

PAOLA LAMBRINI

IL NEGOZIO FIDUCIARIO E LA SUA CAUSA

SOMMARIO: 1. Lo stato delle fonti. – 2. La struttura negoziale e i suoi effetti. – 3. La *mancipatio* 'titolata'. – 4. Le cause del negozio fiduciario.

1. Lo stato delle fonti.

La ricostruzione storica della fiducia è dominata da una notevole incertezza, a causa della scarsità di notizie affidabili: le poche testimonianze dirette e i documenti piuttosto frammentari non offrono che scarsi elementi per ricostruire l'istituto della fiducia e ciò ha permesso alla dottrina di abbandonarsi alle più svariate ipotesi in merito all'origine dell'istituto, alla struttura dell'atto, ai suoi effetti nonché alla sua tutela processuale. Ciò è dovuto al fatto che della fiducia non vi è alcuna menzione nella compilazione giustiniana, perché essa non era più stata utilizzata dall'epoca postclassica¹, in seguito alla scomparsa delle forme necessarie per porla in essere e, in particolare per la *fiducia cum creditore*, a causa dell'introduzione, ad opera di Costantino, del divieto del patto commissorio². Anche se, a partire dagli studi palinogenetici del Lenel³, è stato possibile mettere a partito, con

¹ Anche se ve n'è ancora menzione in fonti tarde: cfr. Boezio in *Cic. top.*, 4.10.41; Isidoro, *orig.* 5.25.23.

² C. 8.34(35).3=CTh. 3.2.1. Cfr. J. CUJAS, *In Julii Pauli recept. sentent. lib. II*, in *'Opera ad parisiensem fabrotianam editionem in tomus IX distributa'*, Augustae Taurinorum-Parisiis, 1874, 6, p. 976; E. LEVY, *Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht*, Weimar, 1956, p. 184 s.; M. KASER, *Das römische Privatrecht*², München, 1975, p. 313.

³ *Quellenforschungen in den Edictcommentaren*, in *ZSS*, 3, 1882, p. 104 ss. Ricostruendo la sistematica delle opere classiche a partire dalle *inscriptiones* contenute nel Digesto, egli notò, che la materia del pegno sarebbe stata trattata

un buon grado di sicurezza, molti passi contenuti nel Digesto giustiniano, la disciplina dell'istituto rimane molto ambigua e oscura.

Si ritiene comunemente che la fiducia fosse un istituto molto antico, che cominciò ad essere utilizzato già tra il IV e il III secolo a.C.; essa sarebbe nata dall'interpretazione giurisprudenziale, in un'epoca in cui i giuristi erano i pontefici, i quali per venire incontro alle nuove esigenze adattavano le poche strutture negoziali esistenti, nel nostro caso la *mancipatio* e la *in iure cessio* come atti formali traslativi della proprietà. I dati che supportano l'ipotesi di un'origine arcaica sono il riferimento alla fiducia contenuto in più di una commedia di Plauto⁴, nonché la terminologia arcaizzante presente nell'*actio fiduciae*, ove si descrive l'obbligo delle parti con queste parole: *ut inter bonos agier oportet et sine fraudatione*⁵. Del resto, si ritiene che la stessa *actio fiduciae* non abbia tutelato fin dall'origine la posizione del fiduciante, ma che nel periodo più antico sorgesse solo un vincolo etico-sociale: l'adempimento dell'obbligo di restituzione era affidato alle norme del costume e soprattutto alla *fides* dell'accipiente; solo verso il II secolo a.C. si sarebbe introdotto un apposito strumento giudiziario⁶.

D'altra parte, è certo che quest'istituto arcaico era molto utilizzato ancora in età classica, soprattutto nella veste di *fiducia cum creditore*; ci sono pervenuti, infatti, vari documenti della prassi attestanti la sua ampia diffusione tra il I secolo a.C. e tutto il I secolo d.C.

Considerato il descritto stato delle fonti, il mio discorso in tema di causa del negozio fiduciario si baserà sulle poche testimonianze sicure, quindi sui passi delle Istituzioni di Gaio⁷ e soprattutto sui dati pervenuti tramite i do-

due volte, in libri diversi e non contigui (Gaio 9 e 10 *ad ed.*; Iul. 11 e 13 *dig.*; Ulpiano 28 e 30 *ad ed.*; Paolo 29 e 31 *ad ed.*); ne derivò la supposizione che il secondo gruppo di testi fosse originariamente dedicato alla fiducia e che solo i compilatori avrebbero ricondotto entrambi i gruppi sotto la rubrica dedicata al pegno. Si suppone (O. LENEL, *Das 'edictum perpetuum'*³, Leipzig, 1927, p. 254 ss. e 288 ss.), inoltre, che l'editto pretorio regolasse il pegno accanto al comodato, sotto la rubrica *de rebus creditis*, e la fiducia accanto al deposito, sotto la rubrica *de bonae fidei iudiciis*.

⁴ Trinummus, 116-8; Epidicus, 697-9; Mostellaria, 37. Su questi testi v. A. WATSON, *Legal Origins and Legal Change*, London – Rio Grande, 1991, p. 159 ss.

⁵ Cic. *top.* 17.66; *off.* 3.15.61; 3.17.70; *fam.* 7.12. Cfr. O. LENEL, *Das 'edictum perpetuum'*³, cit., p. 291 ss.

⁶ Cfr. N. BELLOCCI, *La tutela della fiducia nell'epoca repubblicana*, Milano, 1974.

