

PREMESSE

La *fiducia*¹ è uno schema negoziale ampiamente ricordato nelle fonti romane: giuridiche e non giuridiche. Da questa presenza è conseguente desumere un'ampia operatività della figura; il che, in effetti, viene in dottrina normalmente riconosciuto, ancorché con ricorrenti dissensi. Per contro, nella concreta ricostruzione della figura si coglie un duplice orientamento.

Il primo² vede nella fiducia un negozio limitato alle due figure della *fiducia cum amico* e della *fiducia cum creditore*, caratterizzate dal tratto comune del trasferimento di proprietà, tramite *mancipatio* o *in iure cessio*, da un soggetto a un altro con l'impegno fiduciario del ritrasferimento al *mancipio dans*. L'idea che ha portato a limitare la rilevanza della fiducia a tali forme nasce dalla scoperta delle Istituzioni di Gaio e in particolare dal passo Gai. 2,60, dove a prima vista sembrerebbe che la fiducia, per l'appunto, potesse essere solo *cum amico* e *cum creditore*.

La seconda corrente, i cui prodromi risalgono a un momento precedente la scoperta delle Istituzioni di Gaio, tende ad accentuare la polivalenza dello schema negoziale fiduciario, essendosi sostenuto che a esso sarebbero riconducibili non solo le due figure della *fiducia cum amico* e quella *cum creditore*, ma anche altre figure. Si tende in sostanza a individuare una *fiducia* in funzione di garanzia, una *fiducia* nell'ambito del diritto di famiglia, una nell'ambito successorio e una in funzione di deposito e comodato.

In relazione alla prima impostazione è necessario rilevare l'influenza decisiva avuta dalla Pandettistica tedesca, a cominciare dagli apporti del Savigny³ e del Puchta⁴ e, in seguito, di altri autori tra i quali si segnalano: Wachter⁵, Mühlenbruch⁶, Böcking⁷, Seuffert⁸, Keller⁹, Arndts¹⁰,

¹ La fiducia costituisce pure una figura molto discussa in ambito filosofico; ciò è testimoniato in particolare dalla lezione magistrale che si è tenuta a Carpi per il "Festival della filosofia" organizzato dalla città di Modena, tenuta dal Natoli e dai recenti contributi del Resta (RESTA, *Il rischio della fiducia*, in AA.VV., *Fides, fiducia, fidelitas*, a cura di L. PEPPE, Padova, 2008, 201 ss.; ID., *Le regole della fiducia*, Roma-Bari, 2009).

² Sull'evoluzione della letteratura si veda pure: BERTOLDI, *Alcune osservazioni*, (2006), 101 ss.

³ SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, V, Berlin, 1841, 512 ss.

⁴ PUCHTA, *Cursus der Institutionen*, II, Leipzig, 1842, 698.

⁵ WACHTER, *Ueber die Frage: Wer hat bei Obligationen die Gefahr zu tragen?*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 15(1832), 134 ss.; ID., *Pandekten*, Leipzig, 1881, 515.

⁶ MÜHLENBRUCH, *Lehrbuch des Pandekten-Rechts*, II³, Halle, 1840, 198.

⁷ BÖCKING, *Pandekten des römischen Privatrechts*, I², Bonn, 1853, 180.

⁸ SEUFFERT, *Praktisches Pandektenrecht*, I¹, Würzburg, 1860, 383.

⁹ KELLER, *Pandekten*, I², Leipzig, 1867, 426; ID., *Pandekten*, II², Leipzig, 1867, 650; ID., *Institutionen*, Leipzig, 1861, 204.

¹⁰ ARNDTS, (1837), 209; ID., *Lehrbuch der Pandekten*⁹, Stuttgart, 1877, 617, n. 1; 918.

Brinz¹¹, Regelsberg¹², Wendt¹³, Dernburg¹⁴, Windscheid¹⁵, Wetter¹⁶. Questa nozione ritorna in diversi autori successivi e influenzerà non poco la civilistica moderna¹⁷.

Per quanto concerne invece il secondo orientamento, è indubbio che il suo punto di partenza va individuato nelle indagini del Conradi¹⁸, con l'opera *'De pacto fiduciae exercitatio'* del 1732-33, dove l'autore pone in rilievo il ruolo giocato dal *pactum fiduciae* nell'emancipazione, nella tutela fiduciaria, nella manomissione, nella *mancipatio familiae*, nel *testamentum per aes et libram*, nel fedecommesso, nella *fiducia cum amico* e in quella *cum creditore*.

A parte il Rivinus¹⁹, la medesima impostazione si ritrova nelle Pandette del Pothier²⁰, il quale, probabilmente influenzato dal Cuiacius²¹, parla

¹¹ BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, II², Erlangen, 1879, 847 s.

¹² REGELSBURG, *Zwei Beiträge zur Lehre von der Cession*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 63(1880), 173.

¹³ WENDT, *Lehrbuch der Pandekten*, Jena, 1888, 397.

¹⁴ DERNBURG, *Pandekten*, I⁵, Berlin, 1896, 236.

¹⁵ WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I⁹, Frankfurt, 1906, 1126, n. 2.

¹⁶ WETTER, *Pandectes*, II, Paris, 1909, 315 ss.

