioni statutarie intervengono sulla frammentazione e la dilatazione abnorme della durata del processo che derivava,

vigente, conclude: "nell'individuazione di questo diritto vigente (ma si potrebbe forse dire vivente [...]) consiste proprio l'alta funzione del giurista. Si può in definitiva continuare a parlare di diritto comune, purché sia chiaro - una volta di più - che non si è in presenza d'una riedizione del diritto romano ammodernato, né d'un diritto comune preservato intatto dall'*Ancien Régime* fino ai nostri giorni, quanto piuttosto d'un'esperienza giuridica che, mercè la continua interpretazione giurisprudenziale, con la propria sensibilità e con quella coscienza comune di cui parlava Jemolo, utilizza ancora con profitto il venerando prodotto normativo di un ordinamento carico di secoli".

²⁵ Sul 'dialogo' tra i sistemi giuridici occidentali, cfr. M. LUPOI, *Common Law e Civil Law. Alle radici del diritto europeo*, in *Foro it.*, 1993, V, c. 431 ss.; Id., *Sistemi giuridici comparati. Traccia di un corso*, cit., cap. I. Si veda anche G. GORLA, *Interessi e problemi della comparazione con la 'Common Law'*, in *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, 1981, p. 67.

²⁶ Mi sia consentito rinviare, per la disciplina del processo di primo grado al mio *Ricognizione delle regole di procedura civile sammarinese*, Parte I, *I principi ed il processo di cognizione ordinario di primo grado*, San Marino, 2006. T.C. GIANNINI, *Sommario di procedura giudiziaria civile sammarinese*, 1° ed., San Marino, 1901, così sintetizzava "le fonti del diritto giudiziario sammarinese" diverse da quelle legislative: altra fonte importantissima è la consuetudine, la quale si raccoglie in ristretta misura dall'esame dei processi civili di cui l'Archivio Governativo racchiude antica collezione, dalla stessa giurisprudenza locale, e dai Regolamenti ed Ordinanze che alcuni Commissari e Giudici d'Appello in varie contingenze e nei limiti delle loro facoltà hanno emesso. Fonti sussidiarie sono, per espressa ingiunzione dello Statuto, le norme del diritto comune, poi le opere dei trattatisti della pratica forense e gli altri Statuti italiani, coi quali possono farsi confronti profittevoli, specialmente quelli di Urbino e di Gubbio. Questo secondo non tanto per le somiglianze che corrono tra esso e quello di San Marino, che altri ben più simiglianti ne esistono, quanto perché sovente si è per la ermeneutica o per i casi dubbi fatto ricorso a questo Statuto Eugubino ed al conciso, ma autorevole, commento che ne compilò un dotto magistrato, Antonio Conciolo" (p. 11).

soprattutto, dalla necessità di definire le eccezioni con sentenza interlocutoria, rendendo *non reservatae* tutte le eccezioni, salvo quelle tassativamente elencate, accorciando i periodi probatori, ed eliminando formalità ormai ridondanti in formalismi (tra cui la contestazione della lite). La Rub. VI, Lib. II delle *Leges Statutae*, premette che “affinché i sudditi della nostra Repubblica sieno liberati dai travagli ed incomodi che sogliono apportare i lunghi litigi, è nell’intento nostro di troncane i sotterfugi delle parti e le inutili dilazioni”, e di conseguenza stabilisce, con un linguaggio tipico dell’epoca in cui sono redatte, che “tutte le cause sieno sommarie, ed in esse si proceda solo vista la verità, e non osservata la forma delle solennità giudiziarie”, e che “tutte le eccezioni, qualunque siano, e tutto quello che potesse procedere dall’ufficio del giudice, s’intendano riservate senz’altra interlocutoria nella fine della lite da decidersi insieme col punto principale, fuorché le eccezioni d’incompetenza, di suspicione del giudice, di transazione, di lite finita o pendente innanzi ad altro giudice, e di mandato. Meno queste eccezioni, tutte le altre eccezioni simili siano riservate e si abbiano per riservate”.

Il principio dispositivo puro si applica sia in ordine alla definizione dell’oggetto del processo, sia in ordine alle prove, e può essere riassunto nella massima: “*secundum acta et probata iudex iudicare debet*”²⁷; il giudice non ha poteri d’impulso d’ufficio, ma gli sono solo affidati compiti di regolazione dell’*iter* processuale; sono le parti che devono fornire al giudice gli elementi di prova dei fatti posti a sostegno delle rispettive domande, escluso ogni potere del giudice civile di ricercare le prove o integrare autonomamente l’impianto probatorio proposto dalle parti: tale regola introduce un limite per il giudice nel servirsi degli strumenti tecnici di convincimento costituiti dalle prove²⁸; il processo è scritto e non vi è alcuno spazio per l’oralità²⁹; non vi sono preclusioni, salvo per le eccezioni declinatorie e dilatorie (ancorché non *reservatae*),

²⁷ A. VINNIO, *In quatuor libros Institutionum Imperialium commentarius*, to. II, lib. IV, tit. XVII, ed. Venezia 1754, p. 985. Cfr. anche G.B. DE LUCA, *Dottor Volgare*, Lib. XV, cap. XXI, n. 30, il quale, con grande efficacia sintetizza: “i Giudici devono giudicare secondo gli atti, e non possono giudicare secondo la propria coscienza e per le loro notizie estragiudiziali: e però dicono i Pratici, che quello non sia negli atti, si dice non essere nel Mondo”.

²⁸ L’unica eccezione è costituita dalla perizia giudiziale. La dottrina ha evidenziato, infatti, che “la perizia è un mezzo di prova ammesso in base alla consuetudine, così d’ufficio come su domanda delle parti”: T.C. GIANNINI, *Sommario di procedura giudiziaria civile sammarinese*, 2° ed., cit., p. 83.

²⁹ F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, Vol. I, Milano, 1980, p. 272 sintetizza così le caratteristiche del processo del diritto comune, e che si ritrovano nel processo sammarinese: “il tipo di processo elaborato dalla dottrina del *jus commune*, invece, era un processo, non solamente scritto, ma anche fondato sugli atti, nello specifico senso che i fatti non risultanti dalle carte processuali erano – per ciò stesso – esclusi dall’ambito di accertamento del giudice (*quod non est in actis non est in mundo*; principio, questo, che in origine venne inteso in un senso tecnico più ristretto). Un processo siffatto portò – in perfetta coerenza coi propri principi fondanti – alla non-immediatezza delle deduzioni delle parti e dell’assunzione delle prove e alla non pubblicità del procedimento”.

che devono essere sollevate *in limine litis*; le nullità processuali si restringono al difetto del contraddittorio³⁰.

Tale modello ha mostrato nel tempo alcune criticità: intanto, il processo segue il suo corso sino alla fine anche quando vengono sollevate, ad esempio, eccezioni di nullità della citazione ovvero relative alla legittimazione o all'interesse ad agire; la contestazione della lite, ridotta a formalità³¹, non impedisce lo svolgimento del processo quando non sussiste alcuna causa d'azione, né consente di fissare i punti di fatto realmente controversi e sui quali devono, pertanto, intervenire le prove; il convenuto non è tenuto a formulare le eccezioni *in limine litis* (salvo quelle dilatorie), e può tacere sino alle memorie conclusionali, costringendo l'attore ad "immaginare" le possibili contestazioni, con effetti negativi sulle prove da proporre, che potrebbero essere irrilevanti o inutili, e sui costi processuali; il periodo probatorio si svolge anche se non vi è nulla da provare, come avviene, ad esempio, quando il punto controverso non riguarda il fatto, ma solo una questione di diritto, con sterile dilatazione dei tempi per la definizione.

