

VARIAZIONI SUL TEMA *FIDES* E *FIDUCIA* NELLA STORIA GIURIDICA

I. Premessa

L'interesse degli storici del diritto sul fenomeno fiduciario si innesta coerentemente nel dibattito e nell'approfondimento scientifico attuali¹. Le indagini storico-giuridiche sono però produttive di risultati se ricercano e analizzano quei materiali nella loro realtà normativa con i significati e le funzioni che sono loro propri, desunti dall'esperienza giuridica di allora. Quest'ultima è ben lontana in ogni caso da costruzioni dottrinali, adatte piuttosto a rendere più agevole — come è compito della scienza — l'impiego dei negozi fiduciari nell'esperienza giuridica attuale, rapportandoli, rendendoli coerenti alla normativa ed adattandoli ai principi dell'ordinamento di riferimento. L'individuazione dei meccanismi del negozio fiduciario nei sistemi normativi storicamente conclusi deve necessariamente prescindere dalla sistemazione successiva delle due figure della fiducia romana e della fiducia germanica². Pur sussistendo la consapevolezza del pericolo dell'attualizzazione, sovente non è percepita però l'insidia — e le conseguenze che ne derivano — dell'impiego delle discipline risalenti di una fattispecie, assunte quali dati indiscussi ed esempio di percorsi normativi certi e traditi come tali, per assegnare alle due specie di fiducia una validità di disciplina per una presunta continuità razionalmente coerente. Queste operazioni, se assunte dallo storico quale parametro, portano ad attribuire all'esperienza giuridica connotati inadeguati — ancorché logicamente appropriati —, e l'approccio rientrerebbe in una operazione di *Begriffsjurisprudenz*, storicamente sterile per metodo e risultati. L'indagine storiografica, già di per sé difficoltosa per la molteplicità delle indicazioni, a volte divergenti, e per l'insufficienza di ciò che risulta una volta casualmente tramandato e che comunque assume un qualche valore di testimonianza e di sintomo di una regolamentazione normativa, è in ogni caso sempre lacunoso e parziale³. Sarà del tutto inadeguata nello stesso modo e nella stessa misura l'analisi del giurista positivo, pur agevolata e alimentata dalla certezza della fonte legislativa, quando si attarda appunto in operazioni definitorie, ritenendole il presupposto necessitato e privilegiato per inquadrare le fattispecie giuridiche. È pur vero che sussistono difficoltà relativamente alla ricerca storico-giuridica: quando manchi la serena e lucida consapevolezza di

¹ R. GINEVRA, *La partecipazione fiduciaria in Spa*, Torino, 2012.

² A. GENTILI, *Società fiduciaria e negozio fiduciario*, Milano, 1978.

³ G. DIURNI, *Fiducia. Tecniche e principi negoziali nell'alto Medioevo*, I, Torino, 1992.

quella imprecisione, che denota ogni costruzione giuridica in funzione storiografica — dovendosi accontentare di testimoni a volte incerti e lacunosi —, e quando la ricerca stessa ripete la molteplicità delle determinazioni scolpite nelle sole testimonianze tradite, potrà succedere che l'ingenuità dell'analisi o addirittura l'erroneità degli assunti inducano a trattare la normazione stessa — sottesa appunto ai dati lacunosi — come un fossile. Ciò può avvenire se il reperto giuridico, pur inserito in un sistema — come quello romano — o, quanto meno, in un regime normativo — come, ad esempio, quello germanico-longobardo⁴ — mostra una sola superficie all'osservatore; e costui si dà a descriverla fiduciosamente nella sua unidimensionalità. Altre volte può accadere però che, assunta la normazione come per sua natura statica ed immutabile, la si ritenga pure scomponibile, e poi ricomponibile, in ogni suo più minuto elemento, limitandosi a commentarla come tale, restando dunque sulla soglia del fenomeno giuridico.

