

RICCARDO FERCIA

NEGOZIO FIDUCIARIO, TRUST,
CATEGORIA GENERALE DI CONTRATTO*

Citando testualmente un noto volume di Maurizio Lupoi, si può certo dire che «non è vero che il *trust* sia un negozio fiduciario, come questa categoria è intesa nel nostro sistema giuridico; il *trust* è una forma di affidamento o in favore di terzi o per il raggiungimento di uno scopo, non necessariamente di origine volontaria, che in nessun caso naturalmente attribuisce a quello che noi vedremmo come “fiduciante” alcun diritto nei confronti di quello che noi vedremmo quale “fiduciario”. “Controparte” del *trustee* non è il disponente, mentre nel negozio fiduciario la controparte del fiduciario è il fiduciante: controparte del *trustee* sono i beneficiarii e, nei *trusts* senza beneficiarii, il soggetto legittimato ad agire contro il *trustee* per l’adempimento delle obbligazioni a carico di quest’ultimo»¹. Sempre citando Lupoi, quindi, «non è vero che la fonte del *trust* sia un contratto fra il disponente e il *trustee* come appare dal fatto che fonte del *trust* può essere il testamento e che in molti tipi di *trust* il disponente ... manca. Nel limitato campo dei *trusts* espressamente istituiti *inter vivos* alla base del *trust* sono due negozi e non uno: il negozio istitutivo e il negozio di trasferimento. Il primo, che propriamente dà origine al *trust*, è un negozio unilaterale in diritto inglese. Nulla impedisce che il diritto italiano ricostruisca quale contratto quel che nell’ordinamento di origine certamente non lo è»².

È questa la via che vorrei qui percorrere: verificare per quali vie il diritto

* Il testo riproduce – con la sola integrazione di un essenziale apparato di note – la relazione svolta il 16 ottobre 2014.

¹ M. LUPOI, *Trusts*², Milano, 2001, p. 5.

² M. LUPOI, *op. cit.*, p. 6.

italiano possa in ipotesi ricostruire quale contratto quel che nell'ordinamento di origine certamente non lo è.

Il primo passaggio di questa indagine impone di interrogare la storia, e con essa le radici romanistiche del nostro ordinamento, per valutare innanzitutto quale sia il nesso tra la categoria generale di contratto quale a noi oggi nota, e la *fiducia* romanistica³.

Un primo punto fermo, al riguardo, deve essere esplicitato: come noto, il diritto romano classico ignora la categoria generale di contratto, da ritenersi frutto delle riflessioni dei giuristi culti del Cinquecento francese, e delle conseguenti interazioni con la Seconda Scolastica, specie di area spagnola⁴. Semmai, il diritto romano conosce singole figure contrattuali tipiche, ed a determinate condizioni tende ad assicurare tutela anche a figure non corrispondenti ai tipi edittali.

È in questo quadro che ci dobbiamo domandare se i giuristi romani abbiano mai riconosciuto nella *fiducia* – nel termine '*fiducia*' – una figura contrattuale.

Fino alla seconda metà del secondo secolo, si direbbe di no: Gaio, nel secondo commentario delle sue Istituzioni⁵, considera la *fiducia* nell'ambito di un generico *contrahere*, e nel terzo, come sappiamo, non l'annovera tra le *obligationes re contractae*, di cui problematicamente ricorda solo il mutuo.

³ Di cui mi sono occupato in «*Fiduciam contrahere*» e «*contractus fiduciae*». *Prospettive di diritto romano ed europeo*, Napoli, 2012, *passim*. I contenuti della relazione sintetizzano in larga misura i risultati di questo lavoro: ad esso rinvio per un più puntuale riscontro della letteratura.

⁴ Cfr. I. BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto. Un problema dogmatico nella cultura privatistica dell'età moderna*, I, *Il Cinquecento*, Torino, 1997, *passim*, ed in particolare p. 203 ss.

⁵ Gai 2.59: *Adhuc 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. (60) 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.*

Le cose cambiano, a mio parere, a cavaliere tra il secondo ed il terzo secolo. È in questo momento che i giuristi romani cominciano a parlare della *fiducia* considerandola una figura contrattuale.

Nel passo di Papiniano confluito in D. 33.10.9.2⁶, e considerato riferibile alla *fiducia* sin dalle riflessioni di Cuiacio⁷, si fa ricorso alla *fides contractus* per interpretare la volontà testamentaria in un caso di legato di *supellex*: il testatore dispone della *supellex* qualificata come ‘*sua*’, vale a dire dispone di tutta la *suppellectile* di cui è proprietario, con l’esclusione di quella di cui è *dominus* a titolo di *fiducia*, sussistendo in tal caso un’obbligazione restitutoria trasmissibile agli eredi.

I riferimenti contenuti in due passi ulpiane sono indubbiamente più complessi.

Nel primo⁸, tratto dal l. 30 *ad edictum* che, secondo la nota ricostruzione del Lenel⁹, riguardava la *fiducia*, si discute della tutela spettante al creditore che, ottenuta l’assegnazione della garanzia in sede esecutiva, ne sia in un secondo momento evitto. È controverso, in dottrina, se la frase ‘*a contractu recessum*’ sia senz’altro riferibile alla *fiducia* – che dunque sarebbe percepita, anche in questa argomentazione, come una figura contrattuale –

⁶ Papin. 7 resp. (*de legatis*, 585 LENEL) D. 33.10.9.2: *Supellectili sua omni legata acceptum argentum [pignori] <fiduciae> non continebatur, [quia supellectilem suam legavit,] utique si non in usu creditoris id argentum voluntate debitoris fuit, sed propositum propter contractus fidem ac restituendae rei vinculum.*

⁷ Cfr. J. CUIACII *Commentaria in lib. Responsorum Æmilii Papiniani, in lib. VII, ad l. IX de supel. leg.* [Papin. 7 resp. D. 33.10.9.2], in *Opera*, V, editio altera Praten-sis, 1861 [posth.], p. 1038.