¹⁷ In particolare il Regelsberg sostenne che nel caso del negozio fiduciario, per il conseguimento di uno scopo determinato si sceglie una forma giuridica che dà più di quello che è necessario per il raggiungimento di quello scopo. Questa impostazione della fiducia ha influenzato la civilistica italiana, la quale, partendo dalla contrapposizione tra mezzo e scopo, è arrivata a enucleare la distinzione tra lato reale e lato obbligatorio; sul punto si veda con la letteratura ivi citata: FERRARA, *I negozi fiduciari*, in *Studi in onore di V. Scialoja*, II, Milano, 1905, 746; ASCARELLI, *Il negozio indiretto e le società commerciali*, in *Studi di diritto commerciale in onore di C. Vivante*, I, Roma, 1931, 31 s.; CARIOTAFERRARA, *I negozi fiduciari. Trasferimento cessione e girata a scopo di mandato e di garanzia. Processo fiduciario*, Padova, 1933, 25; GRAZIANI, *Negozi indiretti e negozi fiduciari*, in *Rivista del diritto commerciale de del diritto generale delle obbligazioni*, 31(1933), 415 ss.; BETTI, *Consapevole divergenza della determinazione causale nel negozio giuridico*, in *BIDR*, 42(1934), 309; PUGLIESE, *La simulazione dei negozi giuridici*, Padova, 1938, 31 s.; 38; G. MESSINA, (1948), 18 s.; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*², Torino, 1960, 323 ss.; GENTILI, *Società fiduciarie e negozio fiduciario*, Milano, 1978, 65 ss.; ID., *Il contratto simulato. Teorie della simulazione e analisi del linguaggio*, Napoli, 1982, 78 ss.; 312 ss.; CRISCUOLI, *Fiducia e fiducie in diritto privato: dai negozi fiduciari ai contratti uberrimae fidei*, in *Rivista di diritto civile*, 29(1983), 139; GALGANO, *Il negozio giuridico*, Milano, 1988, 427 s.; CAVANNA, *I rapporti fiduciari*, in *I contratti in generale*, IX, *Rappresentanza-Trust Cessione-Subcontratti*, a cura di P. CENDON, Torino, 2000, 5 ss.; LUMINOSO, *Appunti sui negozi traslativi atipici. Corso di diritto civile*, Milano, 2007, 53 s. Cfr. pure: SEGRÈ, *Sul trasferimento di proprietà di merci a scopo di garanzia e sui suoi effetti nel caso di fallimento, in relazione alla riserva del dominio*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2-3(1929), 834 ss.; GRASSETTI, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento*, in *Rivista del diritto commerciale*, 34(1936), 345 ss.; PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in *Diritto civile. Metodo teoria e pratica*, Milano, 1951, 201 ss.; LIPARI, *Il negozio fiduciario*, Milano, 1961; NUZZO, *Negozio fiduciario*, in *Riv. dir. Civ.*, 31(1985), 652 ss.; FURGIUELE, *La fiducia e il problema dei limiti del sistema*, in *Mandato fiducia e trust. Esperienze a confronto*, a cura di F. ALCARO e R. TOMMASINI, Milano, 2003, 11.

¹⁸ CONRADI, *De pacto*, I, (1732); ID., *De pacto*, II, (1733).

¹⁹ RIVINUS, (1743), 5 ss. Cfr: LAMBACH, (1625); FINX, (1708).

²⁰ Probabilmente è stato il Cuiacius a influenzare tutta la letteratura precedente la scoperta della Istituzioni di Gaio; per un esempio si veda: HEINECCIUS, *Antiquitatum Romanarum Jurisprudentiam Illustrantium Syntagma secundum ordinem Institutionum Iustiniani digestum*, I, Venezia, 1764, I, XII, VIII, 180 s.

²¹ CUIACIUS, *In Julii Pauli receptorum sententiarum ad filium lib. V. Interpretationes*, in *Opera*, I, Venezia, 1758, 344 s.; ID., *Recitationes solemnae. Ad Tit. XXX De legitima tutela*, in ID., *Opera*, IX,

di erede fiduciario, di tutore fiduciario e di fiduciario nel “contratto” di *fiducia*²².

Malgrado lo stato delle fonti, gli autori di queste opere hanno un qualche interesse, in quanto essi sono riusciti a ricostruire correttamente le linee fondamentali dell'istituto attingendo solo dal Digesto, dai *Tituli ex corpore Ulpiani*, dalle *Pauli Sententiae* e dalle fonti letterarie.

Va osservato che dopo la scoperta della Istituzioni giaine, in effetti, buona parte della letteratura specialistica non sembra troppo influenzata dalla bipartizione gaiana, in quanto continua a proporre una nozione di fiducia assai ampia; basti pensare che lo Stas²³ dedica una parte della dissertazione all'impiego della fiducia in vari negozi (*fiducia mancipationi, depositi contrahendi causa adiecta; fiducia in emancipationibus; fiduciaria tutela; fiducia in prisco hypothecae constituendae modo*) e che il primo paragrafo del libro del Büchel²⁴ è intitolato ‘*Variae fiduciae notiones*’.

Anche altri autori a loro contemporanei propongono classificazioni della fiducia o delle sue forme di applicazione, immaginandone una polivalenza operativa. In particolare lo Zachariae²⁵ distingue tra *fiducia cum creditore; fiducia cum amico; fiducia, reservandi juris succedendi causa, mancipationibus liberi capitis adjecta; fiduciaria tutela; fiducia in testamento per aes et libram*; mentre il Bassewitz²⁶ tratta della *fiducia cum amico*, dell'emancipazione, della *tutela fiduciaria*, del *testamentum per aes et libram* e della *fiducia cum creditore*. Infine, il Bechmann²⁷, trattan-

Venezia, 1781, 518; Id., *Domini Iustiniani Aug. Institutionum liber tertius. Notae. De legitima adgnatorum successione caput II*, in Id., *Opera*, I, cit., 141; Id., *In libr. IV Codicis. Recitationes solemnae. Ad XXIV De pignoraticia actione*, in Id., *Opera*, IX, cit., 272; Id., *Commentarius in Lib. II definitionum Aemilii Papinianii. Ad L. XLI ss. De Poenis*, in Id., *Opera*, IV, Venezia, 1777, 1353; Id., *Recitationes solemnae. Ad I. De rebus creditis, si certum petetur, & conditione, libri XII Digestorum. Ad. L. IX*, in Id., *Opera*, VII, Venezia, 1779, 639; Id., *Observationum et emendationum. Liber XXVI, cap. XXI: Quae sit differentia inter fiduciarium & fideicommissarium hereditatem*, in Id., *Opera*, III, Venezia, 1758, 697. In Jacobus Cuiacius, il maggiore esegeta storico del *Corpus Juris*, nelle sue *interpretationes* alle *Pauli Sententiae*, vi è una trattazione articolata della fiducia, nel titolo sulla *lex commissoria*. In altre parti della sua opera vi sono poi delle definizioni assai puntuali, che denotano comunque una visione assai ampia della fiducia. Questo dimostra che, nonostante l'abrogazione operata da Giustiniano, si sentì la necessità in Francia di richiamare anche altre fonti che facessero riferimento all'istituto. Nell'opera del Cuiacius si richiama, e ciò è ancora più interessante, l'*hereditas fiduciaria*. L'interesse del Cuiacius verso l'*hereditas fiduciaria* e l'*heres fiduciarius*, che è obbligato 'quasi contracta fiducia' ed è tenuto a custodire e restituire i beni ereditari, senza fare propri i frutti, si ritroverà anche in seguito nella dottrina e giurisprudenza francese e sarà questo interesse ad originare un istituto tutto particolare, vale a dire la “fiducie”. La “fiducie” dell’“ancien droit” divenne una variante della sostituzione fideicommissaria, da applicarsi in presenza di un *heres fiduciarius*, privo di *commoda*, vale a dire un erede di pura forma. Sulle origini della “fiducie” si veda: WITZ, *La fiducie en droit français*, Paris, 1981.