⁷ Gaio, nelle sue *Institutiones*, non inserisce la *fiducia* nella sistematica con-

cumenti epigrafici, primi fra tutti la famosa *formula Baetica*⁸ e le molteplici tavolette pompeiane (*mancipatio Pompeiana*⁹ e i documenti dell'archivio dei Sulpicii¹⁰), riguardo alle quali ormai non si dubita che possano trasmettere «la vera prassi del diritto romano metropolitano, cioè l'interfaccia concreto, vissuto, del diritto giurisprudenziale»¹¹.

Inoltre, siccome tali documenti attestano esempi di *fiducia cum creditore*, il mio discorso avrà come punto prospettico privilegiato proprio questo tipo di negozio fiduciario, pur essendo ben consapevole che la nozione di fiducia è molto più ampia e abbraccia molteplici campi, che vanno da quello di famiglia a quello successorio, passando per la funzione di custodia e di deposito¹²; il gran valore della *fiducia*, come oggi del *trust*, è costituito pro-

trattuale, limitandosi a parlare della figura soltanto incidentalmente in occasione dell'analisi del legato *per praeceptionem* (Gai 2.220), per sottolineare l'assenza di furto (Gai 2.201), con riguardo alla *coemptio fiduciae causa* (Gai 1.114-115b), occupandosi dell'*actio fiduciae* (Gai 4.33; 4.62; 4.182) e, infine, più ampiamente in tema di *usucapio* (Gai 2.59-60).

⁸ Sembra si trattasse di un formulario inviato da un banchiere al suo schiavo amministratore della banca provinciale da usare come modello per la redazione di veri documenti fiduciari. Si tratta di una tavola bronzea rinvenuta nei pressi del porto di Bonanza, in Spagna, nel 1868, pubblicata da E. HÜBNER, in *Hermes*, 3, 1868, p. 283 ss.; edizione critica a cura del Mommsen in *CIL*, II, 5042 e in forma ampliata in *CIL*, II, *Suppl.* 5406, ora anche in *FIRA*, III, n. 92. Cfr. anche D. RUDORFF, *Über die baetische Fiduciatafel. Eine Revision*, in *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, 11, 1873, p. 52 ss.

⁹ Ritrovata nel 1887, pubblicata in *FIRA*, III, n. 91.

¹⁰ TabSulp. 85, 90, 91, nell'edizione curata da G. CAMODECA, *Tabulae Pompeianae. Edizione critica dell'archivio puteolano dei Sulpicii*, I, Roma, 1999, p. 190 ss.; T. Herc. 65, Tab. II, p. 4, pubblicata da V. ARANGIO-RUIZ, G. PUGLIESE CARATELLI, *Testi e documenti. Tabulae Herculanae IV*, in *La parola del passato*, 39, 1954, p. 64 ss. e di recente in P. GRÖSCHLER, *Die tabellae-Urkundae aus den pompejanischen und herkulanensischen Urkundenfunden*, Berlin, 1997, p. 142. Su di essi v. L. MIGLIARDI ZINGALE, *In tema di 'fiducia cum creditore': i documenti della prassi*, in *Labeo*, 46, 2000, p. 451 ss.

¹¹ Così L. PEPPE, *Alcune considerazioni circa la 'fiducia' romana nei documenti della prassi*, in *'Fides, fiducia, fidelitas'. Studi di storia del diritto e di semantica storica*, a cura di L. Peppe, Padova, 2008, p. 175; cfr. E. A. MEYER, *Legitimacy and Law in the Roman World: Tabulae in Roman Belief and Practice*, Cambridge, 2004, p. 127.

¹² Sulla questione si veda di recente L. PEPPE, *La vastità del fenomeno fiduciario nel diritto romano: una prima riflessione*, in *Le situazioni affidanti*, a cura di M.

prio dal fatto che si trattava di un istituto estremamente flessibile e aperto agli impieghi più disparati.

2. La struttura negoziale e i suoi effetti.

Prima di arrivare alla questione centrale della causa, occorre introdurre qualche precisazione in merito alla struttura del negozio fiduciario romano di epoca classica. Forse l'unico punto non controverso in proposito è che non era possibile utilizzare una *traditio* per realizzare lo scopo fiduciario¹³; si potevano impiegare soltanto *mancipatio* e *in iure cessio*, che erano negozi formali, capaci come tali di trasferire la proprietà, indipendentemente dalla presenza espressa di una causa che giustificasse il trasferimento; perciò, essi potevano tollerare una funzione fiduciaria, malgrado il fatto che la proprietà trasferita potesse essere funzionalizzata e limitata¹⁴. L'alienazione non veniva travolta da questi limiti, perché le pesanti formalità richieste erano sufficienti a giustificare la serietà dell'atto.

La *traditio* era, invece, un atto non formale e, secondo l'opinione più attendibile¹⁵ modo causale (seppur sempre per cause variabili) di trasferimento della proprietà. Essa consisteva nella consegna di un bene, atto in sé

Lupoi, Torino, 2006, p. 15 ss. e F. BERTOLDI, *Alcune osservazioni sulla fiducia nella letteratura romanistica*, ivi, p. 101 ss., la quale nota come dopo la riscoperta delle Istituzioni di Gaio la letteratura abbia ristretto il campo di applicazione della fiducia rispetto agli studi precedenti.

¹³ Il noto passo D. 41.1.31 pr. (*Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua iusta causa praecessit, propter quam traditio sequeretur*) è tratto dal libro 31 *ad edictum* di Paolo, il quale, secondo la palingenesi leneliana (O. LENEL, *Quellenforschungen in den Edictcommentaren*, cit., p. 114 s.; ID., *'Palingenesia iuris civilis'*, 1, Leipzig, 1889, p. 1027), sarebbe dedicato proprio alla fiducia.