⁸ Ulp. 30 *ad ed.* (DE BONAE FIDEI CONTRACTIBUS, *fiduciae vel contra*, 903 LENEL) D. 13.7.24 pr.: *Eleganter apud me quaesitum est, si impetrasset creditor a Caesare, ut [pignus] <fiduciam> possideret [idque evictum] <eaeque evicta> esset, an habeat contrariam [pigneraticiam] <fiduciae>. et videtur finita esse [pignoris] <fiduciae> obligatio et a contractu recessum. immo [utilis ex empto?] <empti ad exemplum?> accomodata est, [quemadmodum si pro soluto ei res data fuerit,] ut in quantitatem debiti ei satisfiat [vel in quantum eius intersit], <...> [et compensationem habere potest creditor, si forte pigneraticia vel ex alia causa cum eo ageretur].*

⁹ O. LENEL, *Quellenforschungen in den Edictcommentaren*, in ZSS, III, 1882 (ri-prodotto in *Gesammelte Schriften, herausgegeben und eingeleitet von O. Behrends und F. d'Ippolito*, I, Napoli, 1990), p. 104 ss. e, sul nostro testo, in particolare p. 110 s.

oppure alla fonte dell'obbligazione garantita¹⁰. La questione, probabilmente, è destinata a rimanere aperta: nondimeno, in via preferenziale riterrei che la *finis obligationis*, che senz'altro si predica del vincolo sorgente dalla *fiducia*, possa leggersi in stretta connessione con l'*a contractu recessus*.

In questo quadro, il venir meno del significato pratico del vincolo fiduciario con l'assegnazione rende superfluo ritenere ancora attuale l'atto che lo genera, inteso come fattispecie contrattuale, da riferirsi evidentemente alla *fiducia*. E proprio perché non v'è (più) la fattispecie contrattuale '*fiducia*', non v'è spazio per ipotizzare l'esperibilità – a favore del creditore – dell'*actio fiduciae contraria*: semmai, è l'assegnazione stessa a comportarsi come (nuova) fonte di un vincolo che vede nel fatto evizionale il presupposto esterno della sua genesi; di qui, l'esperibilità di un'azione la cui struttura formulare è costruita sul modello dell'*actio ex empto*. Come, poi, si adattasse in concreto la *formula*, è questione di ben ardua soluzione: si può pensare, forse, al modello della *praescriptio* in funzione di *demonstratio*¹¹, che ormai ai tempi di Ulpiano sorreggeva qualsiasi tutela contrattuale non riconducibile agli schemi tipici, ma nondimeno necessaria secondo l'*interpretatio*. A prescindere dalle difficoltà – innanzitutto testuali – che pone la chiusa del frammento, se è corretta questa congettura anche Ulpiano discorreva della *fiducia* come di una figura contrattuale.

Il passo delle *Disputationes*¹², invero, è forse meno probante: il giurista parla di *bonae fidei 'contractus'*, ma non si può escludere che il dettato ori-

¹⁰ Cfr. P. LAMBRINI, *Recensione a R. FERCIA, «Fiduciam contrahere»*, cit., in LR, II, 2013, p. 395 ss.

¹¹ Seguo, nella sua impostazione di fondo, C.A. CANNATA, *Contratto a causa nel diritto romano*, ora in *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, a cura di A. Burdese, Padova, 2006, p. 200 ss.

¹² Ulp. 2 disp. (*quod cum eo qui in aliena potestate est etc.*, 48 LENEL) D. 15.1.36: *In bonae fidei contractibus quaestionis est, an de peculio an in solidum pater vel dominus tenerentur: <...> ut est in actione [de dote] <rei uxoriae> agitatum, si filio dos data sit, an pater dumtaxat de peculio conveniretur. ego autem arbitror non solum de peculio, sed et si quid preterea dolo malo patris capta fraudataque est mulier, competere actionem: nam si habeat res nec restituere sit paratus, aequum est eum quanti ea res est condemnari. nam quod in servo, cui res [pignori] <fiduciae> data est, expressum est, hoc et in ceteris bonae fidei iudiciis accipiendum esse Pomponius scripsit. namque si servo res [pignori] <fiduciae> data sit, non solum de peculio et in rem verso competit actio, verum hanc quoque habet adiectionem ET SI QUID DOLO MALO DOMINI CAPTUS*

ginario contenesse, piuttosto, un riferimento a *bonae fidei* 'iudicia'¹³; ed il nesso che intercorre tra la costituzione di dote e la fiducia, e quindi tra *actio rei uxoriae* e *actio fiduciae*, è labile. Ulpiano discuteva della possibilità di dare l'azione *in solidum* – cioè senza la *taxatio* al valore del peculio – ogni qual volta il *pater* o *dominus* sia in dolo rispetto al compimento dell'atto del *potestati subiectus*, optando per la soluzione affermativa. L'*actio rei uxoriae* doveva essere la fattispecie da cui l'*interpretatio* aveva preso le mosse; l'*actio fiduciae* la sua naturale ed immediata estensione. In entrambi i contesti, dote e *fiducia* sono trattate come figure contrattuali: il che lascia perplessi più per la prima che per la seconda. In sostanza, se classico, il passo conferma l'impressione che si trae da D. 13.7.24 pr.; se alterato non aggiunge nulla a quello che sappiamo.