²² POTHIER, *Pandectae Justinianae in novum ordinem digestae, cum legibus Codicis et Novellis, quae jus Pandectarum confirmant, explicant aut abrogant*, IV, Paris, 1819, 662.

²³ STAS, (1824), 18 ss.

²⁴ BÜCHEL, (1828), 2 ss.

²⁵ ZACHARIAE, (1830), 11 ss.

²⁶ BASSEWITZ, (1858), 18 ss.

²⁷ BECHMANN, *Der Kauf nach gemainem Recht*, I, *Geschichte des Kauf im römischen Recht*, Erlangen, 1876, 284 s.

do della fiducia, cita le sue applicazioni nella pratica del diritto di famiglia, come l'adozione e la *conventio in manum*.

A sua volta, la letteratura di fine Ottocento sulla fiducia è assai ampia, ma indubbiamente gli studiosi saranno segnati dai contributi fondamentali del Lenel. Questo autore affronta il problema della *fiducia* sia in un articolo della *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, sia nella *Palingenesia iuris civilis*, sia in “*Das Edictum perpetuum*”²⁸, privilegiando la prospettiva interpolazionistica²⁹ e comunque finendo per sostenere, ancora una volta, la caratterizzazione operativa polivalente della fiducia.

La letteratura successiva al Lenel sarà influenzata fortemente dalla metodologia interpolazionistica e privilegerà la ricerca, nei vari passi del Digesto, di interventi compilatori volti a cancellare la menzione della *fiducia* per sostituirla con quella di ‘*pignus*’, ‘*depositum vel commodatum*’, ‘*hypotheca*’³⁰, essendo la *fiducia* caduta in desuetudine a seguito

²⁸ LENEL, *Quellenforschungen*, (1882), 104 ss.; 177 ss.; Id., *Palingenesia*, I-II, (1889); Id., *Das edictum*, (1927), 291 ss.

²⁹ I passi ritenuti interpolati da Lenel sono i seguenti: D. 2,14,52,2 (Ulp. 1 *opinion.*); D. 10,3,7,3 (Ulp. 20 *ad ed.*); D. 12,1,30 (Paul. 5 *ad Plaut.*); D. 12,2,40 (Iul. 13 *dig.*); D. 12,4,3,2-3 (Ulp. 26 *ad ed.*); D. 12,4,5,1 (Ulp. 2 *disp.*); D. 13,6,5,2 (Ulp. 28 *ad ed.*); D. 13,7,6 pr.-1 (Pomp. 35 *ad Sab.*); D. 13,7,8 pr.-5 (Pomp. 35 *ad Sab.*); D. 13,7,22 pr.-4 (Ulp. 30 *ad ed.*); D. 13,7,24 pr.-3 (Ulp. 30 *ad ed.*); D. 13,7,25 (Ulp. 31 *ad ed.*); D. 13,7,31 (Afr. 8 *quaest.*); D. 13,7,34 (Marc. l. *sing. respons.*); D. 13,7,37 (Paul. 5 *ad Plaut.*); D. 15,1,27 pr. (Gai. 9 *ad ed. prov.*); D. 15,1,36 (Ulp. 2 *disp.*); D. 17,1,27,1 (Gai. 9 *ad ed. prov.*); D. 17,1,30 (Iul. 13 *dig.*); D. 18,2,10 (Iul. 13 *dig.*); D. 18,3,2 (Pomp. 35 *ad Sab.*); D. 18,3,3 (Ulp. 30 *ad ed.*); D. 19,1,23 (Iul. 13 *dig.*); D. 20,2,10 (Scaev. 6 *dig.*); D. 20,5,14 (Scaev. 6 *dig.*); D. 20,6,15 (Scaev. 6 *dig.*); D. 21,2,7 (Iul. 13 *dig.*); D. 23,3,50,1 (Afr. 8 *quaest.*); D. 24,1,49 (Marc. 7 *dig.*); D. 24,3,49,1 (Paul. 7 *resp.*); D. 24,3,58 (Mod. l. *sing. de heumat.*); D. 27,3,5 (Ulp. 43 *ad Sab.*); D. 32,68 pr. (Ulp. 1 *resp.*); D. 33,10,9,2 (Pap. 7 *resp.*); D. 35,2,84 (Iul. 13 *dig.*); D. 39,5,18 pr.-2 (Ulp. 71 *ad ed.*); D. 39,6,42 pr. (Pap. 13 *resp.*); D. 40,1,13 (Pomp. 1 *ex Plaut.*); D. 40,4,40 pr. (Pomp. 5 *ex Plaut.*); D. 40,5,47,3 (Iul. 42 *dig.*); D. 41,1,31 pr. (Paul. 31 *ad ed.*); D. 41,1,36 (Iul. 13 *dig.*); D. 41,2,36 (Iul. 13 *dig.*); D. 41,3,13 pr. (Paul. 5 *ad Plaut.*); D. 42,8,14 (Ulp. 6 *disp.*); D. 43,26,11 (Cels. 7 *dig.*); D. 43,26,18 (Iul. 13 *dig.*); D. 44,7,16 (Iul. 13 *dig.*); D. 45,3,6 (Pomp. 26 *ad Sab.*); D. 46,2,12 (Paul. 31 *ad ed.*); D. 46,2,15 (Iul. 13 *dig.*); D. 46,3,26 (Pomp. 35 *ad Sab.*); D. 46,3,32 (Iul. 13 *dig.*); D. 47,2,80(79) (Pap. 9 *quaest.*); D. 50,16,181 (Pomp. 35 *ad Sab.*); D. 50,17,45 pr. (Ulp. 30 *ed.*).