Il modello processuale adottato per la Corte con il decreto delegato 30 settembre 2013 n. 128 è completamente differente: si caratterizza per l'oralità, la concentrazione e l'assenza di formalismo. La lite viene contestata in apposita udienza di discussione orale, ove, sotto la direzione del giudice, si determinano le questioni di diritto e di fatto

³⁰ "In tanto può parlarsi di nullità sostanziale (anche se non espressamente comminata) in quanto il contraddittorio non sia stato rispettato e quindi se ogni parte non fu posta nella possibilità di far sentire le proprie ragioni o se non fu legalmente rappresentata": T.C. GIANNINI, *Sommario di procedura giudiziaria civile sammarinese*, 2° ed., cit., p. 49.

³¹ Ciò è dimostrato dal fatto che nel tempo si è dovuto ricorrere ad indici presuntivi per verificare il momento in cui la lite dovesse intendersi contestata, soprattutto in relazione agli effetti della medesima (preclusione delle eccezioni dilatorie, divieto della *mutatio libelli*, divieto di alienazione della *res litigiosa*, ecc.). Infatti, secondo la dottrina sammarinese (T.C. GIANNINI, *Sommario di procedura giudiziaria sammarinese*, 2° ed., cit., p. 92), la quale argomenta dal § 229 della Rub. XXI, Lib. II delle *Leges Statutae* ("dichiarando che la lite si abbia contestata in quanto al pagamento dei capisoldi, se diasi semplicemente il termine a provare"), l'apertura dei termini probatori equivale a contestazione della lite, anche se "non è detto che anche prima non possa verificarsi contestazione della lite. Questa si riscontra ogni volta che il convenuto, invece di chiedere un termine per rispondere, oppure, trascorso questo termine se lo ha domandato, oppone eccezioni generiche conosciute nella pratica sotto il nome di *generalia contra*, o specifiche [...] e finalmente in tutti i casi simiglianti, nei quali si determina l'oggetto del dibattito, ed il giudice *causam audire incipit*". Questo principio ha trovato successiva conferma nella giurisprudenza (cfr. decisione Consiglio dei XII, consulente prof. U. Gualazzini, 23 marzo 1967, in *Giurisprudenza sammarinese*, 1964-69, p. 65 ss. Cfr. anche la sentenza Commissario della Legge 30 maggio 1990, in *Giurisprudenza sammarinese*, 1981-90, p. 1616, ove peraltro è stata erroneamente attribuita ad un Giudice diverso dall'estensore), a termini della quale la contestazione della lite non è "né il momento in cui si inizia la causa, né quello in cui il giudice la esamina, ma è un momento particolare del giudizio in cui si accerta formalmente, e senza più alcuna ombra di dubbio, la richiesta di una parte ed il diniego dell'altra di aderirvi", per cui la lite potrebbe essere sufficientemente contestata con la opposizione delle *generalia contra* (sentenza Commissario della Legge G. Ramoino 20 agosto 1927, in *Giurisprudenza sammarinese*, 1927, p. 13).

che costituiscono l'oggetto del processo e, poi, della decisione; il giudice ha poteri penetranti in ordine alla ammissione delle prove, ed alla determinazione del momento in cui la causa è da ritenersi matura per la decisione; le allegazioni finali sono sviluppate oralmente, e, ai fini del rispetto del contraddittorio, ciascuna parte è tenuta a depositare preventivamente una traccia strutturata degli argomenti che intende trattare. Si tratta di aspetti estremamente interessanti nella attuazione della speditezza e dell'economicità, di cui all'art. 15 della Dichiarazione dei diritti e dell'art. 6 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali: lo svolgimento di un intero grado prima di vedere risolte questioni preliminari e pregiudiziali, l'assunzione di prove inutili costituiscono costi aggiuntivi che non solo le parti, ma anche lo Stato, devono sopportare, ed incidono negativamente sull'efficienza e sull'efficacia della tutela giurisdizionale.

Molto interessante è anche la disciplina dell'appello, ammesso solo per questioni di diritto, e caratterizzata da filtri di ammissibilità e tempi brevi, oltre che dal *consilium sapientis*, funzionale a mantenere la specializzazione in questo grado, essendosi adottata la scelta di non articolare la Corte in due sezioni corrispondenti ai diversi gradi: si è recuperato un istituto tradizionale, nel tempo caduto in desuetudine, previsto dalla Rub. LXXIV, Lib. II³² delle *Leges Statutae*³³.

Caratteristica è anche l'esclusione del principio della doppia conforme, per cui non vi è terza istanza che a San Marino è istituito funzionale alla formazione del giudicato³⁴.

³² Tale Rubrica recita: “decretiamo, e stabiliamo, che sia lecito a qualunque litigante, in qualsivoglia parte del giudizio, in cui per diritto canonico, o civile si possa appellare, ed anche sul fatto e nella causa principale tanto prima, quanto dopo data la sentenza se appellerà, di domandare il voto di un Giudice sapiente non sospetto, ed i Signori Capitani siano obbligati sotto pena di cinquanta scudi, ammettere tale domanda di consulto, e secondo quello giudicare”.

³³ Il ricorso al “sapiente”, oltre ad essere proprio delle realtà comunali, in cui potevano difettare giudici professionisti, evoca le Commissioni giurisdicenti delle Facoltà giuridiche (*Spruchfacultaten*) tedesche dopo la recezione del diritto romano comune: responsi che “si rifacevano invece alla tradizione colta dei *Consiliatores* e si fondavano sul prestigio scientifico delle Facoltà medesime. Ecco perché proporre una domanda di fronte a questi colleghi non poteva avere altro significato (né altro scopo) che quello di sapere quale dovesse essere la corretta applicazione d'una norma o d'un principio elaborato dall'interpretatio della scuola ad una fattispecie concreta”; tale ricorso, mediante la rimessione degli atti, che determinava un allontanamento dei giudici dall'immediatezza dei fatti, “se in via di principio mirava alla soluzione della questione di diritto, in realtà essa portava in ultimo alla decisione della controversia; sicché – nella sede processuale decisiva – la sentenza finiva col fondarsi esclusivamente sulla lettura degli atti”: F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, cit., p. 266 e 272.

