

ANNA MARIA GIOMARO

MINIME SU D. 36,1,80,1 DI SCEVOLA IN TEMA
DI FEDECOMMESSO E DI FIDUCIA: IPOTESI DI UN TRUST?

Presentazione del Convegno¹

Per una ricostruzione dei principi che regolano e sostengono il fenomeno del trust, sia in vista di una sua configurazione anche solamente storica, sia per fondare più concretamente nella legislazione nostra e altrui una sua disciplina, certamente gli elementi da considerare già a partire dal diritto romano sono in pratica due, e cioè da un lato la *fiducia*², nei suoi fondamenti e nei suoi vari aspetti, dall'altro il fedecommesso, che – lo si può ben dire – alla *fiducia* fa capo³.

¹ In luogo di trascrivere qui le mere parole introduttive dei lavori del Convegno, con i luoghi comuni dei saluti, dei ringraziamenti, dell'astratta illustrazione relativa all'organizzazione scientifica delle due giornate di studio (l'una dedicata alle radici romane e alle evoluzioni del diritto intermedio e moderno; l'altra dedicata agli aspetti sostanziali del diritto positivo attuale e alle problematiche che il trust propone nella comparazione fra ordinamenti giuridici diversi nei paesi di common law e di civil law) riterrei più consentaneo sviluppare, in breve, il tema che è stato centrale di quella *Premessa*, la quale voleva introdurre alla trattazione del trust non solo dando testimonianza dell'attualità di esigenze (oggi coperte tramite trust) anche nel mondo più antico, ma altresì proponendo subito, in sintesi, i due istituti (fenomeni?) che dalla remota antichità romana possono dirsi ricollegati o ricollegabili col trust, la *fiducia* e il *fideicommissum*.

² Com'è noto la *fiducia* (istituto? contratto? modalità applicata al contratto? altro?) trae la sua consistenza dalla testimonianza gaiana in particolare relativa all'antica forma di testamento della *mancipatio familiae* (Gai 2,102-108: in pratica un affidamento mancipatorio del proprio patrimonio ad un fiduciario *familiae emptor* che l'avrebbe poi ritrasferito alle persone designate dal *mancipio dans* testatore), e ai due atti che si intendono precursori dei contratti di deposito (la *fiducia cum amico*: Gai. 2,59-60) e del pegno (la *fiducia cum creditore*: Gai. *ibidem*). Per una base testuale cfr. F. BERTOLDI, *Alcune osservazioni sulla fiducia nella letteratura romanistica*, in *Le situazioni affidanti* (a cura di M. Lupoi), Milano 2006, p. 101 ss.

³ Giambattista Impallomeni lo definisce “una disposizione informale fondata

Non entro ora nel merito del discorso se la *fiducia* sia un contratto, in particolare inquadrabile nella categoria dei contratti reali⁴, o se non lo sia; se e come si possa configurare un rapporto fra fiduciante e fiduciario, in particolare alla luce del formulario dell'*actio fiduciae*⁵, che impegni

sulla *fides* con la quale a un qualsiasi beneficiario *mortis causa* viene imposta a favore di altri una determinata prestazione" (IMPALLOMENI, *Prospettive in tema di fedecommesso*, in *Conferenze romanistiche*, II, Milano, 1967, p. 278, ora in *Scritti di diritto romano*, Padova, 1996, p. 154). In seguito al suo riconoscimento giuridico (a partire dall'età di Augusto e in particolare dalle vicende africane di Lucio Lentulo), il rapporto fra erede e fedecommissario venne regolato come nel *legatum partitionis* nel senso che chi riceveva l'eredità si trovava nella posizione di acquirente dell'eredità, *nummo uno* come dice Gai. 2,252, con annesse reciproche *stipulationes emptae et venditae hereditatis*, che permettevano al fedecommissario di riscuotere i crediti e lo costringevano a rispondere dei debiti (cfr. L. DESANTI, *La sostituzione fedecommissaria*, Torino 1999, *passim*, e, ai fini del presente Convegno, si veda in particolare l'Appendice dedicata a *La sostituzione fedecommissaria nel diritto italiano*, p. 193 ss.; GIODICE-SABBATELLI, *La tutela giuridica dei fedecommissi fra Augusto e Vespasiano*, Bari, 1993, p. 49 ss.; ID., *Fideicommissorum persecutio; contributo allo studio delle cognizioni straordinarie*, Bari, 2001, *passim*).

