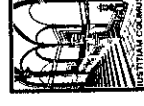


Giovanni Diurni

# *FIDUCIA*

TECNICHE E PRINCIPII NEGOZIALI  
NELL'ALTO MEDIOEVO

I



G. Giappichelli Editore - Torino

Lire 20.000

ISBN 88-348-2119-X

Giovanni Diurni - *FIDUCIA* - I

## CAPITOLO PRIMO

# FIDES E FIDUCIA NELL'ESPERIENZA E NELLA SISTEMATICA GIURIDICA

SOMMARIO: 1. *Fides* e *fiducia*: ambiguità dei significati. – 2. Una premessa necessaria: dommatica giuridica e indagine ricostruttiva. L'ovvietà di alcuni assunti e le inclinazioni degli interpreti. – 3. Catalogo delle fiducie e negozio giuridico. – 4. Negozio fiduciario e *causa fiduciae*. Significato dell'antitesi fiducia romana-fiducia germanica, e fine di questo lavoro.

## 1. *Fides* e *fiducia*: ambiguità dei significati

Il termine *fiducia* individua un'area di esperienza molto vasta e soprattutto richiama valori, da cui si fanno tradizionalmente dipendere figure e concrete discipline giuridiche. Ancor più espansivo è, poi, l'altro termine di *fides* (1) che assume un duplice si-

---

(1) Il ruolo ed il significato del *nomen fidei* nella cultura del medioevo, anche nei settori non propriamente giuridici, sono meno scontati di quanto appaia a prima vista. Cfr. la definizione isidoriana di *Etym.* 8,2,4 dagli echi boeziani: «fides est qua veraciter credimus id quod nequaquam videre valeamus. Nam credere iam non possumus quod videmus. Proprie autem nomen fidei inde est dictum, si omnino fiat quod dictum est aut promissum. Et inde fides vocata ab eo quod fiat illud quod inter utrosque placitum est, quasi inter Deum et hominem; hinc et foedus». Evidenti sono la banalizzazione con tautologismi ed il rinvio esplicito a Cicerone in Papias, *ad vocem*: «Fides est qua fideliter credimus id quod nequaquam videre valeamus. Nam credere iam non possumus quod videmus. Proprie autem et secundum sonum *fides dicta est Tullio placet*, si omnino fiat quod dictum est *vel promissum vel placitum inter utrosque*, quasi inter Deum et hominem; hinc et foedus». Si tratta di *fides*, che per la sua definita natura, non sopporta aggettivazioni di alcun genere, neppure le connotazioni, positiva e negativa, di *bona e mala (fides)*, simili alla coppia (*dolus*) *bonus* e *malus*, di ben altro significato e funzione, in riferimento a

gnificato: nel senso oggettivo di legame e di vincolo (2) è equiparabile alla *fiducia*; in quello soggettivo indica l'atteggiamento, il più delle volte presupposto, assunto dall'individuo nella vita di relazione. In origine su questo secondo versante la *fides* era correlata forse al solo rapporto obbligatorio che sorgeva per forma orale; grazie ad essa il comportamento di ciascun contraente doveva corrispondere alla dichiarazione resa, alla parola data, come si esprime Cicerone: «fit quod dicitur: dictorum conventorumque constantia et veritas» (3).

A questo carattere se ne aggiungono altri, che rafforzano l'aspetto formale della conformità del comportamento al tenore delle parole attraverso il riferimento al dovere di agire bene e senza frode. Lealtà, probità, onestà e così via sono, dunque, i valori di riferimento della *fiducia*. Ma essi hanno valenza giuridica e sono alla base di ogni comportamento umano nell'affermazione dell'individuo nei confronti degli altri e come elemento naturale di ogni rapporto e pattuizione: il che per alcuni stempererebbe l'efficacia della fattispecie e renderebbe troppo generale e generico il riferimento alla fiducia. Essa al contrario nei sistemi normativi, ove è presente, assume dei precisi connotati ed una funzione normativa ben determinata. Il connotarsi della fiducia a valori così rilevanti e fondamentali ed il costituire al tempo stesso una figura normativamente disciplinata e uno strumento di affermazione e di raccordo di esigenze concrete rispetto al formalismo, pur necessario, delle ipotesi normative, hanno reso possibile un'ambiguità dottrinale di fondo,

situazioni, che nel concreto si atteggiavano in modo diverso: si consideri, ad esempio, il ruolo delle due coppie in tema di situazioni possessorie e in tema di azione. Ben altra rilevanza assume la *ruptio fidei*. Circa la violazione della *fides* nei contratti, cfr. MASCHI, *La categoria dei contratti*, 97.

(2) Che il termine possa essere impiegato ad individuare anche una qualità oggettiva era noto già ai giuristi romani: cfr. BESELER, *Fides*, 140 ss. con il richiamo di D. 22.4; C. 4.21; D. 22.5.1 pr., ecc.; BERGER, *ad vocem: Fides instrumentorum*. Per altri itinerari del termine, cfr. NORR, *Die Fides im römischen Völkerrecht*; PECORELLA, *Fides pro se*, 133 ss., 159 ss. e *passim*; MONTORZI, *Fides in rem publicam*; CARCATERA, *Dea Fides*, 199 ss.

(3) CICERONE, *De re publica*, 1.55; *De officiis*, 1.23.

incrostatasi ancora di più con il riferimento ed il richiamo di figure e di istituti, la cui origine e funzione appaiono differenti. Questa ambiguità, mentre ha pregiudicato la raccolta e la valutazione storiografica dei dati, ha costretto anche all'anacronismo i tentativi di costruzione. Non sono, dunque, inopportuni un rinnovato interesse scientifico ed uno sforzo teorico, volti rispettivamente ad apportare nuovi elementi di analisi e a depurare la fattispecie di quanto le risulti incongruo (4). D'altra parte si tratta di uscire da un'area d'indagine, che ha risentito ed è stata condizionata dalla dottrina tedesca dell'Ottocento e che ancora oggi privilegia costruzioni e settori; fortemente datati, primo tra tutti quello del negozio fiduciario (5). Per altro la sistematica giuridica attuale, forse con minor frequenza di un recente passato (6), tende a ricomprendere fenomeni ed istanze extralegali in forme già normalizzate, o quanto meno nei principi generali dell'ordinamento, per diverse vie racchiudendoli nel sistema.