Questo nesso tra dote e *fiducia*, però, emerge in termini che suscitano un certo interesse nelle *Differentiae* di Modestino¹⁴: e qui è assai meno probabile che il passo sia alterato, quanto meno perché conservato da un'opera pregiustiniana, la *Collatio* appunto. Che nella *dotis datio* come nella *fiducia* si possano individuare dei *contrahentes* è, senza dubbio, problematico: lo è di meno, però, se pensiamo che sia la dote sia la *fiducia* si perfezionano per il tramite di uno spostamento patrimoniale, e che nell'uno come nell'altro caso questo spostamento è il «momento determinante»¹⁵ per la genesi di un vincolo restitutorio, protetto rispettivamente dall'*actio rei uxoriae* e dall'*actio fiduciae*. Allo spostamento patrimoniale, quindi, è sottostante una *conventio*, che orienta il significato pratico dell'attribuzione: un accordo sullo scopo pratico di esso, in cui riecheggia il modello dogmatico della *iusta causa traditionis*.

FRAUDATUSQUE ACTOR EST. videtur autem dolo facere dominus, qui, cum haberet restituendi facultatem, non vult restituere.

¹³ Cfr. Á. D'ORS, *De nuevo sobre los estratos de las 'Pauli Sententiae'*, in BIDR, XCVIII-XCIX, 1995-96, p. 12; M. VARVARO, *Studi sulla restituzione della dote*, I, *La formula dell'actio rei uxoriae*, Torino, 2006, p. 232 e 267.

¹⁴ Mod. 2 diff. (de deposito et commodato, 9 LENEL) Coll. 10.2.2: *Sed in ceteris quoque partibus iuris ista regula custoditur: sic enim et in fiduciae iudicium et in actionem rei uxoriae dolo et culpa deducitur, quia utriusque contrahentis utilitas intervenit.*

¹⁵ L'espressione è di M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 536.

Alle *obligationes re contractae*, dunque, allude secondo me il discorso di Modestino.

Il che mi induce ad una duplice considerazione.

Da un lato, va rivalutato il nucleo classico che connota la *regula*¹⁶ secondo la quale, per il giurista, *re obligamur cum res ipsa intercedit*. È noto come autorevole dottrina ritenga «praticamente inintelligibile»¹⁷ il testo: nondimeno, io credo che esso rechi un profilo dogmatico di centrale importanza per comprendere l'approccio ai cosiddetti contratti reali nella più tarda esperienza classica. A mio avviso, Modestino voleva semplicemente dire che, nel *re obligari*, la *res* si interpone tra la convenzione e l'obbligazione, quale momento perfezionativo necessario: e soprattutto, che questa interposizione viene in rilievo sia come trasferimento – come è nel significato più stretto e tecnico del *re contrahere* – sia come attribuzione di *naturalis possessio*, sia più ampiamente come un qualsiasi spostamento patrimoniale, come nel caso della *dotis datio*, in cui si attribuisce, più precisamente, una sorta di patrimonio destinato.

Da un altro lato, il modello della *iusta causa traditionis*, inteso come accordo sullo scopo pratico del trasferimento¹⁸, è percepito come una *conventio* che, una volta correlata all'*obligatio*, come tale non può che sostenere una figura contrattuale: sicché anche figure che la prima età imperiale non considerava *contractus*, come mutuo, *stipulatio*, *expensi latio*, per epoca severiana lo divengono senz'altro.

Con questa dogmatica, dunque, sono *obligationes re contractae* anche i vincoli restitutori di buona fede che sorgono da pegno, deposito, comodato. Perché mai, allora, non dovrebbero esserlo i vincoli restitutori che sorgono da *dotis datio* e da *fiducia*? È in questa linea tendenzialmente omologante nel segno – ormai amplissimo – del *re obligari* che va dunque letta la complessiva testimonianza di Modestino.

¹⁶ Mod. 2 *reg.* (*de obligationibus* I, 192 LENEL) D. 44.7.52.1: *Re obligamur, cum res ipsa intercedit*.

¹⁷ M. TALAMANCA, 'Una verborum obligatio' e 'obligatio re et verbis contracta', in *Iura*, L, 1999, p. 97.

¹⁸ Ovvero «l'accordo sullo scopo per cui avviene la consegna materiale della cosa»: M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 436.

Ed è alla luce di queste considerazioni che, forse, meglio si comprende un passo per noi centrale, D. 13.7.39¹⁹.

Lucio Tizio vanta un credito nei confronti di Gaio Seio: le parti danno vita ad una figura di garanzia reale, avente ad oggetto un fondo, ed in un secondo momento concludono altresì un patto di anticresi che legittima il creditore all'*uti frui* per un periodo determinato. Tuttavia, prima della sua naturale scadenza, Lucio Tizio lascia ad uno dei suoi due figli il fondo, individuato con le parole «quello che ho acquistato da Gaio Seio». Quest'ultimo appone il proprio *signum* nel testamento: e si domanda se ciò possa pregiudicare la propria posizione nei confronti degli eredi.

Che il passo si riferisca alla *fiducia*, piuttosto che al pegno, è qui forse ancor più problematico, dato che questa opera di Modestino non presenta il dualismo che connota altra letteratura classica, orientata a trattare in libri diversi del pegno e della *fiducia*²⁰. Due ragioni, però, mi inducono in via preferenziale a ritenere che il giurista discutesse proprio di *fiducia cum creditore*.

La prima: la confusione del testatore si percepisce adeguatamente nella parallela sfera laica se si pensa che l'*emere* è il termine tecnico che figura nel formulario della *mancipatio*.