¹⁴ «È proprio il carattere formale ed astratto della *mancipatio* e *in iure cessio* che consentono di connettere questi atti con un patto che rivela una intenzione contraddittoria con l'effetto ... di trasferimento definitivo ed irreversibile della proprietà»: P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano*, 2, Padova, 1963, p. 8 ss.

¹⁵ Vd. *praecipue* E. BETTI, *Sul carattere causale della 'traditio' classica (a proposito di studi recenti)*, in *Studi in onore di S. Riccobono*, 4, Palermo, 1936, p. 113 ss.; M. KASER, *Zur 'iusta causa traditionis'*, in *BIDR*, 64, p. 61 ss.; G. GROSSO, s.v. *Fiducia (diritto romano)*, in *ED*, XVII, Milano, 1968, p. 385; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 435 ss.; G. PUGLIESE, *Compravendita e trasferimen-*

ambiguo, che può avere molteplici significati; perciò era necessario indagare quale fosse l'affare sottostante che dava alla *traditio* il suo significato economico: «se tale significato economico implicava il passaggio della proprietà delle cose da consegnare, la *traditio* poteva produrre l'effetto traslativo; altrimenti, se l'accordo causale non implicava il passaggio di proprietà, la *traditio* operava un semplice passaggio del possesso»¹⁶.

Ora, gli scopi connessi a un trasferimento fiduciario, come quello di garanzia o di gestione, non erano considerati dall'ordinamento sufficienti a giustificare un trasferimento di proprietà¹⁷: una *traditio* effettuata con un simile accordo non poteva costituire una *fiducia*, ma avrebbe al massimo potuto essere l'elemento costitutivo di un pegno o di un deposito o comodato.

Assodato ciò, bisogna ricordare come in relazione agli altri aspetti ricostruttivi del negozio fiduciario si fronteggino svariate opinioni, che si possono ricondurre essenzialmente a due diverse ricostruzioni ipotetiche.

Da una parte, la posizione maggioritaria¹⁸, per la quale vi sarebbero due momenti, uno dispositivo e uno obbligatorio, contestuali e teleologicamen-

to della proprietà in diritto romano, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica*, a cura di L. Vacca, Milano, 1991, p. 46 ss.

¹⁶ Così C. A. CANNATA, 'Traditio' causale e 'traditio' astratta: una precisazione storico-comparatistica, in *Scritti in onore di R. Sacco. La comparazione giuridica alle soglie del 3° millennio*, 1, Milano, 1994, p. 152 s. Cfr. A. BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinen Recht*, 1, *Geschichte des Kaufs im römischen Recht*, Erlangen, 1876, p. 293: «die Tradition ist nicht, wie Mancipation und Injurecession, ein in sich abgeschlossenes und auf sich beruhendes Geschäft, zu dem fiducia ... nur äusserlich als ein zweites Geschäft hinzutreten kann, vielmehr ist sie selbst rechtlich durchaus charakterlos, ja nicht einmal ein Rechtsgeschäft mit bestimmter Form, sondern ein faktischer Vorgang, der seine juristische Bestimmung durch Zweck und Absicht der Parteien erhält».

¹⁷ «La causa richiesta perché la *traditio* apparisse 'traslativa' del *dominium* e non della mera *possessio* non era ... una possibile qualunque causa lecita, ma solo quella che apparisse oggettivamente idonea ... a giustificare quell'effetto»: A. CORBINO, *La causa negoziale del diritto privato romano*, Padova, 2014, p. 115.

¹⁸ A. BECHMANN, *Der Kauf*, cit., p. 291 s.; P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*⁸, Paris, 1929, p. 552 ss.; C. LONGO, *Corso di diritto romano. La fiducia*, Milano, 1933, p. 42 ss.; A. MAGDELAIN, *Le consensualisme dans l'édit du preteur*, Paris, 1958, p. 101 ss.; P. FREZZA, *Le garanzie* cit., 1963, p. 9; C. A. CANNATA, *Sulla 'divisio obligationum' nel diritto romano repubblicano e classico*, in *Iura*, 21, 1971, p. 67; B. NOORDRAVEN, *Die fiducia im römischen Recht*, Amsterdam, 1999, p. 138 ss.

te collegati. Si tratterebbe di una fattispecie complessa, duplice, costituita da un atto a effetti reali, *mancipatio* o *in iure cessio*, e uno a effetti obbligatori, un *pactum*, convenzione separata e libera da forme, dalla quale soltanto nascerebbe l'obbligazione; del resto, non sarebbe un *nudum pactum*, ma un accordo annesso ad altro negozio, il quale viene integrato e modificato dal patto.

D'altro lato, vi sono coloro secondo i quali il negozio sarebbe unitario¹⁹: l'alienazione *fiduciae causa* produrrebbe da sola i due effetti, reale e obbligatorio. L'obbligazione fiduciaria nascerebbe dallo stesso negozio contratto con l'alienazione *fiduciae causa*²⁰ e il patto concluso *in continentis* sarebbe solo diretto a regolare le modalità dell'obbligo di restituzione, obbligo già sorto dalla *mancipatio* o *in iure cessio*.