Tali esigenze, spesso però, o sono presupposte nella disciplina concreta delle figure e degli istituti; o restano in ogni caso fuori dalla legge positiva per la loro stessa intrinseca funzione di meccanismi, di carattere generale e sovente teorico, di adeguamento della norma, per i suoi caratteri essenziali circoscritti e limitati; o rappresentano soluzioni alternative, per loro stessa natura, extragiuridiche ed antilegali rispetto al sistema vigente. Un esempio obbligato in tema è costituito dalla fiducia testamentaria: la fattispecie, infatti, pur presentando aspetti che offrono la possibilità di approfondimenti di grande interesse, è in effetti di difficile rilevamento: non solo per certi suoi profili storicamente determinati, ma anche e più per la sua complessità e per la limitata efficacia, di cui all'art. 627 c.c. vigente, strettamente corre-

(4) Cfr., in tal senso, PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, 182 ss., e ora in *Diritto civile. Metodo, teoria, pratica*, 201 ss.; CRISCUOLI, *Fiducia e fiducia nel diritto privato*, 136 ss.

(5) Cfr. TRIMARCHI, *Negozio fiduciario*, 32 ss. con puntuale e ricca rassegna della letteratura in argomento; CARNEVALI, *Negozio fiduciario*.

(6) Cfr. il recente CANEPA-MORELLO, *Il negozio fiduciario*, 720 ss.

lato, per altro, all'art. 829 del codice civile del 1865 (7). Da essa comunque scaturisce il perenne richiamo (8) a considerare come la fiducia, non solo nelle disposizioni di ultima volontà, assume il significato più netto di affidamento sul leale e volontario contegno del fiduciario, nella fattispecie costituito quale soggetto per così dire interposto alla persona voluta dal fiduciante-testatore quale erede (9).

## 2. Una premessa necessaria: dommatica giuridica e indagine ricostruttiva. L'ovvietà di alcuni assunti e le inclinazioni degli interpreti

La ricca varietà delle implicazioni della fiducia ha indotto così la gran parte della dottrina ad accogliere presupposti non assoggettati ad un prudente vaglio di credibilità, precludendo così ogni necessario chiarimento. A costo dell'ovvietà, conviene al contrario formulare quegli assunti da cui le dottrine indifferentemente muovevano, sia che ambissero a ricostruire esperienze passate per meri fini di conoscenza, sia che mirassero al pratico intento di costruire con rigore l'esperienza attuale in questo o in quell'ordinamento.

Come ogni società si caratterizza e si esprime per una sua cultura, essa pure si organizza e vive per alcuni valori e manifesta

(7) Cfr. la sintesi di ASTORRI, *Fiducia*, 150 ss. Curiosa è la polemica del PACCHIONI, *Lezioni di diritto civile*, 149 ss. nei confronti dello Scialoja sulla insussistenza di una obbligazione naturale del fiduciario argomentata sulla base dell'art. 2 del R.D. 27 novembre 1870 n. 6030 [in *Giur. Civ. e Comm.*, I, 1899, 1107 ss.].

(8) Fondamentale in materia è il saggio del GIANTURCO, *Delle fiducie nel diritto civile italiano*: si tratta di una arduissima esercitazione, quasi un'invenzione giuridica, degna del grande giurista.

(9) E si consideri che si tratta, comunque, di atto unilaterale che ha finalità ed effetti ben diversi da quelli di un negozio bilaterale, come è costruita dalla dottrina la c.d. fiducia romana. Sull'argomento cfr., conclusivamente, LIPARI, *Il negozio fiduciario*, 340 ss.

alcune persuasioni fondamentali – siano magiche, o religiose, o propriamente ideologiche –, le quali anzi ne disegnano e definiscono l'ordito; su di esse poggia l'intero sistema delle norme. Ciascun sistema di norme, poi, anche il più antico – restando inapplicabili al fenomeno le categorie di primitivo, barbarico, moderno e simili –, ancorché avvolto nelle nebbie della protostoria, dà forma o immediatamente rinvia a determinati modi di essere e di sentire, a bisogni primari e secondari ed alla possibilità più o meno ampia di soddisfarli, a ritmi biologici, all'ambiente, alla quantità delle risorse attingibili in natura, ed alla qualità e distribuzione delle stesse, alle aggregazioni sociali, ai conflitti che in queste si manifestino fra individui o gruppi, alle strutture istituzionali, ai meccanismi di governo ed alla patologia di questi, emergente nelle situazioni di pace o di guerra.

Questa gamma larghissima, e pur solo accennata, di determinazioni rende istruttive quanto disagevoli la ricostruzione e l'analisi storiografica di una concreta realtà normativa. Chi si volga a raccogliere e ad ordinare i dati dovrà andar poi cauto anche nell'impiego dei periodizzamenti usuali: si tenga conto infatti come categorie apparentemente cronologiche – tale potrebbe essere quella di *antico* – suscitino ancora nella cultura europea risonanze assiologiche; mentre quelle immediatamente assiologiche che si mostrano ormai refrattarie a qualsivoglia impiego storiografico – ma ben altro significato ebbe comunque nel suo contesto l'ossimoro calassiano *civiltà dei barbari*.

D'altra parte l'approccio storiografico, già di per sé difficilissimo per la molteplicità delle determinazioni convergenti, e per l'insufficienza di ciò che risulti casualmente tramandato e presenti un qualche valore di sintomo, sarà sempre lacunoso e parziale; ma insuperabilmente lacunoso e parziale sarà nello stesso modo e nella stessa misura, in cui lo è l'interpretazione del giurista positivo. Quando manchi la serena e lucida consapevolezza di quell'approssimatività, che denota ogni costruzione giuridica in funzione storiografica e ripete la molteplicità delle determinazioni scolpite nella norma, potrà accadere – ed è accaduto – che l'ingenuità dell'analisi o addirittura l'erroneità degli assunti induca a

trattare la normazione stessa come un fossile; il quale pur diviso via via in subsistemi, in insiemi ed in dati semplici (per usare una parola frequente nella prosa polemica di Francesco Schupfer) od elementari, mostra una sola superficie all'osservatore; e costui si dà a descriverla fiduciosamente nella sua unidimensionalità. Altre volte può accadere che, assunta la normazione come per natura statica ed immutabile, la si ritenga pure scomponibile, e poi ricomponibile, in ogni suo più minuto elemento.