³⁴ Stabilisce la Rub. VII, Lib. IV delle *Leges Statutae*: “nel desiderio di por fine alle liti, stabiliamo ed ordiniamo, che da una sentenza data dai Giudici delle appellazioni sopra un appello interposto da qualunque sentenza interlocutoria o definitiva, non sia permesso ulteriormente appellarsi, né in alcun modo reclamare, né supplicare, anche a mo' di ricorso, quando la sentenza dei Giudici sia concorde e conforme con la prima sentenza, dalla quale fu appellato. Ma se la sentenza dei Giudici d'appello discordi dalla prima, ed in qualche parte da essa sentenza dei Giudici d'appello discordante dalla prima, come sopra, si dicesse un litigante gravato, possa egli chiedere che questa sentenza dei Giudici sia riveduta

Un'altra significativa innovazione è costituita dalla disciplina delle misure cautelari e provvisorie (art. 7), che devono adattarsi ad una giurisdizione, come sopra riferito, connotata da ampi poteri in senso lato discrezionali riconosciuti al giudice per attuare l'intento ed il programma negoziale divisato: accanto ai provvedimenti cautelari ordinari³⁵ (quali il sequestro e la diffida), viene attribuito al giudice il potere "o di imporre o proibire una condotta in tutti i casi in cui vi sia il fondato motivo di ritenere che, durante il tempo occorrente per far valere il diritto vantato in giudizio, questo subisca un pregiudizio irreparabile", nonché di fissare "con decreto costituente titolo

soltanto nelle parti non conformi, col consiglio di un Sapiente, dentro otto giorni dalla sentenza proferita". Osservava T.C. GIANNINI, *Sommario di procedura giudiziaria civile sammarinese*, 2° ed., cit., p. 177, che "il giudizio di secondo appello si chiude con una sentenza del Consiglio dei XII che *adotta il voto del consulente*; essa è piuttosto un voto che una sentenza, in base al quale si rende esecutiva una delle due sentenze. Anche ciò esclude la possibilità di una sentenza che non acceda all'una od all'altra delle proferite". Ora la terza istanza è disciplinata dal Capo IV della legge qualificata 25 aprile 2003 n. 55. Sempre T.C. GIANNINI, *op. ult. cit.*, p. 190 svolge le seguenti riflessioni: "il sistema della terza istanza ha il merito di essere tutto italiano, a differenza della Cassazione, creata dalla rivoluzione francese per scopi piuttosto legislativi che giudiziari. Gli sforzi per introdurre la terza istanza nella procedura del Regno non ebbero resultamento. Tra le altre censure che si muovevano alla terza istanza sul principio della doppia conforme, vi era questa che ne costituisce il vizio originario, che il giudice non può dire l'animo suo, quando dissenta dal primo e dal secondo, dovendosi limitare a scegliere fra le due sentenze, dovendo dire quale non sia nel giusto. E nemmeno annullarla può, di modo che talvolta è costretto a sancire ciò che gli sembra una ingiustizia".

³⁵ Si deve ricordare che il sequestro sammarinese rappresenta una forma anticipata di esecuzione forzata, ed è finalizzato alla realizzazione dell'interesse del creditore alla conservazione dell'integrità del patrimonio del debitore nei limiti del proprio credito, quando questi abbia timore di perdere la garanzia del pagamento o comunque dell'assolvimento del giudicato: "il sequestro non è un atto conservativo o per lo meno non è sempre tale nella procedura consuetudinaria sammarinese. Il più delle volte è una esecuzione mobiliare anticipata – *quaedam veluti executio* – rappresenta, rispetto ai mobili del debitore, la ipoteca giudiziaria" (T.C. GIANNINI, *Sommario di procedura giudiziaria civile sammarinese*, 2° ed., cit., p. 190). Tale natura anticipatoria dell'esecuzione forzata è ben individuata dalla dottrina, la quale ha precisato: "per la sentenza che condanna al pagamento, il sequestro si converte *ipso iure* in tenuta, o pignoramento, che assicura un privilegio al creditore sequestrante rispetto a tutti gli altri creditori, eccetto che rispetto a quelli che prima della conferma avessero domandato anch'essi un sequestro sui medesimi beni, o su essi beni avessero domandato una esecuzione forzata. Allora, fra tutti costoro, si apre il concorso" (T.C. GIANNINI, *Sommario di procedura giudiziaria civile sammarinese*, cit., p. 121). Relativamente agli immobili le funzioni cautelari sono assolte dalla c.d. *diffida a non vendere*. La diffida è nata dalla prassi ed ha trovato, tuttavia, positivo riconoscimento nella legge 17 giugno 1994 n. 55. Sia il sequestro che la diffida a non vendere creano vincoli di indisponibilità del bene, rendendo inefficaci eventuali atti di disposizione nei confronti di colui che ha ottenuto in suo favore il provvedimento. La diffida a non vendere, peraltro, può svolgere appieno il suo ruolo solo se annotata a margine della trascrizione relativa all'immobile di cui si tratta nei registri immobiliari, perché è soltanto con la annotazione che il vincolo viene reso opponibile ai terzi, sulla base del regime della trascrizione di cui alla legge 29 ottobre 1981 n. 87 (cfr. sul punto la sentenza Giudice delle Appellazioni 20 aprile 1999, nella causa civile n. 211 del 1995, inedita). La particolare natura del sequestro e della diffida li rende adatti a conseguire il risultato dei c.d. provvedimenti cautelari tipici ed atipici di altri ordinamenti. Infatti, stante la finalità anticipatoria dell'esecuzione, il sequestro può essere concesso per scopi tipicamente conservativi del patrimonio del debitore (che costituisce la garanzia generica per l'assolvimento delle obbligazioni nascenti del giudicato), ma anche al fine di evitare che la cosa della cui proprietà si discute, in uso ad una delle parti contendenti, possa essere danneggiata o dispersa durante il giudizio, pregiudicando il diritto del rivendicante (sono le finalità che, rispettivamente, presiedono al sequestro conservativo ed al sequestro giudiziario in Italia). La diffida giudiziale, poi, tipizzata dalla legge n. 55 del 1994 esclusivamente quale strumento cautelare con finalità conservative dei beni immobili durante il giudizio, in realtà assolve alle più differenti funzioni: quella di interrompere la prescrizione (acquisitiva ed estintiva), quella di interrompere comportamenti illeciti iterativi, ecc.

esecutivo, la somma di denaro dovuta dal destinatario del provvedimento al richiedente in caso di inosservanza o di ritardata osservanza del provvedimento avuto riguardo al pregiudizio che l'inosservanza o la ritardata osservanza produrrebbe e al valore della causa".

Viene pertanto riconosciuto alla Corte il potere di emettere ordini di fare e di non fare, che sono modellati sull'*injunction*³⁶, per cui possono avere il contenuto più vario, consentendo interventi individualizzati, a seconda delle esigenze emergenti nella singola fattispecie: con opportuna discrezionalità concessa al Giudice, derogando, così alla tipicità della tutela inibitoria nell'ordinamento sammarinese³⁷. In luogo della sanzione penale, che assiste le inibitorie tipiche³⁸, viene assegnato al giudice il potere di stabilire – su richiesta di parte – la somma che deve essere corrisposta dall'inadempiente, in ragione del pregiudizio causato dall'inosservanza o dal ritardo nell'adempimento all'ordine, con ingresso nel sistema di misure di esecuzione indiretta (nel caso preventive), volte a forzare l'adempimento, simili alle *astreintes* francesi.

Tali poteri in senso lato discrezionali consentono alla Corte di esercitare una sorta di *inherent jurisdiction*, per intervenire a protezione del trust e, più, in generale del rapporto fiduciario³⁹.

