

# TRUSTS

## E ATTIVITÀ FIDUCIARIE

2018

4

**DIRETTORE SCIENTIFICO**

**Maurizio LUPOI**

**COMITATO SCIENTIFICO**

Sergio M. CARBONE

Ugo CARNEVALI

Giorgio DE NOVA

Augusto FANTOZZI

Andrea FEDELE

Franco GALLO

Antonio GAMBARO

David HAYTON

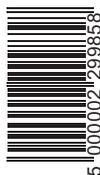
Nicolò LIPARI

Antonio PALAZZO

Thomas TASSANI

Anno XIX, Luglio - Agosto 2018 - Direzione e Redazione: Via dei Missaglia, 97, Edificio B3 - 20142 Milano (MI), Italia  
Tariffa R.O.C.: Poste Italiane Spa - Spedizione in abbonamento Postale - D.L. 353/2003 (conv. in L. 27/02/2004 n. 46) art. 1, comma 1, DCB Milano

00229985



5 000002 1299858



Wolters Kluwer



[www.edicolaprofessionale.com](http://www.edicolaprofessionale.com)

# AUMENTA LA TUA REALTÀ

## MERCATI ESTERI

nuove opportunità di business per te e i tuoi clienti



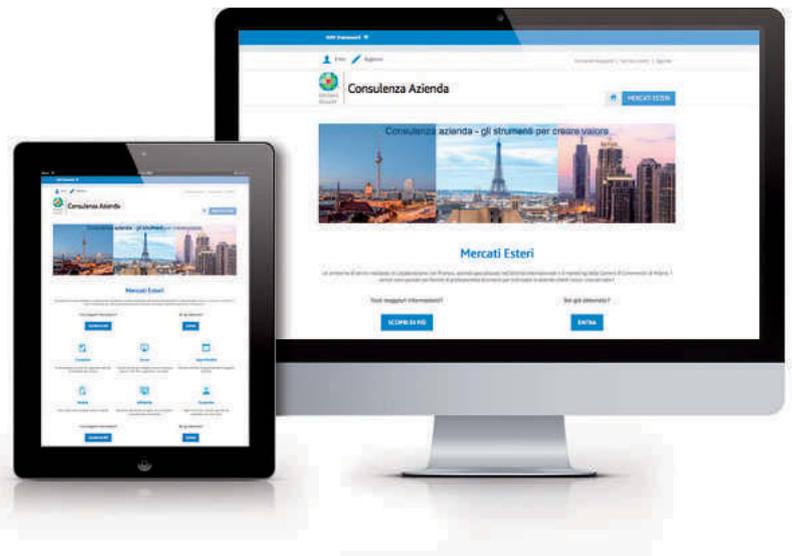
effige.com

L'esclusivo servizio Wolters Kluwer per il professionista che vuole accompagnare l'azienda nel processo di internazionalizzazione sviluppato in collaborazione con Promos

- **Export check up** per verificare la propensione dell'azienda verso i mercati esteri
- **Primo orientamento** per identificare i mercati potenzialmente più interessanti
- **Credit passport** per certificare l'azienda, ottenere credito dalle banche, presentarsi ai partner.



Scopri di più



Y05ERCL

Visita il sito: [www.consulenzazienda.it](http://www.consulenzazienda.it)

**SAGGI**

Dove va il diritto dei trust? Gli Stati Uniti di <b>Maurizio Lupoi</b>	361
La <i>donatio mortis causa</i> - II Parte di <b>Matteo Patrone</b>	365
Trust e posizione contingente dei legittimari di <b>Francesco Scaglione</b>	377
Esecuzione di accordo di sovraindebitamento di <b>Annapaola Tonelli</b>	383
La giurisprudenza tributaria di questo numero di <b>Thomas Tassani</b>	389
Il trust <i>holding</i> quale conveniente alternativa alla <i>holding</i> di <b>Simone Furian</b>	392

**GIURISPRUDENZA ITALIANA**

Azione revocatoria e trust interno Tribunale di Bologna, 18 gennaio 2018, n. 189, Cassa di Risparmio in Bologna S.p.A. c. P.B., S.T., S.F.	399
Trust sciolto in corso di causa Tribunale di Roma, 18 dicembre 2017, n. 23595, M. c. C. e G.	403
Eccezione di difetto di giurisdizione accolta Tribunale di Modena, 6 novembre 2017, n. 1944, Banca Popolare dell'Emilia Romagna Soc. Coop. c. E.B., S.U., D.G., Business & Financial Consulting S.p.A., DOBANK S.p.A. già Unicredit S.p.A.	405
Quote condominiali a carico del trustee Tribunale di Firenze, 2 novembre 2017, n. 3510, M.L., S.G. c. Condominio di Via ... 28 Firenze, e c. A.G. Di G., quale Trustee denominato "Megs Trust"	407
Segregazione di bene non pignorato Tribunale di Latina, 18 dicembre 2017, n. 2802, R.B., G.G. c. Equitalia Sud S.p.A.	411
Tribunale di Aosta, 21 novembre 2017, n. 357, G.G. c. Fallimento Immobiliare La Grolla S.r.l.	413
Azione contro il notaio per la modalità della trascrizione Tribunale di Torino, Ord., 31 gennaio 2018, G.T. in qualità di Trustee del Trust Milano c. N.D.L.	417
Tribunale di Siena, 10 novembre 2017, n.1138, S.V. c. Notaio F. F.	420
Il trasferimento al trustee non è un trasferimento imponibile Commissione tributaria regionale della Lombardia, 29 marzo 2018, n. 1399, G.A.I. c. Agenzia delle entrate, Direzione provinciale di Lodi	423