³⁰ I passi che la dottrina successiva ha aggiunto a quelli elencati dal Lenel sono i seguenti: D. 1,7,34 (Paul. 11 *quaest.*); D. 2,14,1,4 (Ulp. 4 *ad ed.*); D. 2,14,48 (Gai. 3 *ad leg. duod. tab.*); D. 3,2,1 (Iul. 1 *ad ed.*); D. 3,5,31(32) pr.-1 (Pap. 3 *resp.*); D. 4,7,4,3 (Ulp. 13 *ad ed.*); D. 9,4,22 pr.-2 (Paul. 18 *ad ed.*); D. 10,2,28 (Gai. 7 *ad ed. prov.*); D. 10,2,29 (Paul. 23 *ad ed.*); D. 10,3,7,13 (Ulp. 20 *ad ed.*); D. 12,1,4,1 (Ulp. 34 *ad Sab.*); D. 12,1,28 (Gai. 21 *ad ed. prov.*); D. 12,5,9,1 (Paul. 5 *ad Plaut.*); D. 13,1,12,2 (Ulp. 38 *ad ed.*); D. 13,6,3,5 (Ulp. 28 *ad ed.*); D. 13,6,18 pr.-1 (Gai. 9 *ad ed. prov.*); D. 13,7,9,2 (Ulp. 28 *ad ed.*); D. 13,7,11,2 (Ulp. 28 *ad ed.*); D. 13,7,11,4 (Ulp. 28 *ad ed.*); D. 13,7,13 pr. (Ulp. 38 *ad ed.*); D. 13,7,15 (Ulp. 28 *ad ed.*); D. 13,7,16 pr.-1 (Paul. 29 *ad ed.*); D. 13,7,29 (Iul. 44 *dig.*); D. 13,7,39 (Mod. 4 *resp.*); D. 13,7,42 (Pap. 3 *resp.*); D. 16,3,1,42 (Ulp. 30 *ad ed.*); D. 16,3,1,47 (Ulp. 30 *ad ed.*); D. 16,3,13,1 (Paul. 31 *ad ed.*); D. 16,3,15 (Iul. 13 *dig.*); D. 16,3,32 (Cels. 11 *dig.*); D. 17,1,39 (Ner. 7 *membran.*); D. 19,1,11,16 (Ulp. 32 *ad ed.*); D. 19,2,25,1 (Gai. 10 *ad ed. prov.*); D. 20,1,2 (Pap. 3 *resp.*); D. 20,1,11,3 (Marc. l. *sing. ad form. hypoth.*); D. 20,1,16,5 (Marc. l. *sing. ad form. hypoth.*); D. 20,1,23 pr.-1 (Mod. 3 *reg.*); D. 20,4,1 pr. (Pap. 8 *quaest.*); D. 20,4,4 (Pomp. 35 *ad Sab.*); D. 20,4,9,3 (Afr. 8 *quaest.*); D. 20,5,7,2 (Marc. l. *sing. ad form. hypoth.*); D. 20,5,13 (Paul. 1 *decret.*); D. 24,1,7,6 (Ulp. 31 *ad Sab.*); D. 24,1,11,8 (Ulp. 32 *ad Sab.*); D. 24,3,29,1 (Ulp. 3 *disput.*); D. 25,2,18 (Paul. 6 *quaest.*); D. 27,9,7,1 (Ulp. 35 *ad ed.*); D. 27,9,7,5 (Ulp. 35 *ad ed.*); D. 32,37,3 (Scaev. 18 *dig.*); D. 38,5,12 (Iav. 3 *epist.*); D. 40,1,20,3 (Pap. 10 *respons.*); D. 40,2,16,1 (Ulp. 2 *ad leg. Ael. Sent.*); D. 40,9,16,1 (Paul. 3 *ad leg. Ael. Sent.*); D. 41,1,63,4 (Tryph. 7 *disp.*); D. 41,2,37 (Marc. l. *sing. ad form. hypoth.*); D. 41,3,49 (Lab. 5 *pithan. a Paul. epitomat.*); D. 44,3,14,3 (Scaev. l. *sing. quaest. publ. tractat.*); D. 44,4,4,8 (Ulp. 76 *ad ed.*); D. 44,7,9 (Paul. 9 *ad Sab.*); D. 44,7,12 (Pomp. 29 *ad Sab.*); D. 46,2,18 (Paul. 57 *ad ed.*); D. 46,3,43

della mancata applicazione della *mancipatio* e in *iure cessio* nel periodo postclassico³¹.

La letteratura del Novecento, a sua volta, si orienterà verso una nozione di fiducia più ristretta, segnalandosi l'impegno di autori come Grosso³², Longo³³, Segré³⁴, Messina³⁵, Burdese³⁶, Frezza³⁷, Bellocchi³⁸ e Biscardi³⁹, i

(Ulp. 2 *regul.*); D. 46,3,97 (Pap. 2 *defin.*); D. 47,2,14,5-7 (Ulp. 29 *ad Sab.*); D. 47,2,14,16 (Ulp. 29 *ad Sab.*); D. 47,2,15 pr. (Paul. 5 *ad Sab.*); D. 47,2,62 (61),1 (Afr. 8 *quaest.*); D. 47,2,62(61),3 (Afr. 8 *quaest.*); D. 47,10,15,32 (Ulp. 77 *ad ed.*). La dottrina successiva al Lenel cita pure qualche costituzione del *Codex*, come interpolata: C. 4,6,2; C. 4,16,2; C. 4,24,2-3; C. 4,24,6; C. 4,24,7 pr.-1; C. 4,24,9; C. 4,65,9; C. 5,12,6; C. 5,14,7; C. 5,16,20; C. 6,37,3; C. 7,11,4; C. 8,27(28),2; C. 8,27(28),4; C. 8,29(30),2; C. 8,34(35),2; C. 8,40,21; C. 8,53(54),9; C. 8,54(55),3 pr.; C. 9,34,4.