Evidente è l'inadeguatezza di simili impostazioni, dalle quali non sarebbe lecito aspettarsi risultati apprezzabili o utili indicazioni. Anzi possono scaturirne conseguenze ancor più negative, quando si mescolino inavvertitamente con ulteriori pregiudizi, con irragionevoli operazioni di attualizzazione. Su queste ultime conviene ora sorvolare; sui primi è sufficiente osservare che essi costantemente si riducono all'immediata visuale etnocentrica, che si esplicita nell'assunto della naturale superiorità di un diritto su un altro, e persino di un periodo storico rispetto ad un altro; e nel linguaggio della storiografia romantica a volte assumono la forma di una improbabile *vocazione* di questo o di quel *popolo* per il *far diritto*. Si tratta di opinioni storicamente determinate a loro volta, e per altro meritevoli di alta considerazione, in quanto possono aver contribuito al formarsi di questa o di quella *coscienza nazionale*. Esse però per ciò stesso sono inidonee a guidare comechessia il lavoro dello storico, dello storico giurista in specie, perché indirizzate appunto a fini diversi dal conoscere. Chi non ricorda le ingegnose ricostruzioni d'un *diritto germanico*, mirabile e schietto prodotto dei laboratori positivistici; mentre dalle sublimazioni di un diritto romano, reso docile al più vario *usus modernus*, andava liberandosi la stessa storiografia romanistica (10). Del resto il predominio della visuale etnocentrica, non ostanti le dichiarazioni contrarie, tiene nell'ombra ancora oggi quel momento dell'esperienza italiana che fu il diritto longobardo e il sistema del diritto longobardo-franco, che ne seguì con danni gravi, più che per la storiografia, per la stessa scienza

(10) Cfr. FERRINI, *Pandette*, 517 s.

za giuridica (11). La vicenda dogmatica della *fiducia* ne offre un esempio (12).

Dinnanzi alle persuasioni ora brevemente richiamate, di volta in volta consolatorie o incitrici – e sempre cadenti nell'ambito del fare, come ogni argomento retorico (13) –, risalta il compito modesto e civile di una storiografia giuridica attenta, come deve essere, all'esperienza normativa di un popolo nella sua concreta dinamica. Scontando i limiti di parzialità, di incompletezza, di insufficienza e di arbitrarietà che qualsivoglia operazione ricostruttiva comporta, il giurista – sia positivo, sia storico – opera nello stesso modo e per il medesimo fine: quello di ricercare e di ordinare secondo criteri opportuni i dati, nulla presupponendo; e descriverli e valutarli nella loro puntualità e nell'insieme, senza interrompere il nesso che stringe ciascuno nella dinamica dell'esperienza; e darsene ragione per come essi appaiono in quel determinato ambito, assunto quale stregua d'osservazione. Lo storico giurista è incline a riconoscere che nell'unità dell'esperienza possono risaltare fatti normativi non propriamente formali, e non di meno incisivi nel connotare il sistema, punti di riferimento e di raccordo fra concetti e principi; i quali a loro volta appaiono inseriti nel sistema normativo. Basti considerare l'impiego di espressioni risalenti, che si faccia in un insieme di norme, al fine

(11) Ho tentato di darne conto, in riferimento alle relazioni dell'individuo con la cosa, nel saggio *Le situazioni possessorie* e nella sintesi, *Fiducia e negozio fiduciario nel diritto intermedio*.

(12) L'amplessissima letteratura di diritto romano è commentata da ERAE, *Die Fiducia im römischen Recht*, da integrare con le recensioni di GROSSO, KRELLER e KASER; in modo più approfondito da BURDESE, *"Lex commissoria" e "ius vendendi" nella "fiducia" e nel "pignus"*, il quale ha offerto, inoltre, una sintesi dell'argomento nella voce del *Novissimo Digesto*; cfr., conclusivamente, anche quella di GROSSO, nell'*Enc. del Diritto*. Per una dommatica sulla «fiducia» cfr. anche: FERRARA, *Negozi fiduciari e Della simulazione nei negozi giuridici*; MESSINA, *Negozi fiduciari*; LIPARI, *Il negozio fiduciario*, a cui una volta per tutte si rinvia.

(13) Sulla *deutsche Treue* nel senso retorico, penetranti osservazioni di CANTIMORI, *Scritti politici*, 119. Cfr., inoltre, KROESCHEL, *Die Treue*, 465 ss.; KAUFMANN, *Treue*, 320 ss.

di individuare una o più figure. Ad un unico segno a volte viene attribuita la funzione di schema o di paradigma per la ricostruzione dell'intera disciplina, o per la puntuale interpretazione di singole norme; ferme restando la diversità e l'inconciliabilità che pure sussistono tra le figure, definite ed apparentemente circoscritte dal medesimo termine, ma appartenenti a sistemi normativi diversi. Quella che è stata designata *interpretatio duplex* si rivela ormai come lo strumento d'elezione per l'ermeneutica giuridica, sia essa indirizzata a finalità ricostruttiva od a finalità costruttiva.

È opportuna, infine, un'ultima considerazione, quale premessa necessaria oggi al rinnovato studio delle fiducie, indispensabile ad un apprezzamento sereno così della storiografia come della dottrina attuale. Per i suoi caratteri originari l'istituto è estraneo alla tradizione romanistica, in quel senso pieno dell'espressione, che Riccardo Orestano determinò svolgendo l'intuizione di Salvatore Riccobono (14). L'esecuzione puntigliosa del compito assegnato ai redattori della compilazione giustiniana esclude l'istituto dalla tradizione romanistica. Epperò le scuole medievali eserciteranno la propria vocazione costruttiva appoggiandosi unicamente alla disciplina formalizzata del *pignus* e in particolare alla *lex commissoria*, come appare imbrigliata e circoscritta a fenomenie garantiste da Costantino nella costituzione dell'a. 326, riprodotta in *CTh.* 3,2,1 ed inserita dai compilatori in C. 8,34,3, i quali ultimi aggiungono il riferimento espresso ai pegni: si appoggeranno cioè ai frammenti che sfigurata conservavano qualche traccia della figura antica. Solo più tardi l'operosità dei Culti, intesa per i suoi fini a far riemergere ciò che la Compilazione aveva escluso, e quasi intenta a creare tradizioni nazionali pre-giustiniane, porterà alla conoscenza dei testi antichi e darà materia all'esegesi (15). Che rimane, anche nel secolo diciannovesimo, come un

(14) Vedi l'ultima edizione dell'*Introduzione allo studio del diritto romano*: sul Riccobono cfr., in particolare, le pp. 553 ss.; cfr., inoltre, la recensione di Grossi.