# 4 Sommario

Luglio 2018

**TRUSTS**  
 E ATTIVITÀ FIDUCIARIE

Applicazione del tributo successorio Commissione tributaria regionale di Cagliari 20 marzo 2018, P.N. c. Agenzia delle entrate, Direzione Provinciale di Cagliari	426
Imposizione indiretta del trust di scopo Commissione tributaria regionale dell'Emilia Romagna, 12 febbraio 2018, n. 424, F.C. c. I.S.	428
Imposte in misura fissa per il trust autodichiarato Commissione tributaria regionale della Lombardia, 4 gennaio 2018, n. 23, O.F.M., in qualità di Trustee del Trust famiglia R. Trust c. Agenzia delle entrate, Direzione provinciale di Milano	432
Commissione tributaria regionale del Lazio, 4 dicembre 2017, n. 7053, ... c. Agenzia delle entrate, Direzione provinciale di Latina	433

## GIURISPRUDENZA ESTERA

Il trust "sham" e l'evasione fiscale Confederazione svizzera - Tribunale federale, II Corte di diritto pubblico, 13 dicembre 2017, A.X. c. Amministrazione fiscale cantonale di Ginevra	436
Senza la notifica ad almeno un beneficiario un trust autodichiarato in Scozia è nullo Scozia - In the petition of X and Y [2017] SC EDIN 52, 11 May 2017	440

## LEGISLAZIONE ESTERA

Uniform Directed Trust Act Stati Uniti d'America - Uniform Law Commission, October 2, 2017, National Conference of Commissioners On Uniform State Laws	446
--	-----

## PRASSI NEGOZIALE

Un trust secondo la Legge n. 112 di Maria-Benedetta Bisetti	450
--	-----

### Ultim'ora

- La Corte di cassazione (sez. tributaria civile, 30 maggio 2018, n. 16326) torna sull'imposta sui vincoli di destinazione con riferimento a un trust di garanzia e afferma che tale imposta esiste e va applicata con l'aliquota dell'8%.
- La Corte di cassazione (sez. III penale, 11 maggio 2018, n. 20862) esamina con attenzione il tema del trust auto-dichiarato e conclude per la sua ammissibilità.
- La Corte di cassazione (sez. III civile, 19 aprile 2018, n. 9637) dichiara che la meritevolezza degli interessi perseguiti per mezzo di un trust non deve essere accertata di volta in volta, ma deve essere data per presunta in forza della Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1989 sulla legge regolatrice e il riconoscimento del trust

# Dove va il diritto dei trust? Gli Stati Uniti

di **Maurizio Lupoi**

Viene esposta una faccia del pluralismo nel campo dei trust, quella statunitense, con riferimento a tre recenti sviluppi: etero-direzione, persona giuridica, contratto.

## ■ I modelli di trust e gli sviluppi statunitensi

Anni fa proposi di suddividere gli ordinamenti conoscitori del trust in tre modelli: il modello inglese, il modello internazionale e il modello civilistico (1). Mi resi conto in quell'occasione che gli Stati Uniti d'America non entravano in alcun modello e li collocai al margine del modello inglese, sia perché, ovviamente, non esiste un diritto statunitense dei trust sia perché era sin da allora palese una progressiva differenziazione in corso fra le due sponde dell'oceano Atlantico.

Qualsiasi discorso che muova dai modelli è un discorso che richiede una inusuale cura terminologica perché in nessun terreno dell'analisi giuridica la ultra-semplificazione è così di casa come nei discorsi che si avvalgono dei modelli alla stregua di concetti che dispensano da alcun controllo o approfondimento. Evidentissimo è questo carattere nei riferimenti ai modelli più diffusi, come *common law* e *civil law*, due termini il cui rispettivo campo semantico è tuttavia indefinito: per decenni essi sono apparsi ai più quali termini di un "dialogo" perché ciascuno, così si credeva, custodiva valori propri e da essi e su di essi edificava strutture giuridiche in opposizione all'altro: valori e strutture di difficoltosissima individuazione e, soprattutto, regolarmente frutto di generalizzazioni prive di sufficiente base fattuale perché connesse alle particolari esperienze degli autori e, sopra tutto, a taluni settori dell'ordinamento giuridico e non a altri.