L'art. 1 della legge costituzionale 26 gennaio 2012 n. 1, già riportato, individua le competenze della Corte, che estende la sua giurisdizione a tutti gli atti e negozi nei quali viene in considerazione la fiducia e l'affidamento fiduciario, comprendendo l'intero spettro di quelle che sono state definite "*situazioni affidanti*"⁴⁰, iniziando dal

³⁶ Infatti, "*an injunction is an order of the court directing a party to the proceedings to do or refrain from doing a specified act. It is granted in cases in which monetary compensation affords an inadequate remedy to an injured party*": P.V. BAKER-P.S. LANGAN, *Snell's principles of equity*, 28 ed., London, 1982, p. 625.

³⁷ Sulla tipicità della tutela inibitoria nell'ordinamento sammarinese mi sia permesso rinviare al mio *Il diritto di famiglia sammarinese*, San Marino, 2014, pp. 59 ss.

³⁸ Cfr., ad es., l'art. 366 del codice penale, che punisce "chiunque non ottempera od altrimenti elude l'esecuzione di un provvedimento del giudice, concernente l'affidamento di minori o di altre persona incapaci, ovvero che prescrive misure cautelari a difesa della proprietà, del possesso o del credito".

³⁹ Come palesato dall'art. 53 della legge n. 42 del 2010, e dall'art. 16 della legge n. 43 del 2010; ma tali poteri sono in generale riconosciuti al giudice dal diritto comune, soprattutto a tutela dei soggetti deboli o comunque in stato di debolezza soggettiva ed oggettiva. Il Giudice, infatti, può esercitare poteri penetranti di intervento (nomina e sostituzione di amministratori e tutori, con poteri di supervisione sull'operato di questi, ecc.), per cui risultano non proponibili le problematiche sugli aspetti processuali del trust proposti per l'ordinamento italiano, e su cui cfr. M.A. LUPOI, *Profili processuali del trust*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2009, p. 162 ss.

⁴⁰ M. LUPOI, *I trust nel diritto civile*, cit., p. 13, ove così spiega la definizione proposta: "concepisco le situazioni affidanti come un vastissimo campo dell'attività giuridica, all'interno del quale si collocano i trust e le fiducie. [...] La ragione del ricorso al concetto di 'situazione affidante' sta dunque in ciò, che appare utile e comparatisticamente fruttuoso unificare tutte le fattispecie nelle quali un soggetto viene richiesto di comportarsi come un fiduciario: è la fede *attesa*, che adesso si rivela come un dato ineliminabile".

contratto di mandato – che evoca “una categoria centrale nella storia giuridica continentale della fiducia bilaterale”⁴¹ – ed in cui il mandatario è soggetto che esercita professionalmente attività fiduciaria, passando per il trust e l’affidamento fiduciario, per arrivare a comprendere quello che è stato definito “il fenomeno dell’intermediazione fiduciaria nei negozi giuridici a causa di morte”, che “ha tre principali manifestazioni: la *successione fiduciaria*; l’*esecuzione testamentaria*; la *dichiarazione testimoniale della volontà segreta* del defunto”⁴², descrivendo situazioni che prescindono dai *nomina* e dalle categorie ordinanti.

Questa scelta, che supera ogni atteggiamento dogmatico e classificatorio, richiede un approccio pragmatico, fattuale e non burocratico, al fine della ripartizione della competenza della Corte con il Commissario della Legge.

L’art. 3 del decreto delegato 30 settembre 2013 n. 128 prevede, per la soluzione dei conflitti di competenza, una procedura informale, che si attua attraverso il confronto tra il Presidente della Corte ed il Magistrato Dirigente: il Commissario della Legge d’ufficio o su istanza di parte, solleva il dubbio sulla propria competenza e trasmette il fascicolo al Magistrato Dirigente, il quale effettua una prima deliberazione; in caso ritenga insussistente la competenza, ne dà comunicazione al Presidente della Corte: in caso di accordo, questi, con suo provvedimento, dà comunicazione della decisione alle parti e manda per la riassunzione avanti alla Corte; viceversa accade se l’incompetenza è sollevata dalla Corte. Nel caso in cui manchi l’accordo, la legge assegna il potere decisorio al Collegio Garante, rinviando per la procedura all’art. 18 e ss. della legge qualificata 25 aprile 2003 n. 55.

Nello spirito della legge, attesa la formulazione dell’art. 1 della legge costituzionale, insieme al Presidente si è ritenuto di chiarire in via generale ed astratta alcune fattispecie nelle quali è certa la competenza della Corte rispetto al Commissario della Legge, adottando le disposizioni congiunte del 11 novembre 2014, nell’alveo, ancora una volta, della tradizione sammarinese, che assegna al Giudice un potere regolamentare in senso lato, e che nel passato è stato esercitato, ad esempio, in funzione di ricognizione dell’*usus fori*⁴³.

⁴¹ F. TREGGIARI, *Trust e diritto comune a San Marino*, cit., p. 59, nota 58.

⁴² F. TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis. Egesi e sistema nella formazione del testamento fiduciario*, I. *Le premesse romane e l’età del diritto comune*, Napoli, 2002, p. 15.

⁴³ Il riferimento è, ad esempio, al *Regolamento* predisposto da Giuliani alla fine del 1800, con il quale viene effettuata una ricognizione della pratica forense, cui fa riferimento T.C. GIANNINI, *Sommario di procedura giudiziaria civile*, 2° ed., cit., *passim*.

Ferma restando la competenza della Corte per tutte le azioni di cui alla legge n. 42 del 2010 (artt. 53, 54, e 55 - azioni di separazione e di recupero -), dell'azione di nullità del trust (art. 10), e per le azioni di cui alla legge n. 43 del 2010 sull'affidamento fiduciario, nonché per i provvedimenti che, in senso lato, sono collocabili nell'ambito della volontaria giurisdizione, la prima questione si poneva riguardo alle azioni revocatorie: si è ritenuta la competenza generale del Commissario della Legge, ad eccezione dei casi in cui viene dedotta la nullità, l'inopponibilità o la simulazione di un trust o di un contratto di affidamento fiduciario. In questi casi, vale il principio che la competenza è determinata dalla domanda, e, dunque dalla correlazione di *petitum* e *causa petendi*: ciò significa che la competenza della Corte sarà sussistente sia quando nel *petitum* siano dedotte, anche in via subordinata, tali questioni, sia quando emergano comunque dalla *causa petendi*.

Altro aspetto concerne le azioni per il pagamento di compensi dovuti al trustee ed al fiduciario, che rientrano nella competenza della Corte quando il convenuto deduca l'inadempimento dell'attore o circostanze attinenti alla validità del rapporto. La questione è delicata soprattutto con riferimento alle cause promosse dalla società fiduciaria di cui alla legge n. 165 del 2005⁴⁴, con le quali richiede il pagamento del compenso, e che sono riservate alla competenza del Commissario della Legge: se il convenuto deduce l'inadempimento al mandato, la competenza viene trasferita alla Corte. Il conflitto può emergere dunque a seguito della contestazione della lite, per cui la causa viene originariamente introdotta avanti al Commissario della Legge, che dichiarerà la propria incompetenza qualora nel termine statutario per rispondere ed eccepire⁴⁵ vengano sollevate eccezioni o spiegate apposite domande riconvenzionali

⁴⁴ E cioè una società che esercita professionalmente attività fiduciaria, intendendosi per tale l'attività di "intestazione di beni di terzi in esecuzione di mandato senza rappresentanza": così testualmente la lett. C dell'Allegato 1 alla legge 17 novembre 2005 n. 165. Si nota come la definizione data dal legislatore si appoggi sullo schema della interposizione reale, sul calco anche di orientamenti giurisprudenziali italiani, su cui cfr. E. BARLA DE GUGLIELMI, *Interposizione fiduciaria di persona? Spunti comparatistici*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2009, p. 265 e 270, ove specifica che "la fiducia del mandante nei confronti della società fiduciaria non è vera e propria 'fiducia'".