La seconda: il lascito è sicuramente un legato, probabilmente *per vindicationem*. Ora, il legato di una *fiducia*, ancorché *per vindicationem*, è senz'altro valido, e l'*actio fiduciae* rimane esperibile contro l'erede, mentre il legato di un pegno, ancorché *per damnationem*, segue il regime d'invalidità del legato di cosa altrui, superato solo da Alessandro Severo²¹, proprio negli

¹⁹ Mod. 4 resp. (*de pignoribus*, 294 LENEL) D. 13.7.39: *Gaius Seius ob pecuniam mutuum fundum suum Lucio Titio [pignori] <fiduciae> dedit: postea pactum inter eos factum est, ut creditor [pignus suum] <fiduciam suam> in compensationem pecuniae suae certo tempore possideret: verum ante expletum tempus creditor cum suprema sua ordinaret, testamento cavit, ut alter ex filiis suis haberet eum fundum et addidit QUEM DE [LUCIO TITIO] <GAIO SEIO> EMI, cum non emisset: hoc testamentum inter ceteros signavit et Gaius Seius, qui fuit debitor. quaero, an ex hoc quod signavit praeiudicium aliquod sibi fecerit, cum nullum instrumentum venditionis proferatur, sed solum pactum, ut creditor certi temporis fructus caperet. Herennius Modestinus respondit contractui [pignoris] <fiduciae> non obesse, quod debitor testamentum creditoris, in quo se emisit [pignus] <fiduciam> expressit, signasse proponitur.*

²⁰ Rinvio a R. FERCIA, «*Fiduciam contrahere*», cit., p. 34 ss.

²¹ Mi riferisco alla distinzione – pienamente configuratasi, come è noto, du-

anni in cui Modestino scriveva, ove l'onorato sia un prossimo congiunto del testatore; ma allora sarebbe singolare che il giurista nulla precisi in merito²².

Se dunque anche D. 13.7.39 si riferisce alla *fiducia*, nelle fonti a nostra disposizione si avrebbe il riscontro dell'espressione «*contractus fiduciae*»: dal «*fiduciam contrahere*» gaiano si giunge, quindi, per la più matura epoca severiana, a parlare della *fiducia* come di una vera e propria fattispecie contrattuale.

Questo approdo della giurisprudenza severiana induce forse a rivalutare una congettura che, qualche decennio fa, era stata suggerita da Álvaro d'Ors²³ sulla frase conclusiva di un frammento assai noto di Ulpiano: mi riferisco al frammento 1.4 di D. 2.14²⁴, dove il riferimento al pegno sottende con ogni probabilità un riferimento alla *fiducia*.

Sul punto occorre ripercorrere l'intero ragionamento del giurista, che inizia nel frammento 1.3, almeno sino al frammento 7.1²⁵.

rante il principato di Antonio Pio – tra *scientia* e *ignorantia* dell'altruità da parte del testatore, senza dubbio rilevante per il caso di Mod. D. 13.7.39: cfr. per tutti P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II², Milano, 1963, p. 254 s.; M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 739.

²² Cfr. ancora R. FERCIA, *op. cit.*, p. 40 ss.

²³ Á. D'ORS, *Répliques panormitanas*, III, 'Conventiones' y 'contractus', in *AHDE*, XLVI, 1976, p. 132 s. e 137.

²⁴ Ulp. 4 ad ed. (de pactis et conventionibus, 240 LENEL) D. 2.14.1.4: *Sed conventionum pleraque in aliud nomen transeunt: veluti in emptionem, in locationem, in [pignus] <fiduciam> vel in stipulationem.*

²⁵ Ulp. 4 ad ed. (de pactis et conventionibus, 240 LENEL) D. 2.14.1.3-4: *Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt qui inter se agunt: nam sicuti convenire dicuntur qui ex diversis locis in unum locum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, [id est in unam sententiam decurrunt]. adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat: nam et stipulatio quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est. (4) Sed conventionum pleraque in aliud nomen transeunt: veluti in emptionem, in locationem, in [pignus] <fiduciam> vel in stipulationem. Ulp. 4 ad ed. (de pactis et conventionibus, 241 LENEL) D. 2.14.5: *Conventionum autem tres sunt species. aut enim ex publica causa fiunt aut ex privata: privata aut legitima aut iuris gentium. publica conventio est, quae fit per pacem, quotiens inter se duces belli quaedam paciscuntur. Ulp. 4 ad ed. (de pactis et conventionibus, 242 LENEL) D. 2.14.7 pr.-1:**

Ulpiano parla della *conventio*, di cui propone una *divisio*: al di là di una prima diresi, che non sembra avere una significativa importanza nella sua complessiva argomentazione, tra *conventiones* funzionali a dar vita o a concludere un affare (*negotii contrahendi transigendique causa*)²⁶, egli chiarisce che la parola ‘convenzione’ è generale – un nome comune astratto, diremmo noi – e come tale ben si addice a descrivere una pluralità di approcci, tra cui specifico interesse riveste quello suggerito da Pedio, secondo il quale nessuna figura contrattuale prescinde da un nucleo interno a struttura bilaterale, il cui difetto preclude la genesi dell’obbligazione.

Non posso qui entrare nel dibattito inerente alla qualificazione, innanzitutto linguistica, del *dictum Pedii*, e specialmente se in esso sia ravvisabile un’endiadi, come ritiene parte della dottrina, tra cui Alberto Burdese²⁷ e Mario Talamanca²⁸, oppure no, come ritiene altra parte della dottrina, tra cui Carlo Augusto Cannata²⁹ e Luigi Garofalo³⁰; vorrei invece soffermarmi sul successivo frammento 1.4.

Se la parola ‘convenzione’, al singolare, è un nome comune, le ‘convenzioni’, al plurale, individuano entità astratte specifiche, che hanno normalmente un nome proprio: sicché esse «passano in» ‘compera’, ‘locazione’, ‘fiducia’, ‘stipulazione’, nomi propri di convenzioni.

Quindi Ulpiano procede ad una «doppia dicotomia successiva»³¹. Esi-

Iuris gentium conventiones quaedam actiones pariunt, quaedam exceptiones. (1) Quae pariunt actiones, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus: ut emptio venditio, locatio conductio, societas, commodatum, depositum et ceteri similes contractus.

