

Giovanni Diurni

*Fides e fiducia nel dibattito attuale \**

SOMMARIO: 1. Storia e tradizione giuridica – 2. La rimodulazione e i significati di *fides* – 3. Dalla *publica fides* alla *bona fides* – 4. Negozio fiduciario e il catalogo delle fiducie – 5. La *causa fiduciae* – 6. La prassi delle fiducie

## 1. Storia e tradizione giuridica

L'interesse degli storici del diritto sul fenomeno fiduciario si innesta coerentemente nel dibattito e nell'approfondimento scientifico attuali<sup>1</sup>. Le indagini storico-giuridiche sono però produttive di risultati se ricercano e analizzano quei materiali nella loro realtà normativa con i significati e le funzioni che sono loro propri, desunti dall'esperienza giuridica di allora. Quest'ultima è ben lontana in ogni caso da costruzioni dottrinali, adatte piuttosto a rendere più agevole - come è compito della scienza - l'impiego dei negozi fiduciari nell'esperienza giuridica attuale, rapportandoli, rendendoli coerenti alla normativa ed adattandoli ai principi dell'ordinamento di riferimento. L'individuazione dei meccanismi del negozio fiduciario nei sistemi normativi storicamente conclusi deve necessariamente prescindere dalla sistemazione successiva delle due figure della fiducia romana e della fiducia germanica<sup>2</sup>. Pur sussistendo la consapevolezza del pericolo

\* Testo – in parte diverso e con apparato di note – della relazione tenuta presso l'Università di Bergamo nel Convegno *La fiducia e i rapporti fiduciari tra diritto privato e regole del mercato finanziario*, di cui alla nt. 1.

<sup>1</sup> E. Ginevra, *La partecipazione fiduciaria in Spa*, Torino, 2012, *passim*; Id., *La fiducia: il fenomeno e le tipologie. Fiducia "romanistica", "germanistica", "anglosassone"*, in AA.VV., *La fiducia e i rapporti fiduciari tra diritto privato e regole del mercato finanziario - Atti del Convegno, Bergamo 22-23 aprile 2012*, a cura di E. Ginevra, Milano 2012, pp. 127 e ss.

<sup>2</sup> Cfr. A. Gentili, *Società fiduciaria e negozio fiduciario*, Milano, 1978, *passim*; Id., *La fiducia, Manuale di diritto privato europeo*, II, Milano 2007, pp. 607 e ss.; da ultimo Id., *La fiducia: tipi, problemi (e una proposta di soluzione)*, in *La fiducia*, cit., pp. 31-96, ove l' a., delineando 12 tipologie di fiducia, constata l'insufficienza delle costruzioni dogmatiche sulla fiducia, sottolineando al tempo stesso la necessità di ridefinire le funzioni del negozio. Relativamente alle indagini storico-giuridiche e il rischio dell'attualizzazione rinvio a G. Diurni, *Fiducia. Tecniche e principi negoziali nell'alto Medioevo*, I, Torino 1992, pp.3 e ss. Per le problematiche sul negozio giuridico ancora utile è la lettura di F. Calasso, *Il negozio giuridico. Lezioni di storia del diritto italiano*, Milano 1967 (II ediz.), pp. 27 e ss.; cfr. AA.VV., *Tradizione civilistica e complessità del sistema. Valutazioni storiche e prospettive della parte generale del contratto*, a cura di F. Macario e M.N. Miletti, Milano 2006, con contributi di I. Birocchi, E. Navarretta e G.P. Massetto. Per quanto concerne l'esperienza giuridica medievale vanno sottolineate le varietà delle soluzioni in tema negoziale relativamente alla coesistenza di regimi normativi sia di matrice romana sia di matrice barbarica, primi tra tutti quello longobardo e quello longobardo-franco, i quali escludono che si possa considerare il periodo dei *regna* barbarici un'età primitiva e limitarsi a valutare quelle società come primitive con « preminenza » della comunità come attore sociale e la realtà come unico momento costitutivo delle relazioni giuridiche: cfr. R. Volante, *I giuristi e il contratto*, in *Contributo Italiano la storia del pensiero*, Enciclopedia italiana, sez. diritto, Roma 2012, sulla scorta di P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari 1995, *passim*. Sul tema dei contratti nel periodo medievale, cfr. G. Astuti, *I contratti obbligatori nella storia del diritto italiano*, I, Milano 1952; U. Petronio, *Sinallagma e analisi strutturale dei contratti all'origine del sistema contrattuale moderno*, in AA.VV., *Towards a General Law of contract*, Berlin 1990, pp. 215 e ss., con saggi anche di J. Bart, I. Birocchi, R. Feenstra; Id., *Spunti su consenso e contratto nei giuristi culti*, in AA.VV., *Legge, giudice, giuristi*, Atti del Convegno tenuto a Cagliari nei giorni 18-21 maggio 1981, Milano 1982, pp. 203-225.

dell'attualizzazione, sovente non è percepita però l'insidia – e le conseguenze che ne derivano – dell'impiego delle discipline risalenti di una fattispecie, assunte quali dati indiscussi ed esempio di percorsi normativi certi e traditi come tali, per assegnare alle due specie di fiducia una validità di disciplina per una presunta continuità razionalmente coerente. Queste operazioni, se assunte dallo storico quale parametro, portano ad attribuire all'esperienza giuridica connotati inadeguati – ancorché logicamente appropriati –, e l'approccio rientrerebbe in una operazione di *Begriffsjurisprudenz*<sup>3</sup>, storicamente sterile per metodo e risultati. L'indagine storiografica, già di per sé difficoltosa per la molteplicità delle indicazioni, a volte divergenti, e per l'insufficienza di ciò che risulta una volta casualmente tramandato e che comunque assume un qualche valore di testimonianza e di sintomo di una regolamentazione normativa, è in ogni caso sempre lacunoso e parziale<sup>4</sup>. Sarà del tutto inadeguata nello stesso modo e nella stessa misura l'analisi del giurista positivo, pur agevolata e alimentata dalla certezza della fonte legislativa, quando si attarda appunto in operazioni definitorie, ritenendole il presupposto necessitato e privilegiato per inquadrare le fattispecie giuridiche. È pur vero che sussistono difficoltà relativamente alla ricerca storico-giuridica: quando manchi la serena e lucida consapevolezza di quella imprecisione, che denota ogni costruzione giuridica in funzione storiografica – dovendosi accontentare di testimoni a volte incerti e lacunosi –, e quando la ricerca stessa ripete la molteplicità delle determinazioni scolpite nelle sole testimonianze tradite, potrà succedere che l'ingenuità dell'analisi o addirittura l'erroneità degli assunti inducano a trattare la normazione stessa – sottesa appunto ai dati lacunosi – come un fossile. Ciò può avvenire se il reperto giuridico, pur inserito in un sistema – come quello romano – o, quanto meno, in un regime normativo – come, ad esempio, quello germanico-longobardo<sup>5</sup> – mostra una sola superficie all'osservatore; e costui si dà a descriverla fiduciosamente nella sua unidimensionalità. Altre volte può accadere però che, assunta la normazione come per sua natura statica ed imm modificabile, la si ritenga pure scomponibile, e poi ricomponibile, in ogni suo più minuto elemento, limitandosi a commentarla come tale, restando dunque sulla soglia del fenomeno giuridico.

Evidente è la parzialità di simili impostazioni, dalle quali non è lecito aspettarsi risultati apprezzabili o utili indicazioni. Anzi ne possono scaturire conseguenze inadeguate e persino negative, laddove esse si mescolino inavvertitamente con predezioni e – come detto – con operazioni di attualizzazione, mascherate dall'irrinunciabilità dell'analisi e dal compito rivendicato dal giurista di intervenire per l'adeguamento del sistema.

Sui primi – i risultati – è sufficiente osservare che essi costantemente si riducono all'immediata visuale etnocentrica, a volte banale, che si esplicita quale canone indiscusso nell'assunto della naturale superiorità di un diritto su un altro, e persino di un periodo

---

<sup>3</sup> Sul tema la letteratura è sterminata; l'eredità e l'influenza odierne della Scuola storica sono state sintetizzate di recente da K. Tuori, *Ratio and voluntas. The Tension between Reason and Will in Law*, Burlington 2013 (2008), in part. pp. 76 e ss.; cfr. tra i più recenti A. Donati, *Parte I: tra storia e scienza del diritto: Begriffsjurisprudenz, Interessenjurisprudenz, I valori condivisi*, in "Ritorno al diritto", fasc. 8, 2008, pp. 15 e ss.; Id., *Elementa juris naturalis*, Napoli 1991.

<sup>4</sup> G. Diurni, *Fiducia*, cit., pp. 82 e ss.