⁴ Si veda per tutti R. SCEVOLA, *Negotium mixtum cum donatione*, Padova 2008, p. 89 ss. in part. le ntt. 17 ss. da p. 95 (ed ivi bibliografia).

⁵ Nella ricostruzione della formula dell'*actio fiduciae* così come presentata dalla dottrina (ancorchè si parli solamente della *fiducia cum creditore*, e indipendentemente dalla contrapposizione fra quanti propongono la presenza di una *demonstratio* seguita da *intentio incerta*, come già aveva suggerito il Grosso, e quanti, sulle linee già tracciate dal Lenel, preferiscono pensare ad un'*intentio certa* del tipo *si paret*) vanno comunque segnalate alcune espressioni significative, e da tutti accettate, quali il *fiduciae causa* (o meglio il *fidei fiduciae causa* riportato nella *formula Baetica*) che qualifica e connota il passaggio di proprietà effettuato attraverso un *mancipio dare*, e la frase *ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione* (= così come è doveroso che si agisca per bene tra uomini onesti e senza frode).

| | | |
|--|--|---|
| <p>*** dal BURDESE, <i>rec. a N. Belloci, La struttura della fiducia. II. Riflessioni intorno alla forma del negozio dall'epoca arcaica all'epoca classica del diritto romano</i>, Napoli 1983, in IURA 34, 1983, p.</p> | <p>*** dal NOORDRAVEN (<i>Die fiducia im römischen Recht</i>, in <i>Index</i> 18, 1990, p. 249 s.) <i>Quod A.As. N.No. fidi fiduciae causa fundum quo de agitur mancipio dedit, quam ob rem</i></p> | <p>*** dal MANTOVANI (<i>Le formule del processo privato romano</i>, Padova 1999, p. 59 s.) <i>Si paret A.Am. N.No. fundum de quo agitur ob pecuniam debitam fiduciae causa mancipio de-</i></p> |
|--|--|---|

il fiduciario al comportamento che il fiduciante gli richiede in fiducia; se il trasferimento delle *res* (beni, patrimonio, ecc.) valga a costituire in capo al fiduciario un diritto di proprietà temporaneo⁶; ecc.⁷

Né voglio soffermarmi sopra le tematiche dell'origine, della disciplina e delle vicende che hanno accompagnato lo sviluppo del fedecommissio⁸.

In questa sede la fiducia e il fedecommissio entrano in quanto possono rappresentare le radici di quel fenomeno recente di origine anglosassone, ma di estensione mondiale che è il trust⁹.

178 ss., *Quod A.As. N.No. hominem Stichum* (o *fundum Capenatem*) **fiduciae causa mancipio dedit**, qua de re agitur, quid quid ob eam rem a N.No. **ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione**, eius iudex N.Nm. A.Ao. condemnato

ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione, quidquid ob eam rem N.Nm. A.Ao. dare facere praestare oportet, eius iudex N.Nm. A.Ao. condemnato

disse eamque pecuniam solutam eove nomine satisfactum esse aut per N.Nm. stetisse quo minus solveretur eumque fundum redditum non esse negotiumve ita actum non esse **ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione**, quanti ea res erit tantam pecuniam iudex N.Nm. A.Ao. condemnato

⁶ Uno dei problemi più incidenti in tema di trust è appunto quello che si presenta al giurista soprattutto di civil law di configurare un diverso "tipo" di proprietà rispetto a quello cui è abituato a pensare (fra l'altro in un'ottica di "tipicità dei diritti reali"; nonché di tassatività degli atti soggetti a trascrizione; cui si aggiunge da parte della dottrina più recente l'interferenza con i principi di cui all'art. 2740 c.c. che vuole che "il debitore <leggi: il fiduciario> risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri"): una proprietà limitata, in quanto resa temporanea dalla presenza di vincoli fiduciari che incidono sulla "tradizionale" perpetuità del diritto, in quanto obbligano il proprietario-fiduciario a usare del bene per un determinato scopo, e a ritrasferirlo al fiduciante o a un terzo. Ne consegue che la proprietà del fiduciario ha il carattere della provvisorietà, è "segregata", strumentale rispetto al soddisfacimento di un interesse di un soggetto diverso da chi ne è temporaneamente titolare, cioè il fiduciante o un terzo.