²⁶ Cfr. M.A. FINO, *L'origine della 'transactio'. Pluralità di prospettive nella riflessione dei giuristi antoniniani*, Milano, 2004, p. 241 ss., in particolare 243.

²⁷ A. BURDESE, *Il contratto romano tra forma, consenso e causa*, ora in *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, a cura di A. Burdese, Padova, 2006, p. 102.

²⁸ M. TALAMANCA, *Contratto e patto nel diritto romano*, ora in *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, a cura di A. Burdese, Padova, 2006, p. 69, nt. 125.

²⁹ C.A. CANNATA, *Labeone, Aristone e il sinallagma*, in *Iura*, LVIII, 2010, p. 56.

³⁰ L. GAROFALO, *Contratto, obbligazione e convenzione in Sesto Pedio*, ora in *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, a cura di A. Burdese, Padova, 2006, p. 350.

³¹ Così, esattamente, M. TALAMANCA, *'Ius gentium' da Adriano ai Severi*, in *La codificazione del diritto dall'antico al moderno*, Napoli, 1998, p. 198, nt. 24.

stono tre categorie di convenzioni: si formano per interessi pubblici sottostanti, o privati; ed in quest'ultimo caso o sono *legitimae*, o sono di *iuris gentium*.

Per me la chiave di tutto è capire il senso di questa ultima diatesi.

Al riguardo, è praticamente impossibile pervenire ad una soluzione ove si tenti di comprendere cosa sia la *legitima conventio* in base alla sola definizione di Paolo, conservata in D. 2.14.6, sulla quale, peraltro, dovremo ritornare a breve. Nella complessiva economia dell'argomentazione di Ulpiano, io credo che – innanzitutto – la diatesi delle *conventiones ex privata causa* tra *legitimae* e *iuris gentium* sia esaustiva: l'interesse privato che sottenda un accordo non può che rientrare nell'una oppure – ed in stretta alternativa – nell'altra categoria.

Come emerge dal discorso contenuto nei frammenti 7pr.-1, ed in particolare dall'elenco che individua quelle che hanno un nome ed un conseguente autonomo spazio nell'architettura edittale, le *iuris gentium conventiones* sono fattispecie caratterizzate dalla tutela basata sul QUIDQUID OB EAM REM DARE FACERE OPORTET EX FIDE BONA, compresi il deposito ed il comodato, dove l'attribuzione di *naturalis possessio* è semplicemente il presupposto naturalistico perché la *privata causa* possa avere un suo specifico significato pratico.

Si noterà, ora, come le prime due figure ricordate nel frammento 1.4 siano le stesse che figurano, sempre per prime, nell'elenco del frammento 7.1: compera e locazione.

A questo punto, se è corretta la congettura del d'Ors, io credo che *fiducia* e *stipulatio* siano nomi propri di *legitimae conventiones*: Ulpiano, prospettando «dall'alto», come dice dalla Massara³², la propria esposizione, fa due esempi di *iuris gentium conventio*, e due esempi di *legitima conventio*, anticipando la dicotomia della *conventio ex privata causa*.

Ma cosa è *legitima conventio* per Ulpiano?

Due i dati da cui partire: la diatesi della *conventio ex privata causa* è esaustiva; il giurista, commentando l'*edere* edittale, deve risolvere un problema pratico, che inerisce alla struttura delle tutele. In questo quadro, la *iuris gentium conventio* è la convenzione che Roma condivide con

³² T. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa del contratto. Elaborazione di un concetto nella giurisprudenza classica*, Padova, 2004, p. 69.

gli ordinamenti delle altre *gentes humanae*, e si connota per una tutela sistematicamente basata sulla rilevanza della buona fede, e segnatamente sul QUIDQUID OB EAM REM DARE FACERE OPORTET EX FIDE BONA. La *legitima conventio* è, quasi in antitesi, quella propria di Roma e dei suoi *cives*, che affonda le sue radici in un 'esclusivismo nazionale'³³ giuridico che, quando Ulpiano scriveva, era in via di superamento grazie alla rivoluzione culturale imposta dall'editto di Caracalla³⁴: diversamente dalla figura precedente, si connota per una tutela di stretto diritto, cui è estranea la clausola EX FIDE BONA. Neppure l'*actio fiduciae*, del resto, a meno di voler condividere la singolare ricostruzione del Noordraven³⁵, esattamente criticata da Dario Mantovani³⁶, contiene un vero e proprio riferimento all'EX FIDE BONA, prospettando, semmai, l'assenza del comportamento opposto, la *fraudatio*.

Se ciò è vero, il significato delle due coppie contenute nel frammento 1.4 è da ascrivere all'indicazione di due figure di *conventio ex privata causa* del *ius gentium*, e di due figure di *conventio ex privata causa* radicate sull'ordinamento proprio dei *cives*: la *stipulatio*, i cui fondamenti sono le XII Tavole e – in prosieguo di tempo – le *leges Silia* e *Calpurnia*³⁷; la *fiducia*, il cui fondamento è il rito mancipatorio, insieme con la via di apertura assicurata dal versetto decemvirale *cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto*, tradizionalmente riportato ai *carmina* della sesta Tavola³⁸.

Il che è coerente con il linguaggio di Ulpiano: trattando di *legitimi tutores*³⁹, nell'Epitome – ove peraltro ad Ulpiano la si rapporti – si legge che

³³ Cfr. A. GUARINO, *L'ordinamento giuridico romano*⁵, Napoli, 1990, p. 247 ss.

³⁴ Cfr. A. BURDESE, *I contratti innominati*, in *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al profesor J.L. Murga Gener*, Madrid, 1994, p. 66 e nt. 11.

³⁵ B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia im römischen Recht*, Amsterdam, 1999, p. 338.

³⁶ D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*², Padova, 1999, p. 66 e nt. 233.