(15) Ancora oggi fondamentale (e la conferma è data proprio dal tema della fiducia) è il commentario al *Codex Theodosianus* di Iacopo Gotofredo (1587-1652), su cui cfr. STINZING, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, I, 385.

lungo episodio di cultismo. Al quale poté corrispondere, nei tempi in cui le culture europee nazionali presero strade divergenti, l'elementistica del positivismo. E saranno pure qui *ideali storici nazionali* (per usare le parole di Huizinga) a guidare i dotti e ad ispirare le vivaci polemiche sullo scorcio del secolo ventesimo. Non sembra un caso il fatto che alla riscoperta delle *fiducie* muovano le civilistiche europee del tardo ottocento: in Italia sarà tutto un cercare istituti fuori codice; in Germania ed in Francia quest'aspirazione si connoterà con più marcati segni di nazionalismo.

### 3. *Catalogo delle fiducie e negozio giuridico*

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 vitalmente motivo ciascuno di essi presenterebbe una qualche vitalità.

La scienza civilistica non si occupa da tempo in modo diretto ed in termini di teoria generale (16) delle fattispecie, che si organizzano intorno alla fiducia o che la presuppongono, o che in qualche modo la valutano come figura o elemento specifico di concreta tutela. Viceversa si è rinnovato di recente l'interesse per la categoria del negozio giuridico (17). Pur nel sostanziale con-

(16) Cfr. la recente rassegna di CANEPA-MORELLO, *Il negozio fiduciario*, 701 ss.; ZACCHEO, *Gestione fiduciaria*, 75 ss.

(17) G.B. FERRI, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*; GALGANO, *Il negozio giuridico*. Comunque i due giuristi si sono già cimentati in passato sull'argomento con spunti degni di nota: cfr. la letteratura da loro stessi citata e com-

trasto tra due impostazioni, 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 necessità 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 (18).

Come è lecito dubitare che lo schema del negozio giuridico sia patrimonio della cultura giuridica e del mondo antico e dell'epoca intermedia (19), così anche le due differenti figure di fiducia sembrano corrispondere piuttosto a fattispecie negoziali, a volte solo teoricamente delineate, a volte per alcuni aspetti positivamente disciplinate nei sistemi normativi contemporanei o tutt'al più in quelli di storia recente (20): essi, appunto, presuppongono dogmaticamente e prevedono a volte espressamente la categoria del negozio fiduciario. La concretezza del mondo giuridico dei secoli passati consiglia, e comunque rende prudenti, nell'attribuire, persino ai giuristi romani, impostazioni e costruzioni dogmatiche e l'elaborazione di categorie generali ed astratte (21). D'altra parte mentre risulta necessario in qualsiasi siste-

mentata. Nei due saggi la differenza di pensiero e di impostazione è evidente, e per altro rientra nella ricca tradizione scientifica italiana: cfr., per tutti, dello stesso GALGANO, *Negozio giuridico (premesse problematiche e dottrine generali)*, e AA.VV., *Categorie giuridiche e rapporti sociali*.

(18) In tal senso MIRABELLI, *Negozio giuridico (teoria del)*, 1 ss.

(19) Cfr. CALASSO, *Il negozio giuridico*; BELLOMO, *Negozio giuridico (diritto intermedio)*, 922 ss.; SCHIAVONE, *Negozio giuridico (diritto romano)*, 906 ss. Per i limiti delle costruzioni storiche del negozio giuridico, cfr. ORESTANO, *Introduzione*, 423.

(20) Cfr. MESSINA, *Negozi fiduciari*; CARIOTA FERRARA, *I negozi fiduciari*; GRASSETTI, *Del negozio fiduciario*; PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta*; LIPARI, *Il negozio fiduciario*. Ciascuno di questi autori indica prospettive e offre soluzioni differenti; tutte però ruotano intorno al dilemma dell'unicità o duplicità della fattispecie negoziale costruita sulla fiducia.

(21) Ovviamente, ad esempio per quanto riguarda il diritto romano nel periodo maturo della giurisprudenza, - ma perché non anche relativamente al diritto germanico in periodi meno esaltati ed esaltanti, come quello longobar-

ma normativo un processo di tipizzazione dei fatti giuridici, che appunto normalizzi i fenomeni, è improbabile che possano operarsi delle astrazioni, soprattutto quando non sussista né vi sia consapevolezza di un'unità normativa, di una formalizzazione delle fonti, di una eguaglianza formale dei soggetti, e via coerentemente enumerando, come avviene negli ordinamenti giuridici del passato (22).

Si è sostenuto (23) 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". Se così fosse, il negozio fiduciario non avrebbe per altro nulla da spartire con la figura della fiducia, concretamente disciplinata nei sistemi normativi storici nella sua sostanza. Comunque, si possono 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. Il che circo-scrive da un lato l'emersione di fenomeni siffatti in realtà normativiste teorizzate e radicatesi in questi ultimi due secoli, dipendenti in qualche modo dal movimento codificatorio; dall'altro lato tali fenomeni sono da considerare extrasistematici per definizione, cosicché il negozio fiduciario non avrebbe una sua concreta e precisa regolamentazione, dovendo prendere a prestito schemi e discipline da altre figure tipiche, da adattare allo scopo. In prima ap-

do-franco? -, l'assenza di qualsivoglia dogmatica giuridica fa risaltare ancor di più l'incessante opera interpretativa, creatrice della giurisprudenza, che si alimenta con l'elaborazione dei concetti e con l'uso sempre più appropriato e approfondito delle tecniche di analisi ai fini della soluzione concreta dei conflitti. Sui processi di astrazione e sulla dogmatica, cfr. ORESTANO, *Introduzione*, 385 ss., 406 ss. e *passim*.

(22) In senso parzialmente contrario SCHIAVONE, *Negozio giuridico*, 906 ss.

(23) LIPARI, *Il negozio fiduciario*, 8 ss. e *passim*.

prossimazione si tratterebbe, dunque, 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 sinanco 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 tedesca e da essa poi è trasmigrata e spesso è stato acriticamente assunta, come pertinente ed appropriata, dalla scienza di altri paesi. In effetti dall'incessante opera dei giuristi tedeschi sono scaturite tra l'altro l'introduzione nel BGB del negozio giuridico come forma generale dell'attività privata (24) e l'utilizzazione del negozio astratto di trasferimento dei diritti (25): sono queste alcune delle poche strade percorribili, non solo per giustificare la costruzione dell'istituto, ma soprattutto per renderlo un modulo idoneo a coprire un'area di interessi caratterizzati appunto dalla fiduciarità con i necessari corollari come, tra i tanti, quello della riservatezza e della adattabilità (26). Altrimenti 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 configurare tra di loro, con prevalenza dell'uno o dell'altro, sì da snaturare la stessa sostanza del negozio, ovvero nel loro insieme non trovano una efficace tutela.

