

La fiducia prima del codice (rapporti *inter vivos*)

1. Una premessa

Gli organizzatori di questo Simposio, quali comparatisti, hanno le idee chiare e mi rammentano il rapporto da allievo a maestro, che ho intrattenuto con Gino Gorla. Costui alla fine degli anni 60 del secolo passato frequentava settimanalmente la biblioteca dell'Istituto di storia del diritto italiano dell'Un. La Sapienza, una stanza in particolare, quella che custodiva il fondo antico [costituito da Francesco Calasso e poi arricchito da Guido Astuti], dove erano in bella evidenza e in consultazione le cinquecentine e molte raccolte di *decisiones*, comprese quelle relative ai Grandi Tribunali e alle *Rotae*. La sua gentile modestia si univa ad una viva curiosità per quelle scritture. Digiuno di paleografia le considerava enigmatiche e indecifrabili nelle sigle e nelle citazioni. La garbata richiesta ai giovani frequentatori di quelle sale, compreso il sottoscritto, di reperire i testi delle fonti citate nelle sentenze, soprattutto quelli contenenti la *Lectura Bartoli* o quella di Baldo degli Ubaldi, veniva immediatamente eseguita. Ne seguiva una pacata e costruttiva analisi del materiale giudiziario, dove prevaleva la ricerca del precedente. Appunto dallo studio di quelle decisioni egli trarrà la convinzione della sussistenza in Europa di un sistema basato sulla *communis opinio*. Proprio in questo periodo¹ Gino Gorla inizierà a concepire l'idea di una scienza storico-comparativa correlata all'attività del *ius dicere*, intesa sia come studio interno della giurisprudenza, sia come scienza dei fattori del diritto, o dei processi della sua formazione, e incentrata sui legami fra organizzazione dei Tribunali e loro posizione politico-istituzionale, di diritto e/o di fatto, rispetto al ruolo della dottrina e, soprattutto, alla interpretazione della legge scritta. Appunto per dare sostanza a tale impostazione il maestro con la ricerca e lo studio delle fonti giurisprudenziali intendeva colmare quelle che lui stesso considerava lacune storiografiche, costituite dall'assenza di studi sul diritto comune continentale dei secoli XVI-XVIII e di parte del XIX, nonché di una storia del diritto inglese del medesimo periodo, avuto riguardo all'estensione e alla portata, desumibile dall'esame dei *cases*, dell'opera svolta dalle Corti che applicavano la Civil Law². Marco Mantello³ ha successivamente sintetizzato i risultati di questo indirizzo di ricerca: l'individuazione della vigenza in Europa, in linea di massima fino alle codificazioni del secolo XIX, dei cosiddetti ordinamenti giuridici aperti e, dunque, di un diritto comune europeo a base giurisprudenziale. Tale diritto era inteso come complesso di principî e norme, nonché come cultura giuridica comune, dove la comparazione

¹ Cfr. la voce redatta da Marco Mantello nel Dizionario Biografico degli Italiani – DBI, volume 58 (2002).

² G. Gorla, *I grandi tribunali italiani fra i secoli XVI e XIX*, in Quaderni de Il Foro italiano, 1969, coll. 629 ss.

³ M. Mantello, op.cit.

costituiva il perno stesso su cui poggiava il riconoscimento, nel *ius dicere* dei tribunali, di una *communis opinio* avente valore di autorità sul piano sovrastatale⁴.

2. Il procedimento fiduciario

Questo riferimento alla giurisprudenza e alla prassi di quei secoli mi consente di riferirmi ad un'epoca precedente, quella intermedia, dove l'esperienza giuridica radica figure e istituti, non necessariamente legati alle fonti scritte, offrendone a volte solo una debole traccia, ma tramandata e sicura, come avviene per il negozio di fiducia.

Orbene i negozi di fiducia, compresi la *fiducia cum amico* e la *fiducia cum creditore*, sono delineati nelle fonti romane classiche e nei pochi reperti tramandati. Si tratta però di dati frammentari, comunque sufficienti per stabilire i contorni della figura giuridica. Essa consiste nella trasmissione di una *res* in modo pieno (*proprietas*) ad un soggetto, il quale si obbliga contestualmente a ritrasmetterla, effettuata tramite un atto solenne, pubblico e formale o della *mancipatio* o della *in iure cessio*. Con il negozio si opera una cessione effettiva e non apparente della *res* dal fiduciante al fiduciario, il quale nel dichiarare di ricevere la cosa, assume automaticamente l'impegno di ritrasferire al primo la stessa *res*.