³¹ Contemporaneamente i due filoni dottrinari prima citati sulla nozione del negozio fiduciario continuano a fronteggiarsi in maniera un po' più evidente; si assiste infatti ai primi tentativi da parte della letteratura, sulla scia della pandettistica, di restringere la nozione di fiducia cristallizzando nelle due note figure *fiducia cum creditore* e *fiducia cum amico*. Per esempio, il Voigt (VOIGT, *Die XII Tafeln*, II, Leipzig, 1883, 178 ss.) tratta sia della *fiducia cum creditore*, sia di quella *cum amico*. Quest'ultima sarebbe stata impiegata per diversi scopi: come forma di deposito, comodato, mandato, *donatio mortis causa*, *testamentum per aes et libram*, *donatio* e *datio dotis recepticiae*. Di questo periodo sono anche alcune tesi di dottorato francesi e ciò dimostra il crescente interesse per l'argomento in Francia, a seguito dei contributi del Lenel. Mi riferisco al Geny (GENY, [1885], 50 ss.), al Coulazou (COULAZOU, [1890], 19 ss.), al Nouel (NOUEL, [1890], 12 ss.), al Jacquelin (JACQUELIN, [1891]) e al Glard (GLARD, [1894], 47 ss.). Questa letteratura risulta notevolmente influenzata dalle indagini del Lenel, anche se essa continua a citare tutta la letteratura fino al Conradi, compresa la pandettistica. Per esempio, il Geny (GENY, [1885], 46) afferma che il passo di Gai. 2,60 indica solamente le applicazioni maggiormente usate all'epoca di Gaio, ma che l'ambito di applicazione della fiducia era assai più vasto. Esso avrebbe compreso: la fiducia nei rapporti di potestà (adozione, emancipazione, *coemptio fiduciae causa*, *tutela fiduciaria*); la fiducia finalizzata al deposito; la fiducia costituente una garanzia reale. Nella stessa linea sono il Coulazou (COULAZOU, [1890], 19 ss.), il Jacquelin (JACQUELIN, [1891], 99 ss.) e il Glard (GLARD, [1894], 47 ss.), anche se la lista della forme di applicazioni della fiducia risulta ampliata ad altre ipotesi, come la *noxae deditio*, l'acquisizione della cittadinanza da parte dei Latini e la *mancipatio familiae cum fiducia*. Il Nouel (NOUEL, [1890], 12 ss.) invece pare abbandonare questa impostazione concentrandosi maggiormente sulla struttura del negozio e non interessandosi alle sue forme di applicazione. Tornando alla Germania, alla fine dell'ottocento compare la monografia dell'Oertmann, che costituisce un'opera fondamentale sull'istituto ed è stata e continua a essere molto citata nella letteratura (Si veda: HEYROVSKÝ, *Rec. a OERTMANN*, (1890), in *Zeitschrift für das privat- und öffentliche Recht der Gegenwart*, 80[1891], 354 ss.). Egli (OERTMANN, [1890], 124 ss.), valendosi sempre del metodo interpolazionistico, distingue nettamente la fiducia in senso tecnico, vale a dire la *fiducia cum creditore* e quella *cum amico*, quindi quella fatta a scopo di pegno, deposito, comodato e mandato, dagli altri casi di fiducia (ricomprendenti la fiducia nel diritto di famiglia, la *noxae deditio* e la fiducia successoria). Secondo l'autore (OERTMANN, [1890], 135 ss.), la fiducia sorse per colmare le lacune di un ordinamento chiuso in pochi istituti; da ciò sarebbe nata la necessità di adattare i negozi esistenti a diversi scopi.

³² GROSSO, *Sulla fiducia* (1929), 251 ss.; Id., *Fiducia* (1968), 385 s. Si vedano le critiche di: SOLAZZI, *Glosse a Gaio*, Palermo, 1931, 161 s. (= *Studi in onore di S. Riccobono*, I, Palermo, 1936, 161 s.); BUCKLAND, *A Text-book of Roman Law from Augustus to Justinian*³, Cambridge, 1963, 431, n. 4.

³³ C. LONGO, *Corso*, (1933).

³⁴ SEGRÉ, (1935).

³⁵ G. MESSINA, (1948).

³⁶ BURDESE, *Lex commissoria*, (1949).

³⁷ FREZZA, (1963).

³⁸ BELLOCCI, *La tutela*, (1974); Id., *La struttura del negozio*, I, (1979); Id., *La struttura della fiducia*, II, (1983), 20. È interessante notare che secondo l'autrice la *fiducia manumissionis causa* non sarebbe una vera forma di fiducia. Su questo punto cfr. le critiche del NOORDRAVEN, *De Fiducia*, (1988), 83 s. (D'ora in poi si citerà la traduzione tedesca dell'opera: NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, [1999], 69).

³⁹ BISCARDI, *Appunti*, (1976).

quali, peraltro, resteranno in varia misura⁴⁰ ancorati alla visione pandettistica. Sulla stessa linea, si pongono Kaser⁴¹, Derruppé⁴² e Fuenteseca⁴³.

Gli unici⁴⁴ a discostarsi decisamente da questa tendenza a irrigidire la nozione del negozio fiduciario sono il Manigk⁴⁵ e lo Erbe⁴⁶: infatti se il primo parla di altre forme di *fiducia*, come la *fiducia post mortem*, la *fiducia cum servo contracta* e quella *donationis causa*; il secondo, ancorché privilegiando il ruolo della *fiducia cum creditore* e *cum amico* (ricomprensente quest'ultima anche la *fiducia manumissionis causa*)⁴⁷, accosta a esse la *fiducia* nel diritto di famiglia⁴⁸ e, più in generale, ammette che già i giuristi classici abbiano cercato di adattare la fiducia a finalità diverse⁴⁹.

L'apertura dello Erbe peraltro è stata ripresa da vari studiosi più recenti⁵⁰ a cominciare dal Noordraven⁵¹, il quale ammette l'esistenza di di-

⁴⁰ Alcuni autori ammettono tuttavia che la fiducia poteva essere impiegata a diversi scopi: BERTOLINI, *Appunti didattici di diritto romano*, Torino, 1905, 230 s.; GROSSO, *Sulla fiducia*, (1929), 280 ss.; C. LONGO, *Corso*, (1933), 5, 147 ss.; SEGRÉ, (1935), 17; 52 ss.