(24) Cfr. il classico BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*. Per una valutazione di insieme cfr. AA.VV., *Categorie giuridiche*. Esempio è la trattazione di MESSINA, *Negozi fiduciari*. Sull'incidenza della categoria del negozio giuridico nel codice civile vigente cfr., per tutti, MIRABELLI, *Negozio giuridico*, 8 s. e il recente G.B. FERRI, *Tradizione e novità nella disciplina della causa del negozio giuridico (dal cod. civ. 1865 al cod. civ. 1942)*, 127 ss.

(25) Cfr. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 180 ss.

(26) 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. Per un primo approccio cfr. P.G. JAEGER, *Sull'intestazione fiduciaria di quote di s.r.l.*, 181 ss.; CARNEVALI, *Intestazione fiduciaria*, 155 ss.; DI MAJO, *Il contratto fiduciario*, 40 ss.; ZACCHEO, *Gestione fiduciaria*.

#### 4. *Negozio fiduciario e causa fiducia. Significato dell'antitesi fiducia romana-fiducia germanica, e fine di questo lavoro*

I rilevanti spunti dottrinali per accreditare nel sistema italiano vigente un unitario negozio fiduciario, avente una propria causa, la *causa fiducia*, forse sbrigativamente, sono stati da tempo abbandonati (27). La tesi oggi più seguita è quella, dunque, di una duplicità di negozi, l'uno ad effetti reali e l'altro, il *pactum fiduciae*, ad effetti obbligatori, collegati finalisticamente fra di loro dalla *causa fiduciae* (28).

Il collegamento di due negozi svilisce completamente la figura della fiducia, che certamente non può confondersi con la *causa fiduciae*, né ad essa ridursi. La diversa connotazione dei due negozi, uno ad effetti reali ed uno ad effetti obbligatori, non ha poi gran rilievo, se non si risolve preventivamente uno degli aspetti principali della fattispecie, quello dell'esistenza e della precisa determinazione delle prestazioni corrispettive. Il problema dell'unilateralità o della bilateralità di qualsivoglia atto giuridico non è, infatti, marginale né tanto meno può considerarsi ozioso, proprio in riferimento alla fiducia. Mentre è evidente che in ogni caso nell'ordinamento italiano si tratta, comunque, di un negozio da ricomprendere tra quelli atipici (29), non è molto convincente la valutazione che la *causa fiduciae* sia astratta sol perché si usano schemi tipici per finalità diverse e non coincidenti con quelle previste per lo schema utilizzato (30). Di conseguenza non sarebbe lecito il negozio fiduciario, perché il codice civile italiano non prevede negozi astratti. Non si comprende, comunque, perché si debba necessariamente riguardare la fiducia partendo dalla di-

(27) Cfr. TRIMARCHI, *Negozio fiduciario*, 41 ss.; CARNEVALI, *Negozio fiduciario*; e, da ultimo, la rassegna di CANEPA-MORELLO, *Il negozio fiduciario*, 704 ss.

(28) GALGANO, *Il negozio giuridico*, 427 s.

(29) Art. 1322 c.c.: nel senso ovvio che non è disciplinato e accolto formalmente nel codice.

(30) Cfr. nota 27, in particolare TRIMARCHI, *Negozio fiduciario*, 38 ss.

sciplina propria dei contratti tipici, con i quali per definizione non può esservi coincidenza, e non viceversa. Ragione vuole che nel concreto si individuino i precipui contenuti della figura, i quali, purché non siano illeciti o contrari all'ordine pubblico, sono perfettamente legittimi, appunto anche in base all'art. 1322 c.c.; e che si adattino ad essi i contenuti di altre figure. Ammeso per ipotesi che la causa in primissima approssimazione possa individuarsi, secondo la dottrina corrente, nello scopo comune voluto dalle parti e per il quale esse si sono reciprocamente obbligate, e che debba quanto meno essere assunta e considerata così come dal codice civile attuale delineata, anche se incongruamente (31), non si comprende perché si debba pensare a due negozi, uno dei quali sarebbe appunto quel *pactum fiduciae* autonomo, peraltro di dubbia consistenza anche sotto il profilo terminologico, vista la espansione del genere contratto e la correlativa scarsa considerazione del genere patto, almeno nel codice civile italiano vigente (32).

Ben altro valore e risalto ha in diritto romano il *pactum fiduciae*, il quale sembra non incidere, comunque, sulla sostanza della *fiducia*, bensì può essere alla figura correlato per restringerne gli effetti. Si tratta, dunque, di un *pactum*, in ogni caso, accessorio, che, ad esempio, può delimitare o escludere in certe ipotesi l'obbligo della restituzione, elemento essenziale proprio dell'atto effettuato *fiduciae causa*; ovvero restringere la responsabilità del fiduciario; ovvero sottoporre comunque il negozio fiduciario a condizione o a termine. In diritto romano, per altro, è prevista un'*actio fiduciae* scaturente appunto direttamente dalla *fiducia*; in tal senso si esprime la formula ciceroniana *in ius concepta*: «ut inter bonos bene agere oportet et sine fraudatione» (33).

(31) Cfr. i giustificati dubbi di SACCO, *La causa*, 313 ss. Il tema per la sua complessità ha necessità di una rinnovata e non occasionale meditazione. È stata di recente tentata per il diritto romano nel Convegno di Copanello su «*Contractus*» e «*pactum*», di cui agli *Atti* curati da F. Millazzo.

(32) Cfr. art. 1301 e ss. c.c.: il che non significa affatto che il patto non abbia una fondamentale, e per certi versi ineludibile, rilevanza giuridica.

(33) CICERONE, *De off.* 3,17,70 e 3,15,61; *Ep. ad fam.* 7,12; *Top.* 17,66.

La conferma della previsione di un'azione specifica è data dall'inserimento del giudizio tra i *bonae fidei iudicia* (34). La tesi della duplicità di negozi rappresenta, comunque, una posizione riduttiva in rapporto ad una costruzione dommatica, pur sempre molto ricca ed articolata, che ha elaborato i due tipi di fiducia, quella romana e quella germanica (35); soprattutto la prima per sfuggire al formalismo, che la sistemistica codicistica porta in sé. La fiducia germanica, che occupa una vasta area nel sistema di common law, anche relativamente ai c.d. diritti reali (36), è diventata, poi, fiducia legale prevista legislativamente negli ordinamenti di diritto continentale per specifici settori e materie, collegati in ogni caso al diritto delle obbligazioni (37). La codificazione civile vigente si pone anch'essa in qualche modo nella tradizione del Code civil (1804): come non accoglie, almeno espressamente, la figura generale del negozio giuridico (38), così tiene ancora al centro del sistema la proprietà immobiliare. Appunto da tali caratteristiche scaturirebbero il *numerus clausus* dei diritti reali e, persino, un sistema dei contratti subordinato alla proprietà (39).