Nel proporre i tre modelli di trust io ebbi cura di elencare gli elementi invarianti di ciascuno e

dunque, propriamente, i dati strutturali. Esistevano e esistono, ovviamente, altri dati strutturali e cioè quelli caratterizzanti la figura del trust in genere: un terreno insidiosissimo per qualsiasi studioso, che tuttavia ritenni di tracciare perché altrimenti non sarebbe stato possibile proseguire la mia indagine negli ordinamenti di diritto civile. Nel trascorrere del tempo almeno due aspetti che non avevo considerato significativi hanno acquisito notevole rilevanza negli Stati Uniti: il trust-contratto e il trust-persona giuridica. Qui non si tratta più della struttura dell'istituto giuridico, ma della sua veste o, per dirla con termine desueto, della sua sovrastruttura. Un ulteriore terzo aspetto, che invece riguarda la struttura, ha acquisito rilevanza negli Stati Uniti: il trust eterodiretto.

Nel quadro del modello internazionale erano già noti quando scrivevo movimenti che potrebbero essere definiti "centrifughi" e che contestai aspramente perché miranti a fare del trustee "uno strumento inanimato", senza tuttavia immaginare che poco dopo Jersey, Guernsey e altri Paesi avrebbero consentito al disponente di ritenere una serie impressionante di poteri, riducendo la figura del trustee ai minimi termini (2).

L'esigenza del plurale trusts è oramai imprescindibile (3). Queste pagine intendono esporre una faccia del pluralismo, quella statunitense, e valutare se e quanto i tre sviluppi sopra richiamati -etero-direzione, persona giuridica, contratto - siano in contrasto con il trust del modello inglese.

---

**Maurizio Lupoi** - Prof. emerito di Sistemi giuridici comparati e Presidente della Corte per il trust e i rapporti fiduciari della Repubblica di San Marino

### Note:

(1) M. Lupoi, *Trusts*, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2001, pagg. 418-422.

(2) *Ibid.*, pag. 408.

(3) Intitolai la mia monografia del 1997 *Trusts* e spiegai nelle prime pagine perché fosse necessario usare il plurale.

## ■ Il trustee eterodiretto

Lo “Uniform Directed Trust Act” (in breve “UDTA”), redatto da una commissione presieduta dal professore Robert H. Sitkoff dell’Università di Harvard, è stato approvato nel luglio 2017 dalla National Conference of Commissioners on Uniform State Laws (4); esso è indirizzato ai trust che vedono, a fianco dei trustee, altre persone incaricate di compiti specifici (5).

Questa è una nota configurazione dei trust statunitensi i quali, anche sotto profilo, si distaccano dalle evoluzioni internazionali. Da moltissimo tempo essi hanno sperimentato una tendenza a frazionare le funzioni gestionali, specialmente per quanto riguarda gli investimenti finanziari, attribuendone alcune a consulenti, detti usualmente *trust advisor*. Tuttavia, negli USA non è stato elaborato il *protector* quale figura inerente la configurazione del trust (6). Il *protector* è emerso all’attenzione dei pratici e degli studiosi probabilmente in occasione delle controversie riguardanti gli *asset protection trust* istituiti da residenti americani all’estero, specialmente in Cook Islands, e caratterizzati dalla presenza di *protector*, legittimati dalle leggi locali (7). La giurisprudenza specifica è quasi inesistente e fino a qualche anno fa non esisteva alcun precedente in proposito (8).

Lo UDTA opera sulla nozione di *power of direction* e, guardando al suo titolare, di *trust director*.

Il *power of direction* è un potere attribuito a una persona che non sia un trustee del trust: esso può esplicarsi in materia di investimenti, gestione, perfino distribuzione del fondo in trust o in qualsiasi altro ambito della vita di un trust (9). Il *trust director* è parificato a un trustee per quanto riguarda la natura dei suoi poteri e tanti aspetti regolamentari (10), ma non è un trustee; il trustee di un trust con un *trust director* diventa allora un *directed trustee* e, in questa veste, è tenuto a conformare la propria condotta a quella, attiva o omissiva, del *trust director* fino al limite della *willful misconduct*. In caso di dubbio, il trustee è tenuto a rivolgersi al giudice (11).

La *willful misconduct* compare spesso nel testo normativo perché è essa che stabilisce il limite della esigibilità delle richieste che il *trust director* faccia al trustee o dell’affidamento che il secondo possa porre sulle informazioni trasmessegli dal primo (12). Altrimenti, il trustee non deve ostacolare il *trust director*: il progetto arriva a disporre che il trustee non è tenuto a rappresentare al disponente o ai beneficiari che egli avrebbe agito, in uno specifico caso, diversamente da quanto ha fatto il *trust director* (13).

Non si tratta di una soluzione originale perché il Delaware aveva già promulgato una legge con queste caratteristiche e specificamente con il riferimento alla *willful misconduct* (14), mentre la richiesta di una normativa sul *trust director* aveva comunque prodotto varie soluzioni in quasi quaranta stati degli USA. Molti altri stati consentono trust con figure paragonabili al *trust director*, anche in mancanza di specifiche normative oppure sulla base della section 808 dello Uniform Trust Code (negli stati che lo hanno adottato). Quest’ultima disposizione, intitolata *Power to direct* permette la figura di chi ha *power to direct* certe azioni del trustee, ma non chiarisce quale sia la responsabilità di quest’ultimo e neanche la posizione del *director*, perché vi è solo una presunzione che i poteri di quest’ultimo siano fiduciari. Durante i lavori della Uniform Law Commission era stata sostenuta la linea di rendere il trustee sempre irresponsabile qualora avesse seguito le prescrizioni del *trust director*, ma alla fine si decise diversamente.