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

Sui primi -i risultati- è sufficiente osservare che essi costantemente si riducono all'immediata visuale etnocentrica, a volte banale, che si esplicita quale canone indiscusso nell'assunto della naturale superiorità di un diritto su un altro, e persino di un periodo storico rispetto ad un altro; e nel linguaggio della storiografia romantica a volte assumono la forma di una improbabile *voce* di questo o di quel *popolo per far diritto*. Si tratta di opinioni storicamente individuate, per altro meritevoli di alta considerazione, in quanto possono aver contribuito al formarsi di questa o di quella *coscienza nazionale*, tanto cara alle culture dell'800. Esse, però, proprio per tali motivi, essendo inserite ed esplicitamente finalizzate a creare sistemi, non agevolano la ricerca e per dichiarato sviamento sono inidonee a guidare l'analisi dello storico, dello storico giurista soprattutto, perché indirizzate appunto a fini diversi dal conoscere. A volte anzi, come ad es. è avvenuto per la fiducia germanica, l'assetto teorico si traduce in norma (§ 185 BGB). Chi non ricorda inoltre le ingegnose ricostruzioni d'un *diritto germanico*, schietto prodotto dei laboratori positivistici; mentre

⁴ ID., *Fiducia e negozio fiduciario (Digesto)*, in *Digesto. Dir. Priv. — sez. civ., VIII*, Torino, 1992, pp. 288 ss.

dalle sublimazioni di un diritto romano, reso docile al più vario *usus modernus*, andava liberandosi la stessa storiografia romanistica. In questo caso poi si tratta per lo più del diritto romano giustiniano, che trainava con sé una lettura, a volte parziale, della *scientia iuris* formatasi nel secondo medioevo⁵ fino alla costruzione del *mos italicus*. Per giustificarsi e contrapporsi ad altre soluzioni il regime romanistico si protegge cristallizzandosi, rivendicando un'autorità di percorsi e di soluzioni, che generano una ripetizione di assunti a volte erronei e sciatti da parte di giuristi modesti e arroganti rispetto alla scienza dei commentatori. Ciò nonostante il medesimo regime genera la giurisprudenza dei Grandi Tribunali nell'epoca dell'assolutismo, da cui per altro hanno tratto linfa e spessore gli ordinamenti fino alla codificazione.

Se lo storico però supera la soglia di cui si è fatto cenno prima, può cimentarsi a ricostruire direttamente non solo le *figurae*, ma individuare le *substantiae iuris*, persino quelle più antiche del diritto romano, soprattutto classico e pre-giustiniano. Tale diritto, e non solo polemicamente, diviene oggetto di studio per i giuristi della scuola culta, tra cui Jacques Cujas, autore tra l'altro delle *Observationes et emendationes* [*Observationum et emendationum libri VII*, in *Opera omnia*, III, Napoli, 1722] per restituire all'analisi testi romani filologicamente appropriati e assunti come tali, con un interesse ravvicinato al pre-giustiniano di ascendenza teodosiana, quale criterio coerente delle fonti di *droit écrit*. Ma anche l'approccio, per quanto riguarda proprio la fiducia, alle fonti teodosiane a seguito dell'edizione di Jacopo Gotofredo del testo teodosiano si innesta nell'operazione ricostruttiva, non solo filologicamente appropriata, di un sistema definito e praticato, rimasto indenne dall'operazione compilatoria giustiniana.

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

⁵ ID., *Aspirazioni di giuridicità del medioevo d'Italia*, Torino, 2011;