<sup>5</sup> Id., *Fiducia e negozio fiduciario (Digesto)*, in *Digesto. Dir. Priv. – sez. civ.*, VIII, Torino 1992, pp. 288 e ss.; Id., *La fiducia tra scienza e tradizione*, in *Actes del I Simposi Juridic Principat d'Andorra / Republica de San Marino: El ius commune com a dret vigent: l'experiencia judicial d'Andorra i San Marino*, II, Andorra 1994, pp. 719 e ss.

storico rispetto ad un altro; e nel linguaggio della storiografia romantica a volte assumono la forma di una improbabile vocazione di questo o di quel popolo per far diritto. Si tratta di opinioni storicamente individuate, per altro meritevoli di alta considerazione, in quanto possono aver contribuito al formarsi di questa o di quella *coscienza nazionale*, tanto cara alle culture dell'800. Esse, però, proprio per tali motivi, essendo inserite ed esplicitamente finalizzate a creare sistemi, non agevolano la ricerca e per dichiarato sviamento sono inidonee a guidare l'analisi dello storico, dello storico giurista soprattutto, perché indirizzate appunto a fini diversi dal conoscere. A volte anzi, come ad es. è avvenuto per la fiducia germanica, l'assetto teorico si traduce in norma<sup>6</sup> Chi non ricorda inoltre le ingegnose ricostruzioni d'un *diritto germanico*, schietto prodotto dei laboratori positivistic; mentre dalle sublimazioni di un diritto romano, reso docile al più vario *usus modernus*, andava liberandosi la stessa storiografia romanistica. In questo caso poi si tratta per lo più del diritto romano giustiniano, che trainava con sé una lettura, a volte parziale, della *scientia iuris* formatasi nel secondo medioevo<sup>7</sup> fino alla costruzione del *mos italicus*. Per giustificarsi e contrapporsi ad altre soluzioni il regime romanistico si protegge cristallizzandosi, rivendicando un'autorità di percorsi e di soluzioni, che generano una ripetizione di assunti a volte erronei e sciatti da parte di giuristi modesti e arroganti rispetto alla scienza dei commentatori. Ciò nonostante il medesimo regime fa nascere la giurisprudenza dei Grandi Tribunali nell'epoca dell'assolutismo, da cui per altro hanno tratto linfa e spessore gli ordinamenti fino alla codificazione<sup>8</sup>.

Se lo storico però supera la soglia di cui si è fatto cenno prima, può cimentarsi a ricostruire direttamente non solo le *figurae*, ma individuare le *substantiae iuris*, persino quelle più antiche del diritto romano, soprattutto classico e pre-giustiniano. Tale diritto, e non solo polemicamente, diviene oggetto di studio per i giuristi della scuola culta, tra cui Jacques Cujas, autore tra l'altro delle *Observationes*.<sup>9</sup> per restituire all'analisi testi romani filologicamente appropriati e assunti come tali, con un interesse ravvicinato al pre-giustiniano di ascendenza teodosiana, quale criterio coerente delle fonti di *droit écrit*. Ma anche l'approccio, per quanto riguarda proprio la fiducia, alle fonti teodosiane a seguito dell'edizione di Iacopo Gotofredo del testo teodosiano si innesta nell'operazione ricostruttiva, non solo filologicamente appropriata, di un sistema definito e praticato, rimasto indenne dall'operazione compilatoria giustiniana.

Mentre il giurista positivo studia e qualifica i fenomeni nella realtà effettiva perché possano realizzarsi e rapportarsi a concrete esigenze o a necessari aggiornamenti, lo storico giurista è incline a riconoscere che nell'unità dell'esperienza possono risaltare fatti normativi non propriamente formali, e non di meno incisivi nel connotare il sistema, punti di riferimento e di raccordo fra concetti e principi; i quali a loro volta appaiono inseriti nel sistema normativo storicamente concluso. Basti considerare l'impiego che si fa di espressioni risalenti, rispetto ad un insieme di norme, al fine di individuare una o più figure. Ad un unico segno a volte viene attribuita la funzione di schema o di paradigma per la ricostruzione di un'intera disciplina o per la puntuale interpretazione di singole norme; ferme restando la diversità e l'inconciliabilità che pure sussistono tra le figure,

---

<sup>6</sup> § 185 B.G.B.

<sup>7</sup> G. Diurni, *Aspirazioni di giuridicità del medioevo d'Italia*, Torino 2011, pp. 187 e ss.

<sup>8</sup> Id., *Osservazioni sul tardo diritto comune in Italia*, in *El Dret Comú i Catalunya*, Actes del VIII Simposi Internacional (Barcelona, 29-30 de maig 1998), Barcelona 1999, pp. 197-217, ora Id., *Il ragionevole giuridico nella storia*, Torino 2008, pp. 252 e s.

<sup>9</sup> Jacopo Cuiacio, *Observationum et emendationum libri VII*, in *Opera omnia*, III, Neapoli 1722.

definite ed apparentemente circoscritte dal medesimo termine, ma appartenenti a sistemi normativi diversi o a stagioni diverse dello stesso sistema. Quella che è stata designata *interpretatio duplex* si rivela ormai come lo strumento d'elezione per l'ermeneutica giuridica, sia essa indirizzata a finalità ricostruttiva o a finalità costruttiva, sicché l'indagine faccia emergere la variazione del tema *fides* e *fiducia* nell'esperienza giuridica.

## 2. La rimodulazione e i significati di *fides*

Il tema della *fiducia* e quello (da cui trae origine) della *fides* sono emblematici in tal senso, appunto per individuare – come detto – *figurae* (*fiducia cum amico* - *fiducia cum creditore*) e *substantiae iuris* (*fides* – *fiducia*) nate in un determinato contesto e poi adattatesi ad altri fini e all'interno di sistemi successivi. L'attenzione dei giuristi italiani e della stessa giurisprudenza si è, però, rivolta, tranne qualche autorevole eccezione<sup>10</sup> a giustificare l'impiego della fiducia romana nell'esperienza attuale, piuttosto che ad individuarne i caratteri peculiari, che la legittimassero quale figura autonoma e definita, da affiancare agli strumenti negoziali tradizionali e tipicizzati. L'analisi tende a costruire (e così disporre di) un negozio teoricamente giustificato, duttile e appropriato, che renda possibile al tempo stesso superare i rigidi e formali strumenti legali, refrattari per loro natura e per intrinseca inadeguatezza ad adattarsi alla mutata realtà economico-patrimoniale. In tal modo si privilegia, personalizzandolo, il rapporto tra soggetti, costituito appunto dal legame fiduciario, ove è messa in gioco la titolarità di un diritto (momento dispositivo) in favore di un soggetto, che lo acquista ed esercita in modo pieno, ma temporaneamente, dovendolo ritrasferire al fiduciante o ad un beneficiario dal medesimo designato, gestendolo comunque con pieni poteri nell'interesse del fiduciante o di un terzo indicato dal medesimo. Perché il negozio possa operare e con esso si realizzi una tutela efficace ed effettiva degli interessi, il connotato essenziale dell'affidamento non inerisce semplicemente la qualità del soggetto investito, come nei negozi di fiducia caratterizzati dall'*intuitus personae*, ma è sostanza del rapporto. Si tratta di quella fiducia che realizza e salvaguarda comunque gli interessi e le *res* di chi ne è titolare disponente (fiduciante) e che rappresenti, dunque, una oggettivazione della *fides*, costitutiva di un legame e di un vincolo ineludibili per il fiduciario. La *fides* è generativa di effetti e dunque sostiene obbligazioni.

D'altra parte il sistema a legge formale costituisce di per sé una normativa, i cui capisaldi per la costruzione dell'autonomia privata, pur riferendosi necessariamente alla tradita ripartizione di *personae*, *res*, *actiones*, sono costruiti sulla titolarità e sull'esercizio dei diritti di una proprietà piena ed assoluta, qualificata come tale in termini di *dominium* e non divisibile nell'esercizio delle inerenti facoltà. Il relativo sistema di pubblicità, per quanto concerne la proprietà immobiliare, non consentirebbe altri tipi di proprietà, tenuto conto del *numerus clausus* dei diritti reali, da cui discenderebbe, persino, un sistema dei contratti subordinato alla proprietà<sup>11</sup>. Ne sarebbe travolta anche la proprietà fiduciaria, che realizza

---

<sup>10</sup> E. Ginevra, *La partecipazione fiduciaria*, cit., pp. 9 e ss.; Id., *La fiducia: il fenomeno e le tipologie*, cit., pp. 514 e ss.; M. Bianca, *La fiducia attributiva*, Torino 2002, pp. 3 e ss., *passim*.

<sup>11</sup> Cfr. E. Messina, *Negozi fiduciari. Introduzione e parte generale*, Città di Castello 1910, ora Id., *Scritti giuridici*, I, Milano 1948, pp. 105 e ss., 136 e ss.; S. Pugliatti, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in "Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche", 1948, pp. 182 e ss., ora Id., *Diritto civile. Metodo, teoria, pratica*, Milano 1951, pp. 201 e ss. La successiva letteratura giuridica non si è discostata di molto dal dibattito di allora 'sulla proprietà' e 'sulle proprietà' [cfr. G. Diurni, *Fiducia*, cit., p. 23], comunque di molto arricchito dalle analisi sul tema di M. Bianca e E. Ginevra, sopra citati.

interessi del fiduciante attraverso lo schermo del fiduciario, da costui esercitati autonomamente perché la titolarità proprietaria contiene in sé (e sorge appunto con) l'assunzione incondizionata da parte del fiduciario dell'obbligo del ritrasferimento. In tal modo si evocano e si approfondiscono aspetti di resistenza della disciplina che la rendono inadatta a supportare i fini connessi al negozio fiduciario e ad attuarne il programma quale negozio a tutti gli effetti praticabile e anch'esso raccordandolo e realizzandolo all'interno degli schemi logico-giuridici, sui quali sono costruite le due figure della fiducia romana e della fiducia germanica. L'attenzione si rivolge di conseguenza ad approfondire l'abuso del fiduciario nei confronti del quale gli strumenti di salvaguardia sono ritenuti inadeguati e persino inefficaci per la tutela del fiduciante, tenuto conto che l'apparenza del diritto (titolarità) non è contrastabile da chi ha trasferito, non sussistendo la *rei persecutio* o strumento equivalente. Da qui nasce l'esigenza di individuare le possibili variazioni presenti nel diritto romano, procedendo con ordine relativamente sia alla regolamentazione del negozio della *fiducia* sia al procedimento di tutela ad esso strettamente collegato. Il quadro è noto e si basava su uno strutturato e formalistico sistema di *ius civile*, le cui tracce rimandano alla risalente attività dei *pontifices*<sup>12</sup>.