Il dubbio diviene certezza di inutilità per quelle costruzioni teoriche che poco o nulla vogliono o possono risolvere sotto il profilo effettuale. Esse non solo adattano la tradizione a soluzioni presupposte, ma si soffermano a considerare elementi, che an-

(34) CICERONE, *De off.* 3,17,70; *Gai Inst.* 4,62; cfr. LENEL, *Das "Edictum perpetuum"*, paragrafo 107.

(35) MESSINA, *Negozi fiduciari*.

(36) FRANCESCHELLI, *Il trust nel diritto inglese*; GRASSETTI, *Trust anglosassone, proprietà fiduciaria e negozio fiduciario*, 548 ss.; il recente MORELLO, *Fiducia e trust: due esperienze a confronto*, 239 ss.

(37) Cfr. CANEPA-MORELLO, *Il negozio fiduciario*, 715 ss.

(38) Cfr. la letteratura citata nelle note 17, 24.

(39) Si tratta di una problematica che in modo articolato viene proposta e viene analizzata, proprio in riferimento al negozio fiduciario, da PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, 201 ss. Le ambiguità di fondo della «proprietà» e delle «proprietà» sono oggetto delle analisi di Grossi: cfr., in particolare, *Un altro modo di possedere*, e il recentissimo *Il dominio e le cose*; cfr., inoltre, AA.VV., *La proprietà e le proprietà*.

ziché arricchire l'esperienza normativa, la disancorano dal reale e la rendono, almeno per certi aspetti, improduttiva. I due dati, che tradizionalmente costituiscono la sostanza del fenomeno, sono appunto valutati in modo che si scontrino irriducibilmente con altri principi, o presunti tali, dell'ordinamento (40): il primo è costituito dall'eccedenza del mezzo sullo scopo, da cui scaturisce o quanto meno a cui è collegato il secondo elemento, la po-  
testà di abuso (41). Si avrà modo di rendersi conto dell'improprietà e dell'inconsistenza della definizione, almeno rispetto alla ricchezza di significato e di valore giuridico della fiducia nei sistemi normativi storici. Comunque se il problema è quello della tutela degli interessi del fiduciante, sempre ed in ogni caso va considerata la sussistenza o meno del diritto di azione a tutela dei suoi interessi. Ma in che altro in definitiva potrebbe consistere la fiducia, se non nel potere del fiduciario di disporre del diritto trasmessogli anche oltre e contro l'accordo? E quale altro l'interesse del fiduciante se non quello precipuo di affidarsi al corretto agire del fiduciario? Innanzitutto occorre tenere distinte la natura e la sostanza di un atto giuridico, anche se complesso, dagli effetti dell'atto stesso e dall'eventuale momento di crisi dell'atto. Non si possono, infatti, confondere le posizioni che con l'atto si vanno a costituire, con il diritto di azione, con il quale appunto si intende tutelarle. Non è, dunque, lontano dal vero chi costruisce l'intera disciplina sull'affidamento e sull'aspettativa di un leale comportamento del fiduciario (42); o chi rifugge da eccessive schematizzazioni, affidandosi piuttosto alla ricchezza dell'esperienza normativa, che adatta principi e formula discipli-

(40) Cfr., per tutti, PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, 331 ss. in particolare; cfr. *supra*, note 23, 25 e 27.

(41) La formula coniata da REGELSBERGER, *Zwei Beiträge zur Lehre von der Cession*, 173 ss., che riprende quella del KOHLER, *Studien über Mentalreservat und Simulation*, 91 ss., 140 ss., è stata assunta dalla dottrina successiva, molto spesso acriticamente: cfr. LIPARI, *Il negozio fiduciario*, 60 ss.

(42) Cfr. CARIOYA FERRARA, *I negozi fiduciari*, 226; e soprattutto GRASSETTI, *Del negozio fiduciario, passim* (in particolare 351 ss.).

ne per affermare e tutelare valori (43). 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, sicché assuma consistenza giuridica e rilevanza normativa; anzi è può diventare, appunto in determinate fattispecie, un versatile strumento per l'attuazione del contenuto reale dei rapporti e per superare l'eccesso di formalismo; anche per una presunta, e poco utile, difesa della "tipicità" dei rapporti.

A ben vedere, dunque, ancorché accolta unanimemente dalla dottrina, 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. Sta di fatto che tutto può essere messo in discussione in termini di teoria generale e di costruzione giuridica, ma non possono che restare fermi il significato ed il contenuto della fiducia. Si nota, al contrario, al fondo del negozio fiduciario una confusione teorica sia di impostazione sia di effetti, trovandosi utilizzate contemporaneamente, anche se di certo inconsapevolmente, due concezioni diverse del negozio giuridico, quella imperniata sulla volontà e quella ispirata solo un chiarazione. Fin qui vi sarebbe, comunque, da annotare solo un insufficiente approfondimento proprio in termini di teoria generale da parte dell'interprete. Ma sorprende che non sia stato valutato il fatto che vanno tenuti distinti, almeno per gli effetti, anche se nella disciplina si trovano congiunti (44), i due momenti, quello obbligatorio e quello dispositivo. È evidente che la dot-

(43) Cfr. TRIMARCHI, *Negozio fiduciario*, 47 ss. Ovviamente è ancora valido l'ammonimento del DE MARTINI, *Il concetto del negozio fiduciario e la vendita a scopo di garanzia*, 322. Cfr. quanto si dirà sul *pactum fiduciae* a nota 11 del II capitolo.

(44) Per un diverso angolo visuale, cfr. GORLA, *Il potere della volontà nella promessa come negozio giuridico*, 18 ss. Non è un caso che anche di recente si sia sottolineata la ricchezza di contenuti delle intuizioni del Gorla e dell'Astuti, scaturenti da un corretto uso e appropriata analisi delle fonti storiche normative, scientifiche e giurisprudenziali: cfr. SACCO, *La causa*, 316 s.

trina, oggi più seguita, della duplicità dei negozi non si avvede che in tal modo reintroduce nel sistema la distinzione tra due atti autonomi, quello di obbligazione e quello di disposizione, costringendosi ad un ulteriore passaggio, che presenta i caratteri di una *fictio iuris*, costituita appunto dal collegamento finalistico dei due negozi tramite una *causa fiduciae*. Ma come può 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 una situazione, in cui si vengono in qualche modo a divaricare l'interesse, non importa se del fiduciante (*fiducia cum amico*) o del fiduciario (*fiducia cum creditore*), e la c.d. titolarità del diritto, comunque trasmesso dal fiduciante al fiduciario.