La pratica professionale sta ricorrendo sempre più frequentemente al *trust director* per una serie di ragioni (15).

### Note:

(4) La Conferenza, detta anche Uniform Law Commission, è un autorevole organismo, istituito nel 1892, del quale fanno parte oltre trecento giuristi, docenti, giudici (gli uni e gli altri purché iscritti come avvocati) e avvocati, nominati dai singoli stati dell’unione con la finalità di elaborare testi di legge da sottoporre ai parlamenti statali. La produzione della Conferenza è stata impressionante, avendo superato i trecento testi. Molti fra le leggi da essa prodotte hanno avuto una accoglienza quasi generale, talvolta con modificazioni introdotte dai parlamenti statali in occasione della loro ricezione, mentre altre (per esempio, nel campo della proprietà immobiliare) sono state un fallimento.

(5) Il testo è pubblicato *infra*, pag. 446.

(6) Lo studioso che maggiormente se ne è interessato è A.A. Bove, del quale v. *Trust Protectors: A Practice Manual with Forms*, 2014.

(7) Per esempio, nelle leggi di Cook Islands dal 1989. Sugli effetti di queste controversie v. R.C. Ausness, “When is a Trust Protector a Fiduciary?”, in 27 *Quinnipiac Prob. LJ* 277 (2014).

(8) Circa i precedenti, al momento l’unico pare essere, in Missouri, *Robert McLean Irrevocable Trust v. Patrick Davis, P.C.*, 283 S.W.3d 786 (Mo. App. S.D. 2009).

(9) “Means a power over a trust granted to a person by the terms of the trust to the extent the power is exercisable while the person is not serving as a trustee. The term includes a power over the investment, management, or distribution of trust property or other matters of trust administration.” Sect. 2(5).

(10) Per esempio, accettazione, garanzie, compenso, recesso, nomina del successore: section 16.

(11) Sect. 9.

(12) Section 10.

(13) Section 11.

(14) Del. Code Ann. tit. 12, § 3313 (2016), che definisce *willful misconduct*: “The term ‘willful misconduct’ means intentional wrongdoing, not mere negligence, gross negligence or recklessness”.

(15) L’analisi che segue si è giovata delle considerazioni svolte da D.A. Diamond - T.A. Flubacher, “The Trustee’s Role in Directed Trusts”, in 149 *Trusts & Estates*, 2010, 24 e da M.M. Gordon, “Directed Trusts, Trust

(segue)

Una ragione dipende dal successo riscosso da alcuni stati degli Usa nell'attrarre trust da altri stati o che altrimenti sarebbero istituiti in altri stati; è un po' come in Europa per i trust delle isole del Canale o caraibiche o del Pacifico: i trustee sono lontani e i beneficiari ansiosi cercano una sponda nel proprio Paese, usualmente ricorrendo al *protector*. Questo, tuttavia, è un rimedio indiretto; il *trust director* è certamente più efficace perché sposta l'attribuzione di certi compiti dal lontano trustee al vicino *trust director*.

Un'altra ragione riguarda i trust che ereditano investimenti gestiti da una specifica struttura, non disposta a accettare l'incarico di trustee del trust, ma più che felice di rimanere quale gestore e quindi sostanzialmente gravata dalle stesse responsabilità di prima.

Un terzo caso si verifica riguardo la discrezionalità, per esempio in materia di distribuzione di reddito ai beneficiari; in luogo di un guardiano che "suggerisce" al trustee, sembra più efficiente un trustee specializzato, che decida al posto del trustee.

Un trustee obbligato a seguire quanto il *trust director* gli ordina nelle materie di propria competenza è probabilmente anche un trustee meno costoso e comunque semplifica il quadro delle comunicazioni con i beneficiari e del rendiconto qualora - e questo è un dato irrinunciabile per ottenere tutti i benefici del *directed trust* - il trustee sia totalmente scisso dal *trust director* e quindi non ne debba valutare le decisioni. L'UDTA si è mosso precisamente in questa direzione, mentre la quasi totalità delle leggi statali (escluso il Delaware) lascia margini di incertezza e quindi di rischio e di conseguente inefficienza.

## ■ Il trust persona giuridica

Si è sempre insegnato che trust e fondazioni sono ai rispettivi estremi dello spettro della soggettività giuridica, se non altro perché la seconda ha personalità giuridica e il primo non solo non la ha, ma ripugnerrebbe se l'avesse. Tutto ciò non è più vero.

Anche in questo campo si è mosso per primo il Delaware ("Delaware Statutory Trust Act"), rapidamente seguito dal Massachusetts ("Massachusetts business trust"), da una trentina di altri stati e dalla National Conference of Commissioners on Uniform State Laws. Il testo da quest'ultima licenziato nel 2009 sotto il titolo di Statutory Trust Entity Act (in breve "USTEA") (16), però, non ha incontrato successo e soltanto due parlamenti statali lo hanno sinora adottato (17). Eppure era forte il convincimento che

esistesse il bisogno di trust entificati, principalmente per lo svolgimento dell'attività di impresa (18).