Il negozio di fiducia concretizza la *fides* nell'ambito della *mancipatio* e dell'*in iure cessio* tramite le apposite formule scandite oralmente, che realizzano l'obbligo reciproco per le parti di porre in essere comportamenti esattamente corrispondenti a quelli enunciati. Si tratta di una *fides* costitutiva, che coinvolge entrambi i soggetti, totalmente incondizionata dunque, affinché si trasferisca la potestà sulla *res*. E' dunque qualcosa di più di una promessa e di una protezione. Proprio su tale aspetto non è mancato l'interesse della dottrina tedesca, che ha ricavato dai diversi significati testimoniati nelle fonti un concetto unico, che giustificerebbe il successivo concetto di *bona fides*<sup>13</sup>. Il riferimento che Gaio fa alla fiducia quale *imaginaria venditio* non può comunque essere assunto come un negozio astratto. Trattasi piuttosto della constatazione di un sinallagma virtuale, costituito dal trasferimento *nummo uno* e non altro e consente il collegamento necessario della controprestazione del ritrasferimento, senza la quale la *fides* non si realizzerebbe.

Il termine *fides* di molto risalente rappresenta da subito nella originaria società romana un valore religioso, che anzi produrrà nell'ambiente augurale norme di tutela soprattutto delle relazioni intersoggettive. Non sembra essere solo favoleggiamento: la personificazione successiva della dea *Fides*, che protegge e presidia ogni negozio sarebbe strettamente correlata ad un ordine giuridico-religioso<sup>14</sup>; in precedenza sarebbe stato lo stesso Giove ad assumere, tra i tanti, il nome sacro di *Deus Fidius*, quale garante sia dei patti sia del giuramento (*sacramentum*). Il principio è così radicato che la *fides publica populi*

<sup>12</sup> F. Schulz, *Storia della giurisprudenza romana*, Firenze 1960, pp. 42 e ss., 525 e ss.

<sup>13</sup> L. Lombardi, *Dalla fides alla bona fides*, Milano, 1961, pp. 1 e ss., 83 e ss., 108 e ss.; M. Talamanca, *La bona fides nei giuristi romani, passim*, in AA. VV., *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza storica e contemporanea*, a cura di L. Garofalo, Padova 2003, IV, pp. 1-312; R. Cardilli, *Bona fides tra storia e sistema*, Torino 2004, pp. 29 e s., nt. 55; R. Fiori, *Bona fides. Formazione, esecuzione e interpretazione del contratto nella tradizione civilistica*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, 2, Napoli 2006, pp. 127 e ss.

<sup>14</sup> R. Fiori, *Homo sacer. Dinamica politico-costituzionale di una sanzione giuridico-religiosa*, Napoli 1996, pp. 168 e ss., 355; cfr. Id., *Ius civile, Ius gentium, Ius honorarium: il problema della "rezezione" dei iudicia bonae fidei*, in "Bullettino dell'Istituto di diritto romano Vittorio Scialoja", CI-CII (2008), pp. 165-197, in particolare 169, 171, nt. 34, 172 e ss., p. 174, nt. 45, con ampia bibliografia sulle *formulae in factum* e sui *iudicia bonae fidei* come *actiones (iudicia) sine lege* (di natura pretoria) [cfr. Cic. *Rosc. com* 15 (p. 179 e ss.)] e con approfondimento delle tematiche, di cui Id., *Ea res agatur. I due modelli del processo formulare repubblicano*, Milano 2003, pp. 28 ss.

*romani* diviene custode dei trattati stipulati da Roma con gli altri popoli, sostanziandosi in tal maniera nella *fides publica inter populos* [Numa Pompilio]. Essa realizza dunque una virtù civica, che lega i *cives* e costoro con il potere e al tempo stesso genera lealtà, anzi ne è il presupposto. Così la regolamentazione non può prescindere da questo carattere che definisce il dovere di chi, *per iustitiam*, deve *fidem dare* e *fidem suam obligare* e non può *fidem laedere*. Il contatto e la recezione della cultura greca diffondono, poi, nella società romana i contenuti propri della *pistis*, con la quale si realizza il rapporto con la divinità nel duplice versante, attivo della fedeltà ad essa e passivo di affidamento totale verso la stessa divinità. Il riferimento a principi religiosi non può che confermare il coinvolgimento normativo della *fides* e l'impiego dei negozi di *fiducia*, perché quale *fides* tutela a prescindere, come ad es. avviene nei confronti del *nexum (noxae deditio)*, il quale, pur conservando come persona la cittadinanza e i diritti patrimoniali romani, è sottoposto al potere del creditore, a cui la *potestas* è trasferita.

La varietà di significati della *fides* viene in qualche modo esaltata nella cultura romana dell'epoca repubblicana. L'atteggiamento verso l'impiego specifico della *fides* nei *negotia*, ove sono coinvolte le qualità soggettive delle parti e le *res* in termini di *dominium*, si fa più attento. In tal modo attraverso la *fides*, a cui è già assegnato un percorso normativo, si introdurranno variazioni notevoli in termini di effettività e di duttilità negoziali, dagli sviluppi forse impreveduti. L'iniziale impianto fiduciario era riferito ad una società romana ancora strutturalmente agricola, costituita da *cives*, il cui regime giuridico di *ius civile* era impermeabile e ben attrezzato a preservare tra di essi (*populus*) la coesione realizzata tramite le istituzioni e un articolato ordine giuridico. Nel contempo al complesso sistema di *ius civile*, riferimento obbligato e fonte formale accanto ai *mores*, si affianca – come è noto – il *ius honorarium* del magistrato.

L'espansione vittoriosa a seguito delle guerre puniche e il contatto con altri popoli del Mediterraneo sono, almeno in parte, una conseguenza di tale coesione e dell'evoluzione delle forme di governo. L'apertura di mercati lucrosi creano relazioni bisognose pertanto di regole, le quali vengono gestite tramite trattati (*foedera*) stipulati in particolare con i nemici più pericolosi, anche se debellati, come i Fenici di Cartagine. I trattati sono così sacri che vengono conservati in luogo pubblico quale testimonianza solenne e tutela della *fides publica populi romani*. D'altro canto l'istituzionalizzazione del rapporto con il popolo dei Fenici, rende necessario l'impiego di un impianto normativo. Già nel primo trattato dell'a. 508 a. C. le norme concernenti la vendita delle merci prevedono, ad esempio, che i *negotia* avvengano alla presenza o di un pubblico funzionario o di uno *scriba publicus*, al fine di conferire alla vendita la *publica fides*. Si tratta di un approccio del tutto coerente e utile e costituisce di per sé un *ordo*, distinto e separato da quello di *ius civile* a vantaggio dei soli *cives romani*: con esso da un lato si conferma la centralità e il valore normativo della *fides* e dall'altro lato si incentivano i rapporti commerciali; i quali – per essere pubblica la *fides* (non derogabile e di per sé tutelabile) – sono assistiti da una specifica *actio*, quella *ex foedere*, celebrata dinanzi al magistrato in caso di inadempimento del *negotium*. Forse anche per tale motivo nell'ambito del *ius civile*, governato prima dalla *legis actio sacramentum*, si sostituisce ad essa (o viene affiancata) appunto la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* e *per conditionem*. In tal modo vengono ridotte le formalità, concedendo maggiore libertà (discrezionalità) al giudice sulle controversie sorte in relazione a crediti nascenti da *sponsio*, nell'ambito della quale si assume l'impegno del giuramento.