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

2. I significati di *fides* e il loro impiego

Il tema della *fiducia* e quello (da cui trae origine) della *fides* sono emblematici in tal senso, appunto per individuare –come detto– *figurae* (*fiducia cum amico* - *fiducia cum creditore*) e *substantiae iuris* (*fides* - *fiducia*) nate in un determinato contesto e poi adattatesi ad altri fini e all'interno di sistemi successivi. L'attenzione dei giuristi italiani e della stessa giurisprudenza si è, però, rivolta, tranne qualche autorevole eccezione⁶ a giustificare l'impiego della fiducia romana nell'esperienza attuale, piuttosto che ad individuarne i caratteri peculiari, che la legitimassero quale figura autonoma e definita, da affiancare agli strumenti negoziali tradizionali e tipicizzati. L'analisi tende a costruire (e così disporre di) un negozio teoricamente giustificato, duttile e appropriato, che renda possibile al tempo stesso superare i rigidi e formali strumenti legali, refrattari per loro natura e per intrinseca inadeguatezza ad adattarsi alla mutata realtà economico-patrimoniale. In tal modo si privilegia, personalizzandolo, il rapporto tra soggetti, costituito appunto dal legame fiduciario, ove è messa in gioco la titolarità di un diritto (momento dispositivo) in favore di un soggetto, che lo acquista ed esercita in modo pieno, ma temporaneamente, dovendolo ritrasferire al fiduciante o ad un beneficiario dal medesimo designato, gestendolo comunque con pieni poteri nell'interesse del fiduciante o di un terzo indicato dal medesimo. Perché il negozio possa operare e con esso si realizzi una tutela efficace ed effettiva degli interessi, il connotato essenziale dell'affidamento non inerisce semplicemente la qualità del soggetto investito, come nei negozi di fiducia caratterizzati dall'*intuitus personae*, ma è sostanza del rapporto. Si tratta di quella fiducia che realizza e salvaguarda comunque gli interessi e le *res* di chi ne è titolare disponente (fiduciante) e che rappresenti, dunque, una oggettivazione della *fides*, costitutiva di un legame e di un vincolo ineludibili per il fiduciario. La *fides* è generativa di effetti e dunque sostiene obbligazioni.

D'altra parte il sistema a legge formale costituisce di per sé una normativa, i cui capisaldi per la costruzione dell'autonomia privata, pur riferendosi necessariamente alla tradita ripartizione di *personae*, *res*, *actiones*,

⁶ E. GINEVRA, *La partecipazione fiduciaria*, pp. 9 ss.

sono costruiti sulla titolarità e sull'esercizio dei diritti di una proprietà piena ed assoluta, qualificata come tale in termini di *dominium* e non divisibile nell'esercizio delle inerenti facoltà. Il relativo sistema di pubblicità, per quanto concerne la proprietà immobiliare, non consentirebbe altri tipi di proprietà, tenuto conto del *numerus clausus* dei diritti reali, da cui discenderebbe, persino, un sistema dei contratti subordinato alla proprietà⁷. Ne sarebbe travolta anche la proprietà fiduciaria, che realizza interessi del fiduciante attraverso lo schermo del fiduciario, da costui esercitati autonomamente perché la titolarità proprietaria contiene in sé (e sorge appunto con) l'assunzione incondizionata da parte del fiduciario dell'obbligo del ritrasferimento. In tal modo si evocano e si approfondiscono aspetti di resistenza della disciplina che la rendono inadatta a supportare i fini connessi al negozio fiduciario e ad attuarne il programma quale negozio a tutti gli effetti praticabile e anch'esso raccordandolo e realizzandolo all'interno degli schemi logico-giuridici, sui quali sono costruite le due figure della fiducia romana e della fiducia germanica. L'attenzione si rivolge di conseguenza ad approfondire l'abuso del fiduciario nei confronti del quale gli strumenti di salvaguardia sono ritenuti inadeguati e persino inefficaci per la tutela del fiduciante, tenuto conto che l'apparenza del diritto (titolarità) non è contrastabile da chi ha trasferito, non sussistendo la *rei persectio* o strumento equivalente. Da qui nasce l'esigenza di individuare le possibili variazioni presenti nel diritto romano, procedendo con ordine relativamente sia alla regolamentazione del negozio della *fiducia* sia al procedimento di tutela ad esso strettamente collegato. Il quadro è noto e si basava su uno strutturato e formalistico sistema di *ius civile*, le cui tracce rimandano alla risalente attività dei *pontifices*⁸.