⁷ Elementi tutti, questi – ed altri –, che saranno illustrati, e con più fondata dottrina di quanto potrei fare io, dai lavori di questo Convegno.

⁸ Se ne dirà ampiamente nelle pagine che seguono.

⁹ Già la Convenzione dell'Aja del 1985, sulla legge applicabile ai *trusts* e al loro riconoscimento, è chiara prova dell'interesse che tutti i paesi dell'area europea,

Un testo che li rappresenta entrambi ed è esemplare ai nostri fini è D. 36,1,80,1 di Scevola:

| | |
|--|---|
| <p>D. 36,1,80,1 (Scaevola 21 <i>digestorum</i>) 1. Maevia duos filios heredes reliquerat et eodem testamento ita cavit: “Fidei autem heredum <heredem> meorum committo, uti omnis substantia mea sit pro deposito sine usuris apud Gaium Seium et Lucium Titium, quos etiam, si licuisset, curatores substantiae meae dedissem remotis aliis, ut hi restituant nepotibus meis, prout quis eorum ad annos viginti quinque pervenerit, pro portione, vel si unus, ei omnem”. Quaesitum est, an fideicommissum praestari a scriptis heredibus Lucio Titio et Gaio Seio debeat. Respondit secundum ea quae proponerentur Lucium Titium, item Gaium Seium fideicommissum petere non posse.</p> | <p>D. 36,1,80,1 (Scaevola 21 <i>digestorum</i>) Mevia aveva lasciato eredi i due figli e così aveva stabilito: “Mi affido alla lealtà dei miei eredi affinché tutto il mio patrimonio sia messo in deposito senza interessi presso Gaio Seio e Lucio Tizio (i quali, se fosse stato lecito, avrei nominati curatori del patrimonio stesso, tolti via tutti gli altri), in modo che costoro lo restituiscano ai miei nipoti, quando ciascuno avrà raggiunto i venticinque anni, in parti uguali se saranno più di uno, o tutto quanto se sarà uno solo”. Si chiede se gli eredi debbano prestare il fedecommesso a Gaio Seio e Lucio Tizio. Risponde che, sulla base di quanto riferito, Lucio Tizio e Gaio Seio non possono esigere il fedecommesso.</p> |
|--|---|

in particolare quelli di tradizione romanistica, stavano dimostrando o avevano già dimostrato verso questo nuovo strumento del diritto civile e commerciale. Francia, Svizzera, Lussemburgo, Liechtenstein, Spagna, ma anche Russia, e Cina, e Paesi dell’America Latina, prima o dopo hanno aperto in qualche modo la propria legislazione ad accogliere norme che, se non recepivano pedissequamente l’istituto del trust anglosassone, tuttavia venivano a patti con esigenze di negozi fiduciari e patrimoni separati (e/o segregati), in quanto indispensabili nell’economia civile e commerciale moderna (all’analisi di queste diverse realtà dovrebbe indirizzarsi il Simposio che si sta progettando da parte della “Corte per il trust e i rapporti fiduciari” di San Marino per il prossimo anno, con titolo che riprende un’affermazione di F.W. MAITLAND (*Selected Historical Essays*, 1936, ora in ID., *State, trust and corporation*, Cambridge 2003, p. 52), «‘Il trust è il massimo e il più significativo risultato della civiltà giuridica inglese’. Può il diritto civile fare meglio?»).

È il caso di considerare subito la situazione che il giurista romano ci rappresenta e la soluzione che prospetta.