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 celebrato, è simboleggiato nel suo contenuto essenziale di trasferimento di una *res* quale *imaginaria venditio (nummo uno)* e

⁴ Per tali aspetti si confronti il suo saggio, *I tribunali supremi degli Stati italiani, fra i sec. XVI e XIX, quali fattori della unificazione del diritto nello Stato e della sua uniformazione fra Stati*, in A.A., *La formazione storica del diritto moderno*. Atti del terzo Congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto, Firenze, 1977, pp. 447 ss.; la conferma dell'impostazione si trae nel breve saggio *Ricordi della carriera di un comparativista (dal diritto comparato a diritto comune europeo)*, in *Foro italiano*, 1980, parte V, col. 1 ss. Cfr. conclusivamente M. Lupoi, *Gino Gorla*, in *Riv. di diritto commerciale e del diritto gen. delle obbligazioni*, XCI (1993), 1, pp. 451 ss. A ben vedere la storia del diritto di quei secoli, dove si forma in Europa e diviene prevalente una forma di stato assolutista, di carattere patrimoniale, in mancanza di una politica legislativa coerente annota una mancanza di interventi legislativi appropriati, ma solo la consolidazione da parte dei sovrani delle fonti normative tradizionali, senza alcuna visione e interventi di sistema: cfr. G. Diurni, *Osservazioni sul tardo diritto comune in Italia*, ora in Id., *Il ragionevole giuridico nella storia*, Torino, 2008, pp. 239-260.; *Le forme giuridiche di appartenenza in tema fondiario tra vecchio regime e codificazioni*, ibid., pp. 261-280; *Compilazioni e codificazione: trattamento dei diritti*, ibid., pp. 281-311.

come fattispecie tipica non sopporta né condizioni né termini. Si tratta dunque, esclusivamente, di *res Mancipi*, mentre per quelle *nec Mancipi* si utilizzava il *pignus*.

Nella *Mancipatio* le due figure negoziali (*cum amico – cum creditore*) coinvolgono ciascun 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 Cicerone⁵ “*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*, 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, costituito 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 continenti*. La formula Baetica⁶ esclude che la *fiducia* potesse supportare 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

⁵ Cic. *de off.* 1.23

⁶ G. DIURNI, *Fiducia. Tecniche e principi negoziali nell'alto Medioevo*, I, Torino, 1992, pp.65 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.

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 Gaio⁷, il *iudicium fiduciae* si pone 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, sottolineato dal testo di Boezio⁸ 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 in Italia, ai soli testi della Compilazione (giustiniana), che lo aveva ignorato; tanto che 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 testi⁹, comunque resistente, ancorché priva dei meccanismi formali 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 normativi, valutati dalla legislazione bizantina più idonei alla 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 giustiniane dimagrite¹⁰, tramandano comunque testimonianze del precedente regime, quello del negozio formale della *mancipatio*. Seppure la fattispecie della *fiducia* non possa desumersi da espressioni generiche inserite nelle formule, queste testimoniano una realtà diversa di discipline pre-giustiniane

⁷ Gai *Inst.* 4.62

⁸ M.S. BOEZIO, [*Commentaria in Topica Ciceronis*] *Ad Ciceronis Topica*, 4.10.41, in P.L., LXIV, col. 116.

⁹ F. BERTOLDI, *La fiducia cum amico*, cit., pp. 61ss.; G. DIURNI, *Fiducia*, cit., pp.58 ss.

¹⁰ G. DIURNI, *Fiducia*, cit. pp.68 ss., 86 ss., 115 ss.

ancora viventi nella prassi¹¹. Se così non fosse non avrebbe alcun senso la disciplina della *fiducia* contenuta nel Paolo del *Breviarium*¹²; né troverebbe giustificazione l'*interpretatio* relativa¹³.

3. La fiducia nel primo medioevo

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, indicandola come *infiduciatio* e con il corrispondente verbo *infiduciare*. In questo caso la funzione di garanzia in termini oggettivi sembra prevalere sui caratteri precipui 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.¹⁴

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*

¹¹ G. MARINI, *Papiri diplomatici raccolti ed illustrati*, Roma, 1805, n.115, 120, 121, 122. Cfr. V. COLORNI, *Per la storia della pubblicità immobiliare e mobiliare*, Milano 1954, pp. 115 ss., in particolare pp. 132 ss; P. FREZZA, *L'influsso del diritto romano giustiniano nelle formule e nella prassi in Italia*, Milano, 1974, pp. 29 ss. e *passim*. Che alcune espressioni delle formule non siano un vuoto pleonismo, 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 per le novità idiomatiche e grammaticali della lingua latina [ibid., pp.147 s., con approfondimenti in ID., *Le situazioni possessorie nel medioevo. Età longobardo-franca*, Milano, 1988, pp. 170 ss., 193 ss., 221 s., 230 nt. 100, 258 ss.].

¹² 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.

¹³ *Interpretatio Pauli Sent.* 2.13.1-2

¹⁴ G. DIURNI, *Fiducia*, cit. pp. 71, 86 ss., 115 ss. e *passim*

gallicus attinge materia per la definizione di istituti e di figure fuori Codice (giustiniano), così come diviene essenziale recuperare e definire scientificamente le figure legate alla prassi, che hanno conservato memoria del Codice teodosiano.