È interessante osservare come tale scissione all'interno della dottrina romanistica rispecchi le dispute esistenti nella letteratura civilistica della prima metà del '900, nella quale si nota un'analoga contrapposizione tra chi affermava non fosse possibile ammettere la fiducia nell'ordinamento italiano in primo luogo perché costituita da un'artificiosa connessione tra due distinti negozi²¹, e chi, al contrario, ne sosteneva l'ammissibilità, individuando nel negozio fiduciario un fenomeno unitario, caratterizzato da un'autonoma *causa fiduciae*²²: non è facile capire in che direzione abbia operato l'influen-

¹⁹ P. OERTMANN, *Die Fiducia im römischen Privatrecht*, Berlin, 1890, p. 93; G. GROSSO, *Sulla fiducia a scopo di 'manumissio'*, in *RISG*, 4, 1929, p. 251 ss.; ID., *Il sistema romano dei contratti*, Torino, 1963, p. 114 ss.; A. BURDESE, *La menzione degli eredi nella 'fiducia cum creditore'*, in *Studi in onore di S. Solazzi*, Napoli, 1948, p. 331; ID., *'Lex commissoria' e 'ius vendendi' nella fiducia e nel 'pignus'*, Torino, 1949, p. 9; ID., voce *'Fiducia' (diritto romano)*, in *NNDI*, 7, Torino, 1961, p. 295; A. BISCARDI, *Appunti sulle garanzie reali in diritto romano*, Milano, 1976, p. 43; P. FUENTESECA, *Líneas generales de la 'fiducia cum creditore'*, in *Derecho romano de obligaciones. Homenaje I. L. Murga Gener*, Madrid, 1994, p. 392; J. Ph. DUNAND, *Le transfert fiduciaire: «donner pour reprendre». 'Mancipio dare ut remancipetur'. Analyse historique et comparatiste de la fiducia-gestion*, Bâle-Genève-Munich, 2000, p. 90 ss.

²⁰ L'obbligo nascerebbe da una *lex mancipio dicta* contenuta nella *nuncupatio*: in questo senso v. da ultimo J. Ph. DUNAND, *Le transfert fiduciaire*, cit., p. 91 s.

²¹ G. SEGRÈ, *Sul trasferimento in proprietà di merci a scopo di garanzia e sui suoi effetti in caso di fallimento in relazione alla riserva di dominio*, in *Annali dir. comp.*, 2-3, 1929, p. 832 ss.; L. CARIOTA-FERRARA, *I negozi fiduciari*, Padova, 1933, p. 713; L. CARRARO, *Il mandato ad alienare*, Padova, 1947, p. 84. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1950, p. 300.

²² C. GRASSETTI, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro or-*

za tra le due letterature; resta certo che ancora oggi in dottrina e in giurisprudenza vi sono dubbi in ordine alla struttura che dovrebbe assumere il negozio fiduciario.

Facendo affidamento sulle testimonianze epigrafiche, io credo che sia da accogliere l'ipotesi maggioritaria, che vede l'atto di fiducia composto da un collegamento negoziale – volendo usare una terminologia moderna –, in quanto esso risulta costituito dall'alienazione compiuta con l'atto formale, unita a un patto che vale solo *inter partes* e che ha lo scopo di specificare le modalità di uso della cosa e precisare la regolamentazione per la sua successiva ed eventuale restituzione ovvero per la sua vendita. Per quanto riguarda il fondamento dell'obbligo di restituzione, a mio parere, esso discende dalla *fides*²³, che è l'elemento fondante di tutto il negozio e soprattutto quello che giustifica la tutela processuale²⁴; perciò l'obbligo del fiduciario non si limitava alla restituzione del bene in caso di adempimento del credito garantito, ma aveva un contenuto molto più lato: egli era tenuto a comportarsi come un *bonus vir* lungo tutto lo svolgimento del rapporto fiduciario e da ciò derivavano molteplici obblighi strumentali, tesi alla conservazione del bene²⁵.

3. La *mancipatio* 'titolata'.

L'occasione di questo incontro mi ha portato a rivedere e approfondire alcune opinioni che avevo espresso nel 2001, in sede del Convegno Aristec in tema di "Garanzia nella prospettiva storico-comparatistica", quando affermavo che «la *mancipatio* e la *in iure cessio*, essendo negozi formali e astratti, erano capaci come tali di trasferire la proprietà e potevano tollerare una funzione fiduciaria»²⁶.

dinamento giuridico, in *Riv. dir. comm.*, 1936, I, p. 345 ss.; G. MESSINA, *Negozi fiduciari*, 1910, (ora in *Scritti giuridici*, 1, 1948, p. 100).

²³ «La buona fede ha già una parte rilevante, nella fase più antica, nel senso di fondare l'obbligo assoluto ed immediato alla restituzione, ed assicurare la validità delle pattuizioni annesse»: A. BURDESE, '*Lex commissoria*', cit., p. 19.

²⁴ Cfr. *Cic. off.* 3.15.61 e 3.17.70; *top.* 17.66; *Att.* 6.1.15; *fam.* 7.12.2; *Gai* 4.62.

²⁵ «Il fiduciario è indirettamente vincolato nell'esercizio delle sue facoltà di proprietario dalle obbligazioni assunte verso il fiduciante, o che verso di lui gli derivano dalla natura di buona fede del negozio fiduciario»: C. LONGO, *Corso*, cit., p. 800.

²⁶ P. LAMBRINI, *Lineamenti storico-dogmatici della 'fiducia cum creditore'*, in *La*

Ora, anche se continuo a ritenere vero che sia proprio il formalismo a permettere il trasferimento della proprietà fiduciaria – infatti, «la non utilizzabilità della *traditio* per la realizzazione della fattispecie della *fiducia cum creditore* deriva non già dalla sua causalità, ma dalla sua non formalità»²⁷ –, tuttavia, credo che l'atto formale, soprattutto se individuato nella *mancipatio*, non dovesse essere necessariamente astratto.