Il negozio di fiducia concretizza la *fides* nell'ambito della *mancipatio* e dell' *in iure cessio* tramite le apposite formule scandite oralmente, che realizzano l'obbligo reciproco per le parti di porre in essere comportamenti esattamente corrispondenti a quelli enunciati. Si tratta di una *fides* costitutiva, che coinvolge entrambi i soggetti, totalmente incondizionata dunque, affinché si trasferisca la potestà sulla *res*. È dunque qualcosa di più di una promessa e di una protezione. Proprio su tale aspetto non è mancato l'interesse della dottrina tedesca, che ha ricavato dai diversi significati testimoniati nelle fonti un concetto unico, che

⁷ JE. MISSINA, S. PUGLIATTI, il dibattito 'sulla proprietà' e 'sulle proprietà' e quello recente di M. BIANCA e E. GINEVRA

⁸ F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, Firenze, 1960, pp. 42 ss., 525 ss.

giustificherebbe il successivo concetto di *bona fides*⁹. Il riferimento che Gaio fa alla fiducia quale *imaginaria venditio* non può comunque essere assunto come un negozio astratto. Trattasi piuttosto della constatazione di un sinallagma virtuale, costituito dal trasferimento *nummo uno* e non altro e consente il collegamento necessario della controprestazione del ritrasferimento, senza la quale la *fides* non si realizzerebbe.

Il termine *fides* di molto risalente rappresenta da subito nella originaria società romana un valore religioso, che anzi produrrà nell'ambiente augurale norme di tutela soprattutto delle relazioni intersoggettive. Non sembra essere solo favoleggiamento: la personificazione successiva della dea *Fides*, che protegge e presidia ogni negozio sarebbe strettamente correlata ad un ordine giuridico-religioso¹⁰: in precedenza sarebbe stato lo stesso Giove ad assumere, tra i tanti, il nome sacro di *Deus Fidius*, quale garante sia dei patti sia del giuramento (*sacramentum*). Il principio è così radicato che la *fides publica populi romani* diviene custode dei trattati stipulati da Roma con gli altri popoli, sostanziandosi in tal maniera nella *fides publica inter populos* [Numa Pompilio]. Essa realizza dunque una virtù civica, che lega i *cives* e costoro con il potere e al tempo stesso genera lealtà, anzi ne è il presupposto. Così la regolamentazione non può prescindere da questo carattere che definisce il dovere di chi, *per iustitiam*, deve *fidem dare* e *fidem suam obligare* e non può *fidem laedere*. Il contatto e la recezione della cultura greca diffondono, poi, nella società romana i contenuti propri della *pistis*, con la quale si realizza il rapporto con la divinità nel duplice versante, attivo della fedeltà ad essa e passivo di affidamento totale verso la stessa divinità. Il riferimento a principi religiosi non può che confermare il coinvolgimento normativo della *fides* e l'impiego dei negozi di *fiducia*, perché quale *fides* tutela a prescindere, come ad es. avviene nei confronti del *nexum* (*nexate deditio*), il quale, pur conservando come persona la cittadinanza e i diritti patrimoniali romani, è sottoposto al potere del creditore, a cui la *potestas* è trasferita.

La varietà di significati della *fides* viene in qualche modo esaltata nella cultura romana dell'epoca repubblicana. L'atteggiamento verso l'impiego specifico della *fides* nei *negotia*, ove sono coinvolte le qualità soggettive delle parti e le *res* in termini di *dominium*, si fa più attento. In tal modo attraverso la *fides*, a cui è già assegnato un percorso normativo, si introdurranno variazioni notevoli in termini di effettività e di duttilità negoziali, dagli sviluppi forse impreveduti. L'iniziale impianto fiduciario era riferito ad una

⁹ I. LOMBARDI e di recente M. TALAMANCA, R. CARDILLI, R. FIORI

¹⁰ R. FIORI, *Homo sacer*, pp. 168 ss., 355

società romana ancora strutturalmente agricola, costituita da *cives*, il cui regime giuridico di *ius civile* era impermeabile e ben attrezzato a preservare tra di essi (*populus*) la coesione realizzata tramite le istituzioni e un articolato ordine giuridico. Nel contempo al complesso sistema di *ius civile*, riferimento obbligato e fonte formale accanto ai *mores*, si affianca — come è noto — il *ius honorarium* del magistrato.