### 3. Dalla *publica fides* alla *bona fides*

L'ancor rigido e formalistico ordine di *ius civile* non trova applicazione nei confronti dei *peregrini*, con evidenti difficoltà operative, avvertite soprattutto dalla stessa società romana, la quale ha necessità di dotarsi di meccanismi idonei per aumentare i commerci e così la ricchezza dello stato e degli stessi *cives*. La popolazione romana, non più concentrata solo all'interno dell'*urbs*, ma sparsa nei territori conquistati, pur se legata strettamente a Roma e al governo centrale, si apre alle culture le più diverse, privilegiando quella greca; si liberalizza il commercio e l'acquisizione *in dominium* privato di terreni *instructi* nei territori delle province. I mercati si moltiplicano in tutti le regioni via via conquistate e acquisite. La necessità di strumenti giuridici perché le relazioni tra romani e *peregrini* potessero usufruire di specifiche tutele, porta all'istituzione del *praetor peregrinus* (a. 242 a. C.), ampliando così il ruolo della magistratura del *praetor* da tempo istituita (a. 367 a. C.). Ciascun magistrato, dotato di *imperium*, esercita la *iurisdictio* e nomina gli *iudices secundum edictum*. L'approccio all'interno del *iudicium* è strutturalmente finalizzato all'accertamento del profilo sostanziale dei negozi, onde far emergere e accertare la reale volontà delle parti. In tal modo allo straniero viene riconosciuta una capacità negoziale, in grado di attivare gli strumenti processuali regolati dal trattato, come avveniva, ad esempio, in base al primo trattato con i Cartaginesi dell'a. 348 a.C. Il secondo trattato prevede specificamente la capacità di azione *per publicam fidem*. In assenza di trattato lo straniero poteva comunque invocare la tutela pretoria, facendo ricorso alla *privata fides*, cioè a quella correlata al negozio concluso, ma non sottoposta al *publicus scriba*, in base all'affidamento che la parte romana aveva assegnato al patto intervenuto. Il meccanismo così diveniva efficace, rimesso però alla buona volontà e all'onestà delle parti. Sta di fatto che la giurisprudenza edittale costruirà, poi, per il *peregrinus*, dotato di una sorta di patente, un percorso normativo compiuto attraverso la legittimazione attraverso il *commercium iuris gentium*, nell'ambito del quale si realizza appunto un *ordo iuris gentium*, applicabile quale diritto comune. I negozi *iuris gentium*, non più governati dalla sola forma orale e caratterizzati dai due elementi della volontà delle parti e della *causa*, interagiscono con la *fides* non quale elemento costitutivo del negozio, come quello di *fiducia*, ma perché si realizzano *secundum bonam fidem*. La costruzione negoziale concerne *obligationes consensu contractae*, dove la *fides* non è il solo presupposto, ma diviene elemento correlato che interagisce con la volontà delle parti e con la *causa negotii*, divenendo per tale ragione *bona fides*, che esclude o sanziona nell'effettività la *mala fides*, sicché le obbligazioni possano essere tutelate nell'ambito appunto dei *bonae fidei iudicia*. Trattandosi poi di *negotia iuris gentium*, essi coinvolgono necessariamente anche il più generale *ius naturale*, come annota Cicerone<sup>15</sup>: «*Itaque maiores aliud ius gentium, aliud ius civile esse voluerunt; quod civile, non idem continuo gentium, quod autem gentium, idem civile esse debet (...)*». La sintesi delle *obligationes consensu contractae* è testimoniata da Gaio<sup>16</sup>: «*Ideo autem istis modis consensu dicimus obligationes contrahi, quod neque verborum neque scripturae ulla proprietas desideratur, sed sufficit eos, qui negotia gerunt, consentisse (...)*».

Nell'ambito dei *bonae fidei iudicia* la discrezionalità del pretore poggia dunque anch'esso sul principio di buona fede (*quidquid dare facere oportet ex fide bona*), inteso come correttezza, principalmente nell'ambito negoziale e delle relazioni commerciali, quindi nel suo

<sup>15</sup> Cic. *de off.* 3.17.69

<sup>16</sup> Gai *Inst.* 3.136

significato oggettivo. In tal modo ai fini della decisione, il giudice poteva ampliare l'indagine a tutti gli aspetti correlati alla pattuizione intervenuta e connessi alla volontà delle parti, ivi compresi quelli riferiti ai *pacta adiecta*, al comportamento fraudolento e alla violenza morale, alle conseguenze dannose dell'inadempimento e così via. La *bona fides* interagisce pertanto per tutelare al meglio l'esecuzione e gli effetti del negozio; percorso questo ben diverso e autonomo rispetto alla *fides* correlata alla sola corrispondenza ai *verba* della formula della *mancipatio* e del procedimento di *in iure cessio*. Sia la *fides* originaria, costitutiva del negozio di *fiducia*, sia la *bona fides* correlata ai negozi, tra i quali si inseriscono anche quelli di *fiducia*, hanno il comune contenuto etico del bene agire e senza frode nell'ambito di un *ordo iuris* specifico governato dall'*actio*, che prescinde da riferimenti alle antiche radici normative. La formula delle *bonae fidei actiones* ne costituisce pertanto la risultante<sup>17</sup>: «*Nam quanti verba illa: "Uti ne propter te fidemve tuam captus fraudatusve sim!" Quam illa aura: "ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione!" Sed, qui sint boni, et quid sit bene agi, magna quaestio est. Q. quidem Scaevola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur ex fide bona, fideique bonae nomen exstimabat manare latissime, idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis venditis, conductis locatis, quibus vitae societas contineretur*»<sup>18</sup>.

È lecito a questo punto chiedersi quale ruolo venga svolto dal negozio di *fiducia*, da cui siamo partiti, il quale – come accennato – assume anch'esso un altro contenuto, ben diverso da quello scolpito nella formula costitutiva della *fiducia*. Se la *fides* non può riguardarsi solo quale riferimento a convinzioni religiose e quale virtù, che qualifica il *civis* come tale, è necessario far riferimento al ruolo da essa assunto nell'ordine giuridico, quale *substantia iuris*, che dunque produce *figurae iuris* costituenti il *negotium fiduciae*. L'obbligo reciproco per le parti di porre in essere i comportamenti esattamente corrispondenti a quelli previsti dal *ius civile*, non possono che fondarsi su una *fides* sostantiva, la *fiducia* appunto, perché abbia effetto tra le parti la formula oralmente pronunciata nell'ambito della *mancipatio* e del procedimento dell'*in iure cessio*. Il *negotium* oralmente costituito, come già detto è simboleggiato nel suo contenuto essenziale di trasferimento di una *res* quale *imaginaria venditio (nummo uno)* e come fattispecie tipica non sopporta né condizioni né termini.

Nella *mancipatio* le due figure negoziali (*cum amico – cum creditore*) coinvolgono ciascuna un soggetto nel ruolo di *mancipio accipiens*: l'*amicus* per la prima e il *creditor* per la seconda, rispetto al *mancipio dans*, quest'ultimo legato da reciproca *fides* a ciascuno di essi quale *dominus* della *res* o titolare di un potere o di una posizione, giuridicamente trasmissibili. La realizzazione della *fides* coinvolge il comportamento dei contraenti e deve corrispondere alla dichiarazione resa, alla parola data, e come efficacemente sottolinea Cicerone<sup>19</sup> “*Fit quod dicitur: dictorum conventorumque constantia et veritas*”.

Il vincolo effettivo stabilito tra i soggetti del negozio ha certamente rilevanza esterna, e dunque nei confronti dei terzi; non è pertanto un'apparenza del diritto, perché il fiduciario (*mancipio accipiens*) diviene effettivo titolare della *res*, esercitando su di essa tutte le facoltà inerenti al *dominium*. I meccanismi formali d'altra parte svolgono ancora il ruolo determinante loro assegnato, quello della nascita del *negotium* e ne determinano gli effetti. La ricomprensione del *negotium fiduciae* nell'ambito delle *obligationes consensu contractae*,

<sup>17</sup> Cic. *de off.* 3.17.70

<sup>18</sup> Cicerone richiama la stessa formula con varianti anche nei *Topica* 17.66.

<sup>19</sup> Cic. *de off.* 1.23.