G. DIURNI, *Fides e fiducia nel dibattito attuale*, in *Historia et ius*, 5/2014 (www.historiaetius.eu-5/2014 – paper 11), p. 17, sottolinea come "relativamente al fenomeno della società fiduciaria sussiste la tipizzazione del negozio medesimo nell'agire della società, che non è libera, ma limitatamente discrezionale. Pur nell'indipendenza operativa i rapporti, infatti, sono minutamente regolati. [...] attenuano, tuttavia, pur modulandolo, l'elemento connotativo della fiducia, ovviamente per ridurre il rischio e offrire maggiori garanzie di risultato. Va da sé che la fiducia contiene dei riferimenti a valori di tutela del fiduciante da parte del fiduciario, la quale innesca un atteggiamento di *servitium*: esercizio di potestà, che solo la professione del fiduciario può assolvere a tutela, non gratuita, dei di lui interessi. Su questa variazione di carattere sostanziale, quella che definisce ieri come oggi l'*amicitia*, quale atteggiamento riferito alla *fides* (dovere accettato), scaturisce quella titolarità dal diritto assunta per la gestione degli affari del fiduciante nel di lui obbligatorio interesse".

⁴⁵ Il *termine statutario per rispondere ed eccepire*, costituito da cinque giorni utili, è concesso al convenuto che lo richiede all'atto della costituzione in giudizio, nel quale può sollevare eccezioni

nelle quali si deduce l'inadempimento del fiduciario: si è ritenuto di adottare una soluzione che privilegia la sostanza, rispetto ai principi, quale quello della domanda.

Vengono poi, e sempre con riferimento al mandato (ovviamente quando il mandatario è un soggetto autorizzato), le azioni di rendiconto⁴⁶: il rendiconto è una delle principali obbligazioni del mandatario, che è naturalmente essenziale al fine della valutazione del corretto adempimento; la competenza sulla domanda principale deve dunque essere assegnata alla Corte, dovendosi ritenerla estesa anche alle azioni di accertamento tendenti alla dichiarazione di falsità dei documenti o del giuramento prestato.

Infine, in riferimento all'erede fiduciario, le controversie in materia successoria rimangono di competenza del Commissario della Legge (ad es. la *querela inofficiosi testamenti*, le questioni relative alla legittima, ecc.); la Corte è competente quando l'oggetto della controversia riguarda la specifica natura fiduciaria della istituzione di erede o legatario.

4. Alla prima delle domande iniziali si è dunque risposto: la Corte per il trust ed i rapporti fiduciari, con la specializzazione e la professionalità che la caratterizza, è funzionale alla attuazione delle fiducie, nelle molteplici manifestazioni che la storia ci ha consegnato, e che, al di là dello sfavore delle codificazioni e della dottrina, sono sempre rimaste presenti nella vita reale; manifestazioni che oggi, più che mai, sono di grande attualità, come mostra la diffusione del trust del modello internazionale e l'introduzione di istituti volti a realizzare forme di separazione patrimoniale⁴⁷.

processuali e di merito. La Rub. VII, Lib. II delle *Leges Statutae* testualmente stabilisce: “che al reo si dia copia di tale petizione, a sue spese, se la vuole, *col termine di cinque giorni utili a rispondere ed eccepire; dichiarando che le eccezioni generali, senz'altro, s'intendano sempre opposte e replicate*”. In pratica, il termine statutario per rispondere ed eccepire è un termine a difesa a favore del convenuto; egli può pertanto sollevare specifiche eccezioni dilatorie, perentorie e declinatorie, ovvero di merito; la norma statutaria, tuttavia, ritiene sempre opposte le eccezioni c.d. *generalia contra*, anche qualora non lo fossero espressamente.

I giorni “utili” sono determinati dal calendario giudiziario: sono costituiti (oggi) dal giorno di giovedì, eccettuati i festivi e quelli che cadono nel periodo delle c.d. ferie estive, della vendemmia, di Natale e Capodanno e Pasqua. Durante questi giorni (detti udienze) possono essere compiuti atti processuali. Negli altri giorni si possono solo compiere atti che riguardano le attribuzioni degli uffici di cancelleria (richieste di certificazioni, deposito di istanze per attestazioni, richieste per la notificazione di sentenze, deposito di memorie conclusionali, ecc.). Il decreto delegato 30 settembre 2013 n. 28 per il procedimento innanzi alla Corte ha invece stabilito che “il computo di qualsiasi termine avviene in giorni correnti con riferimento ai giorni di calendario”.

⁴⁶ Cfr., in argomento, la sentenza Corte per il trust ed i rapporti fiduciari 15 aprile 2015, nella causa n. 1 del 2014 (già causa civile n. 327 del 2012).

⁴⁷ Osserva M. LUPOLI, *Riflessioni sulla “fiducia dopo la morte”*, cit., p. 337, con riferimento al diritto italiano, che “quando un sistema è percepito dai consociati come distante dal loro modo di sentire, come improntato a valori che essi non condividono, la reazione può essere violenta o, più comunemente, di

Rimane la seconda: perché la Corte a San Marino. E la risposta discende dall'apprezzamento della duttilità del sistema delle fonti, nel quale è tuttora presente il diritto comune, e nel quale le "fiducie" godevano di considerazione e tutela: "la piena concezione, da parte di questi giuristi [del diritto comune], del fenomeno della proprietà 'dovuta', cioè della proprietà trasferita ad un soggetto ma a beneficio di un altro, mette in luce tutte le varianti della titolarità fiduciaria, nelle sue diverse gradazioni: la titolarità strumentale alla mera custodia del bene da ritrasferire; la titolarità-gestione – in cui l'affidamento implica l'esercizio di tutti i poteri che ineriscono all'amministrazione della ricchezza –; la titolarità-apparenza, tipica, ad esempio, dell'istituzione del prestanome (figura ambigua, che può estendersi a ricoprire ipotesi di vera e propria simulazione). Questa percezione delle varietà delle fattispecie è tanto più importante, perché riferita all'ambito degli atti di ultima volontà, nei quali l'autore della situazione affidante è morto e l'emersione della causa fiduciaria segreta dell'attribuzione patrimoniale è interamente rimessa all'interpretazione soggettiva della volontà oltre che essere oggetto nella maggior parte dei casi di mera prova 'naturale', ossia di prova puramente logica e indiziaria"⁴⁸. La sussidiarietà del diritto comune, come è stato osservato, apre scenari assai interessanti sia per l'autonomia privata, sia per l'integrazione negoziale.