⁴¹ KASER, *Studien II*, (1979), 329, n. 274. Bisogna inoltre considerare che questo autore, riprendendo il Kreller (KRELLER, [1942], 171 ss.), ha ritenuto che alcuni passi avessero trattato tanto la fiducia come il pegno; in tali frammenti la parola pegno sarebbe stata utilizzata in un senso esteso. In particolare, in Pap. D. 3,5,31(32) pr.; Pap. D. 13,7,42; Pap. D. 20,1,2, l'espressione 'iudicium, quo pignore dato redditur' (o 'proponitur') sarebbe stata usata per riportare la *fiducia cum creditore* e il pegno a un denominatore comune. Dopo l'analisi di Pap. D. 20,1,2 dell'Ankum (H. ANKUM, *La responsabilità del creditore pignoratizio nel diritto romano classico*, in *Studi in onore di A. Biscardi*, IV, Milano, 1983, 616 ss.), tuttavia si può giungere alla conclusione che Papiniano non potrebbe aver parlato in questo testo del diritto di pegno in senso lato, riferendosi il testo originariamente alla responsabilità per custodia, riconducibile solamente al pegno. Cfr: NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, (1999), 35 ss.

⁴² DERRUPPÉ, (1983), 449 ss.

⁴³ FUENTESECA, (1994), 405; 419 ss.; 436. L'autore tuttavia ammette l'esistenza di altre forme di applicazione della *fiducia cum amico*: la *fiducia manumissionis causa*, la *coemptio fiduciaria* e la *mancipatio familiae*.

⁴⁴ Tuttavia anche il MACQUERON, *Histoire des obligations*², Aix-En-Provence, 1975, 86, parla di fiducia non solo in relazione alle due note forme citate da Gaio, ma anche relativamente alla *mancipatio familiae*, alla *donatio mortis causa* e alla *coemptio fiduciaria*. Cfr. pure: JÁNOS, *Az actio fiduciae és alkalmazási köre a praeklasszikus jogban*, in *Acta juridica et politica*, XIV, Szeged, 1967, 19 ss.

⁴⁵ MANIGK, (1909), 2302. Si veda pure: BUCKLAND, *A Text-book*, cit., 431.

⁴⁶ ERBE, (1940), 12. Si veda pure: MASCHI, *La categoria dei contratti reali. Corso di diritto romano*, Milano, 1973, 127.

⁴⁷ Cfr.: APATHY, *Die Treuhandschaft*, (1997), 378.

⁴⁸ ERBE, (1940), 12 ss.; 121 ss.; 165 ss.

⁴⁹ ERBE, (1940), 77 ss.

⁵⁰ La LAMBRINI, (2003), 257, n. 4, pur tenendo ferma la bipartizione gaiana, ammette che lo scopo della fiducia potesse essere il più vario, essendo l'istituto assai flessibile. Di conseguenza la *fiducia cum amico* poteva essere applicata anche al campo successorio e familiare. Inoltre il TREGGIARI, (2002), 47, sostiene che la *fiducia cum amico* non si restringeva alla sola funzione di deposito, ma comprendeva anche altre applicazioni. Da essa sarebbero quindi derivate la *mancipatio familiae*, la donazione indiretta e la *donatio mortis causa*. Si veda anche il BELDA MERCADO, *Perspectiva historica*, (2002), 30 s.; 163 s. ID., *La mancipatio fiduciae causa*, (2007), 22, per il quale la fiducia poteva servire a molte finalità pratiche: quella di garanzia; quella di custodia, quella di emancipazione, quella di manomissione e infine la finalità di donazione; inoltre sarebbero applicazioni della *fiducia* la *mancipatio familiae* e la *coemptio fiduciae causa*. Cfr. pure: LÓPEZ HUGUET, (2004), 3.

⁵¹ NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, (1999), 42. Cfr: WUBBE, *Rec. a NOORDRAVEN, De Fiducia* (1988), in *ZSS*, 108(1991), 515 ss. (= in *Ius vigilantibus scriptum*, Freiburg Schweiz, 2003, 233 ss.); APATHY, *Rec. a NOORDRAVEN, Die Fiduzia* (1999), in *TR*, 69(2001), 367 ss.; GRÖSCHLER, *Rec. a NOORDRAVEN, Die*

verse forme di fiducia⁵², aventi tutte la stessa struttura: vale a dire oltre alla *fiducia cum amico* e *cum creditore*⁵³, egli ipotizza l'esistenza di una fiducia che veniva usata anche per la liberazione di uno schiavo (*fiducia manumissionis causa*), nella realizzazione di una *donatio mortis causa* e nei casi di *noxae deditio*⁵⁴. Il *testamentum per aes et libram* e la *fiducia*, per lo stesso autore, mostrerebbero altresì una così forte somiglianza strutturale da fare supporre che questo tipo di testamento fosse addirittura nato da una forma di fiducia utilizzata nel diritto ereditario. Il Noordraven parla pure di un uso della fiducia nel diritto di famiglia: in particolare nell'*emancipatio*, nell'*adoptio* e per realizzare una *coemptio fiduciae causa*.

Il Dunand⁵⁵, invece, parla di una *mancipatio fidi fiduciae causa* e di sue forme derivate: la *mancipatio*, la *fiducia manumissionis causa*, la *mancipatio* del testamento *per aes et libram*, nonché di analogie della fiducia con la dote e la tutela⁵⁶.

In ogni caso, va osservato che il secondo orientamento, soprattutto nelle indagini più recenti⁵⁷, si è aperto alla storicizzazione più forte della figura. Non può, però, dirsi che questo sforzo sia stato completato. In particolare appaiono meritevoli di approfondimento le differenze tra la fiducia in epoca pre-gaiana e la fiducia in epoca classica, ma anche lo stesso significato della bipartizione rigida proposta da Gaio nelle *Institutiones*.

Fiduzia (1999), in *Gnomon*, 75(2003), 235 ss.; RÜFNER, *Rec.* a NOORDRAVEN, *Die Fiduzia* (1999), in *JRS*, 93(2003), 305 s.