individuate dai severiani nelle quattro figure dell'*emptio-venditio*, della *locatio-conductio*, della *societas* e del *mandatum*, non solo introduce il riferimento alla *fides bona*, ma consente la tutela del negozio tramite l'*actio bonae fidei*. E non è un controsenso rispetto alla sostanza del rapporto, costruito appunto sulla fiducia, perché rende possibile indagare, a prescindere dal tipo di negozio, sulla *bona fides* dei contraenti, per una tutela più efficace, come avviene in tema di *fiducia*, per quanto riguarda l'obbligazione restitutoria; e al tempo stesso rende possibile valutare il comportamento delle parti nel regolamento degli interessi, consentendo loro di prevedere le condizioni e i termini da loro rispettivamente assunti, come *pacta adiecta in continentis*. La *formula Baetica*<sup>20</sup> esclude che la *fiducia* potesse sopportare un *pactum conventum* indipendente rispetto al negozio principale, sì da costituire per alcuni un vero e proprio *pactum fiduciae* autonomo, quale elemento trilatero necessario a saldare il trasferimento della *res* da parte del fiduciante e l'obbligazione restitutoria del fiduciario. La *fiducia* che si realizza nell'unico contesto della *mancipatio* e nel procedimento dell'*in iure cessio*, ma con un'attenzione alla *causa negotii*, porta all'impiego di una *mancipatio fidei fiduciae causa*, come appunto attesta la *formula Baetica*. La conferma di questa variazione della figura è già attestata dalla formula dell'*actio fiduciae* tradita da Cicerone, che la colloca tra quelle *in ius conceptae*. Come già sottolineato dallo stesso Gaio<sup>21</sup>, il *iudicium fiduciae* si colloca così coerentemente tra i *bonae fidei iudicia*. I contenuti del negozio, pertanto, sono accertabili in giudizio dal giudice, che non si limita a valutare la corrispondenza dell'agire al pronunciato, ma è tenuto a valutare nell'indagine la *bona fides* negoziale. D'altra parte il negozio come tale continua a realizzare l'obbligazione di restituzione attraverso la *remancipatio*, spettante al fiduciario, come sottolineato dal testo di Boezio<sup>22</sup> a commento di Cic. *Top.* 10.42. Proprio in tema di fiducia, d'altra parte, si assiste a vicende successive, in qualche modo emblematiche, in quanto il negozio non è contemplato nella tradizione romanistica medievale, collegata, come è noto, ai soli testi della Compilazione (giustiniana), che lo aveva ignorato; depennandolo semplicemente dai testi di *iura* inseriti nel Digesto, o nella *legis constitutiones* del Codice, persino nelle Istituzioni. In tal modo le scuole medievali si richiameranno, nella loro vocazione ricostruttiva e fondativa del sistema giuridico romano a tutti gli effetti valido, efficace e soprattutto vigente, alla disciplina del *pignus* e alle problematiche scaturenti dalla *lex commissoria* per quanto concerne le forme di garanzia, prima di Giustiniano consegnate e realizzate tramite la *fiducia cum creditore* e all'impiego del comodato e del deposito relativamente ai fini conservativi e di sfruttamento, affiancati e non confondibili comunque con la *fiducia cum amico*, assolti nell'interesse del fiduciante. Guarda caso i compilatori giustiniane per la disciplina di quei negozi avevano utilizzato proprio quei frammenti degli *iura*, che facevano riferimento anche alla *fiducia* e continueranno a conservare della figura antica solo qualche traccia, pur se sfigurata nei testi<sup>23</sup>, comunque resistente, ancorché priva dei meccanismi formali della *mancipatio* e dell'*in iure cessio* cancellati da Giustiniano. D'altra parte lo scardinamento del sistema formulare precedente, il passaggio alla *traditio* quale forma di trasferimento e al meccanismo generale dell'*actio*, rendeva necessario l'utilizzo di altri strumenti negoziali, valutati dalla legislazione dell'imperatore bizantino più idonei alla

<sup>20</sup> G. Diurni, *Fiducia*, cit., pp. 65 e ss.; cfr. F. Bertoldi, *La fiducia cum amico*, in AA.VV., *Fides, fiducia, fidelitas. Studi di storia del diritto e di semantica storica*, a cura di L. Peppe, Roma 2008, pp. 47-91.

<sup>21</sup> Gai *Inst.* 4.62.

<sup>22</sup> M.S. Boezio, [*Commentaria in Topica Ciceronis*] *Ad Ciceronis Topica*, 4.10.41, in P.L., LXIV, col. 116.

<sup>23</sup> F. Bertoldi, *La fiducia cum amico*, cit., pp. 61 e ss.; G. Diurni, *Fiducia*, cit., pp. 58 e ss.

realizzazione e alla tutela dei *negotia*. Nel frattempo sono completamente mutati anche i riferimenti culturali con la diffusione e la prevalenza dei fondamenti religiosi di matrice cristiana, i quali non sopportano più il riferimento all'antica *fides* dei *patres* romani. I supporti normativi del primo medioevo, almeno in Italia, rapportandosi nei testi a fonti giustinianee dimagrite ed epitomate<sup>24</sup>, tramandano comunque testimonianze del precedente regime, quello del negozio formale della *mancipatio*. Seppure la fattispecie della *fiducia* non può desumersi da espressioni generiche inserite nelle formule, queste testimoniano una realtà diversa di discipline pre-giustinianee ancora viventi nella prassi<sup>25</sup>. Se così non fosse non avrebbe alcun senso la disciplina della *fiducia* contenuta nel Paolo del *Breviarium*<sup>26</sup>; né troverebbe giustificazione l'*interpretatio* relativa<sup>27</sup>.

Anche il mondo barbarico si confronta con la fattispecie come risulta dall'Editto di Rotari, che richiama in modo puntuale l'*in fiducia nexum* (cap. 174) e il cap. 58 di Liutprando, richiamandola come *infiduciatio* e con il corrispondente verbo *infiduciare*. In questo caso la funzione di garanzia in termini oggettivi sembra prevalere sui caratteri precipi dell'affidamento, da cui ha origine il trapasso della cosa al fiduciario. Gli ulteriori riferimenti normativi nella legislazione del ducato di Benevento e i riscontri documentali dei secc. IX-XII confermano oltre ogni dire che la tematica fiduciaria, pur lontana dalle figure romane pre-giustinianee, continua a vivere nell'esperienza, radicandosi nel suo aspetto di affidamento e di affidabilità<sup>28</sup>.

Ben altri contenuti ha la c.d. fiducia germanica, che va inquadrata nei principi e nei meccanismi normativi dei sistemi barbarici, correlati alla gestione degli interessi e all'esercizio di poteri attinenti ad una posizione giuridica sotto il profilo della responsabilità dell'agire (il cd. *modus*), distinta e separata dalla titolarità della posizione (il cd. *titulus*). In questo caso, però, la *fides* coinvolge e tiene conto della qualità dell'agente, che è chiamato ad agire concretamente e senza frode nell'interesse del committente. Il negozio di fiducia, così come costruito dalla giurisprudenza classica, torna all'attenzione della scienza con l'operosità dei Culti e di altri, tesa a far riemergere ciò che la compilazione giustiniana aveva escluso o ignorato della scienza degli *iura* del periodo classico, anche alla ricerca di quelle tradizioni nazionali pre-giustinianee, che facessero da contrappunto ad una scienza romanistica innervata sul *mos italicus*. E proprio dal pre-giustiniano il *mos gallicus* attinge materia per la definizione di istituti e di figure fuori Codice (giustiniano), così come diviene essenziale recuperare e definire scientificamente

<sup>24</sup> G. Diurni, *Fiducia*, cit., pp. 68 e ss., 86 e ss., 115 e ss.

<sup>25</sup> G. Marini, *Papiri diplomatici raccolti ed illustrati*, Roma 1805, nn. 115, 120, 121, 122. Cfr. V. Colorni, *Per la storia della pubblicità immobiliare e mobiliare*, Milano 1954, pp. 115 e ss., in particolare pp. 132 e ss.; P. Frezza, *L'influsso del diritto romano giustiniano nelle formule e nella prassi in Italia*, Milano 1974, pp. 29 e ss. e *passim*. Che alcune espressioni delle formule non siano un vuoto pleonasma, ma consapevolezza di obbligatorietà cfr. G. Diurni, *Fiducia*, cit. pp. 70-71, 120, nt. 117. Come l'*ordo iuris* persegue la *firmitas* e la *stabilitas*, ai fini della *securitas* tramite la *lex* nella legislazione barbarica, prima tra tutte nell'Editto di Rotari e nei *volumina* di Liutprando [cfr. Id., *Consuetudine e legge nella prassi longobardo-franca*, in *Actes del VI Simposi International "El dret comú i Catalunya"*, Barcelona 1977, ora Id., *Il ragionevole*, cit., p. 193, nt. 55], così la successiva prassi documentale longobardo-franca fino ai secc. XI-XII mostra una vivacità di soluzioni negoziali, nonostante le abituali sgrammaticature, per nulla scandalose allora per le novità idiomatiche e grammaticali della lingua latina [*ibid.*, pp. 147 e s., con approfondimenti in Id., *Le situazioni possessorie nel medioevo. Età longobardo-franca*, Milano 1988, pp. 170 e ss., 193 e ss., 221 e s., 230, nt. 100, 258 e ss.].

<sup>26</sup> LRV *Pauli Sent.* 2.12.4= *Pauli Rec. Sent.* 2.12.1; 2.12.6=2.12.3; 2.13.1.2=2.14.1-2.

<sup>27</sup> *Interpretatio Pauli Sent.* 2.13.1-2.

<sup>28</sup> G. Diurni, *Fiducia*, cit., pp. 71, 86 e ss., 115 e ss. e *passim*.

le figure legate alla prassi, che hanno conservato memoria del Codice teodosiano.