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

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

L'ancor rigido e formalistico ordine di *ius civile* non trova applicazione nei confronti dei *peregrini*, con evidenti difficoltà operative, avvertite soprattutto dalla stessa società romana, la quale ha necessità di dotarsi di meccanismi idonei per aumentare i commerci e così la ricchezza dello stato e degli stessi *cives*. La popolazione romana, non più concentrata solo all'interno dell'*urbs*, ma sparsa nei territori conquistati, pur se legata

strettamente a Roma e al governo centrale, si apre alle culture le più diverse, privilegiando quella greca; si liberalizza il commercio e l'acquisizione in *dominium* privato di terreni *instructi* nei territori delle province. I mercati si moltiplicano in tutti le regioni via via conquistate e acquisite. La necessità di strumenti giuridici perché le relazioni tra romani e *peregrini* potessero usufruire di specifiche tutele, porta all'istituzione del *praetor peregrinus* (a. 242 a. C.), ampliando così il ruolo della magistratura del *praetor* da tempo istituita (a. 367 a. C.). Ciascun magistrato, dotato di *imperium*, esercita la *iurisdictio* e nomina gli *iudices secundum edictum*. L'approccio all'interno del *iudicium* è strutturalmente finalizzato all'accertamento del profilo sostanziale dei negozi, onde far emergere e accertare la reale volontà delle parti. In tal modo allo straniero viene riconosciuta una capacità negoziale, in grado di attivare gli strumenti processuali regolati dal trattato, come avveniva, ad esempio, in base al primo trattato con i Cartaginesi dell'a. 348 a.C. Il secondo trattato prevede specificamente la capacità di azione *per publicam fidem*. In assenza di trattato lo straniero poteva comunque invocare la tutela pretoria, facendo ricorso alla *privata fides*, cioè a quella correlata al negozio concluso, ma non sottoposta al *publicus scriba*, in base all'affidamento che la parte romana aveva assegnato al patto intervenuto. Il meccanismo così diveniva efficace, rimesso però alla buona volontà e all'onestà delle parti. Sta di fatto che la giurisprudenza edittale costruirà, poi, per il *peregrinus*, dotato di una sorta di patente, un percorso normativo compiuto attraverso la legittimazione attraverso il *commercium iuris gentium*, nell'ambito del quale si realizza appunto un *ordo iuris gentium*, applicabile quale diritto comune. I negozi *iuris gentium*, non più governati dalla sola forma orale e caratterizzati dai due elementi della volontà delle parti e della *causa*, interagiscono con la *fides* non quale elemento costitutivo del negozio, come quello di fiducia, ma perché si realizzano *secundum bonam fidem*. La costruzione negoziale concerne *obligationes consensu contractae*, dove la *fides* non è il solo presupposto, ma diviene elemento correlato che interagisce con la volontà delle parti e con la *causa negotii*, divenendo per tale ragione *bona fides*, che esclude o sanziona nell'effettività la *mala fides*, sicché le obbligazioni possano essere tutelate nell'ambito appunto dei *bonae fidei iudicia*. Trattandosi poi di *negotia iuris gentium*, essi coinvolgono necessariamente anche il più generale *ius naturale*, come annota Cicerone: [Cic. *de off.* 3.17.69]: «Ataque maiores aliud ius gentium, aliud ius civile esse voluerunt; quod civile, non idem continno gentium, quod autem gentium, idem civile esse debet (...)». La sintesi delle *obligationes consensu contractae* è testimoniata da Gaio: [Gai 3.136]: «Ideo autem istis modis consensu dicimus

obligationes contrahi, quod neque verborum neque scripturae ulla proprietates desideratur, sed sufficit eos, qui negotia gerunt, consentisse (...)».