³⁷ Cfr. S. TONDO, *Note ulpianee alla rubrica edittale per i 'pacta conventa'*, in *SDHI*, LXIV, 1998, p. 449 s.

³⁸ Su questa linea, ma per una diversa via esegetica, cfr. essenzialmente B. BIONDI, *Contratto e 'stipulatio'*, Milano, 1953, 81, 118 e 142.

³⁹ Ep. Ulp. 11.3: *Legitimi tutores sunt, qui ex lege aliqua descendunt; per eminentiam autem legitimi dicuntur qui ex lege duodecim tabularum introducuntur seu perpalam, quales sunt agnati, seu per consequentiam, quales sunt patroni.*

sono tali quelli istituiti da una *lex*, e per *eminentiam* quelli previsti proprio dalle XII Tavole. *Legitima conventio*, dunque, ben può essere quella, *propria civium Romanorum*, che si radichi su dati normativi repubblicani, e specialmente su *carmina* decemvirali: *carmina*, evidentemente, vigenti non già come tali, ma in quell'*interpretatio* di cui rappresentano il *principium*, cioè la parte più importante di un intero.

A ben vedere, poi, questa lettura è coerente anche con la definizione della *legitima conventio* che affiora da quel che resta del sostrato classico di D. 2.14.6⁴⁰, da ritenersi limitato all'espressione *lege aliqua*, al ricorso al verbo *confirmare*, al *nasci vel tolli* riferito all'azione. Innanzitutto, la *lex* è *aliqua* nel senso che fa riferimento a realtà normativa esistente, ma non individuabile, sicché *a priori* non ci consente di pensare a «specifiche disposizioni normative», come riteneva il Talamanca⁴¹: in altri termini, essa è 'dissolta' nella *sola interpretatio* in cui consiste il *ius civile*, ma allo stesso tempo vigente come *principium* di essa. E di questo uso linguistico abbiamo diversi riscontri: al di là del citato passo dell'Epitome Ulpiani, si può pensare innanzitutto allo stesso Paolo, che parla di un *lege aliqua effici* in 15 *quaest.* D. 46.3.98.8 e 72 *ad ed.* D. 45.1.83.5.

Ma sono soprattutto un passo dei *Manualia* paolini⁴², nonché uno

⁴⁰ Paul. 3 *ad ed.* (*de pactis*, 123 LENEL) D. 2.14.6: *Legitima conventio est quae lege aliqua <...> confirmatur. <...> [Et ideo] <...> interdum ex pacto actio nascitur vel tollitur, <...> [quotiens lege aut senatus consulto adiuvatur].*

⁴¹ M. TALAMANCA, 'Conventio' e 'stipulatio', in *Le teorie contrattualistiche romane nella storiografia contemporanea*, a cura di N. Bellocci, Napoli, 1991, p. 213, nt. 180.

⁴² Paul. 1 *manual.* (*de usu fructu*, 989 LENEL) *Fragm. Vat.* 50: *In mancipationibus vel in iure cessione an deduci possit vel ex tempore vel ad tempus vel ex condicione vel ad condicionem, dubium est; quemadmodum si is, cui in iure ceditur dicit: AIO HUNC FUNDUM MEUM ESSE DEDUCTO USU FRUCTU EX KAL. IAN. vel DEDUCTO USU FRUCTU USQUE AD KAL. IAN DECIMAS, vel AIO HUNC FUNDUM MEUM ESSE DEDUCTO USU FRUCTU, SI NAVIS EX ASIA VENERIT; item in mancipatione: EMPTUS MIHI ESTO [PRETIO] <HOC AERE AENEAQUE LIBRA?> DEDUCTO USU FRUCTU EX KAL. ILLIS vel USQUE AD KAL. ILLAS; et eadem sunt in condicione. Pomponius igitur putat non posse ad certum tempus deduci nec per in iure cessionem nec per mancipationem, sed tantum transferri ipsum posse. ego didici et deduci ad tempus posse, quia et mancipationem et in iure cessionem lex XII tabularum confirmat. num quid ergo et ex tempore et condicione deduci possit? sequitur et legatum deduci ad certum tempus posse.*

scolio di Stefano⁴³ riportabile a D. 2.14.6, a darci indicazioni più precise⁴⁴.

Nella lezione dell'*antecessor*, la *legitima conventio* è riportata, innanzitutto, alla *deductio* dell'usufrutto e delle servitù dall'atto traslativo della proprietà di un fondo, ormai identificabile nella *traditio*, ma evidentemente da correlarsi al modello della *nuncupatio* mancipatoria; nonché al *transigere cum fure*, che fa venir meno *ipso iure* l'*actio furti*.