Tornando alla distinzione tradizionale tra fiducia romana e fiducia germanica (45), da tempo è stato individuato un unico schema concettuale, facendo consistere la differenza tra i due tipi di negozio nell'essenza e nei limiti del potere giuridico conferito al fiduciario (46). Per altro la differenza tra un potere correlato, in caso di abuso, alla condizione risolutiva espressa della fiducia germanica e un potere senza controllo, perché per definizione non sopporta limite alcuno nella disponibilità della cosa, quale è quello della fiducia romana, nel vigente ordinamento sarebbe di fatto attenuata dalla previsione di un meccanismo giudiziale, a cui potrebbe farsi ricorso per le ipotesi riferibili alla fiducia romana. Consisterebbe nell'esecuzione in forma specifica dell'atto fiduciario, di cui all'art. 2932 c.c. vigente, cosicché il fiduciante riacquisti la titolarità del bene nel caso di inadempimento del fidu-

(45) Cfr., per tutti, MESSINA, *Negozi fiduciari*, 105 ss., 136 ss.

(46) CANOTA FERRARA, *I negozi fiduciari*, 9 ss. e *passim*.

ciario (47). Si tratta, dunque, di due schemi dommaticamente delineati; e solo alcuni contenuti, per altro sblanciati se messi in rapporto agli altri aspetti e se inseriti nella dinamica normativa dei corrispondenti sistemi storici, sembrano rispettivamente corrispondere alla *fiducia* del diritto romano pregiustiniano e a quella propria — ma qui le sorprese non mancano — dei diritti germanici dell'epoca intermedia. La dommatica giuridica ha reso comunque possibile la trattazione organica della materia in tema di fiducia (48), senza però che ne siano risultati un consistente arricchimento dell'esperienza normativa ed un approfondimento dei nessi che la fiducia ha assunto e può assumere nel campo del diritto: troppo soffocante e per certi aspetti riduttiva, la categoria del negozio fiduciario, così come formalisticamente costruita e applicata, ha pressoché disseccato il ricco *humus* della "fiduciarità", a volte sbrigativamente liquidata come elemento generico e poco suscettibile di approfondimenti sistematici (49).

Ma la visuale che distingue, contrapponendole, una fiducia romana ed una fiducia germanica, mira oltre il campo delle scelte storiografiche, soddisfacendo istanze che superano la stessa metodologia positivista: ripete l'assunto di un'antitesi immediata e insuperabile fra due civiltà. Induce a rimeditare alcune svolte del pensiero giuridico e forse dà ragione delle difficoltà in cui si dibatte la storiografia, tanto più gravi quanto meno avvertite; e

(47) Cfr. PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, 246 s.; LIPARI, *Il negozio fiduciario*, 389 ss. I limiti di applicazione dell'art. 2932 c.c. sono comunque evidenti.

(48) Cfr. l'ampia monografia di LIPARI, *Il negozio fiduciario*, e la rassegna di TRIMARCHI, *Negozio fiduciario*, in particolare 43 ss.

(49) Cfr. CRUSCUOLI, *Fiducia e fiducia*, 136 ss. Sull'importanza che il negozio fiduciario ha assunto nell'ambito del capitalismo contemporaneo e sulla centralità della fiducia in quanto tale, cfr. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato*, 314. Cfr., comunque, i settori specifici di indagine, quale è quello del diritto commerciale, di cui, tra i tanti: LIBONATI, *Holding e investment trust*; JAEGER, *Sull'instestazione fiduciaria di quote di s.r.l.*, 181 ss.; CARNEVALI, *Intestazione fiduciaria*; PELLIZZI, *Sull'instestazione fiduciaria di azioni nominative*, 622 ss.; CANEPA-MORELLO, *Il negozio fiduciario*, 715 ss.; ZACCHEO, *Gestione fiduciaria*.

delle aporie in cui si attarda la dottrina. Del resto quell'antitesi immediata è troppo semplice, perché possa rappresentare fedelmente un'esperienza, connotata fin dal principio da una singolare complessità. Nelle terre più fortemente romanizzate dell'Occidente, e nella stessa Italia, il profilarsi dapprima sui confini, lo stanziamento poi e la durevole presenza di gruppi che portavano esperienze diverse da quella formalizzata nel diritto romano, induce più a fondo nella coscienza degli stessi *civies* di quanto induce a ritenere la tradizione scolastica. La presenza dei germani in Europa si imponeva e sarebbe rimasta sotto il segno di quella *interpretatio Romana*, che fu nelle pagine di Tacito (*Germ.* 43,4) il primo tentativo di tradurre una cultura diversa nella terminologia della propria. Si riconsideri qui l'antitesi delle due fiducie, che ripeteva il pittoresco duello fra *elemento* (o *principio*) *germanico* ed *elemento* (o *principio*) *romano*, od altra lotta di metafore cara alla dottrina storiografica e civilistica sullo scorcio del secolo. Si constata agevolmente che essa rispecchiava un orientamento corrispondente ad un problema storico (non storiografico), a quello che si è già visto diagnosticare dal Huizinga (1915): l'affermarsi in Europa di coscienze nazionali dopo il 1848, chiamate a prendere il posto di una cultura unitaria, estremo portato del vecchio regime. In tal modo verrà a sfumarsi quell'antitesi dinanzi ad un problema, accantonato perché i fatti lo avevano dissolto nella cultura del diritto comune: quello della *traducibilità* dei linguaggi – per dirla con Giovanni Vailati (50). Che è il problema centrale della scienza giuridica, se questa non venga meno al proprio compito, e se non rinunci a decifrare l'esperienza nella sua immediatezza per darle forma, cioè ridurre la molteplicità dei fenomeni all'unità delle categorie, designando ciascuna *res* con il *nomen* che le risulti *congruens* in un contesto determinato.

Quella *interpretatio Romana* resta il tramite che ci congiunge ad un'esperienza diversa, non soltanto il programma di un aristocratico, indotto dalla durezza dei tempi a sottoporre <non>

(50) VAILATI, *Il linguaggio come ostacolo alla eliminazione dei contrasti illusori*, 325 ss. e *passim*.