In più studi recenti ci si chiede se l'astrazione della *mancipatio* potesse essere superata dalla volontà delle parti, in modo analogo a quanto avveniva con la *stipulatio*, e si tende a rispondere positivamente²⁸: le parti potevano esplicitare la causa per la quale si compiva la *mancipatio* e, quando lo facevano, ciò aveva importanti conseguenze giuridiche.

Normalmente doveva essere espressa una causa di vendita, in quanto l'indicazione del prezzo era fondamentale per poter far valere un'eventuale responsabilità per evizione; l'espressione *emit mancipioque accepit* che compare nelle Tavole della Transilvania²⁹ dovrebbe fare riferimento proprio alla ragione economico-sociale per la quale la *mancipatio* veniva posta in essere³⁰.

L'esplicitazione della causa era poi particolarmente necessaria nel caso di donazione, alla quale si applicavano regole particolari; in vari documenti epigrafici compare l'indicazione *donationis causa* come fondamento della

garanzia nella prospettiva storico-comparatistica. Salisburgo, 13-15 settembre 2001, a cura di L. Vacca, Torino, 2003, p. 264.

²⁷ Come ha messo ben in evidenza S. ROMEO, '*Fiducia auctionibus vendunda' nelle Tabelle Pompeiane. Procedure e modalità di redazione delle 'testationes' nelle 'avctiones' puteolane del 61 d.C.*, in *Polis*, 2006, p. 219.

²⁸ Cfr. J. G. WOLF, '*Causa stipulationis*', Wien, 1970, p. 145 ss.; C. ST. TOMULESCU, *Le funzioni del 'nummus unus' nella 'mancipatio'*, in *RIDA*, 23, 1976, p. 232 ss.; B. ALBANESE, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, Palermo, 1982, p. 42, nt. 45 e 336, nt. 365; J. Ph. DUNAND, *Le transfert fiduciaire*, cit., p. 114 s. Dubitativo A. CORBINO, *La causa negoziale*, cit., p. 106 ss.; risponde, invece, in modo decisamente affermativo S. A. CRISTALDI, *Il contenuto dell'obbligazione del venditore nel pensiero dei giuristi dell'età imperiale*, Milano, 2007, p. 234 ss. S. ROMEO, *L'appartenenza e l'alienazione in diritto romano. Tra giurisprudenza e prassi*, Milano, 2010, p. 241 ss., ritiene addirittura che la *mancipatio* fosse un negozio causale, seppur a causa variabile.

²⁹ FIRA, III², *Negotia*, n° 87-88-89-90.

³⁰ S. CRISTALDI, *Il contenuto*, cit., p. 219 ss.

*mancipatio*³¹: tale informazione era fondamentale per applicare il regime proprio delle donazioni, compresi i vari divieti, che nel caso delle donazioni tra coniugi operavano *ipso iure*, travolgendo quindi lo stesso effetto traslativo.

Anche la *coemptio*, una forma di *mancipatio*, poteva essere fatta *matrimonii causa* ovvero *fiduciae causa* e tale diversa causa doveva risultare dall'atto. Dal passo di Gaio che ne parla³² si desume con chiarezza che la *coemptio* posta in essere *fiduciae causa* poteva a sua volta avere due scopi diversi: o quello di sfuggire alla tutela di una data persona ovvero, più in antico, quello di fare testamento.

Quindi, la *causa fiduciae* poteva essere contenuta nel formulario della *mancipatio*³³ e nella pratica lo era spesso³⁴. Quando la *mancipatio* era utilizzata per il trasferimento definitivo della proprietà su di un bene contro

³¹ FIRA, III², *Negotia*, n° 80 d-e-f-g-h; 95; 136-138, 140.

³² Gai 1.114: *Potest autem coemptionem facere mulier non solum cum marito suo, sed etiam cum extraneo; scilicet aut matrimonii causa facta coemptio dicitur aut fiduciae; quae enim cum marito suo facit coemptionem, ut apud eum filiae loco sit, dicitur matrimonii causa fecisse coemptionem; quae uero alterius rei causa facit coemptionem aut cum viro suo aut cum extraneo, velut tutelae evitandae causa, dicitur fiduciae causa fecisse coemptionem. 115. Quod est tale: Si qua velit quos habet tutores deponere et alium nancisci, illis auctoribus coemptionem facit; deinde a coemptionatore remancipata ei, cui ipsa velit, et ab eo vindicta manumissa incipit eum habere tutorem, a quo manumissa est; qui tutor fiduciarius dicitur, sicut inferius apparebit. 115a. Olim etiam testamenti faciendi gratia fiduciaria fiebat coemptio: Tunc enim non aliter feminae testamenti faciendi ius habebant, exceptis quibusdam personis, quam si coemptionem fecissent remancipataeque et manumissae fuissent; sed hanc necessitatem coemptionis faciendae ex auctoritate divi Hadriani senatus remisit. 115b. Fiduciae causa cum viro suo fecerit coemptionem, nihilo minus filiae loco incipit esse: Nam si omnino qualibet ex causa uxor in manu viri sit, placuit eam filiae iura nancisci.*

³³ Non ci si nasconde la difficoltà di spiegare come potesse essere indicata la causa nella *in iure cessio*; tuttavia, potrebbe non essere un caso se si sono conservate testimonianze solo di *mancipationes* utilizzate nella pratica.