Riservando ad altro lavoro l'approfondimento dei casi concreti, si può anticipare che la rassegna della giurisprudenza consente di riscontrare la permanenza delle fiducie nell'ordinamento sammarinese. Vi sono casi in materia successoria e testamenti redatti da notai sammarinesi, nei quali viene in considerazione il fedecommesso, ovvero dai

distacco e di estraneità. Emergono, allora, prassi negoziali evasive e la nostra esperienza ne mostra tantissime: ricordiamo il divieto di donazione fra coniugi. [...] Vi è, però, un sottinsieme di fenomeni che hanno una propria specificità: essi sono originati dalla mancanza di sostegno, da parte della legge, di esigenze diffuse e condivise che, per avventura, si pongono al vertice di una scala assiologica che per il diritto neanche esiste: è questo il caso della fiducia totale. Il singolo allora rinuncia a fare alcunché, in quanto pensa che nulla sia possibile nel proprio ordinamento giuridico. Però apprende che in altri ordinamenti quei valori, che egli ritiene fondanti, esistono e sono riconosciuti e protetti, anzi considerati preminenti. Dunque, egli riflette, è possibile un diverso contesto giuridico, ma non è il mio. Ed è così che progressivamente fra diritto e consociati sparisce qualsiasi immedesimazione, il diritto proprio perde legittimazione assiologica e quello altrui lo sostituisce", e tale processo costringe a ripensare alle categorie dogmatiche tradizionali. Per un esempio, con riferimento ai vincoli di destinazione di cui all'art. 2645 *ter* del codice civile italiano, cfr. A. GAMBARO, *Appunti sulla proprietà nell'interesse altrui, in Trusts e attività fiduciarie*, 2007, p. 169 s., ove specifica: "quando si dispone, come nella norma in esame, che titolarità della proprietà e interesse economico allo sfruttamento dei beni e dei loro frutti possono essere dissociati in base ad un atto di esercizio dell'autonomia proprietaria e che tale dissociazione è opponibile ai creditori del proprietario, il principio di compattezza del diritto dominicale viene definitivamente meno e si introduce positivamente nel nostro ordinamento la figura della proprietà nell'interesse altrui".

⁴⁸ F. TREGGIARI, *Trust e diritto comune a San Marino*, cit., p. 62 s.

quali emergono esigenze di protezione di soggetti deboli, che esigono la pianificazione della vicenda successoria⁴⁹. Vi sono, altresì, casi in cui la fiducia fa da sfondo a negozi *inter vivos* finalizzati a sottrarre i beni del debitore all'esecuzione da parte dei creditori⁵⁰ o alle pretese del coniuge a seguito della separazione⁵¹, ove l'abuso viene sanzionato con la simulazione; ovvero a depositi presso notaio di somme di denaro o di azioni di società a titolo di garanzia per l'adempimento di obbligazioni, ove la segregazione dal patrimonio del fiduciario non è mai stata posta in discussione⁵².

In considerazione del fatto che il diritto successorio sammarinese, ad eccezione di alcune modifiche legislative, è pressoché interamente disciplinato dal diritto comune,

⁴⁹ Si veda la sentenza Commissario della Legge 4 settembre 1936 nella causa civile n. 33 del 1936, inedita (i cui atti sono stati esaminati presso l'Archivio di Stato), in cui viene in considerazione l'inadempimento di una disposizione modale, essendo all'erede universale istituito fatta dal testatore "speciale raccomandazione anzi obbligo di mai abbandonare ma sempre di aiutare ed assistere nel miglior modo la sorella Ester la quale per malattia è incapace di guadagnarsi la vita". È interessante rilevare che il giudice limita l'onere all'intero capitale ereditato, non ritenendo che gli obblighi dell'erede "vadano oltre l'emolumento ricevuto", estendendo all'erede modale il principio stabilito per il legatario modale: "trova qui applicazione (in mancanza di contraria espressa volontà del testatore) la legge 114, 53, ff. de legatis 'non plus posse rogari quem restituere, quam quantum ei relictum est'". Sulla inefficienza del ricorso alla donazione modale o alla istituzione modale nella successione ereditaria nel diritto italiano si veda M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, 2° ed., Padova, 2011, p. 348 ss.; S. BARTOLI, *La natura dell'attribuzione mortis causa al trustee di un trust testamentario*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2004, p. 63 ss. e 179 ss.

Si veda, altresì, la sentenza Commissario della Legge G. Ramoino 4 agosto 1937, in *Giurisprudenza sammarinese*, 1963, 1, p. 52, nella quale si è stabilito che "è possibile, secondo il diritto comune, costituire un vitalizio che abbia per corrispettivo la prestazione di alimenti, di assistenza e di pagamento di debiti. Nel vitalizio esiste sempre un corrispettivo e per decidere se racchiude un contratto oneroso o una liberalità occorre porre in raffronto il corrispettivo stipulato con la rendita che i beni ceduti possono produrre. Il diritto comune non ammette la lesione nel vitalizio ma ciò non esclude l'indagine sulla giustezza della pensione annua dei beni ceduti per tutte le conseguenze che ne possono derivare" (massima), respingendo le pretese dell'attrice la quale, dopo la morte della madre, che lo aveva costituito, aveva impugnato il vitalizio, assumendo che si trattava di donazione simulata, fatta in frode alla massa ereditaria. Sulla applicazione del contratto di affidamento fiduciario con finalità di mantenimento, cfr. M. LUPOI, *Il contratto di affidamento fiduciario*, cit., p. 467 ss.

⁵⁰ Cfr. sentenza Commissario della Legge G. Ramoino 7 agosto 1947, in *Giurisprudenza sammarinese*, 1963, 2, p. 187 ss.: si tratta di una azione promossa dai creditori diretta a far dichiarare la simulazione della vendita di un terreno effettuata dal debitore a favore della moglie, decisa sulla base della individuazione della *causa simulandi* e degli indizi "convincenti" indicati dal diritto comune.

⁵¹ Sentenza Commissario della Legge 28 giugno 2012, nella causa civile n. 3 del 2008, inedita: si tratta di una controversia nella quale un padre aveva trasferito i beni immobili di sua proprietà alla figlia per sottrarli alle pretese della moglie, con cui era in corso la separazione personale; la figlia, con una scrittura privata, riconosceva che i beni oggetto di atti di alienazione (tra cui un atto di cessione in antiparte) rimanevano di proprietà del padre, nonostante fossero a lei intestati, e riservava a lui pieno potere di disposizione.

⁵² "Il contratto di deposito è presunto gratuito ma – a parte la questione se, nel caso di cui si tratta, si versi in un semplice deposito o in un negozio fiduciario avente scopo e fine diverso da quello della custodia – è anche vero che resta salva una diversa volontà delle parti che può essere espressa o anche desumibile tacitamente dalle situazioni di fatto (confr. art. 1767 C. civ. italiano). Ora, dato che il depositario era uno studio professionale (notarile), deve ritenersi inerente l'obbligo di un compenso" (massima): sentenza Commissario della Legge G. Ramoino 23 giugno 1965, in *Giurisprudenza sammarinese*, 1964-69, p. 279.

le sostituzioni ed il fedecommesso⁵³ - anche orale⁵⁴ - sono riconosciuti e tutelati, anche se nella pratica recente non se ne rinvencono esempi: la pianificazione della vicenda successoria mediante testamento ha ceduto di fronte a forme di sistemazione patrimoniale attuata mediante atti *inter vivos* (ora anche trust), che spesso non superano il vaglio di liceità o di meritevolezza in caso di controversia. Le ragioni sono probabilmente da ricercarsi dal progressivo distacco della pratica dalle categorie del diritto comune, per appiattirsi sull'imitazione di modelli italiani, che acriticamente si assumono identici a quelli sammarinesi.