⁴³ Sch. 2 *ad Bas.* 11.1.6 (Scheltema, BS, 185, 12-37): "Εγὼς τὴν ποὺβλικαν κονβεντίονα. Μάθε νῦν καὶ τὴν λεγιτίμαν. Λεγιτίμα ἐστὶ κονβεντίων ἢ ἀπὸ νομοῦ τινὸς ἢ δόγματος βεβαιουμένη, κἀντεῦθεν καὶ συνιστάσα ἀγωγὴν καὶ λουσά κατὰ τὸ ἵπσο ἰοῦρε ἀγωγὴν. Καὶ διὰ τοῦτο ἔσθ' ὅτε ἀπὸ ψιλοῦ συμφώνου τίκεται ἀγωγή καὶ λύεται κατὰ τὸ ἵπσο ἰοῦρε ἀγωγὴν, τοῦτέστιν, ὅταν τὸ πάκτον ὑπὸ νόμου κυροῦται, οἷον (εἶπω δέ σοι πρότερον, πότε ἀπὸ ψιλοῦ πάκτου συνίσταται ἀγωγή) ἐάν τις τραδιτεύων ἀγρὸν οὕτως εἴπῃ 'τραδιτεύω σοι τὸν ἀγρὸν, ἵνα ἔχω τοῦτου τὸν οὐσουφροῦκτον, τὴν χρῆσιν τῶν καρπῶν ἢ τὴν ἀροδοῦν'. Ἐπειδὴ ταύτην τὴν κονβεντίονα ἦτοι τὸ σύμφωνον ἰδικῶς νόμος κυροῖ λέγων ἐρῶσθαι τὰ ἐν τῇ τραδίτῳ γινόμενα σύμφωνα [D. 2.14.48; specialiter D. 8.4.6 et D. 8.4.7, i.e. in l. IV de iudiciis, ut infra], δύναται ὁ τραδιτεύσας ἐκδικῆσαι τὴν χρῆσιν τῶν καρπῶν. Καὶ ὅταν ἐπαγγείλωμαι προικίζειν τινά [C. 5.11.6], καὶ ὅτε πόλις δανείζουσα συμφωνήσει λαμβάνειν τόκους [D. 22.1.30], καὶ ὅτε ἰδιώτης δανείζων καρποὺς συμφωνήσει λαμβάνειν τόκους [D. 20.1.11.1 et D. 13.7.33] ἢ τὴν δουλείαν, ὡς ἐν τῷ γ'. καὶ δ'. βιβλίῳ τῶν δὲ ἰουδικῆς [D. ex ordine l. VII, de iudiciis l. III; D. ex ordine l. VIII, de iudiciis l. IV, ut supra] μανθάνεις. "Ὡςπερ οὖν καὶ ἐπὶ τὸ ἐνεχῶρ γεγόμενον σύμφωνον, κἀν σιωπηρὸν ἦ, ἔχει τίκεται ἀγωγήν, τοῦτέστι τὴν Σερβιανὴν, ὡς ὁ Παῦλος ἐν τῷ ιζ' διγ. φησὶν [D. 2.14.17.2] (οἶδας δέ, ὅτι καὶ δωρεά, καὶ αὕτη ἀπὸ ψιλοῦ συμφώνου, τίκεται σήμερον τὸν ἐξ λέγε κονδικτικίον [C. 8.53.35.5-5e et l. 2.7.2]) οὕτω μὲν οὖν συνίστησιν ἀγωγὴν ἢ λεγιτίμα κονβεντίων. Πῶς δὲ κατὰ τὸ αὐτὸ δίκαιον λύει ἀγωγὴν, μάθε. Περὶ τῆς φοῦρτι πακτεύειν νόμος ἐπέτρεψεν, ὡς μανθάνεις ἐν τῷ ιζ' διγ. τοῦ παρόντος τιτ. [D. 2.14.17.1]. 'Εάν οὖν τις πακτεύσῃ τὴν φοῦρτι μὴ κινεῖν, λύεται κατὰ τὸ ἵπσο ἰοῦρε ἢ φοῦρτι. "Ὅτι γὰρ τὴν φοῦρτι κατὰ τὸ ἵπσο ἰοῦρε τὸ πάκτον ἀναρῆι, μανθάνεις ἐν τῷ ιζ' διγ. τοῦ παρόντος τιτ. [D. 2.14.17.1]. Καίτοι τὸ μὴ ὑπὸ νόμου ἰδικῶς κυροῦμενον πάκτον, οἷον, οὐκ ἀπαιτῶ σε τὸ χρέος, διὰ παραγραφῆς, ἀλλὰ οὐ κατὰ τὸ ἵπσο ἰοῦρε τὴν ἀγωγὴν ἀναρῆι, ὡς μανθάνεις ἐν τῷ αὐτῷ ιζ' διγ. καὶ ὡς ὁ Οὐλπιανὸς εὐθὺς ἐπιφέρει [D. 2.14.7 pr.]. L'attribuzione all'Indice di Stefano è in '*Basilicorum libri LX*', post A. Fabroti curas ope codd. mss. G.E. Heimbachio aliisque collatorum integrioribus cum scholiis edidit, editos denuo recensuit, deperditos restituit, translationem Latinam et adnotationem criticam adiecit D.C.G.E. Heimbach, VI, '*Prolegomena et manuale Basilicorum continens*', Lipsiae, 1870, p. 224.

⁴⁴ Rinvio sul punto a R. FERCIA, «*Fiduciam contrahere*», cit., p. 82 ss. e 96 ss.

L'una e l'altra prospettiva, come è noto, affondano le proprie radici nei *carmina* decemvirali. Nel sostrato classico del passo dei *Manualia* conservato dai *Vaticana Fragmenta*, il verbo *confirmare* è riferito alla legislazione decemvirale, e specificamente, ancora una volta, alla *deductio usus fructus*: è il rito mancipatorio, fondato su quei principia normativi, a render salda la convenzione che lo sottende, il cui *valere*, già nella seconda metà del II secolo, è riconosciuto come assolutamente palese per qualsiasi atto formale di alienazione di *res*, come chiarisce bene, commentando quasi certamente il primo *carmen* della sesta Tavola, Gaio⁴⁵.

Le assonanze con D. 2.14.6 sono troppe, e troppo significative: per me, anche Paolo pensava alla *legitima conventio* come convenzione culturalmente propria dei *cives Romani*, e forse insisteva, diversamente da Ulpiano, sull'individuazione dei *principia* normativi di essa, come sembra potersi desumere dalla ricchezza di particolari, che hanno ben poco di casuale, della lezione di Stefano, il quale doveva avere a disposizione, con ogni probabilità, il testo originario dell'*ad edictum* paolino da cui è stato escerpito il passo confluito appunto in D. 2.14.6.