Innanzitutto si deve dire che il passo propone in realtà al lettore moderno due problemi. L'uno è quello che appare scandito – com'è di solito nella letteratura dei *responsa* giurisprudenziali – dal *quaesitum est* (*quaesitum est, an fideicommissum praestari a scriptis heredibus Lucio Titio et Gaio Seio debeat*), ed è problema che coinvolge tutta la validità della costruzione giuridica precedentemente descritta dal testo. L'altro è il problema che salta più immediatamente agli occhi, e che pure potremmo qualificare come “implicito”, perché, in realtà, già risolto nella pratica dell'episodio, nell'intelaiatura di rapporti giuridici con cui la testatrice Mevia ha (già) provveduto a regolamentare le sue ultime volontà procedendo alla “programmazione” della gestione del proprio patrimonio per il futuro.

La “costruzione” di Mevia (che sarà valutata negativamente da Scevola, ma comunque è stata sicuramente suggerita anch'essa da un giurista) prevede la combinazione di vari istituti giuridici:

- una istituzione di erede nelle persone degli eredi legittimi, i due figli;
- un fedecommesso rivolto a quegli stessi figli, evidentemente nella piena e sicura certezza di essere ubbidita (*Fidei autem heredum <heredem> meorum committo, ut*): decisione, questa, che può essere stata presa da Mevia evidentemente sotto la spinta di due considerazioni, cioè 1) una presa di coscienza della incapacità (o della indegnità)¹⁰ degli stessi figli, e 2) la proiezione delle proprie responsabilità nei confronti della famiglia anche al di là del proprio arco di vita, verso quel nipote o quei nipoti per i quali la stessa Mevia teme l'abbandono;

- un deposito “contrattuale”, che è oggetto del fedecommesso e ha per suo contenuto l'intero patrimonio, da farsi da parte dei due eredi nei confronti di due amici di fiducia, Lucio Tizio e Gaio Seio;

- la imposizione ai due depositari dell'impegno di “*restituere nepotibus meis*” ad una determinata data, imposizione che, pur provenendo dalla volontà della testatrice, deve essere richiesta contrattualmente dagli eredi.

Si tratta, evidentemente – se dovessimo classificare il caso secondo le categorie dell'oggi – di un trust di programmazione¹¹.

¹⁰ Sia pure senza connotati giuridici.

¹¹ Una prima classificazione dei trust, molto ampia e generica, potrebbe distinguere fra trust liberale (finalizzato ad esigenze personali o familiari del disponente), e trust commerciale (utilizzabile per assolvere esigenze imprenditoriali); o, da

Sgombriamo subito il campo da un'obiezione cui la stessa testatrice cerca in qualche modo di dare risposta. Proponendo Lucio Tizio e Gaio Seio quali depositari del suo intero patrimonio per i futuri nipoti, Mevia afferma che *si licuisset, curatores substantiae meae dedissem remotis aliis*. Mevia dimostra un'estrema fiducia nei confronti dei due amici futuri depositari, e, da quel che dice, si evince che deve aver provato, chiedendone al giurista, di consegnare direttamente a loro la gestione del patrimonio mediante una nomina a curatori: ma quella strada – le è stato detto – è impercorribile accanto alla istituzione di erede nella persona dei figli e con le sperate proiezioni future¹².

Non è da fare discorsi qui circa la figura dell'esecutore testamentario, che, come tradizionalmente riconosciuto, nelle forme e con le caratteristiche che gli conferisce il nostro ordinamento, è figura che non esiste nel diritto romano¹³.

diversa prospettiva, fra trust interno (che ha beni, sede, residenza dei beneficiari, amministrazione principalmente in Italia) e trust esterno (nel caso inverso); o ancora fra trust revocabile (in pratica un mandato, dal momento che il disponente lo può far cessare a sua discrezione) e trust irrevocabile; fra trust “di scopo” (quando ci si riferisce al perseguimento di un determinato fine, come, per es. nel caso di trust istituito per garantire il deposito del prezzo di una compravendita), e trust “con beneficiario” (e può trattarsi di “beneficiari del reddito”, cui sono destinate le utilità dei beni del trust, oppure di “beneficiari del patrimonio” o “finali”, e cioè dei beni che verranno devoluti al termine del trust). Ma una classificazione più concreta tiene conto delle diverse finalità per le quali è opportuno ricorrere a questo istituto (cfr. M. LUPOI, *La struttura giuridica dei trust e le loro tipologie*, in *Introduzione ai trust e profili applicativi*, a cura di S. Buttà, Milano 2002, p. 20 ss.). Si avranno allora di volta in volta