³⁴ Accogliendo questa prospettiva, viene meno quell'ostacolo ad ammettere il negozio fiduciario nel nostro ordinamento costituito dall'assenza di negozi astratti di trasferimento: anche nel diritto romano, la fiducia non sarebbe stata posta in essere con un negozio astratto. Anche nel nostro ordinamento si può immaginare un contratto atipico con funzione fiduciaria, contratto che può ben essere considerato meritevole di tutela ex art. 1322, 2 comma. Resterebbe, dunque, soltanto il problema del numero chiuso dei diritti reali e della proprietà temporanea, che

il pagamento di un prezzo poteva anche non contenere l'indicazione della causa, perché essa era già indicata nel fatto che il trasferimento avveniva per un prezzo; quando invece con la *mancipatio* si perseguiva uno scopo diverso da quello di vendita, era importante menzionarlo espressamente³⁵.

Da più documenti della pratica³⁶ risulta che la causa di *fiducia* era espressa nel testo stesso della *mancipatio*: vi si dice che la vendita è compiuta *nummo uno*³⁷ e il trasferimento avviene *fidi fiduciae causa*³⁸. In alcuni casi di *fiducia cum creditore* si indica anche la somma che è stata data a mutuo al fiduciante e che viene garantita proprio con la fiducia³⁹; nella *Mancipatio Pompeiana* non compare la formula *fidi fiduciae causa*, ma si dice che i beni sono stati comprati *nummo uno* a causa di un credito di tot sesterzi.

Già Burdese affermava che «la clausola *fidei fiduciae causa* eventualmente inserita nel rituale della *mancipatio* non è vero si presenti in sé quale condizione risolutiva o termine o *modus*, e come tale incompatibile con la natura di *actus legitimus* della *mancipatio*, ... quanto piuttosto come indicativa della causa negoziale che fonda l'obbligo fiduciario essenzialmente diretto al ritrasferimento dell'oggetto della fiducia»⁴⁰.

però sembra ormai superato dagli autori più recenti: cfr. A. LUMINOSO, *Appunti sui negozi traslativi. Corso di diritto civile*, Milano, 2007, p. 4 ss.

³⁵ Alcuni autori vanno oltre e ritengono che nelle alienazioni fiduciarie fosse sempre necessario esplicitare la causa, in quanto ben diversi erano gli effetti rispetto a un'alienazione a scopo di vendita o di donazione: cfr. P. OERTMANN, *Die Fiducia*, cit., p. 93 ss. e più di recente S. ROMEO, *L'appartenenza*, cit., p. 255.

³⁶ *Formula Baetica*, TPSulp. 85, 87, 90, 91, 92.

³⁷ «En matière de fiducie, l'emploi du *nummus unus* a pour fonction de révéler que le *mancipio dans* et le *mancipio accipiens* poursuivent un autre objectif que le transfert de la propriété d'un bien contre le paiement d'un prix. Ce but spécifique est signalé par une clause particulière adjointe à la *mancipatio*»: così J. Ph. DUNAND, *Le transfert fiduciaire*, cit., p. 111 s.

³⁸ Del resto, anche nell'*intentio* della formula comparirebbe, secondo le ricostruzioni più accreditate, l'espressione *fiduciae causa*: *Si paret A. Agerium N. Negidiuo fundum quo de agitur ob pecuniam debitam fiduciae causa mancipio dedisse eamque pecuniam solutam eove nomine satisfactum esse aut per N. Negidium stetisse quo minus solveretur eumque fundum redditum non esse negotiumve ita actum non esse ut inter bonos agier oportet et sine fraudatione, quanti ea res erit tantam pecuniam C. Aquilius iudex N. Negidium A. Agerio condemnato; si non paret absolvito.*

³⁹ TPSulp. 85, 87.

⁴⁰ A. BURDESE, *Recensione* a N. BELLOCCHI, *La struttura della fiducia. II. Riflessioni intorno alla forma del negozio dall'epoca arcaica all'epoca classica del diritto*

In definitiva, potremmo dire che la causa del trasferimento, cioè l'elemento che giustifica il prodursi dell'effetto reale in quanto assicura la serietà dell'impegno assunto, è costituita nel negozio fiduciario dal formalismo dell'atto di alienazione specificato dall'indicazione che l'atto era posto in essere *fidi fiduciae causa*.

Secondo Mommsen, tale sintagma avrebbe costituito un'endiadi; Leo Peppe⁴¹ ha di recente sostenuto con validi argomenti che esso conterrebbe invece due espressioni distinte, esprimenti concetti diversi: *fiducia* sarebbe un rafforzativo di *fides*, derivato dal verbo *fido*, probabilmente tramite l'aggettivo *fiducus*⁴², cioè colui che si fida pienamente, analogo a *caducus* (colui che cade molto, quindi l'epilettico) o a *manducus* (colui che mangia molto), e sarebbe l'atteggiamento proprio del fiduciante-*mancipio dans* nei confronti del fiduciario-*accipiens*. La *fides* sarebbe, invece, il 'credito' di cui gode il fiduciario-*accipiens*, o, detto in altri termini, l'impegno che il fiduciario assume, la sua parola data⁴³.

Tale ricostruzione è sicuramente convincente; si potrebbe, però, ribaltare la proposta, interpretando il termine *fides* in senso oggettivo, come credito⁴⁴: il fiduciario-creditore avrebbe *fides* nei confronti del fiduciante in quanto gli fa credito, gli dà a mutuo del denaro; il debitore-fiduciante ha ancora maggior *fides*, quindi ha *fiducia*, nel creditore-fiduciario, al punto da trasferirgli la proprietà di un suo bene. In questo modo si capirebbe meglio perché Gaio parli solo di *fiduciae causa*: non perché sarebbe ormai stata «superata la necessità della presenza, nella clausola, di *fidi* a fronte di *fiduciae*, in un contesto che ormai da secoli prevedeva la tutela dell'*actio fiduciae* e in un giudizio di buona fede»⁴⁵, ma proprio perché il giurista antoniniano,

romano, in *Iura*, 34, 1983, p. 178 s., ora in *Recensioni e commenti. Sessant'anni di letture romanistiche*, Padova, 2010, p. 433.