Fra i vantaggi della entificazione si indicava la maggiore scorrevolezza gestionale: un trust-ente può agire e essere convenuto in giudizio senza la complicazione di dovere operare per il tramite di un trustee i cui poteri variano da trust a trust e che, inoltre, può cambiare nel corso del processo; lo stesso ovviamente vale per la stipulazione di contratti. Gli autori della proposta di legge uniforme hanno voluto caratterizzare il trust-ente come una forma di organizzazione imprenditoriale e ne hanno quindi interdetto l'impiego in contesti caratterizzati da prevalenti finalità liberali (19).

Una delle tante diversità rispetto agli ordinari trust è la pubblicità, obbligatoriamente data al trust-ente per mezzo del deposito in un ufficio pubblico di un certificato attestante la costituzione del trust e le sue principali disposizioni, che è soggetto a una sommaria omologazione (20). Di qui la possibilità di ottenere certificati di vigenza come per le società commerciali (21).

Centrale nel lavoro della commissione redattrice dell'USTEA è stato il raffronto con le regole applicabili ai trust ordinari perché, da un lato, non si sarebbe potuto escluderle in massa, rischiando di creare un istituto privo di punti di riferimento, e, dall'altro, era necessario valutare quali fossero i profili innovativi, tuttavia da disciplinare in maniera compatibile rispetto alle regole ordinarie: per esempio, la durata è stata definita come "perpetua" (22) ed è stata sancita la compatibilità fra essere trustee e essere unico *beneficial owner* (23). È così che sono state definiti *ex novo* i criteri della condotta del trustee rispetto alle tradizionali prospettazioni delle obbligazioni fiduciarie e ci si è ispirati ai criteri prevalenti con riferimento alla

### Note:

(continua nota 15)

Protectors, Private Trust Companies and Other Bells and Whistles" (relazione al 10.mo congresso dell'International Estate Planning Institute, 13 marzo 2014).

(16) Il testo, troppo lungo per essere riprodotto in questa Rivista, può essere letto nel sito della Uniform Law Commission all'indirizzo [http://www.uniformlaws.org/shared/docs/statutory\\_trust\\_entity/ustea\\_final\\_09.pdf](http://www.uniformlaws.org/shared/docs/statutory_trust_entity/ustea_final_09.pdf).

(17) District of Columbia e Kentucky (informazioni al 31 dicembre 2017).

(18) Cfr. J.H. Langbein, "The Secret Life of the Trust: The Trust as an Instrument of Commerce", in 107 *Yale L.J.* 165 (1997); il professor Langbein ha fatto parte della commissione che ha elaborato la proposta di legge uniforme.

(19) Section 303: non consente la costituzione di trust-ente che abbiano "a predominantly donative purpose".

(20) Section 201.

(21) Section 206.

(22) Section 306 (a).

(23) Section 306 (d).

condotta degli amministratori di società commerciali, dettando due precetti: “*a trustee shall act in good faith and in a manner the trustee reasonably believes to be in the best interests of the statutory trust*” e “*A trustee shall discharge its duties with the care that a person in a similar position would reasonably believe appropriate under similar circumstances*” (24). Qui la commissione si è allontanata sia dal diritto dei trust sia dalla legge del Delaware, che non se la era sentita di assumere una posizione così radicale e che aveva prescritto che si applicassero le norme vigenti per i trust ordinari in mancanza di diversa disposizione statutaria.

Interessante, in conclusione, il concetto di *series*, corrispondente alla nostra pratica in materia di sottofondi: lo statuto del trust può prevedere che taluni beni siano attribuiti a una *series*, la quale può avere uno specifico scopo e gode di un regime di vera segregazione nel senso che le obbligazioni nascenti dall'attività riferita a una *series* possono essere fatte valere solo su tale *series* e che obbligazioni relative al trust in genere o alle altre *series* non possono essere fatte valere su di essa (25).

## ■ Il trust contratto

Nel linguaggio dei giuristi di diritto civile è solo da poco che si è smesso di udire l'espressione “contratto di trust”, che da noi aveva arruolato anche studiosi di primo piano. Nel linguaggio della gente ordinaria quella espressione è ancora frequente e la ragione è semplice: nel comune modo di percepire un trust compare un disponente che trasferisce beni a un trustee e gli chiede di impiegarli in un certo modo - difficile non concludere di non essere in presenza di un contratto.

Dall'articolo del professor Langbein del 1995 sulla visione contrattuale dei trust (26) è sembrato si affermasse una nuova impostazione, che avrebbe fatto venire meno uno fra i massimi punti di differenziazione fra *common law* e *civil law*. Sia il trust eterodiretto che il trust-ente si collocano armoniosamente in questa visione perché il primo supplisce al fatto che il disponente non può contrarre con il trustee come farebbe con un mandatario e allora egli contrae con il *trust director* e lo prepone a specifiche funzioni; il secondo permette al disponente, divenuto fondatore o socio promotore, di riservarsi qualsiasi diritto e potere che potrebbe riservarsi in uno statuto societario. Proprio questi inquadramenti, però, mostrano la refrattarietà del trust agli inquadramenti contrattuali.