⁵² NOORDRAVEN, *Die Fiduzia* (1999), 124.

⁵³ In relazione al problema delle interpolazioni, l'autore giunge alle seguenti conclusioni: che il libro Pomp. 35 *ad Sab.* fosse dedicato al pegno (NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, [1999], 21 ss.; 268; GRÖSCHLER, *Rec.* a NOORDRAVEN, *Die Fiduzia* [1999], cit., 236); e che Pap. D. 3,5,31(32) pr.; Pap. D. 13,7,42; Pap. D. 20,1,2, già richiamati dal Kaser e dal Kreller, si siano riferiti tanto alla *fiducia cum creditore* come al pegno, sulla base dell'espressione '*iudicium, quo pignore dato proponitur*' (o '*redditur*'), espressione che lascia intendere qualcosa di diverso rispetto all'*actio pigneraticia*. Il giurista originariamente avrebbe trattato entrambi i negozi giuridici in sequenza e poi i compilatori avrebbero accorciato il testo e utilizzato tale espressione, perché più vaga (NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, [1999], 36 ss.). Inoltre l'autore ritiene che anche in Ulp. D. 13,7,13 pr. ci si riferisse originariamente a entrambi gli istituti (NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, [1999], 41).

⁵⁴ Secondo il NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, (1999), 112, la fiducia veniva usata nel caso della *noxae deditio*, vale a dire uno schiavo che avesse commesso un delitto passava nella proprietà del danneggiato e in questo modo il proprietario originario veniva sollevato dall'obbligo di pagare la pena originata dal delitto.

⁵⁵ DUNAND, (2000). Cfr. pure WITZ, *Rec.* a DUNAND, (2000), in *RIDC*, 53(2001), 751 ss.; WAELKENS, *Rec.* a DUNAND, (2000), in *TR*, 70(2002), 354 ss.

⁵⁶ DUNAND, (2000), 272. Cfr. pure WOLFF, (2005), 181 ss.

⁵⁷ Si vedano in particolare i più recenti contributi: BERTOLDI, *Alcune osservazioni*, (2006), 101 ss.; PEPPE, *La vastità*, (2006), 15 ss.; ROMEO, *Fiducia*, (2006), 207 ss.; BERTOLDI, *La fiducia cum amico*, (2008), 47 ss.; PEPPE, *Alcune considerazioni*, (2008), 173 ss.; SANTUCCI, (2008), 243 ss.; ROMEO, *Rec.* a AA.VV., *Fides, fiducia, fidelitas*, cit., in *Polis. Studi interdisciplinari sul mondo antico*, 3(2010), 249 ss.; FERCIA, (2012), 7 ss.

Pare, perciò, certamente utile procedere all'ulteriore analisi delle fonti in materia, accentuandone la contestualizzazione storica e casistica⁵⁸.

A questo proposito, concentrando l'angolo visuale sul metodo e sulle fonti, è bene rilevare che sulla fiducia siamo sufficientemente informati grazie a diversi documenti epigrafici scoperti a fine ottocento in Spagna e a Pompei e anche per merito di altre scoperte più recenti. D'altra parte difficoltà nascono prevalentemente dal fatto che i frammenti del Digesto relativi originariamente alla fiducia sono stati interpolati dai Giustiniane, di conseguenza la *fiducia* non compare⁵⁹. Tuttavia il Lenel⁶⁰, come si è già accennato, arrivò a provare che un certo numero di frammenti del

⁵⁸ Per quanto l'esperienza giuridica romana abbia conosciuto pure la figura del fedecommesso, che, come dice la parola stessa *fidei commissum*, sembra avere origine fiduciaria (GROSSO, *I legati nel diritto romano*², Torino, 1962, 30; WITZ, *La fiducia*, cit., 27; LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Il fedecommesso universale nel diritto romano classico*, Warszawa, 1997, 15; LAMBERTINI, *Testi*, [2010], 103), tuttavia esso risulta un istituto distinto dalla fiducia, nonostante la sue forti affinità e la possibile derivazione da quella, come ci è attestato da Probo (Prob. 5,13: F. C. fraudare creditores vel fiduciae causa vel fideicommissum), dove è evidente come i due istituti fossero nettamente distinti, ma al tempo stesso collegati. Di conseguenza in questa trattazione il fedecommesso non verrà preso in considerazione, se non incidentalmente (si veda cap. III, § 27, n. 375), nonostante ci siano profili importanti da considerare, soprattutto in relazione all'interpretazione di un passo del Digesto dove compare l'aggettivo *fiduciarius*, che ha suscitato notevole interesse nella giurisprudenza europea, vale a dire Iav. D. 36,1,48(46). Sul fedecommesso fondamentali sono i contributi di: BRUCKNER, *Zur Geschichte des Fideicommisses*, München, 1893, 3 ss.; MILONE, *Il fedecommesso romano nel suo storico svolgimento*, Napoli, 1896, 10 ss.; AMBROSINI, (1915), 24 ss.; LEMERCIER, *Quelques remarques sur les origines du fidéicommis et sur le fidéicommis d'hérédité à l'époque classique*, in *RHD*, 14(1935), 435 ss.; GENZMER, *La genèse du fidéicommis comme institution juridique*, in *RHD*, 40(1962), 319 ss.; IMPALLOMENI, *Prospettive in tema di fedecommesso*, in *Conferenze romanistiche*, II, Milano, 1967, 278 ss. (= in *Scritti di diritto romano*, Padova, 1996, 154 ss.); KURYŁOWICZ, *Heres fiduciarius. Bemerkungen zum römischen Erbrecht in den lateinischen Grabinschriften*, in *ZPE*, 60(1985), 189 ss.; JOHNSTON, *The Roman Law of Trust*, Oxford, 1988, 1 ss.; LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Il fedecommesso*, cit., 23 ss.; DESANTI, *La sostituzione fedecommissaria. Per un corso di esegesi delle fonti del diritto romano*, Torino, 1999, 1 ss.; MIGLIARDI ZINGALE, *In tema di heres*, (1999), 440 ss.; CÁMARA LAPUENTE, (1996), 61 ss.; JOHNSTON, (1998), 45 ss.; TREGGIARI, (2002), 51 ss.; DESANTI, *Restitutionis post mortem onus. I fedecommessi da restituirsi dopo la morte dell'onerato*, Milano, 2003, 363 ss.; ID., *Il fantasma del fedecommesso*, in *Annali dell'Università di Ferrara*, 20(2006), 97 ss.; TERRANOVA, (2011), 311 ss.