- trust immobiliari
- trust per disabili
- trust di famiglia o di programmazione
- trust societari
- trust di garanzia, ecc.

¹² Il passo era stato da me inserito nel testo del corso delle lezioni per l'anno 2005, sotto la sezione dedicata alle “Successioni”, e col titolo di “Esecutore testamentario” (cfr. GIOMARO A.M., BRANCATI C., *Percorsi guidati e metodologia di analisi giuridica*, Fano 2005, p. 178 ss.).

¹³ Mi piace in questa sede riportare le parole dell'urbinate Secondo MERIGGIOLI (un avvocato e professore dell'Università di Urbino attivo fra la prima e la seconda metà dell'Ottocento – su cui A.M. GIOMARO, P. DE CRESCENTINI, *Atti e difese fo-*

Consideriamo innanzi tutto il problema cui la testatrice Mevia ritiene di rispondere con quella “bella architettura”, cioè la programmazione patrimoniale della propria sfera giuridica a favore dei nipoti. Mevia, evidentemente, è scontenta dei figli e non si fida delle loro capacità di gestione; non vuole, però, avvilirli pubblicamente con una diseredazione, che, oltre tutto, potrebbe anche, forse, prestare il fianco ad una possibile impugnazione¹⁴. Di conseguenza, secondo le regole della successione, li nomina suoi eredi. A questi eredi rivolge però una richiesta fedecommissaria “universale”: che, cioè, trasferiscano tutto il patrimonio ereditario a Lucio Tizio e Gaio Seio

rensi nel Tribunale Urbinate dell'Ottocento. Secondo Meriggioli, in «Studi Urbinati» 2010, Nuova Serie A n. 61 (Breve traccia per una storia dell'avvocatura urbinata), p. 183 ss. – «reputiamo opportuno il ripetere anch'oggi, che l'esecutore testamentario, essenzialmente diverso dall'erede, ha a riguardarsi come un mandatario, il quale perciò né in giudizio, né fuori opera legittimamente, allorchè esce dalla cerchia del mandato. La difesa dell'Ottaviani facevasi a ricercare l'esecutore testamentario nel Diritto Romano puro. In cui non s'apponeva al vero, dappoichè tale istituzione è dovuta alla Giurisprudenza degli interpreti dei bassi tempi. Adduciamo la testimonianza del Presidente del Senato Imperiale di Francia Sig. di Troplong: Il Diritto Francese che tante cose deve al Diritto Romano in tutto quanto concerne la materia dei testamenti, non gli va punto debitore della istituzione degli esecutori testamentari, la quale invece fu creata dagli usi dei nostri avi, e dalle nostre più vetuste consuetudini, per assicurare con maggior forza e stabilità la volontà del testatore. Non che i Romani non avessero prese precauzioni per garantire dalla ingratitude de' loro eredi la legge suprema del testamento, a cui tanta importanza affiggevano. Essi l'avevan posta sotto l'egida del pubblico interesse – Publice enim expedit suprema hominum judicia exitum habere L. 5 ff Testam : quomod : aper. E Giustiniano nel metter l'ultima mano alla Giurisprudenza Romana aveva pronunziata con la Novella I Cap. I la pena di privazione e d'indegnità inverso gli eredi refrattarii che ricusassero di eseguire la volontà dei testatori, dopo esserne stati interpellati, deferendo contro le regole generali l'eredità a semplici legatarii particolari, i quali si obbligassero a dar sicurtà della esecuzione delle ultime volontà. – Diritto civile spiegato secondo l'ordine del Codice. Donazioni tra vivi e testamenti. §. 1990 ».