Nel diritto sammarinese risultano dunque vitali istituti travolti dalle codificazioni, dovendosi condividere l'assunto per cui "la valida istituzione di questa fiducie, da un lato, sfrutta, la spiccata duttilità del testamento sammarinese – ancora oggi valido ove contenga un fedecommesso orale; dall'altro, si correla alle forme storiche dell'intermediazione fiduciaria per via testamentaria realizzatesi nella lunga esperienza del diritto comune e ancor oggi [...] disponibili all'autonomia privata"⁵⁵. D'altro lato, evidenzia la "crisi" che ormai da tempo investe il diritto sammarinese, privato non solo dell'apporto dottrinale, ma anche di una pratica forense che tende sempre più ad un approccio superficiale alle fonti, piegato sui calchi del diritto italiano, che consapevolmente si rimette al giudice per la qualificazione e l'individuazione della disciplina applicabile (con il rischio dell'esito imprevisto della lite), ascrivendo alla giurisprudenza un ruolo *ius dare* piuttosto che di *ius dicere*.

5. Quanto si è sin qui rappresentato evidenzia le grandi potenzialità del diritto sammarinese, unitamente alla necessità del recupero di una tradizione che, purtroppo, va perdendosi, e non solo con riferimento all'ambito dei rapporti fiduciari.

Si è altrove⁵⁶ evidenziato che il sistema delle fonti sammarinese esige la familiarità con una lingua e un linguaggio, nonché con procedimenti ermeneutici

⁵³ Si vedano, ad esempio, le sentenze Commissario della Legge G. Ramoino 1 luglio 1935, in *Giurisprudenza sammarinese*, 1935-36, p. 52 e ss.; 8 luglio 1935, in *Giurisprudenza sammarinese*, 1935-36, p. 55 e ss.; 16 agosto 1939, in *Giurisprudenza sammarinese*, 1963, 1, p. 102; 9 gennaio 1940, in *Giurisprudenza sammarinese*, 1963, 1, p. 108;

⁵⁴ Cfr. sentenza Magistrato del Lavoro 13 maggio 1985, nelle cause civili riunite n. 499 del 1981, n. 244 e n. 254 del 1982, in *Giurisprudenza sammarinese*, 1981-90, p. 1045 ss., commentata – con alcuni rilievi critici - da F. TREGGIARI, *Trust e diritto comune a San Marino*, cit., p. 70 e ss.

⁵⁵ F. TREGGIARI, *Trust e diritto comune a San Marino*, cit., p. 73.

⁵⁶ V. PIERFELICI, *I Principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali: una soluzione per la conoscibilità del diritto sammarinese dei contratti*, in *Cultura giuridica e diritto vivente*, Vol. 1 (2014), rivista giuridica on-line del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Urbino (<http://ojs.uniurb.it/index.php/cgdv>).

sconosciuti al giurista che si è formato nelle Università italiane, che, nella migliore delle ipotesi, guarda al periodo precedente alle codificazioni con l'interesse dello storico. Si determina, di conseguenza, un *gap* sempre più marcato tra diritto (che risulta dal sistema delle fonti appena riassunto in maniera ovviamente troppo approssimativa) e applicazione dello stesso (ad opera della giurisprudenza e della pratica), che conduce alla circolazione di norme e modelli stranieri (in particolare, italiani), che sono spesso e purtroppo frutto di recezioni acritiche.

Le vicende della Repubblica di San Marino negli ultimi decenni hanno portato ad enfatizzare la 'fiducia', intesa quale 'schermo' per nascondere capitali (dall'Autorità giudiziaria penale, dal fisco, dai creditori, dal coniuge, ecc.), piuttosto che opportunità per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela. Le "fiducie" ed i "rapporti fiduciari" sono stati degradati ad "interposizione", e confusi con fenomeni diversi (contratti di intestazione e di prestanome), che con la fiducia nulla hanno a che vedere. E' stato efficacemente puntualizzato: "l'aspettativa dell'intestante è che l'altra parte del contratto non faccia sostanzialmente nulla dopo avere consentito all'acquisto (contratto di intestazione) ovvero adempia qualunque richiesta l'intestante formuli circa successivi atti dispositivi o gestionali (contratto di prestanome). Questa seconda modalità colora la prima, la svaluta e colloca il rapporto contrattuale agli antipodi del dominio della fiducia. Il prestanome macchina che trasferisce nel mondo esterno la volontà altrui, è di per sé un non-fiduciario. Né lo è il soggetto dormiente, al quale nessuna attività è richiesta"⁵⁷.

Il contratto di mandato senza rappresentanza, il contratto di intestazione, il contratto di prestanome sono divenuti strumenti diretti ad eludere norme imperative, e, sovrapponendosi alla "fiducia" – con l'utilizzo dei "mandati fiduciari" alle società fiduciarie⁵⁸, sovente con finalità di frode alla legge - hanno determinato da un lato, e

⁵⁷ M. LUPOI, *Il contratto di affidamento fiduciario*, cit., p. 123 e s., ove si precisa: "alle fattispecie fiduciarie non appartiene ciò che il linguaggio – comune quanto giuridico – considera 'finto'. Non è stato sempre così, ma non è difficile rilevare che il movimento legislativo più recente, in Italia come altrove, è precisamente nella direzione di reprimere o prevenire o comunque portare alla luce ogni rapporto di spettanza economica che apposite strutture giuridiche mirino a celare".

La legge sammarinese 17 giugno 2008 n. 92 ("Disposizioni in materia di prevenzione e contrasto al riciclaggio e del finanziamento del terrorismo", con le successive modifiche, definisce "titolare effettivo" (art. 1, lett. r) "la persona fisica che, in ultima istanza, possiede o controlla un cliente, quando questo è una persona giuridica o un ente privo di personalità giuridica", e "la persona fisica per conto della quale il cliente agisce". Per una critica sulla possibilità della riconduzione del *beneficial owner* di cui alle Convenzioni sulle doppie imposizione e delle Convenzioni in materia di contrasto al riciclaggio alle categorie civilistiche, M. LUPOI, *I trust nel diritto civile*, cit., p. 26 ss.

⁵⁸ M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, cit., p. 222, spiega che "l'accostamento del negozio fiduciario alla intestazione di partecipazioni societarie a società fiduciaria

sotto il profilo giuridico, l'importazione di giudizi generalizzati di disvalore sulle fiducie, e, dall'altro, nella percezione comune, la disponibilità ad accettare come naturale l'interposizione finalizzata a 'nascondere' chi non può apparire⁵⁹. E purtroppo tale contaminazione sta estendendosi anche ai trust istituiti secondo la legge.

La Repubblica di San Marino ha deciso di approdare ad un sistema economico-finanziario che opera in regime di trasparenza, introducendo misure volte ad eliminare strumenti giuridici che favorivano interposizioni e schermi per occultare la titolarità della situazione dominicale: l'abolizione delle azioni al portatore⁶⁰, dei libretti di deposito e degli strumenti finanziari al portatore⁶¹, il superamento del segreto bancario, il rafforzamento dei presidi di controllo e vigilanza sono funzionali ad evitare abusi e ad abbandonare il sospetto dell'utilizzo improprio di istituti anche tradizionali. La riservatezza esterna è protetta e tutelata, ma non è più funzionale a 'nascondere', ad 'occultare', a creare aree di opacità in cui porre al riparo capitali di origine illecita.