#### 4. Negozio fiduciario e il catalogo delle fiducie

Si comprende in tal modo perché la dottrina tradizionale sia portata a distinguere nella fiducia due tipi ed a connotare l'uno come fiducia romana e l'altro come fiducia germanica. Delineando le due categorie, come se fossero un *a priori*, essa attribuisce rispettivamente all'uno e all'altro sistema normativo ciascuna delle due figure, dalle caratteristiche diverse ed in parte contrastanti. Anzi si spinge fino a ricostruire due differenti tipi di negozio giuridico, che si giustificerebbero con l'esperienza storica acquisita e che per tale ragione conserverebbero dei tratti originari che li renderebbero non omogenei; appunto per tale preminente motivo ciascuno di essi presenterebbe una qualche vitalità. Come già sottolineato, la scienza civilistica si occupa da tempo delle fattispecie, che si organizzano intorno alla fiducia o che la presuppongono, o che in qualche modo la valutano come figura o elemento specifico e qualificante di figure per una concreta tutela. Ciò mi consente di ripensare i risultati delle mie ricerche, che sottolineano l'antistoricità delle categorie che la Pandettistica e la dottrina successiva hanno costruito e avallato, che dissecca il ricco humus della fiduciarità, per restringerla – creando affanno e limiti vistosi – alla categoria del negozio giuridico. Pur nel sostanziale contrasto tra le due principali impostazioni su tale tema, anch'esse riferibili ad una ricca ed articolata tradizione di studi, l'una che riconosce un'efficacia normativa diretta della figura negozio e l'altra che la considera una necessitata categoria logica, le rispettive conclusioni di fondo sembrano sostanzialmente convergenti su un punto: entrambe sono orientate, infatti, a considerare, quanto meno, ancora diagnosticamente utile la categoria negoziale ed il trattamento corrispondente. Si è sostenuto che il negozio fiduciario sia storicamente sorto come strumento foggato dall'iniziativa dei privati per adattare a talune nuove esigenze o ad interessi nuovi la consolidata struttura degli schemi formali ormai divenuti inadatti, nella loro rigida funzionalità, ad esprimere in ordine a certi rapporti, la realtà in 'evoluzione'. A parte l'inadeguato riferimento di carattere biologico, i meccanismi mutano e si aggiornano nel concreto dell'esperienza giuridica in rapporto ai valori e ai principi che la società esprime nel suo percorso. Un *contra ius* non inciderebbe comunque sul sistema delle tutele; se così fosse, il negozio fiduciario ricostruito nei sistemi moderni non avrebbe per altro nulla da spartire con la figura della *fiducia*, concretamente disciplinata nei sistemi normativi storici nella sua sostanza, come negozio, non solo adatto ai fini che gli sono propri nel *ius civile* romano, ma rinnovato nello schema della *fidei fiduciae causa*. In ogni caso ritengo che si possano immaginare o prevedere strumenti di adeguamento degli schemi formali alle esigenze effettuali in sistemi normativi per definizione chiusi, ove è disciplinata e regolata, attraverso il formalismo giuridico, l'autonomia privata, anch'essa delimitata e definita nel suo operare, anzi astrattamente creata per imperio della legge, costituendo così una gabbia a volte impenetrabile. Tali fenomeni circoscrivono da un lato la loro emersione in realtà normativiste, teorizzate e radicatesi in questi ultimi due secoli, dipendenti in qualche modo dal regime codificatorio; dall'altro lato, essi sono da considerare extrasistematici per definizione, cosicché il negozio fiduciario non avrebbe una sua concreta e precisa regolamentazione, dovendo prendere a prestito schemi e discipline da altre figure tipiche, da adattare allo scopo. In prima approssimazione si tratterebbe di una sorta di grimaldello per spezzare una presunta gabbia normativa, ovvero per superare la staticità della norma in rapporto al mutamento delle esigenze e

persino delle condizioni sociali. D'altra parte la giustificazione in termini di effettività della costruzione teorica del negozio fiduciario è stata possibile, e forse utile, soprattutto nella scienza tedesca<sup>29</sup> e da essa poi è trasmigrata e spesso è stata acriticamente assunta, come pertinente ed appropriata, dalla scienza di altri paesi. Nel campo delle società, delle gestioni fiduciarie, dei valori mobiliari e nel settore finanziario si stanno affermando sempre di più nuovi modelli contrattuali, ove lo schema della fiducia svolge un ruolo rilevante, forse fondamentale, favorito per altro dall'impiego di schemi pattizi, sempre più diffusi, anzi prevalenti<sup>30</sup>. In questi casi i meccanismi formali posti in essere e i riferimenti normativi sono tali, da tipizzare con appropriati caratterizzazioni il singolo negozio, che, pertanto, solo *de relato* viene inquadrato nel campo della fiducia. Altrimenti – secondo la gran parte della dottrina – il negozio fiduciario sarebbe difficilmente utilizzabile e nel concreto poco duttile non perché atipico, bensì perché alcuni degli elementi costitutivi – o dalla dottrina presunti tali – possono confliggere tra di loro, con prevalenza dell'uno o dell'altro, sì da snaturare la stessa sostanza del negozio, rendendo difficile comunque una efficace tutela dell'insieme del negozio. Certamente si tratta di analisi coerenti e del tutto ammissibili, ma superabili forse purché si cambi prospettiva e – una buona volta – si faccia riferimento ad una *fides* assunta nel suo valore pieno di *substantia iuris*, da cui far discendere apposite *figurae* con il significato e l'efficacia che ebbe allora la *fides*, in quanto costitutiva del rapporto e non confondibile con la *bona fides*. Quest'ultima nel suo valore oggettivo<sup>31</sup> deve correlarsi ai contenuti e all'esecuzione del negozio in relazione all'adempimento e non è tollerata dal negozio formale, pur sempre però già sostanziato dalla *fides*: trattasi di un *oportet* infatti e non dell'*oportere*, a cui la formula ciceroniana fa espressamente riferimento. Sovente si tratta di quella buona fede finalizzata anche nell'attualità a coprire e circoscrivere la responsabilità del bene agire, tenendo conto

<sup>29</sup> Cfr. *supra*, nt. 2 e 3.

<sup>30</sup> Non a caso dunque tornano attuali le discipline dei *pacta conventa* e dei *pacta adiecta in continentia*; ma tale interesse è risalente, anzi dai postglossatori in poi [con maggiore attenzione per una sistematica dei patti da parte dei commentatori] si prende spunto dai testi inseriti nella Glossa accursiana a commento del titolo *De pactis*. Per rendersi conto della posizione della scienza dei glossatori relativamente al patto nudo e al patto vestito è sufficiente la lettura delle glosse accursiane al *Digestum vetus* [Lugduni MDLVIII, fo.145b, fo.150b, fo.151a], partendo dalle glosse, di cui ai lemmi: *duorum* di D. 2.14.1.2; *causa* di D.2.14.7.4; *bonae fidei iudiciis* di D.2.14.7.5, le quali offrono indicazioni precise sul valore da assegnare alla *conventio* e al *consensus*. Cfr. per l'analisi delle fonti soprattutto C. Manenti, *Contributo alla teoria generale dei pacta secondo il diritto romano*, in Studi senesi, VII (1890), pp. 85-180; VIII (1891), pp. 3-143; Id., *Pacta conventa (studio critico di diritto romano e classico)*, in Studi senesi, XXXI (1915), pp. 203 e ss.; cfr. il recente G. Romano, *Conventio e consensus. A proposito di Ulp. 4 ad edictum, D.2.14.1.3*, in AUPA, 48 (2004), pp. 239-331, in particolare pp. 326 e ss.. Cfr., inoltre, E. Stolfi, *A proposito di un fondamentale momento della «tradizione romanistica»: l'elaborazione medievale in materia di «pacta»*, in RDR, II (2002), pp. 441-482; R. Volante, *Il sistema contrattuale del diritto comune classico. Struttura dei patti e individuazione del tipo: glossatori e ultramontani*, Milano 2001, *passim*; A.G. Massironi, *Nell'officina dell'interprete. La qualificazione del contratto nel diritto comune (secc. XIV-XVI)*, Milano 2012, pp. 3 e ss. per quanto concerne l'impiego di schemi e concetti attuali nell'esperienza giuridica di epoche concluse, e pp. 219 e ss. sui *pacta*. Cfr. *supra* nt.2. Per la varietà delle tesi sostenute dalla storiografia sarebbe utile e opportuno che l'indagine sui patti e sulla dottrina relativa sia ampliata anche in ambienti storici periferici, come lo erano ad es. quello anglosassone, per rintracciare probabili ascendenze sull'attuale diffuso sistema dei patti in quei regimi normativi, ivi compresi gli stessi shareholders' agreements. Cfr. la sintesi tematica di A. Lupoi, *Fides, fiducia e trust nella cornice delle situazioni affidanti*, in *Le situazioni affidanti*, a cura di M. Lupoi, Torino 2006, pp. 1-13

<sup>31</sup> R. Cardilli, *Bona fides tra storia e sistema*, cit., p. 29, nt. 55; M. Talamanca, *La bona fides nei giuristi romani*, cit.,

pp. 1-312; R. Fiori, *Homo Sacer*, cit., pp. 148 e ss., 168 e ss., 256 e ss., 314 e ss.

dell'interesse altrui. La buona fede in quanto meccanismo sostanziale del rapporto si coniuga anch'essa non genericamente con il negozio, ma in modo specifico nelle diverse fasi: trattasi dunque di elementi ricognitivi di posizioni e al tempo stesso dinamici rispetto agli interessi in gioco e alla *causa negotii*.