4.- 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 ed 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 soprattutto per quanto concerne la proprietà piena e assoluta in capo al soggetto della *res*, non più distinguendo un *dominium* rispetto alla *proprietas*. 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 movimento 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 persino con l'ostacolo della mancata previsione di una proprietà fiduciaria. 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 d'effettività della costruzione teorica del negozio fiduciario è stata possibile, e forse utile, soprattutto nella scienza tedesca¹⁵ 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. 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

¹⁵ Cfr. A. Gentili, *Società fiduciaria e negozio fiduciario*, Milano, 1978, *passim*; Id., *La fiducia. Manuale di diritto privato europeo*, II, Milano, 2017, pp. 607 ss.; da ultimo Id., *La fiducia: tipi, problemi (e una proposta di soluzione)*, AA.VV., *La fiducia e i rapporti fiduciari tra diritto privato e regole del mercato finanziario*, a cura di E. Ginevra, Milano, 2014, pp. 31-91. Sul tema la lett. è terminata: l'eredità e l'influenza odierne dalla Scuola storica sono sintetizzate da K. Tuori, *Ratio and voluntas. The tension between Reason and Will in Law*, Ashgate, Burlington, 2013 (2008), in part. 76 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 ss.; Id., *Elementa juris naturalis*, Napoli, 1991.

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 oggettivo¹⁶ 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 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*¹⁷, 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

¹⁶ R. CARDILLI, *Bona fides tra storia e sistema*, Torino, 2004; M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani*, in AA.VV., *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, a cura di L. Garofalo, Padova, 2003, Vol. IV, pp.1-312. ; R. FIORI, *Homo Sacer*, [da completare], pp. 148 ss., 178 e ss., 256 ss.

¹⁷ Gai *Inst.* 2.59-60

fiduciante ovvero se il passo di Boezio, che formula l'esempio dell'amico potente, mostri 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 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'onestà¹⁸ e della fiducia, base della stabilità e della costanza del rapporto amicale¹⁹. Non è un caso che tra gli esperti dell'argomento Cicerone rammenti Acilius [*prudens in iure civili*]²⁰. Le implicazioni di carattere giuridico sono molteplici e non marginali²¹. Certo è che la *fides* sostantivata nella *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 evocata²². 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, e la posizione del fiduciario è comunque a salvaguardia del vero interesse del fiduciante, con l'assunzione di tutte le obbligazioni connesse a tal fine.

¹⁸ Cic. *Lael.* 44

¹⁹ Cic. *Lael.* 65

²⁰ Cic. *Lael.* 6

²¹ 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. 651ss, 694 ss., 746 ss.;

²² B. ALBANESE, *La struttura della manumissio inter amicos. Contributo alla storia della amicitia romana*, in AUPA, 29 (1962) pp. 51 ss.; Cfr. ID., *L'amicitia nel diritto romano privato*, in IUS (1963), *passim*.

5. Il *pactum 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 continenti* (non successivo dunque) 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. E' noto che la compilazione giustiniana non menziona più il negozio di fiducia²³. 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 caratteristiche si possano coniugare nei sistemi attuali, 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. La codificazione civile vigente, ponendosi nella 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 riduttivo, 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

²³ cfr. da ultimo F. BERTOLDI, *La fiducia cum amico*, cit., pp. 61 ss.

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 valori²⁴. 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 dottrina²⁵, 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 voluti dalle parti. D'altro canto tutto può essere messo in discussione in termini di teoria generale e di costruzione giuridica,

²⁴ Non si tratta del diritto vivente di ascarelliana memoria. Cfr. l'azione nomofilattica della Cassazione: Rel. N. 87 Roma 20 ottobre 2011, *Il ruolo della Cassazione: Tradizione e mutamenti*; Cfr. M. BARLETTA, *La funzione nomofilattica dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in *Diritto Amministrativo* 26.9.2012.

²⁵ G. DIURNI, *Fiducia*, cit., pp. 12 ss.

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, ma piuttosto nel rapporto 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 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 il superamento della teorica distinzione, più volte evocata, tra fiducia romana e fiducia germanica²⁶.

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 *fictio 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,

²⁶ Conclusivamente E. GINEVRA, *La fiducia: il fenomeno e le tipologie. Fiducia "romanistica", "germanistica", "anglosassone"*, in AA.VV., *La fiducia*, cit., pp.127 e ss., pp. 515 ss.

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 fiduciarietà

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 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 fiduciarietà. 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 assunto), 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 posizione di Lupoi²⁷: relativamente al trust si tratta di un'obbligazione non contrattuale (atto unilaterale) costitutiva della fiducia [sicché può certamente parlarsi di un diverso regime e di proprietà fiduciaria], non disciplinata dal *ius civile*: essa 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* sussistono: 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. Molto del negozio di fiducia traspare, con un approccio diverso, perché specifica e autonoma resta la regolamentazione degli interessi e il fine che la disposizione fiduciaria realizza. Trattasi dunque di una fiducia pienamente realizzata, governata da un *dictum*, da cui traspare quella *confidence*, che è alla base della sua utilizzazione e del suo successo.

Giovanni Diurni

²⁷ M. LUPOI, *Introduzione ai Trusts*, Milano, 1964, pp. 72 ss.; AA.VV., *Le situazioni affidanti*, a cura di M. Lupoi, Torino, 2006, *passim*; il recente Id., *Trust and confidence*, in *Law Quarterly Review*, vol.125 (2009), pp. 253-286, che scandaglia i documenti inglesi alla ricerca della *confidentia*