⁵⁹ NOUEL, (1890), 5; NOORDRAVEN, *Die fiducia* (1990), 231; BERTOLDI, *Alcune osservazioni*, (2006), 110 s.

⁶⁰ LENEL, *Quellenforschungen*, (1882), 104 ss.; 177 ss.; ID., *Palingenesia*, I-II, (1889); ID., *Das edictum*, (1927), 291 ss. Secondo il Lenel, se si seguono attentamente le iscrizioni nel titolo delle Pandette dell'*actio pigneraticia*, ci si imbatte in un fatto particolare. Dopo che questa *actio pigneraticia* è stata descritta in maniera completa e dettagliata in una serie di frammenti tratti da Ulp. 28 *ad ed.* (fr. 9; 11; 13; 15) e da Paul. 29 *ad ed.* (14; 16; 18; 20), ci si imbatte nei frammenti 22 e 24 tratti da Ulp. 30 *ad ed.*, dove lo stesso istituto giuridico compare trattato in modo altrettanto esauriente. Secondo il Lenel, i frammenti sono troppo lunghi e vanno troppo nel dettaglio perché sia possibile considerarli facenti parte di un'esposizione occasionale nel contesto della discussione di un'altra materia. Essa non può essere una semplice prosecuzione di alcune discussioni prese da Ulp. 28, poiché tra Ulp. 28 e Ulp. 30 c'è una serie di materie diverse, che con la *actio pigneraticia* non hanno nulla a che fare. Per l'autore rimane solo una possibile via di spiegazione che conduce ad un risultato molto interessante: in Ulp. 30, Paul. 31, Iul. 13 era trattata, a parte il deposito, anche un'altra materia non più utilizzata nella pratica giustiniana, alla quale tutti quei passi fanno riferimento: la *fiducia*. Secondo l'autore, dunque, quei tre libri si dovevano occupare della *fiducia*, essendo questo istituto affine al pegno. Infatti i frammenti relativi alla *fiducia* potevano essere adattati da parte dei compilatori con facilità al pegno, con semplici cambiamenti di parole. Su tutta la tesi del Lenel si veda: BERTOLDI, *Alcune osservazioni*, (2006), 110 s.

Digesto trattavano della fiducia⁶¹. Egli infatti notò che la materia del pegno era stata trattata due volte in libri diversi e non contigui⁶²; di conseguenza il secondo gruppo di testi doveva essere dedicato alla *fiducia*⁶³.

Grazie alle intuizioni del Lenel⁶⁴, si è cercato di verificare i passaggi del Digesto interpolati⁶⁵. Alcuni frammenti infatti portano con sé il “marchio” dell’interpolazione, mentre altri sono oggetto di discussione⁶⁶. A questo fine, grazie anche agli autori che si sono in seguito occupati del problema delle interpolazioni contemporanei o successivi al Lenel⁶⁷, si sono potuti individuare i passi che con un alto grado di probabilità sono riferibili alla fiducia. Quindi questi testi scoperti dalla letteratura, accostati ai documenti epigrafici e anche alle fonti letterarie, formano un insieme di testimonianze molto precise e interessanti per la ricostruzione della fiducia romana nel periodo repubblicano e classico⁶⁸.

⁶¹ COULAZOU, (1890), 38.

⁶² Gai. 9 e 10 *ad ed.*; Iul. 11 e 13 *dig.*; Ulp. 28 e 30 *ad ed.*; Paul. 29 e 31 *ad ed.*

⁶³ LAMBRINI, (2003), 260.

⁶⁴ LENEL, *Quellenforschungen* (1882), 104 ss.; ID., *Palingenesia I-II*, (1889); ID., *Das edictum* (1927), 291 ss.

⁶⁵ A questo proposito fondamentale è stata la consultazione dell’*Index Interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*, I, suppl. I, III, Weimar, 1929-1935.

⁶⁶ NOUEL, (1890), 5.

⁶⁷ Gli autori che si sono occupati del problema delle interpolazioni sono contemporanei o successivi al Lenel; essi sono prevalentemente: LANDUCCI, (1882), 411 ss.; VOIGT, *Die XII Tafeln*, cit., II, 166 s.; GRADENWITZ, *Interpolationen in den Pandecten*, in *ZSS*, 7(1886), 46 ss.; COULAZOU, (1890), 39 ss.; NOUEL, (1890), 5 ss.; OERTMANN, (1890), 21 ss. JACQUELIN, (1891), 11 ss.; GLARD, (1894), 14 ss.; SEGRÈ, *Sull’età dei giudizi di buona fede di comodato e di pegno*, in *Studi Fadda*, VI, Napoli, 1906, 343 ss.; DE RUGGIERO, (1907), 25 ss.; MANIGK, *Pfandrechtliche Untersuchungen*, I, *Zur Geschichte der römischen Hypothek*, Breslau, 1904, 17, n.2; 120, n.1; ID., (1909), 2288 s.; SCHULZ, *Interpolationenkritische Studien*, in *Festschrift für Zitelmann*, München, 1913, 7 s.; C. LONGO, *Corso*, (1933), 14 ss.; SEGRÈ, (1935), 14 ss.; COLLINET, (1939), 93 ss.; BRASIELLO, (1950), 203 ss.; FREZZA, (1963), 6 ss.; BELLOCCI, *La struttura della fiducia*, II, (1983), 14 ss.; BISCARDI, *Appunti*, (1976), 23 ss.; ERBE, (1940); NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, (1999), 17 ss.; DUNAND, (2000), 82 ss.; FERCIA, (2012), 7 ss.

⁶⁸ Di diverso avviso il DIURNI, *Fiducia*, I, (1992), 42 s., secondo il quale le fonti non offrono un quadro completo dell’istituto, lasciando intendere che possa sussistere incertezza su alcuni dati, che, per motivi di metodo, dovrebbero rimanere oscuri.