Nell'*ordo iuris* romano la nascita del negozio avviene nel procedimento solenne e il rapporto che si costituisce è palese per entrambi i tipi di negozio costitutivi di proprietà fiduciaria in capo al *mancipio accipiens*, quello correlato all'*amicitia* e quello riferito al creditore. Il requisito della segretezza del rapporto fiduciario-fiduciante nel sistema romano sarebbe dunque incoerente e ambiguo, in quanto il meccanismo non è predisposto ad ingenerare il sospetto dell'atto in frode dei creditori, ben presente nelle fonti. Tutt'al più si può immaginare che il negozio concluso venga mantenuto riservato. L'apprezzamento del negozio di fiducia è diverso e si misura sulla base della specifica qualificazione della *fiducia*, l'una *cum amico* e l'altra *cum creditore*, che coinvolgono due diverse posizioni del fiduciario. Quella del creditore richiama una qualità soggettiva specificamente giuridica e di vantaggio, comune sotto il profilo della pretesa agli altri negozi di garanzia, ma organizzata in modo diverso e con contenuti distinti. Nella fattispecie il fiduciante si trova nell'agevole situazione di poter mantenere la disponibilità della *res*, la quale, *soluta pecunia* nei confronti del creditore-fiduciario, viene riacquisita tramite *usureceptio*<sup>32</sup>, cioè a titolo originario, dal debitore-fiduciante dopo un anno. Nella *fiducia cum amico* l'*usureceptio* si realizza in favore del fiduciante anche se la *res* sia detenuta in precario; il che sembra escludere che la dazione della *res* avvenisse in funzione di deposito o di comodato. In questo caso la gratuità del negozio e l'interesse alla salvaguardia del bene in capo al fiduciante sono correlati alla qualità del fiduciario, quella di *amicus*. Ci si domanda se la posizione dell'amico può riguardarsi solo nella funzione di tutela di una situazione di debolezza, anche di carattere sociale, del fiduciante ovvero il passo di Boezio<sup>33</sup>, che formula l'esempio dell'amico potente, mostra solo uno dei tanti aspetti dell'amicizia. D'altra parte il riferimento alla condizione di potere dell'amico non è affatto banale, tenuto conto del rilievo assunto da subito nella società romana dalle virtù civiche, le quali qualificano la schiera dei migliori, coloro cioè che senza distinzione di classe sono additati ad esempio di un vissuto diffuso. L'amicizia come tale si impasta nella vita di ciascuno; ne scandisce i momenti lieti e quelli dolorosi; è condivisione e al tempo stesso partecipazione alla vita dell'altro nell'effettività dei vantaggi e dei bisogni in un rapporto di scambio onesto e leale. Perciò diviene sostanza e riferimento anche negli atti giuridici, divenendo come tale qualificazione di rapporti e costanza culturale. Nel dialogo *Laelius De amicitia* Cicerone ne delinea i caratteri, tra cui quelli dell'onestà<sup>34</sup> e della fiducia, base della stabilità e della stabilità del rapporto amicale<sup>35</sup>. Non è un caso che tra gli esperti dell'argomento Cicerone rammenti Acilius *prudens in iure civili*<sup>36</sup>. Le implicazioni di carattere giuridico sono molteplici e non marginali<sup>37</sup>. Certo è che la *fides* sostantivata nella

---

<sup>32</sup> Gai *Inst.* 2.59-60.

<sup>33</sup> M.S. Boezio, [*Commentaria in Topica Ciceronis*] *Ad Ciceronis Topica*, 4.10.41, cit., col. 116.

<sup>34</sup> Cic. *Lael.* 44.

<sup>35</sup> Cic. *Lael.* 65.

<sup>36</sup> Cic. *Lael.* 6.

<sup>37</sup> G. Finazzi, *Amicitia e doveri giuridici*, in Homo, caput, persona. *La costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana. Dall'epoca di Plauto a Ulpiano*, a cura di A. Corbino – M. Humbert – G. Negri, Pavia 2010, pp. 651 e ss, 694 e ss., 746 e ss.

*fiducia cum amico* produce obblighi giuridici, a differenza, ad es., del *beneficium*, che genera un dovere (morale) non sorretto da *actio* con relativa *rei persecutio*, nell'ambito dei *bonae fidei iudicia*. L'amicizia non è dunque semplice connotazione formale e causale solo presupposta dal diritto in tutti i casi nei quali essa veniva evocata<sup>38</sup>. Nel caso della *fiducia cum amico* la qualificazione di amico è elemento strutturale di un intervento del soggetto, che genera il *iuris vinculum* in capo all'amico fiduciario, da non confondere con il dovere morale dei *munera amicitiae*. Se dunque la fedeltà e l'onestà sono sempre in gioco nei negozi di fiducia e come tali qualificano il *vinculum iuris*, si potrebbero forse individuare nell'attualità coniugazioni dei negozi fiduciari, ove il fiduciario si obblighi quale *amicus*, non per sentimento, ma per comportamento obbligato, divenendo titolare e al tempo stesso gestore con poteri più o meno ampi. Il modo di agire dovrebbe coinvolgere, ad es., la professionalità del fiduciario e la stessa oggettività delle scelte gestorie, finalizzate comunque all'interesse del fiduciante, anche se assunte nel contrasto dei pareri. Certo è che la *fiducia cum amico* è un valore già tradotto in diritto nel relativo negozio, e la posizione del fiduciario è comunque a salvaguardia del vero interesse del fiduciante, con l'assunzione da parte del primo di tutte le obbligazioni connesse a tale fine.

### 5. La *causa fiduciae*

La dottrina attuale dà molto risalto al *pactum fiduciae*, il quale sembra non incidere, stando alle fonti, sulla sostanza della *fiducia*, ma come tale è correlato al negozio per specificarne, anche restringendoli, gli effetti. Si tratta di un *pactum* in ogni caso accessorio ed *in continentis* (non successivo dunque)<sup>39</sup> che, ad esempio, può delimitare o escludere in certe ipotesi l'obbligo della restituzione; ovvero restringere la responsabilità del fiduciario; ovvero sottoporre comunque il negozio fiduciario a condizione o a termine. Nel diritto romano è prevista un'*actio fiduciae* scaturente direttamente dalla *fiducia*, evidenziata dalla formula ciceroniana già richiamata *in ius concepta*: "*ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione*". In tal modo comunque si evidenziano i contenuti della volontà delle parti relativamente alle conseguenze dei comportamenti di ciascun soggetto, come evoca la stessa formula relativamente alla *causa*, precisata appunto nel *pactum fidei fiduciae causa*. Sicché il negozio di fiducia ha un'espansione e al tempo stesso una maggiore caratterizzazione, uscendo in tal modo dai confini del negozio formale. È noto che la compilazione giustiniana non menziona più il negozio di fiducia<sup>40</sup>. Che si tratti di un impoverimento del quadro normativo, stanti le diversità sostanziali dei due tipi di fiducia rispetto ai fini degli altri negozi, tra cui quelli di comodato e di deposito e quello di pegno, è evidente. In tal modo si sono perduti quanto meno alcuni caratteri, ma resta quale differenza con gli altri e quale riferimento al *dominium* fiduciario, la cui titolarità e poteri segnano per quanto concerne la *fiducia cum amico* un percorso utile nel sistema delle tutele.

Ci si domanda come tali caratteri si possano coniugare nei sistemi attuali, in particolare quelli a sistema codice. D'altro canto anche la costruzione teorica successiva dei due tipi di fiducia, quella romana e quella germanica, è sottomessa al formalismo, che la sistematica codicistica porta in sé<sup>41</sup>. La codificazione civile vigente, ponendosi nella

<sup>38</sup> B. Albanese, *La struttura della manumissio inter amicos. Contributo alla storia della amicitia romana*, in "AUPA", 29 (1962) pp. 51 e ss.; Cfr. Id., *L'amicizia nel diritto romano privato*, in "Ius" (1963), *passim*.

<sup>39</sup> Cfr. *supra*, nt. 30.

<sup>40</sup> Cfr. G. Diurni, *La fiducia*, cit., pp. 58 e ss.; F. Bertoldi, *La fiducia cum amico*, cit., pp. 61 e ss.

<sup>41</sup> Id., *Fiducia e negozio fiduciario*, cit., pp. 288 e ss.; Id., *La fiducia tra scienza e tradizione*, cit., pp. 719 e ss.

tradizione del *Code civil* (1804) non accoglie però, almeno espressamente, la figura generale del negozio giuridico e mantiene al centro del sistema la proprietà immobiliare. Appunto da tali peculiarità scaturirebbero il *numerus clausus* dei diritti reali e, persino, un sistema dei contratti subordinato alla proprietà. In questa ottica, per altro di grande spessore e significato per avere definitivamente spento ogni possibile giustificazione della proprietà divisa di *Ancien régime*, è stato agevole sostenere che l'ordinamento non sopporterebbe una proprietà per definizione transitoria, cioè quella costituita con la fiducia, la proprietà fiduciaria appunto. Con ciò, tuttavia, solo l'ottica del negozio è diversa, in quanto la conseguenza del rapporto instaurato diviene comunque un aspetto, ancorché ridotto, del diritto ceduto. La proprietà è piena ed assoluta solo che essa è contestualmente impegnata. Tale vincolo è lecito e legittimo proprio perché il fiduciario ne detiene la libera disponibilità. In tal modo non è necessario neppure argomentare sull'efficacia delle forme di proprietà strumentale previste nel codice, quali l'art. 1707 c.c. concernente l'acquisto del mandatario in nome proprio e per conto del mandante; ovvero sulla legittimità di vincoli negoziali, di cui all'art. 1379 c.c. relativo al divieto di alienazione. Per altro il connotato fiduciario dell'atto è costituito proprio dalla correlazione dell'effetto obbligatorio all'attribuzione patrimoniale non in termini di corrispettività, bensì di necessitata interdipendenza. In definitiva è la posizione del fiduciario che realizza l'intento fiduciario stesso.