È probabile che il momento contrattualista sia passato, ma una parola va detta circa la sua insostenibilità

perché esso annovera ancora sostenitori. Anzi, occorre dire tre parole.

La prima parola, tornando a quanto ho scritto al principio di queste note sulla necessità del plurale, è trusts. L'analisi giuridica non ignora che esistono molte tipologie di trust che non si riconoscono in quella sommaria descrizione (27): in primo luogo i trust testamentari, poi i trust autodichiarati, poi i *trust constructive* e i *trust resulting*, direi anche i *trust implied*; certamente i trust per uno scopo *charitable* e gli *investment trust*. Non sembra efficiente una soluzione che ulteriormente frammenti l'attuale (per lo meno apparente) unità concettuale.

La seconda parola è *equity*. È certo che istituti analoghi al trust possono esistere anche dove non vige l'*equity* e perfino che in certe applicazioni questi istituti appaiono maggiormente efficaci, ma è parimenti certo che in nessun ordinamento giuridico laico la coscienza svolge ruoli minimamente comparabili al ruolo che le ha assegnato la *common law* e che, in mancanza, nessun altro concetto o istituto è in grado di svolgere: certo non il contratto, come mostrano le contestazioni della libertà contrattuale classicamente intesa, tanto risalenti che riproposte e estese e meglio indirizzare negli ultimi decenni.

La terza parola è “rimedio”. I rimedi contrattuali possono condurre alla distruzione del rapporto giuridico e questo è esattamente il contrario delle soluzioni che offre l'*equity*: nel guardare ai beneficiari quali “proprietari equitativi”, l'*equity* necessariamente tiene il rapporto in piedi qualunque cosa avvenga e mai permette al disponente di tornare sulla scena. Qui assistiamo a un altro allontanamento americano dal modello inglese, precisamente fotografato e fortificato da un altro prodotto della National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, il Trust Code che, nell'art. 6, lascia i trust revocabili interamente nelle mani del disponente e dispone che il trustee sia obbligato verso il disponente e non verso i beneficiari (28).

### Note:

(24) Section 505.

(25) Article 4.

(26) J.H. Langbein, “*The Contractarian Basis of the Law of Trusts*”, in 105 *Yale L.J.* 625 (1995).

(27) Langbein ha escluso quasi tutte le tipologie che seguono (e anche altre, come i trust commerciali) dall'oggetto della sua analisi contrattualistica.

(28) Section 603.

# La *donatio mortis causa* - II Parte\*

di **Matteo Patrone**

Prosegue l'analisi dell'istituto della *donatio mortis causa*. In particolare, l'autore individua i caratteri fondamentali di tale particolare donazione nel diritto inglese.

## ■ La *donatio mortis causa* nel diritto inglese

Per comprendere al meglio le vicende dell'istituto in Inghilterra, viste le particolarità del diritto inglese, sembra opportuno illustrare l'evoluzione storica dell'istituto.

La *donatio mortis causa*, con le caratteristiche del diritto comune (1), penetra nel diritto inglese fin dalle origini (2): la troviamo infatti già nel *De Legibus et Consuetudinibus Angliae* (scritto, probabilmente, prima del 1235 d.C.) ed è - ormai - pacifico che Bracton (l'autore) avesse conosciuto il *Corpus giustiniano* (soltanto) attraverso la *Summa codicis* di Azzone (3).

È noto che l'opera presenta molti riferimenti al diritto civile: in alcuni casi, con intento squisitamente divulgativo; in altri, utilizzandolo quale termine di paragone, con il fine di compararlo al diritto inglese; in altri ancora, quale fonte del diritto (4).

Nelle parti in cui si fa riferimento alla DMC - contenute nella sezione *De acquirendo rerum dominio* - le fonti civilistiche sembrano essere utilizzate in quest'ultimo senso, in quanto parte del diritto inglese dell'epoca (5).

Secondo Bracton, si possono individuare tre tipi di *donatio mortis causa*: i) quella effettuata avendo in mente il generico pensiero di morte; ii) quella effettuata avendo in mente un pericolo concreto di morte, nella quale il donatario acquista i beni alla morte del donante ed infine iii) quella, sempre correlata ad un pericolo concreto, nella quale però il donatario acquista immediatamente la proprietà dei beni.

Tuttavia, lo stesso Bracton sembra poi specificare che la *donatio mortis causa* vera e propria è soltanto quella dotata delle seguenti tre caratteristiche (6):

- effettuata in vista di un pericolo concreto;
- che diventa definitiva soltanto alla morte del testatore; e
- che è revocabile (7) (anche se soltanto quando il pericolo di morte viene meno (8), come già sostenuto dai glossatori) (9).

Matteo Patrone - Avvocato in Genova, Dottore di Ricerca in Diritto Privato, Diritto Romano e Cultura Giuridica Europea

(\* ) La prima parte di questo saggio è stata pubblicata nel numero 3 della Rivista, a pag. 257 ss.