Nell'ambito dei *bonae fidei iudicia* la discrezionalità del pretore poggia dunque anch'esso sul principio di buona fede (*quidquid dare facere oportet ex fide boni*), inteso come correttezza, principalmente nell'ambito negoziale e delle relazioni commerciali, quindi nel suo significato oggettivo. In tal modo ai fini della decisione, il giudice poteva ampliare l'indagine a tutti gli aspetti correlati alla pattuizione intervenuta e connessi alla volontà delle parti, ivi compresi quelli riferiti ai *pacta adiecta*, al comportamento fraudolento e alla violenza morale, alle conseguenze dannose dell'inadempimento e così via. La *bona fides* interagisce pertanto per tutelare al meglio l'esecuzione e gli effetti del negozio; percorso questo ben diverso e autonomo rispetto alla *fides* correlata alla sola corrispondenza ai *verba* della formula della *mancipatio* e del procedimento di *in iure cessio*. Sia la *fides* originaria, costitutiva del negozio di *fiducia*, sia la *bona fides* correlata ai negozi, tra i quali si inseriscono anche quelli di *fiducia*, hanno il comune contenuto etico del bene agire e senza frode nell'ambito di un *ordo iuris* specifico governato dall'*actio*, che prescinde da riferimenti alle antiche radici normative. La formula delle *bonae fidei actiones* ne costituisce pertanto la risultante: [Cic. *de off.* 3.17.70]: «*Nam quanti verba illa: "Uti ne propter te fidem tuam captus fraudatusve sim!" Quam illa cura: "ut inter bonos bene agere oportet et sine fraudatione!" Sed, qui sint boni, et quid sit bene agi, magna quaestio est. Q. quidem Scaevola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus his arbitriis, in quibus adderetur EX FIDE BONAE, fideique bonae nomen existimabat manere latissime, idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis venditis, conductis locatis, quibus vitae societas contineretur*». Cicerone richiama la stessa formula con varianti anche nei *Topica* 17.66.

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

detto è simboleggiato nel suo contenuto essenziale di trasferimento di una *res* quale *imaginaria venditio* (*nummo uno*) e come fattispecie tipica non sopporta né condizioni né termini.

Nella *mancipatio* le due figure negoziali (*cum amico – cum creditore*) coinvolgono ciascuna un soggetto nel ruolo di *mancipio accipiens*: l'*amicus* per la prima e il *creditor* per la seconda, rispetto al *mancipio dans*, quest'ultimo legato da reciproca *fides* a ciascuno di essi quale *dominus* della *res* o titolare di un potere o di una posizione, giuridicamente trasmissibili. La realizzazione della *fides* coinvolge il comportamento dei contraenti e deve corrispondere alla dichiarazione resa, alla parola data, e come efficacemente sottolinea Cicerone: [Cic. *de off.* 1-23] “*Fit quod dicitur: dictorum conventorumque constantia et veritas*”.

Il vincolo effettivo stabilito tra i soggetti del negozio ha certamente rilevanza esterna, e dunque nei confronti dei terzi; non è pertanto un'apparenza del diritto, perché il fiduciario (*mancipio accipiens*) diviene effettivo titolare della *res*, esercitando su di essa tutte le facoltà inerenti al *dominium*. I meccanismi formali d'altra parte svolgono ancora il ruolo determinante loro assegnato, quello della nascita del *negotium* e ne determinano gli effetti. La ricomprensione del *negotium fiduciae* nell'ambito delle *obligationes consensu contractae*, individuate dai severiani nelle quattro figure dell'*emptio-venditio*, della *locatio-conductio*, della *societas* e del *mandatum*, non solo introduce il riferimento alla *fides bona*, ma consente la tutela del negozio tramite l'*actio bonae fidei*. E non è un controsenso rispetto alla sostanza del rapporto, costituito appunto sulla fiducia, perché rende possibile indagare, a prescindere dal tipo di negozio, sulla *bona fides* dei contraenti, per una tutela più efficace, come avviene in tema di *fiducia*, per quanto riguarda l'obbligazione restitutoria; e al tempo stesso rende possibile valutare il comportamento delle parti nel regolamento degli interessi, consentendo loro di prevedere le condizioni e i termini da loro rispettivamente assunti, come *pacta adiecta in continentis*. La formula baetica¹¹ esclude che la *fiducia* potesse sopportare un *pactum conventum* indipendente rispetto al negozio principale, sì da costituire per alcuni un vero e proprio *pactum fiduciae* autonomo, quale elemento trilatero necessario a saldare il trasferimento della *res* da parte del fiduciante e l'obbligazione restitutoria del fiduciario. La *fiducia* che si realizza nell'unico contesto della *mancipatio* e nel procedimento dell'*in iure cessio*, ma con un'attenzione alla *causa negotii*, porta all'impiego di una *mancipatio fidei fiduciae causa*, come appunto attesta la