⁴¹ *Alcune considerazioni*, cit., p. 179 ss., che ha preso spunto da un contributo del latinista L. ZURLI, *Sulla formula del negozio fiduciario*, in *Il linguaggio dei giuristi romani. Atti del Convegno internazionale. Lecce 5-6 dicembre 1994*, a cura di O. Bianco e S. Tafaro, Lecce, 2000, p. 185 ss.

⁴² L. PEPPE, *Alcune considerazioni*, cit., p. 184.

⁴³ In senso analogo J. Ph. DUNAND, *Le transfert fiduciaire*, cit., p. 116.

⁴⁴ Del resto, come osservava F. C. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, 5, *Appendice*, XIV.5, (trad. it. a cura di V. Scialoja), Torino, 1893, p. 578, «il mutuo e la *fiducia* coincidono in questo, che viene affidata all'altro una proprietà che egli deve in futuro restituire».

⁴⁵ L. PEPPE, *Alcune considerazioni*, cit., p. 185.

a differenza delle testimonianze epigrafiche che riportano solo casi di *fiducia cum creditore*, fa riferimento anche alla *fiducia cum amico*, in cui non vi è *fides*, in quanto in tal caso il fiduciario non dà a credito nulla.

4. Le cause del negozio fiduciario.

La causa di fiducia era sempre la stessa, qualunque fosse lo scopo per cui era posto in essere il concreto negozio fiduciario; si trattava di una causa che qualificava il trasferimento della proprietà, la quale diventava appunto fiduciaria⁴⁶.

L'estrinsecazione della *causa fiduciae* all'interno del formulario mancipatorio aveva conseguenze importanti relativamente agli effetti prodotti da tale atto, in particolare sul regime della proprietà acquistata dal fiduciario, che diventava funzionale e tendenzialmente temporanea. Molti sono i dati che depongono in questo senso: si pensi innanzitutto al fatto che il debitore poteva disporre con legato *per praeceptionem* della cosa che aveva dato in fiducia⁴⁷ e poteva usucapirla anche in assenza di buona fede, col regime dell'*usureceptio*.

Dalle tavolette pompeiane si desumono molti elementi di dettaglio in ordine alle limitazioni che aveva il fiduciario nell'utilizzo della cosa, l'ampiezza delle quali induce a pensare che la sua proprietà non fosse veramente piena: si pensi agli obblighi di conservazione e custodia della cosa ricevuta in fiducia, ma anche al fatto che il fiduciario non potesse usucapire il bene⁴⁸.

⁴⁶ Molto chiara in proposito la testimonianza di Boezio *top. in Cic.* 4.10.41: *Fiduciam accepit, cuicumque res aliqua mancipatur, ut eam mancipianti remancipet; velut si quis dubium timens amico potentiori fundum mancipet, ut ei, cum tempus quod suspectum est praeterierit, reddat. Haec mancipatio fiduciaria nominatur idcirco, quod restituendi fides interponitur.*

⁴⁷ Gai 2.220: *Unde intellegimus nihil aliud secundum nostrorum praeceptorum opinionem per praeceptionem legari posse, nisi quod testatoris sit. nulla enim alia res quam hereditaria deducitur in hoc iudicium. itaque si non suam rem eo modo testator legaverit, iure quidem civili inutile erit legatum, sed ex senatus consulto confirmabitur. aliquo tamen casu etiam alienam rem per praeceptionem legari posse fatentur: ueluti si quis eam rem legauerit, quam creditori fiduciae causa mancipio dederit; nam officio iudicis coheredes cogi posse existimant soluta pecunia luere eam rem, ut possit praecipere is, cui ita legatum sit.*

⁴⁸ Nel caso in cui il debitore non fosse legittimato ad alienare il bene era lo

Infine, il fiduciario-creditore poteva vendere il bene solo *iure conventio- nis*⁴⁹ e solo scaduto il termine per il pagamento del debito; per non parlare del fatto che, in caso di inadempimento, sembrerebbe che il creditore non potesse trattenere direttamente per sé il bene⁵⁰.

La presenza di un'espressa *causa fiduciae* all'interno dell'atto mancipatorio non impediva comunque che il trasferimento fiduciario fosse posto in essere per scopi variabili, i quali erano specificati nel patto aggiunto alla *mancipatio*. Il *pactum fiduciae* serviva proprio a precisare lo scopo concreto di quella proprietà fiduciaria: dal momento che la stessa operazione fiduciaria poteva servire per gli scopi pratici più disparati, tali da comportare a volte un vantaggio per il fiduciante (ad esempio nella *fiducia cum amico*), altre per il fiduciario (come nel caso della *fiducia cum creditore*), si doveva indagare in ordine alla precisa natura degli interessi perseguiti dalle parti, onde poterne desumere la disciplina applicabile alla fattispecie concreta⁵¹.

Si potrebbe, dunque, concordare con Fercia quando afferma che «la *causa fiduciae* ... si identifica con il *pactum fiduciae*»⁵², riferendo però tale

stesso fiduciante che continuava a usucapire nei confronti dei terzi, come si desume da Iul. 13 dig. D. 41.2.36: *Qui pignoris causa fundum creditori tradit, intellegitur possidere. sed et si eundem precario rogaverit, aequè per diutinam possessionem capiet: nam cum possessio creditoris non impediatur capionem, longe minus precarii rogatio impedimento esse non debet, cum plus iuris in possessione habeat qui precario rogaverit quam qui omnino non possidet.*

⁴⁹ Cfr. Pap. 3 resp. D. 20.5.3: *Cum prior creditor pignus iure conventionis vendidit, secundo creditori non superesse ius offerendae pecuniae convenit.*

⁵⁰ Cfr. A. BURDESE, 'Lex commissoria', cit., p. 10 ss.