### Note:

- (1) M. Lupoi, *Trusts*, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2001, pagg. 92-93.
- (2) Si prende come punto di riferimento la conquista normanna dell'Inghilterra, avvenuta nel 1066 d.C. con la battaglia di Hastings.
- (3) P. Stein, *Roman Law in European History*, Cambridge, 1999, pag. 63 e, con riferimenti più generali alla sua conoscenza del diritto europeo/continentale v. T. McSweeney, "English Judges and Roman Jurists: The Civilian Learning Behind England's First Case Law", in *Temple Law Review*, vol. 84, n. 4, summer 2012, pagg. 835-836.
- (4) P. Vinogradoff, "The Roman Elements in Bracton's Treatise", in 32 *Yale L. J.*, (1922-1923), pag. 751 ss.; G.E. Woodbine, "The Roman Element in Bracton's *De Acquirendo Rerum Dominio*", in 31 *Yale L. J.*, 1922, pag. 827 ss.
- (5) A. Borkowski, *Deathbed Gifts. The Law of Donatio Mortis Causa*, Oxford, 1999, pag. 8.
- (6) "Est inter alias donationes *donatio mortis causa* quæ morte confirmatur, cuius tres sunt species. Una, cum quis nullo praesentis periculi metu conteritur, sed sola cogitatione mortalitatis donat. Alia, cum quis imminente periculo mortis commotus ita donat ut statim fiat accipientis. Tertia, si quis commotus periculo non dat sic ut statim fiat accipientis, sed tunc demum cum mors fuerit insecuta. Et mortis causa *donatio* multiplex esse poterit, ut si quis contemplatione vel suspitione mortis alicui dat, cuiusmodi donationes sæpe fiunt ab ægotantibus, vel ab eis qui in aciem sunt ituri, vel per mare navigaturi vel peregre profecturi: et in se tacitam habent conditionem ut huiusmodi donationes revocentur si ægotus convalescerit, si miles ab acie redierit, si nauta a navigatione, et peregrinus a peregrinatione. Et donationes quæ sic fiunt propter mortis suspitionem, morte testatoris confirmantur: et sic fiunt, ut si quid humanitus contigerit de testatore, habeat is cui legatum est. Si autem convalescat, retineat vel rehebeat legatum, vel si prius moriatur ille cui legatum est. Et si duo qui sibi invicem mortis causa donaverint pariter decesserint, neutrius heres repetet quia neuter alteri supervixit. Et est re vera talis *donatio mortis causa* cum testator rem legatam se ipsum magis habere voluerit quam eum cui legata fuerit, et eum cui legata est magis quam heredem suum. Si autem sic donetur mortis causa ut nullo casu revocetur, causa donandi magis est quam mortis causa *donatio*, et ideo perinde haberi debet sicut alia quævis inter vivos *donatio*, et ideo inter viros et uxores non valet. Mortis causa donare licet non tantum infirmæ valetudinis causa, sed periculi et propinquæ mortis ab hoste vel a prædonibus, vel ob hominis potentis crudelitatem vel odium, aut causa navigationis vel peregrinationis imminente, aut si quis fuerit per insidiosa loca iturus: hæc enim omnia instans periculum demonstrant". (H. Bracton, *De Legibus et Consuetudinibus Angliae*, vol. II, pagg. 177-178).
- (7) Non solo: quando la donazione, seppur a causa di morte, se viene stipulata in modo tale da essere irrevocabile, deve essere considerata una normale donazione.
- (8) Che si è vista essere l'opinione di Azzone.
- (9) V. *supra*.

Successivamente l'istituto è ripreso nelle opere dei *civilians*: ne parlano sia Swinburne (10), sia Wood (11).

Il primo riprende l'analisi di Bracton, distinguendo le stesse tre categorie di *donatio mortis causa* (12). Wood, invece, al pari di Bartolo (13), ritiene che la *donatio mortis causa* - in quanto contratto (o, più correttamente, *contract*) (14) - richieda l'accettazione del donatario (15).

A questo punto, è necessaria una precisazione.

Fino al XVII secolo, troviamo discussioni in merito alla *donatio mortis causa* in (quella che oggi definiremmo) dottrina; mentre, nella giurisprudenza inglese, o meglio nei *report*, non vi è traccia di decisioni sul tema.

Il fenomeno è spiegabile in quanto la DMC, come detto, almeno in un primo momento (16), necessita della consegna materiale (*traditio*) dei beni donati: in forza di ciò, si potevano donare (a causa di morte) soltanto beni mobili (17); e le controversie successorie relative a tali beni (sicuramente compresi nella

locuzione inglese *personal property*) (18) erano di competenza esclusiva delle Corti ecclesiastiche (19).

Pertanto, è molto probabile che la *donatio mortis causa* sia stata effettivamente utilizzata (si spiegherebbero così i richiami della dottrina già dal XIII secolo), ma che, in quanto riferibile soltanto ai beni mobili, le relative controversie siano sfuggite alla giurisdizione di *common law* in favore di quella ecclesiastica; anzi, è stato addirittura sostenuto che la DMC è stata trapiantata nel diritto inglese proprio attraverso le Corti ecclesiastiche (20).

Ciò è confermato anche dal fatto che, secondo la giurisprudenza di *common law*, nel caso di premorienza del cedente, l'attribuzione di un bene ad un soggetto, viene di norma considerata un testamento (21): di conseguenza, molto probabilmente, quelle che oggi potremmo definire *donationes mortis causa* all'epoca erano considerate testamenti (o codicilli) nuncupativi, certamente ammessi (22).