¹¹ G. DIURNI, *Fiducia. Tecniche e principi negoziali nell'alto Medioevo*, I, Torino, 1992.
F. BERTOLDI, *La fiducia cum amico*, in AA.VV., *Fides, fiducia, fidelitas. Studi di storia del diritto e di semantica storica*, a cura di L. Peppe, Roma, 2008, pp. 47-91;

formula baetica. La conferma di questa variazione della figura è già attestata dalla formula dell'*actio fiduciae* tradita da Cicerone, che la colloca tra quelle *in ius conceptae*. Come già sottolineato dallo stesso Gaio (Gai 4.62), il *iudicium fiduciae* si pone così coerentemente tra i *bonae fidei iudicia*. I contenuti del negozio, pertanto, sono accertabili in giudizio dal giudice, che non si limita a valutare la corrispondenza dell'agire al pronunciato, ma è tenuto a valutare nell'indagine la *bona fides* negoziale. D'altra parte il negozio come tale continua a realizzare l'obbligazione di restituzione attraverso la *remancipatio*, spettante al fiduciario, sottolineato dal testo di Boezio a commento di Cic. *Top.* 10.42. Proprio in tema di fiducia, d'altra parte, si assiste a vicende successive, in qualche modo emblematiche in quanto il negozio non è contemplato nella tradizione romanistica medievale, collegata, come è noto, ai soli testi della Compilazione giustinianea), che lo aveva ignorato; tanto che le scuole medievali si richiameranno, nella loro vocazione ricostruttiva e fondativa del sistema giuridico romano a tutti gli effetti valido, efficace e soprattutto vigente, alla disciplina del *pignus* e alle problematiche scaturenti dalla *lex commissoria* per quanto concerne le forme di garanzia, prima di Giustiniano consegnate e realizzate tramite la *fiducia cum creditore* e all'impiego del comodato e del deposito relativamente ai fini conservativi e di sfruttamento, affiancati e non confondibili comunque con la *fiducia cum amico*, assolti nell'interesse del fiduciante. Guarda caso i compilatori giustiniane per la disciplina di quei negozi avevano utilizzato proprio quei frammenti degli *instituta*, che facevano riferimento anche alla *fiducia* e continueranno a conservare della figura antica solo qualche traccia, pur se sfigurata nei testi¹², comunque resistente, ancorché priva dei meccanismi formali cancellati da Giustiniano. D'altra parte lo scardinamento del sistema formulare precedente, il passaggio alla *traditio* quale forma di trasferimento e al meccanismo generale dell'*actio*, rendeva necessario l'utilizzo di altri strumenti normativi, valutati dalla legislazione bizantina più idonei alla realizzazione e alla tutela dei *negotia*. Nel frattempo sono completamente mutati anche i riferimenti culturali con la diffusione e la prevalenza dei fondamenti religiosi di matrice cristiana, i quali non sopportano più il riferimento all'antica *fides* dei *patres romani*. I supporti normativi del primo medioevo, almeno in Italia, rapportandosi nei testi a fonti giustiniane dimagrite, tramandano comunque testimonianze della *fiducia*, in particolare quella *cum creditore*, riferendosi ad essa in modo puntuale (*in fiducia nexum*) l'Editto di Rotari (cap.174) e il cap.58 di Liutprando, richiamandola come *infiduciatio* e con il corrispondente verbo *infiduciare*. Gli ulteriori riferimenti normativi nella legislazione del ducato di

¹² F. BERTOLDI, *Id.*