Tornando ora al discorso di Ulpiano, la *legitima conventio* è la convenzione radicata sull'esperienza quiritaria propria dei *cives*, ancorché magari in un secondo momento aperta ai *peregrini* (si pensi alla *stipulatio* conclusa con verbi diversi da *spondere*), che ove generi *obligatio* è protetta senza il ricorso alla clausola *EX FIDE BONA*. E che, come tale, ha un nome suo proprio, che è considerato nome di figura contrattuale, come a più riprese emerge dalle fonti a nostra disposizione: penso a *fiducia*, appunto; a *stipulatio*; ma anche a mutuo, nonché, quasi per attrazione, a *expensi latio*. Si tratta di fattispecie che solo nella più tarda esperienza classica sono accostate a figure contrattuali: prima di questa elaborazione, che si colloca tra il II e il III secolo, esse non sono figure di contratto, anche perché non è sentita come tutela contrattuale la *condictio*⁴⁶. Ma è proprio la duttilità del *condicere*, in cui è certo il *petitum* ed incerta la *causa petendi*, a consentire di leggere,

⁴⁵ Gai. 3 *ad l. XII tab.* (*de venditione filii an de nexu mancipioque?*, 430 LENEL) D. 2.14.48: *In [traditionibus] <mancipationibus> rerum quodcumque pactum sit valere, manifestissimum est.*

⁴⁶ V'insiste C.A. CANNATA, *La nozione di contratto nella giurisprudenza romana dell'epoca classica*, in *Autour du droit des contrats. Contributions de droit romain en l'honneur de F. Wubbe*, éd. P. Pichonnaz, Genève, 2009, p. 34.

nella sua concreta valenza polifunzionale, anche un obbligo strettamente contrattuale restitutorio ogni qual volta il *re contrahere* sorga su fondamento convenzionale: nella visione severiana, ed in particolare in quella di Modestino, le tutele restitutorie apprestate per la dote e per la *fiducia* sono alla fine *condictiones* ‘trasfigurate’ in azioni contrattuali.

Nella visione di Ulpiano, l’elemento unificante è la *conventio ex privata causa*, che sottende trasversalmente qualsiasi convenzione produttiva di *obligatio*: una volta che la *constitutio Antoniniana* rende *civis* qualsiasi *incola* dell’Impero, la distinzione tra tutele di *ius civile* in senso stretto e tutele di *ius gentium* perde di significato pratico, sicché la dicotomia tra convenzioni *legitimae* e di *ius gentium* si rende necessaria più che altro per giustificare, nell’architettura edittale, la differente configurazione tecnica delle strutture formulari.

Nell’esperienza romana, a questo punto, la *fiducia* è una figura contrattuale, che però scompare nella tradizione basata sulle fonti giustinianee, per via della scelta imperiale di cancellare gli atti formali di alienazione. Sopravvive invece, specie sul piano del dibattito teorico, nella tradizione visigotica, ed è per questa via che la riflessione dei Culti consegna all’Europa il modello elaborato dalla scienza dei giuristi classici.

E così concludo.

Nell’attuale ordinamento privatistico italiano, la *fiducia* può essere nome dato dalla storia ad una fattispecie contrattuale bilaterale, che vede nel trasferimento della proprietà non già un effetto finale, ma un effetto procedimentale e formativo di essa.

Sul piano funzionale, la *causa fiduciae* – almeno a mio parere – è certamente un termine vago, che indica solo un perimetro al cui interno vanno ricercate le possibili giustificazioni economico-individuali dell’operazione, che vanno dalla garanzia alla cooperazione nell’altrui sfera giuridica, sino forse alla liberalità. Ripensando ora alle questioni indicate da Maurizio Lupoi, da cui abbiamo preso le mosse, a me pare innanzitutto plausibile che l’ordinamento italiano reinterpreti in chiave contrattuale quanto non sia tale nell’ordinamento di origine: sicché il modello di riferimento per ipotizzare l’ingresso del *trust* nel nostro sistema può essere il negozio (*rectius*, il contratto) fiduciario, che guarda alla via tracciata dall’art. 1322 del codice civile quanto meno dal punto di vista della struttura bilaterale della fattispecie e, soprattutto, della presenza di un affidamento patrimoniale⁴⁷.

⁴⁷ È questa – al di là del problema del segno linguistico ritenuto appropriato

Ed è proprio questo, forse, il comune denominatore delle due figure: penso al *credere* edittale romano, come magistralmente ricostruito da Bernardo Albanese, e cioè ad «un assenso prestato ad una richiesta altrui da un soggetto che, confidando nella lealtà del richiedente, pone in essere un *contractus*, per il quale egli concede al richiedente una *res – credita*, appunto, cioè: affidata a richiesta – per riaverla, o tale e quale o nell'equivalente»⁴⁸. Ma è proprio qui che emerge, accanto ad una potenziale analogia strutturale, il principio della divergenza: altro è il trasferimento della proprietà, rilevante come momento costitutivo della fattispecie, altro la segregazione come effetto essenziale dei *trusts*; altro, dunque, è l'affidamento che, in conseguenza della segregazione, determina un risultato effettuale irriducibile al rapporto romanistico tra fiduciante e fiduciario. E nondimeno, è forse dai tratti comuni alle due figure che il *civil lawyer* fedele alla dogmatica romanistica dovrebbe partire: quanto meno nelle figure di *trusts* costituiti fra vivi, si tratta forse solo di un *credere* inteso nella prospettiva romana, ma più ampio ed articolato, suscettibile di estendersi al di fuori della stretta dimensione bilaterale che connota il rapporto tra fiduciario e fiduciante proprio della tradizione romanistica.

per qualificare la figura – la proposta di recente formulata da M. LUPOI, *Il contratto di affidamento fiduciario*, Milano, 2014, p. 247 ss., in particolare 376 ss., nonché p. 487 ss. per una comparazione con il *trust*.

⁴⁸ B. ALBANESE, *Per la storia del 'creditum'*, in *AUPA*, XXXII, 1971, p. 157.