¹⁴ Sul punto della diseredazione e delle possibili impugnazioni da parte dei diseredati (la *querela inofficiosi testamenti*) si veda ora D. DI OTTAVIO, *Ricerche in tema di querela inofficiosi testamenti*, I, *Le origini*, Napoli 2012, *passim* (per una rassegna bibliografica cfr. ID., *Una bibliografia ragionata in tema di 'querela inofficiosi testamenti': schede di lettura*, in «Scritti di storia del diritto e bibliografia giuridica offerti a G. Bonfanti», Macerata 2012, p. 81 ss.).

in deposito a titolo assolutamente gratuito (*sine usuris*)¹⁵. A loro volta, però,

¹⁵ Poiché il deposito è per sua natura un contratto gratuito (e per quanto non si possano trascurare ipotesi in cui sarebbero stati disposti anche degli interessi per il deponente; come, per esempio nel caso di D. 16,3,24 di Papiniano: *contra bonam fidem et depositi naturam est usuras ab eo desiderare temporis ante moram, qui beneficium in suscipienda pecunia dedit. Si tamen ab initio de usuris praestandis convenit, lex contractus servabitur*), il *sine usuris* di cui qui si dice credo voglia far cenno al contenuto del diritto trasferito ai depositari e ai poteri loro attribuiti col deposito fiduciario: problema sul quale, peraltro, non ritengo di dovermi soffermare. Silvia Spina (S. SPINA, *La successione testamentaria nei responsa di Scevola*, Milano 2012, p. 226 ss., e in part. p. 248 nt. 236), sottolineando da un lato la sostanziale gratuità del deposito, e dall'altro la previsione di interessi (di volta in volta da conferire o da non conferire) aggiunge in nota al passo che abbiamo in esame, ma coinvolgendovi anche altri casi) che «al depositario il denaro è depositato con un vincolo fiduciario che comprende anche il pagamento degli interessi ... Si tratterebbe di un onere che non può essere collegato al deposito, il quale è esattamente qualificato come gratuito, e parrebbe piuttosto assumere le caratteristiche di una tutela. In un simile rapporto, il valore del capitale pupillare deve essere impiegato in maniera fruttifera, < segue il confronto-contrapposizione con forme di tutela >... mentre chi succeda nella posizione del tutore dovrà essere protetto dall'incremento degli interessi attraverso un'esplicita previsione di gratuità».

Non penso che si possa generalizzare: che la disposizione che si richiama al deposito abbia valore programmatico (per l'organizzazione di parte del proprio patrimonio; per l'amministrazione dello stesso; per la sua destinazione futura) è indubbio, ma i vari casi sono – mi pare – molto diversi. In D. 31,88,10 il testatore ha ricevuto in deposito e stabilisce tramite fedecommesso che l'erede (il fedecommissario-erede) restituisca il denaro ricevuto, senza far parola degli interessi; in D. 32,37,5 il testatore ha ricevuto in deposito e stabilisce tramite fedecommesso che la somma sia restituita accresciuta degli interessi (dall'erede onerato del fedecommesso) alla persona designata dal deponente; in D. 34,3,28,8 il testatore ha dato in deposito una certa somma e stabilisce che l'erede non esiga dal depositario la restituzione (comunque senza gli interessi, che potrà dunque lucrare per sé), fintantoché il figlio non avrà compiuto i venti anni (dove si deve presumere che la restituzione del capitale dovrà essere fatta dal depositario a beneficio di quel figlio ventenne); in D. 36,1,80,1, il nostro caso, la testatrice affida agli eredi tramite fedecommesso di instaurare un rapporto di deposito fiduciario, senza interessi, nei confronti di Lucio Tizio e Gaio Seio fintantoché i nipoti non abbiano compiuto i venticinque anni, dovendosi presumere, in questo caso, che la restituzione del solo capitale dovrebbe esser fatta direttamente nei confronti di quei giovani. Non mi sembra, invece, che si tratti di deposito, neppure di “deposito aperto”, per i casi di concentrazione della responsabilità tutoria per morte di uno dei tutori di cui a D. 26,7,58.