La situazione cambia con lo *Statute of Frauds*: questo, infatti, ha introdotto regole ben precise sulla forma

#### Note:

(10) H. Swinburne, *A Treatise of Testaments and Last Wills: compiled out of the laws ecclesiastical, civil, and canon, as also out of the common law, customs and statutes of this realm*, vol. I, Parte I, § VII. *The Definition of Gift in Consideration, or Because of Death* (7<sup>a</sup> ed., Londra, 1803).

(11) T. Wood, *A new institute of the imperial or civil law*, vol. II, Londra, 1704, pag. 169 ss., secondo il quale la *donatio mortis causa*, al pari di quella *propter nuptias* è "the Contrivance of the Civil and a Positive law". È poi lo stesso Wood a dire che gran parte del diritto civile (*civil law*) è ormai apertamente integrante del diritto inglese: "a great part of the Civil Law, is part of the Law of England" (nella prefazione a pag. XI).

(12) Il riferimento è chiaramente a D. 39.6.2. in particolare, anch'egli ritiene che due tipologie (quella effettuata pensando genericamente alla morte e quella effettuata in vista di un pericolo concreto, ma in cui il donatario acquista immediatamente la proprietà di quanto donato) debbano essere considerate come normali donazioni; mentre quella effettuata in vista di un pericolo concreto ma destinata ad avere effetto soltanto alla morte del donante, qualora avvenga prima di quella del donatario e la donazione non è stata revocata, possa essere considerata una *donatio mortis causa* vera e propria e quindi accomunata alle disposizioni testamentarie ("The Third is when any being in peril of death doth give something, but not so that it shall presently be his that received it, but in case the giver do die. This last kind of gift is that which is compared to a legacy" - H. Swinburne, *A Treatise of Testaments and Last Wills*, [supra, nota 148], § VII.).

(13) V. supra.

(14) "These gifts by reason of death have the form of a contract" (T. Wood, *A new institute of the imperial or civil law*, [supra, nota 149], pag. 176).

(15) "It must be made in the presence of each other, or by messenger or letters and accepted by the Receiver" (T. Wood, *A new institute of the imperial or civil law*, [supra, nota 149], pag. 176).

#### Note:

(16) V. *infra*.

(17) La donazione di beni immobili sarà possibile soltanto successivamente. Sul punto v. R. Hyland, *Gifts: A Study in Comparative Law*, Oxford, 1999, pag. 458.

(18) La *personal property* non era tutelata dal *common law* e quindi un'eventuale violazione della disposizione testamentaria non viene tutelata attraverso il risarcimento in forma specifica, ma solo per mezzo di quello per equivalente. Per una precisa delucidazione sui concetti di *personal* e *real property* v. M. Lupoi, *Appunti sulla real property e sul trust nel diritto inglese*, Milano, 1971, pag. 135. Per ragioni di semplificazione, in questa sede, ci si limita a rilevare che - con grandissima approssimazione - è possibile identificare la *real property* con la categoria dei diritti reali sui beni immobili e la *personal property* con i diritti reali sui beni immobili (v. sul punto S. Bartoli, *Il Trust*, Milano, 2001, pag. 39 ss.).

(19) Le quali, appunto, perlomeno dal XII secolo, avevano giurisdizione sulle disposizioni testamentarie ad eccezione di quelle relative agli immobili. V. R.B. Outhwaite, *The Rise and Fall of the English Ecclesiastical Courts*, Cambridge, 2006, pag. 7; R.H. Helmholz, *The Oxford History of the Laws of England: The History of the Canon Law and Ecclesiastical Jurisdiction from 597 to the 1640s*, Oxford, 2004, pag. 76 ss.; E. Calò, *Dal probate al family trust*, Milano, 1996, pag. 6.

(20) A. Braun, "Will-Substitutes in England and Wales", in *Passing Wealth on Death: Will-Substitutes in Comparative Perspective*, Oxford, 2016, pag. 187.

(21) *Ousley v. Carrol*; *Shargold v. Shargold* e ancora il più recente *Cosnahan v. Grice* (del 1862); quest'ultima era un secondo grado in cui si è impugnata proprio una decisione di una Corte ecclesiastica (per precisione, dell'Isola di Man).

(22) A. Borkowski, *Deathbed Gifts*, [supra, nota 143], pag. 8. Tanto è vero che, in *Ward v. Turner* (2 Ves. Sen. 431; 28 E.R.R. 275), Lord Hardwicke ha affermato che una *donatio mortis causa* priva della *traditio* deve essere considerata un testamento nuncupativo ("would be the same as a nuncupative will"). Inoltre, ad ulteriore conferma di quanto sopra, quest'ultimo si è rammaricato del fatto che le DMC non fossero state abolite dallo *Statute of Frauds* del 1677 ("it was a pity the stat. of frauds [così nell'originale, N.d.R.] did not set aside all these kinds of gifts"): in tal modo viene anche confermato l'utilizzo di tali donazioni nel periodo precedente all'entrata in vigore dello *Statute*.