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<sup>42</sup>. D'altra parte la fiducia non vive solo nel metagiuridico e non è solo generico ed evanescente riferimento al comportamento leale ed onesto del soggetto del rapporto. Essa si fa elemento qualificante e per alcuni rapporti imprescindibile, tutelato e tutelabile, in quanto tale, affinché assuma consistenza giuridica e rilevanza normativa; anzi è e può diventare, appunto in determinate fattispecie, un versatile strumento per l'attuazione del contenuto reale dei rapporti e per superare l'eccesso di formalismo; anche per una presunta, e poco utile, difesa della tipicità dei rapporti.

A ben vedere, dunque, ancorché accolta unanimemente dalla dottrina<sup>43</sup>, non sembra del tutto congrua e pertinente alla fiducia neppure la sostanza del negozio fiduciario, costituita, come detto, dai due dati dell'eccedenza del mezzo sullo scopo e della conseguente potestà di abuso. Di certo, se si formalizzasse un negozio di fiducia con causa tipica, dovrebbero necessariamente coincidere effetti legali con quelli empirici, eliminando (o comunque giustificando) così l'incongruenza tra mezzo e scopo e la potestà di abuso. Mentre il primo carattere spesso non si realizza, soprattutto nei casi di *fiducia cum amico*, assumendo rilevanza per lo più nella *fiducia cum creditore* per la posizione delle parti e per la richiesta di maggiori e più consistenti garanzie da parte del creditore, la potestà di abuso è ineliminabile e certamente di maggior peso rispetto ad altre fattispecie, per le quali sono apprestati mezzi di tutela più efficaci. Ma questo è al tempo stesso limite e forza del negozio fiduciario, che proprio perché non costretto nella gabbia della tipicità, può adempiere funzioni, i cui effetti corrispondono concretamente agli intenti e interessi

---

<sup>42</sup> Non si tratta del diritto vivente di ascarelliana memoria. Cfr. l'azione monofilattica della Cassazione: Rel. N. 87 Roma 20 ottobre 2011, *Il ruolo della Cassazione: Tradizione e mutamenti*; Cfr. M. Barletta, *La funzione monofilattica dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in "Diritto Amministrativo", 26.9.2012.

<sup>43</sup> G. Diurni, *Fiducia*, cit., pp. 12 e ss.

voluti dalle parti. D'altro canto tutto può essere messo in discussione in termini di teoria generale e di costruzione giuridica, ma non possono che restare fermi il significato ed il contenuto della *fiducia*. Non sarebbe inopportuno, tuttavia, ricondurla nell'ambito suo proprio, quello cioè di un atto complesso, costitutivo di un rapporto ove il ruolo del fiduciante e del fiduciario non venga visto sotto il profilo della corrispettività, piuttosto di mezzo (titolarità) a fine (potere), il primo realizzato con l'atto dispositivo e il secondo con l'atto obbligatorio. In ogni caso nella dinamica del rapporto è il potere assegnato al fiduciario che definisce la *fiducia* e che permette la realizzazione del negozio; posizione questa attiva, perché nel momento costitutivo del rapporto deve ancora compiersi, e che, di fatto, si concretizza negli effetti con l'adempimento. Può sussistere il momento patologico causato dal mancato o non corretto comportamento del fiduciario, ma questo non è il limite della giuridicità del negozio, anzi ne esalta la libertà di forme, le quali altrimenti lo incepperebbero, nonché l'adattabilità e l'operatività, correlate ad una causa tipica (intrinseca dunque) e ben più tutelabile rispetto alla *bona fides* negoziale. Solo vista la fiducia nell'ottica della costituzione di un rapporto giuridico, diviene possibile ridimensionare la teorica distinzione, più volte evocata, tra fiducia romana e fiducia germanica<sup>44</sup>.

Si nota, al contrario, nelle analisi dottrinarie del negozio fiduciario una confusione sia di impostazione sia di effetti in quanto vengono utilizzate contemporaneamente, anche se di certo inconsapevolmente, due concezioni diverse del negozio giuridico, quella imperniata sulla volontà e quella ispirata alla dichiarazione. Fin qui vi sarebbe, comunque, da annotare solo un insufficiente approfondimento proprio in termini di teoria generale da parte dell'interprete. Ancora più rilevante, invece, è la necessaria distinzione almeno per gli effetti dei due momenti, quello dispositivo e quello obbligatorio, che nella disciplina si trovano congiunti. E' evidente che la dottrina della duplicità dei negozi non si avvede che in tal modo reintroduce nel sistema la distinzione tra due atti autonomi, quello di disposizione e quello di obbligazione, costringendo così ad un ulteriore passaggio, che presenta i caratteri di una *fictionis iuris*, costituita appunto dal collegamento finalistico dei due negozi tramite una *causa fiduciae*. In tal caso ci si chiede come possa esserci il collegamento, dato appunto dalla *causa fiduciae*, se essa non può costituire per definizione la *causa* del primo negozio (quello dispositivo), ma è soltanto quella atipica del *pactum fiduciae*. Proprio in termini di fiducia, tranne casi ben determinati e di valenza diversa, come quello della fiducia testamentaria, di cui all'art. 627 c.c. vigente, si tratta pur sempre di atto che si organizza intorno all'affidamento e lo concretizza anche in termini di tutela, non rimessa all'obbligazione naturale del fiduciario. Certamente viene a costituirsi così una situazione, in cui si vengono in qualche modo a divaricare l'interesse, non importa se del fiduciante (*fiducia cum amico*) o del fiduciario (*fiducia cum creditore*), e la c.d. titolarità del diritto, comunque trasmesso dal fiduciante al fiduciario.

## 6. La prassi delle fiducie

Il giurista, pertanto, deve confrontarsi ogni volta con sostrati culturali distinti e storicamente determinati, con i principi (o presunti tali) dell'ordinamento di riferimento, con il fare scienza, inteso come approccio sistematico e qualificante con il fenomeno giuridico e non con una dogmatica fine a se stessa e per nulla creatrice, nonché con la

---

<sup>44</sup> Conclusivamente E. Ginevra, *La fiducia: il fenomeno e le tipologie. Fiducia "romanistica", "germanistica", "anglosassone"*, cit., pp. 127 e ss., pp. 515 e ss.

uniformazione dell'esistente. Tutto ciò non solo per calare l'ipotesi normativa nell'esperienza concreta con riferimento all'esigenza di meccanismi formali per una adeguata tutela, ma soprattutto per rapportare e raccordare la fattispecie di riferimento a precise e necessitate istanze. In tal modo l'approccio è di natura effettuale ed empirico, benché sconti il raccordo essenziale con i principi costituzionali, con la norma positiva e soprattutto con la sistematica giuridica. È agevole così annotare le caratteristiche salienti, gli elementi comuni e le differenze tra figure, che si riferiscono al medesimo principio o valore o che operano nel medesimo campo della fiduciarità. Da qui occorre partire per la valutazione delle figure giuridiche che si muovono in questo settore.

Si deve, poi, tener conto che 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. La libertà di recesso, l'obbligo del rendiconto, la tipologia dei conti, l'attività di controllo esterno, la visibilità delle operazioni, la sottoposizione dell'attività ad una puntuale e sollecita normativa di secondo grado (CONSOB) 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 del diritto assunta per la gestione degli affari del fiduciante nel di lui obbligatorio interesse.

Il primo risultato di questo approccio appare costituito dal fatto che un negozio con causa tipica non può confondersi o, almeno, non può equipararsi al negozio fiduciario, su cui la nostra dottrina e la giurisprudenza si sono cimentati (la c.d. fiducia romana), poiché il centro del negozio sarebbe soprattutto l'affidamento nel significato autentico di *fides* e i risultati sarebbero a vantaggio dello stesso fiduciante, a cui la *res* a sua richiesta deve essere ritrasferita in proprietà. Il secondo risultato sembra rinnovarsi, invece, nell'impossibilità di porre sullo stesso piano il negozio di fiducia con i trusts. Ma questo è un altro versante rimesso agli esperti del settore. Per rendersene conto è sufficiente richiamare la definizione di Lupoi<sup>45</sup>: nell'istituto del trust si tratta di un'obbligazione non contrattuale, non disciplinata dal *ius civile*, che ha per oggetto i limiti alla disponibilità di un diritto, i comportamenti da tenere nell'esercizio di quel diritto e l'attribuzione finale ad un terzo del diritto stesso. È evidente che nei sistemi di *Common law* il doppio sistema procedurale, il ruolo e la funzione del giudice, il valore di fonte del diritto della giurisprudenza, il riferimento a posizioni giuridiche e situazioni, che si definiscono proceduralmente in senso negativo, e non in termini di conformità alla legge che ha creato il diritto, oggetto di tutela, rendono palese l'irriducibilità delle due figure, definite e governate da principi diversi, le cui finalità sono difficilmente conciliabili.

---

<sup>45</sup> M. Lupoi, *Introduzione ai Trusts*, Milano 1964, pp. 72 ss.; AA.VV., *Le situazioni affidanti*, a cura di M. Lupoi, cit., *passim*; cfr., *supra*, nt. 30.