Lucio Tizio e Gaio Seio dovranno essere impegnati a rendere l'intero patrimonio ai nipoti di Mevia.

Il quesito che è proposto al giurista Scevola è, si è detto, quello che riguarda la validità del fedecompresso: se, cioè, i due fedecommissari, in quanto tali, possano <abbiano diritto a> richiedere l'esecuzione del fedecompresso¹⁶.

E al quesito – e sull'immediato ne restiamo un poco sorpresi – Scevola dà una risposta negativa.

Vediamo di ricostruirne i motivi. Si consideri che in realtà Mevia fa qui uso per ben due volte e consecutivamente del rapporto fiduciario. La prima volta nella disposizione del fedecompresso che collega la testatrice ai suoi eredi (nonché figli) impegnandoli fiduciarmente ad eseguire le sue volontà. La seconda volta nella ideazione di un rapporto di deposito (evidentemente una *fiducia cum amico*)¹⁷ nei confronti di Lucio Tizio e Gaio

Come si vede si tratta di ipotesi diverse, in cui a fronte della commissione fiduciaria il contratto di deposito risulta in tutti i casi già concluso, e relativamente ad esso il testatore si preoccupa di regolamentare la restituzione. Non così in D. 36,1,80,1.

¹⁶ Il diritto del fedecommissario (beneficiario) nei confronti dell'erede (fiduciario) è introdotto in pratica, e regolato dal senatoconsulto Trebelliano in base al quale il pretore poté concedere azioni utili da e contro l'erede. Cfr. L. DESANTI, *Il fantasma del fedecompresso – Fedecompresso, fiducia testamentaria, sostituzione fedecommissaria*, in *Annali dell'Università di Ferrara*, 20(2006), p. 103 ss. e DESANTI, *Fedecompresso e protezione degli incapaci*, in *Annali dell'Università di Ferrara. Sezione Scienze Giuridiche*, 7(1993), p. 105 ss.; e ora P. ARCES, *La matrice genetica comune nell'introduzione del testamento librato e del fedecompresso*, in *Rivista di diritto romano* 2012 (ledonline).

¹⁷ A convincersene basta confrontare le parole di Scevola (*uti omnis substantia mea sit pro deposito sine usuris apud Gaium Seium et Lucium Titium*) con la descrizione della *fiducia cum amico* offertaci da Gaio 2.59-60: *Adbuc etiam ex aliis causis sciens quisque rem alienam usucapit. nam qui rem alicui fiduciae causa mancipio dederit vel in iure cesserit, si eandem ipse possederit, potest usucapere anno scilicet, <etiam> soli si sit. quae species usucapionis dicitur ususreceptio, quia id, quod aliquando habuimus, recipimus per usucapionem. - Sed fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure, aut cum amico, quo tutius nostrae res apud eum sint, et siquidem cum amico contracta sit fiducia, sane omni modo competit ususreceptio; si vero cum creditore, soluta quidem pecunia omni modo competit, nondum vero soluta ita demum competit, si neque conduxerit eam rem a creditore debitor, neque precario rogaverit, ut eam rem possidere liceret; quo casu lucrativa usucapio competit. Contra*

Seio impegnandoli fiduciariamente a ritrasferire ai nipoti nati e/o nascituri l'intero patrimonio avuto in deposito.

Mentre per quanto riguarda la prima disposizione fiduciaria, il fedecommesso, non mi sembra che ci siano da registrare difficoltà di rilievo¹⁸, un basilare ostacolo si erge contro la seconda e, dal momento che questa rappresenta il vero contenuto del *fidei heredum committo*, travolge con sé il fedecommesso stesso. Il rapporto di *fiducia*, come ci dice Gaio, e come è logico immaginare, doveva coinvolgere direttamente il “committente”, fiduciante, e l'amico fiduciario: era, doveva essere, un rapporto personale, personalissimo, che mai più sarebbe potuto sorgere, per così dire, per interposta persona. Nel caso la testatrice può ben impegnare i figli eredi nei confronti del suo proprio patrimonio, ma deve trattarsi, come in ogni caso di fedecommesso, di un mero impegno comportamentale (consegnare un bene, trasferire l'intero patrimonio, liberare uno schiavo, ecc.)¹⁹; non può