⁵¹ Come appunto fa Gaio in relazione all'*usureceptio*: Gai 2.59: *Adbuc etiam ex aliis causis sciens quisque rem alienam usucapit: nam qui rem alicui fiduciae causa mancipio dedit uel in iure cesserit, si eandem ipse possederit, potest usucapere, anno scilicet, si mobilis sit, biennio, soli si sit. quae species usucapionis dicitur usureceptio, quia id, quod aliquando habuimus, recipimus per usucapionem. 60. Sed cum fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure aut cum amico, quo tutius nostrae res apud eum essent, si quidem cum amico contracta sit fiducia, sane omni modo competit usus receptio; si uero cum creditore, soluta quidem pecunia omni modo competit, nondum uero soluta ita demum competit, si neque conduxerit eam rem a creditore debitor neque precario rogauerit, ut eam rem possidere liceret; quo casu lucratiua usus capio competit*

⁵² R. FERCIA, «Fiduciam contrahere» e «contractus fiduciae». *Prospettive di diritto romano ed europeo*, Napoli, 2012, p. 263 s.; secondo l'a., invece, lo scopo pratico della *fiducia* non doveva essere necessariamente esplicitato nella formula

terminologia alla causa giustificativa dell'attribuzione e non a quella del trasferimento. Nel patto, infatti, era contenuta la causa che giustificava la conservazione dell'attribuzione patrimoniale, garantendo il permanere della proprietà fiduciaria presso l'acquirente: i beni sarebbero restati in fiducia (*fiduciae essent*), finché non fosse stato raggiunto lo scopo indicato nel patto, ove erano indicate altresì le modalità di utilizzo della cosa e della sua eventuale restituzione⁵³.

In definitiva, si potrebbe dire che il negozio fiduciario non aveva un'unica causa, bensì esso era sorretto da una causa di fiducia, spesso indicata nel formulario della *mancipatio*, che permetteva il trasferimento della proprietà e ne determinava le modalità di fruizione, e da un'altra causa, potremmo dire da una causa concreta, indicata nel patto aggiunto, che precisava lo scopo di quel trasferimento e giustificava per un certo tempo la conservazione dell'attribuzione patrimoniale⁵⁴. Tale scopo poteva essere di vari tipi; come già detto più volte, la dicotomia tra *fiducia cum creditore* e *fiducia cum amico* rappresenta soltanto una divisione a scopo esemplificativo, tale da ammettere usi diversi dello strumento stesso rispetto a quelli di garanzia e di custodia evocati, come quelli di rappresentanza processuale⁵⁵, donazione a causa di morte⁵⁶, donazione per interposta persona⁵⁷, manomissione⁵⁸. Quando lo scopo 'terminava' (perché il debito era stato pagato,

negoziale adoperata, neppure nell'esperienza più risalente, ma poteva consistere in un intervento verbale 'libero'; solo per ragioni probatorie nei formulari degli *instrumenta* pervenutici per via archeologica si troverebbe espresso il riferimento al *fid(e)i fiduciae caus(s)a*.

⁵³ «Esterni alla *mancipatio* fiduciaria ..., ma sempre governati dalla *causa fiduciae*, sono i *pacta conventa*, come esemplificati nei documenti pompeiani e nella *tabula Betica*, e richiamati anche dalle fonti giuridiche, con i quali le parti regolamentano la fase successiva...»: S. ROMEO, 'Fiducia', cit., p. 219.

⁵⁴ Questa interpretazione è coerente con la proposta ricostruzione della struttura del negozio fiduciario che lo vede composto da un collegamento negoziale, costituito dall'alienazione compiuta con l'atto formale, unita a un patto che vale solo *inter partes* e che ha lo scopo di specificare le modalità di uso della cosa e precisare la regolamentazione per la sua successiva ed eventuale restituzione ovvero per la sua vendita.

⁵⁵ Cfr. Ulp. 3 *ad ed.* D. 4.7.4.3.

⁵⁶ Cfr. Pap. 13 *resp.* D. 39.6.42.

⁵⁷ Cfr. Marc. 7 *dig.* D. 24.1.49.

⁵⁸ Cfr. Gai. 9 *ad ed. prov.* D. 17.1.27.1 e Ulp. 71 *ad ed.* D. 39.5.18.1, anche se molto controversa è la possibilità di un utilizzo della fiducia a scopo di manomis-

erano cessate le esigenze di custodia, la gestione era stata realizzata, ecc.), il trasferimento di proprietà non era più giustificato e occorreva procedere alla restituzione.

Le due cause erano legate da una relazione di reciproca interdipendenza: dal gioco congiunto di entrambe si poteva comprendere il vero intento delle parti.

sione: sulla questione v. l'ampia e articolata esposizione di R. SCEVOLA, *'Negotium mixtum cum donatione'*. *Origini terminologiche e concettuali*, Padova, 2008, p. 81 ss., secondo il quale «l'ampiezza che verrebbe conferita al *pactum fiduciae* imporrebbe una ridefinizione dell'ambito di operatività dell'istituto fiduciario che non potrebbe prescindere da un assetto cui fosse estranea l'ineluttabilità dell'obbligo di consegna» (p. 99).