In questo nuovo contesto, la Repubblica di San Marino è in grado di recuperare, grazie al suo sistema giuridico, un ruolo di primo piano nell'impiego di strumenti giuridici di cui la vita reale ha necessità, fornendo soluzioni appaganti che altri ordinamenti (anche vicini) di *civil law* non sono più in grado di apprestare.

Le leggi sul trust, sull'affidamento fiduciario, unitamente agli istituti concorrenti del diritto comune vanno in questa direzione; il diritto comune, in cui vengono in considerazione i *principia* piuttosto che le *regulae*, appresta rimedi flessibili⁶², e, in forza della sussidiarietà, consente di beneficiare di un apparato normativo integrativo

non ha giovato alla comprensione del negozio fiduciario. Ne è derivata la nota posizione riguardante la dissociazione fra titolarità e legittimazione ('fiducia germanistica'), la quale, tuttavia, non si presta ai frequenti casi nei quali la società fiduciaria acquista per incarico del proprio mandante né alla intestazione fiduciaria di immobili né ad altre fattispecie, che, infatti, impongono di ricorrere a diverse concettualizzazioni. Il suddetto accostamento ha contribuito allo stravolgimento della stessa nozione di 'fiducia', degradata a interposizione⁵⁹.

⁵⁹ Cfr. sentenza Commissario della Legge 28 aprile 2014, nella causa civile n. 113 del 2011, inedita, ove viene rappresentata (e, per vero, confessata con assoluta naturalezza) da alcuni soggetti che sono o sono stati soci della società, e dall'attuale amministratore unico (che è un professionista) l'esistenza di prestanomi, al fine di rendere opaca la struttura societaria e, in definitiva, fornire una schermatura al reale titolare effettivo, indagato in Italia per gravi reati.

⁶⁰ Avvenuta con la legge 7 giugno 2010 n. 98, che ha eliminato la società anonima tra i tipi sociali indicati nell'art. 2, comma 4, lettera b) della Legge 23 febbraio 2006 n. 47. E' curioso sottolineare come la legge n. 47 del 2006 abbia riprodotto lo sdoppiamento di un unico tipo (la società anonima) in due 'sottotipi' (società anonima e società per azioni) introdotto dalla legge 13 giugno 1990 n. 68: il criterio di individuazione tipologica fra le due società era costituito dal regime di circolazione al quale sono sottoposte le azioni. L'errore nel quale sono incorsi i compilatori della legge è probabilmente dovuto alla superficiale lettura delle disposizioni del codice civile italiano sulla società per azioni, dalle quali è forse sembrato poter trarre il dato che la società per azioni si qualifica per la nominatività delle azioni, trascurando che il regime di circolazione delle azioni non può essere assunto quale criterio identificativo del tipo, non costituendo elemento idoneo a caratterizzare un dato modello di organizzazione sociale.

⁶¹ Avvenuta con i decreti legge 22 settembre 2009 n. 136 e 11 novembre 2009 n. 154.

dell'autonomia privata, svincolato dalle rigidità del diritto positivo; affondando le radici nella tradizione, il diritto comune mantiene quella vitalità che i codici, legati ad un momento storico contingente ed ormai superato, hanno perduto⁶³; il diritto comune ragiona sui rimedi, piuttosto che sui diritti, e, dunque, offre possibilità sconosciute in quei sistemi che ragionano per categoria dogmatiche⁶⁴.

L'efficienza dell'amministrazione della giustizia civile, come dimostrato dal *Doing Business* della Banca Mondiale, è uno degli indicatori della capacità attrattiva degli investimenti: efficienza che presuppone giudici capaci (e cioè ritenuti a livello internazionale esperti nel settore), e dotati di prestigio, unitamente ad un sistema processuale che preveda rimedi efficaci ed anche, se del caso, individualizzati, e che consenta di pervenire alla definizione della controversia in tempi ragionevoli (con la conseguente riduzione dei costi della lite), e di attuare soluzioni di giustizia sostanziale.

L'istituzione a San Marino della Corte per i trust ed i rapporti fiduciari – come si è rappresentato - risponde a queste esigenze, e si colloca in un sistema di diritto civile sostanziale che è straordinariamente attuale e flessibile.

Valeria Pierfelici

⁶² E' stato autorevolmente precisato, "gli splendori dell'azione quale diritto, più assai che la scolastica dei chiovendiani, rendono ancora difficile ai giuristi continentali percepire il nesso di funzionalità che risolve 'le obbligazioni contrattuali' nei 'pertinenti remedies', facendo convergere prerogative dei privati e potestà pubbliche, ed incardinando con ciò il diritto civile nell'ordinamento": S. CAPRIOLI, *Il diritto comune nelle esperienze di San Marino*, cit., p. 52

⁶³ Propone di sostituire l' "affidamento fiduciario" al "negozio fiduciario" definito dalla dottrina classica in termini di eccesso del mezzo rispetto al fine, o di potestà di abuso del fiduciario, M. LUPOI, *La consunzione del negozio fiduciario*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2010, p. 132, ove spiega che le parole sono "necessarie per allontanarsi dall'impoverimento giuridico-semanticamente che ha equiparato il fiduciario a soggetto interposto, a prestanome o peggio. Affidamento *in* una persona, che si comporterà 'ut inter bonos agier oportet', ma anche e sopra tutto affidamento *di* un programma a una persona: di un programma meritevole e tendenzialmente manifesto; con il che pone in primo piano l'interesse rispetto alla struttura e l'attività dell'affidatario rispetto all'interesse dell'affidante. Rispetto alla risalente categoria dei 'negozi di fiducia', proposti in Germania [...] la distinzione è evidente: l'affidamento e il programma destinatorio sono elementi della causa del negozio di affidamento fiduciario, il quale così dà nuova vita alla linfa che una codificazione attenta più ai concetti che alle fattispecie ha rischiato di essiccare". Per una rassegna sul fenomeno del negozio fiduciario come ricostruito dalla civilistica italiana si veda V.M. TRIMARCHI, voce *Negozio fiduciario*, in *Enc. dir.*, vol. XXVIII, Milano, 1978, *ad vocem*.

⁶⁴ E' doveroso ricordare il monito autorevole di F. CALASSO, *L'acquisto della cittadinanza secondo il diritto comune vigente nell'ex Stato pontificio*, in *Giurisprudenza sammarinese*, 1963, 3, p. 509: "il rinnovamento metodologico che lo studio scientifico del diritto comune ha subito nell'ultimo quindicennio non consente più che tutto ciò si trascuri, e che si continui a frantumare l'organica vita degli istituti giuridici nelle citazioni di passi di dottrina e di giurisprudenza staccati dal contesto per quel tanto che giova a una tesi, e altrettanto arbitrariamente ricomposti in un mosaico che, oltre ad offendere il senso critico, viola la storia e la logica, vale a dire due volte la storia; mentre per altro verso richiama alla mente il severo ammonimento di Celso: 'incivile est nisi tota lege perspecta una aliqua particula eius proposita iudicare vel respondere' (D. 1, 3, 24)".