Silvia SPINA colloca il passo in appendice ad altri (*La successione testamentaria cit.*, p. 242 ss. e in part. *loc. cit.*) dai quali trae l'ipotesi della generale applicazione di un “deposito irregolare” il cui scopo risulterebbe quello «di realizzare una tutela in una forma simile a quella dei *Geschäftsführungsverhältnissen*» (con specifico richiamo al BÜRGE, *Fiktion und Wirklichkeit. Soziale und rechtliche Strukturen des römischen Bankwesens*, in ZSS 104, 1987, p. 538 ss.); e solo nella nota aggiunge, con fugace accenno ad un vincolo fiduciario, che «al depositario il denaro è depositato con un vincolo fiduciario che comprende anche il pagamento degli interessi ...». Invero l'intenzione espressa dalla testatrice che *si licuisset, curatores substantiae meae dedissem remotis aliis*, se da un lato sottolinea la convinzione che nelle mani di Lucio Tizio e Gaio Seio il patrimonio di Mevia potrà/potrebbe avere un positivo incremento, e documenta come la donna sia seriamente preoccupata circa la buona amministrazione dello stesso, dall'altro lato non autorizza a paragonare la posizione di un mero depositario obbligato a restituire anche le *usurae* con quella di un tutore, e nemmeno a dire che «in un simile rapporto, il valore del capitale pupillare deve essere impiegato in maniera fruttifera»: e in definitiva non mi sembra che ci siano elementi per concludere che in forza di tale onere la situazione «parrebbe piuttosto assumere le caratteristiche di una tutela», dove, al di là degli impegni di buona amministrazione, il rapporto personale – che in questi casi, tutti, è in assoluto mancante – assume una basilare rilevanza.

¹⁸ In sé, come possibilità di disposizione.

¹⁹ Gaio afferma che possono essere oggetto di fedecommesso le cose (beni) singole (Gai. 2,260: *Potest autem quisque etiam res singulas per fideicommissum relinquere, velut fundum hominem vestem argentum pecuniam, et vel ipsum heredem rogare, ut alicui restituat, vel legatarium, quamvis a legatario legari non possit*); può

invece, come Mevia pretenderebbe, esigere da loro un impegno che direi psicologico di adesione: Lucio Tizio e Gaio Seio saranno amici e persone di fiducia per Mevia, ma Mevia non può imporre anche ai figli la stessa sicurezza che sorregge lei circa la loro amicizia e lealtà.

Di qui la nullità del rapporto di deposito fiduciario, e, di conseguenza, la nullità del fedecommisso.

essere oggetto di fedecommisso l'intero patrimonio ereditario o parte di esso (Gai. 2,250: *Cum igitur scripserimus: Lucius Titius heres esto, possumus adicere: Rogo te, Luci Titi, petoque a te, ut cum primum possis hereditatem meam adire, Gaio Seio reddas restituas. Possumus autem et de parte restituenda rogare*); o ancora la libertà (Gai. 2,263: *Libertas quoque servo per fideicommissum dari potest, ut vel heres rogetur manumittere vel legatarius*; Tit. Ulp. 2,7: *Libertas et directo potest dari hoc modo: liber esto, liber sit, liberum esse iubeo, et per fideicommissum, ut puta: rogo, fidei committo heredis mei, ut stichum servum manumittat*); altri singoli diritti (D. 2.15.8.5, Ulp. 5 *de omn. trib.*: ... *Idemque est et si per fideicommissum alimenta ad hoc legatario fuerint relicta*; D. 3.3.70, Scaev. 1 *resp.*: ... *ipse decessit et per fideicommissum nomen debitoris titio reliquit*; D. 30,57, Ulp. 37 *ad Sab.*: *Si res obligata per fideicommissum fuerit relicta* ...; ecc.