*sine ira et studio* la propria civiltà al paragone degli ingenui *mores* di popoli diversi. Non altro che *interpretatio Romana* poteva essere la stessa traduzione in scrittura, che quei popoli – ed in particolare il longobardo – avrebbero dato ai propri usi di vita, se è vero (come risulta) che il loro strumentario espressivo aveva raggiunto di fresco e malagevolmente la fase grafica; lo stesso patrimonio lessicale dei romani – con le categorie delle quali era veicolo – si piegava ad accezioni inusitate prima di allora, mentre si arricchiva di voci mai prima latinizzate, o addirittura di voci appena raccolte in caratteri latini.

Era il limite, oltre il quale non poteva spingersi l'ardita impresa di quella *interpretatio Romana*; ed oggi comincia a perdersi con lucidità la storiografia più sensibile, quando perlustra il crinale sottile, da cui appaiono congiunte semantica storica e storiografia giuridica – esemplare è l'indagine recente del gruppo *thinx, garethinx, thingatio*. Del composito linguaggio normativo germanico, e particolarmente longobardo, le antiche parole della compilazione giustiniana formavano il sostrato (questa parola si impiega ora senza pregiudizio di problemi ardui di indole teorica); e materiale diretto, non sostrato, di quel linguaggio le istituzioni, trasfigurate in un processo che non poteva essere di superficiale travestimento.

Le varie considerazioni fin qui appena accennate regolano la struttura e lo sviluppo dell'indagine: questa metterà di volta in volta in primo piano, come per una prospezione stratigrafica, le premesse romane (cap. II) della complessa storia altomedievale della *fiducia*; ricostruendo poi questa nel diritto longobardo (cap. III), relativamente alla coppia *pignus-fiducia* e alla loro corrispondente funzione di garanzia. Dovrà per forza di cose indagare i contenuti di quelle norme e di quegli atti attinenti ad una *fiducia* dichiarata e pubblicizzata, per così dire *ad evidenza* dei terzi, resa anch'essa categoria dalla scienza recente con l'involucro espressivo della *fiducia germanica*. Si tratta, però, di un incontro imprescindibile secondo momento, che ha una sua autonomia, con segnata all'analisi di un saggio di prossima pubblicazione. Non si poteva per altro prescindere dall'esperienza romana, in quan-

to essa, o mal intesa o dommatizzata, è servita piuttosto quale conferma di un'idea di *fiducia romana*, che la civilistica ha dovuto – forse necessariamente? – impiegare: evidente è in codesta l'intento di delimitare e circoscrivere, e così dominare, un'area di esperienza, che per esprimersi deve utilizzare, in qualche modo accorpandola, meccanismi diversi e disomogenei rispetto alla loro "tipicità".

In questo percorso si incontreranno o si lambriranno problematiche, considerate rilevanti dalla dommatica giuridica: non si tratta in vero di fantasmi, in quanto la soglia del reale è includibile in qualsivoglia teorizzazione. Ad esempio, però, nelle fonti del periodo considerato il negozio giuridico non è e non sarà mai che solo un *negotium*, fatto concreto ed efficace: il che rende oltrremo delicato, non tanto la ricostruzione, quanto la valutazione della fattispecie negoziale, la quale non può definirsi né come necessitata categoria logica (Galgano) né quale figura a cui assegnare una efficacia normativa diretta (Ferri), pur risultando costituita nelle varie specie con elementi tipici. Si dovrà notare, poi, che la volontà e il consenso, che in alcune costruzioni anche recenti diviene parossisticamente dittatura del volere, non saranno pure essi mai elevati a categorie. D'altra parte nelle fonti dei diritti altomedievali sussistono le forme che presuppongono il volere, ma non è il volere che crea la forma né la forma è espressione del volere. Che dire infine del problema della causa? Anch'esso così scopertamente semplice, per eccesso di dommatismo si è andato a complicare e ad ampliare, divenendo in tal modo la causa "tipica" una sorta di letto di Procuste, su cui costringere la multiforme esperienza. Oltre a tutto questo, altri rilevanti aspetti verranno solo sfiorati; e tra questi primo tra tutti si situa proprio il problema della forma, non solo per il rilevante, ma pur sempre circoscritto, profilo dell'identità, vera o presunta, tra forma e contenuto (51). Cosa dire poi della certezza,

(51) Quale che sia il periodo storico considerato, il problema della forma, pur limitandolo a quella tramandabile o tramandata, solo in apparenza coincide con quello dell'identità di questa con il contenuto dell'atto. Per le forme c.d. necessarie, – meglio sarebbe indicarle con aggettivazioni più appropriata-

che si interseca anche nei sistemi normativi altomedievali con la questione dell'accertamento. La netta prevalenza infine di due contrapposte, in parte contraddittorie, caratteristiche riferibili all'area della responsabilità, individuale e di gruppo, e della realtà rende consapevoli del fatto che l'analisi delle fattispecie fiduciarie deve correlarsi alla problematica della prova (52) e dei suoi limiti ed effetti. Anche questa trova la sua opportuna definizione solo se riferita al processo e ai contenuti del potere del giudice.

te, quali forme costitutive, certificative, descrittive e così enumerando –, cfr. GIORGIANNI, *Forma degli atti*, 994 ss.; IRTI, *Idola libertatis*, in particolare 92. In tema contrattuale, cfr., per tutti, BIANCA, *Il contratto*, 279 ss. Per quanto concerne l'età romano-barbarica la funzione della documentazione nella vita giuridica non ha rilievo solo nell'ambito della distinzione tra contratti *sine scriptis* e quelli *in scriptis*. Neppure il problema può essere circoscritto alla forma voluta o prevista dalle parti per la validità e l'efficacia dell'atto. Sul tema rare sono le indagini specifiche di qualche rilievo, tra le quali si pone quella esemplare e ancora attuale di ASTRUTI, *La documentazione dei negozi giuridici*, 969 ss.

(52) Neppure può accennarsi, per la vastità e per la varietà delle indicazioni e dei settori d'indagine, alla letteratura in tema di prova e di processo. Cfr. le ricche e puntuali analisi di GIULIANI, *Prova (filosofia del diritto)*, 518 ss.; TALAMANCA, *Processo (diritto romano)*, 1 ss.; CAMPITELLI, *Processo (diritto intermedio)*, 79 ss.; PICARDI, *Processo (dir. proc. civ.)*, 101 ss., con la rassegna bibliografica in tali voci contenuta.