

## FERDINANDO TREGGIARI

### LA FIDUCIA TESTAMENTARIA PRIMA DEI CODICI\*

SOMMARIO: 1. Il calco romano. – 2. Sviluppi medievali. – 3. La tutela giudiziaria della fiducia. – 4. La fiducia è un contratto. – 5. Sviluppi moderni. – 6. Appendice di fonti.

#### 1. Il calco romano.

Nel millennio che precede l'avvento dei codici civili il diritto delle successioni accolse e sviluppò entrambe le principali tipologie storiche

\* Per ogni necessario approfondimento, anche bibliografico, rinvio alle mie seguenti pubblicazioni:

– *'Minister ultimae voluntatis'. Esegesi e sistema nella formazione del testamento fiduciario*. I. *Le premesse romane e l'età del diritto comune*, Napoli 2002;

– *Storia del testamento fiduciario*, I. *Diritto romano e diritto comune*, Perugia 2002 e 2009 (ed. riveduta);

– *Trust e diritto comune a San Marino*, in *Il trust nella nuova legislazione di San Marino*, Santarcangelo di Romagna 2005, p. 39-73 (anche in *Scritti in onore di Giorgio Badiali*, II, Roma 2007, p. 315-348);

– *La legge sul trust nell'ordinamento giuridico sammarinese: prime osservazioni* (insieme a M. Mularoni e M. Verni), ivi, p. 75-86;

– *'Fiducialitas'. Tecniche e tutele della fiducia nel diritto intermedio*, in *Le situazioni affidanti*, a cura di M. Lupoi, Torino 2006, p. 45-73;

– *Il metodo della fiducia (a proposito di una recensione)*, in «Initium. Revista catalana d'història del dret», 11 (2006), p. 475-483;

– *La fides dell'unico teste*, in *La fiducia secondo i linguaggi del potere*, a cura di P. Prodi, Bologna 2007, p. 53-72 (anche in «Initium. Revista catalana d'història del dret», 13 [2008], p. 689-703);

– *Negozi fiduciario, fiducia, disposizioni transmorte*, in «Diritto romano attuale», 17 (giugno 2007), p. 65-79 (anche in *Diritto privato. Studi in onore di Antonio Palazzo*, II. *Persone, famiglia e successioni*, a cura di S. Mazzaresse e A. Sassi, Torino 2009, p. 885-896);

del *fideicommissum*<sup>1</sup>:

1) il fedecommesso ‘fiduciario’ delle origini, caratterizzato dall’obbligo (meramente) morale dell’erede di eseguire la volontà fiduciaria del testatore;

2) il fedecommesso ‘potestativo’ introdotto nella legislazione romana nel I secolo d.C., con cui il fedecommesso delle origini, depurato del suo elemento fiduciario, era stato trasformato in un tipo speciale di legato.

La prima tipologia (il fedecommesso fiduciario) ha la sua antica fonte nella pratica delle *commendationes morentium* di ciceroniana memoria<sup>2</sup>, rivolte in particolare ad aggirare le leggi caducarie, limitative della capacità di ricevere per testamento<sup>3</sup>. Nate sul terreno dell’amicizia e dell’umana solidarietà, le confidenze successorie avevano la loro genesi al di fuori delle tavole testamentarie e sanzione squisitamente morale, generando la sola obbligazione naturale di adempierle. Parallele e alternative al rigore formale del testamento civile (che richiedeva sette testimoni per la valida istituzione dell’erede), esse erano il più delle volte preordinate proprio a contraddire in parte o in tutto le volontà formalmente dichiarate. La loro disciplina seguì linee di sviluppo autonome dalla legislazione testamentaria – che pure la strategia fiduciaria impiegava strumentalmente –, divergendo marcatamente, in particolare, dal regime giuridico delle sostituzioni ereditarie introdotto con la forma giuridificata di fedecommesso.

Quest’ultima forma di fedecommesso, costruita come doppio o plurimo grado di successione per ovviare alle frequenti infedeltà degli eredi

– *L’affidamento nell’esecutore testamentario. Dati per una retrospettiva*, in «Trusts e Attività Fiduciarie», n. 2, marzo 2008, p. 170-178;

– *Fiducia and Trust: Words and Things*, in *Relations between the ius commune and English law*, a cura di R.H. Helmholz e V. Piergiovanni, Soveria Mannelli 2009, p. 263-269;

– *Dottrine di Bartolo sul testamento*, in «Studi Umanistici Piceni», XXXII (2012), Supplemento monografico, p. 57-72.

<sup>1</sup> «forse il solo istituto romano che conservi identità e nome unico pur adempiendo a più funzioni»: così P. VOCI, *Il diritto ereditario romano dalle origini ai Severi*, in Id., *Studi di diritto romano*, Padova 1985, p. 60.

<sup>2</sup> CICERONE, *De finibus bonorum et malorum*, 3, 20, 65.

<sup>3</sup> È il caso della *lex Voconia* del 169 a.C., presa a bersaglio ancora da Cicerone: *ivi*, 2, 17, 55.

e dei legatari fiduciari<sup>4</sup>, oltre che per isolare le forme illecite di trasmissione fiduciaria indiretta e dare regola alle pianificazioni patrimoniali *mortis causa*, aveva ricevuto il suo definitivo assetto con il senatoconsulto Trebelliano (56 d.C.), varato al tempo di Nerone. Con un unico atto, la *restitutio*, il fedecommissario diveniva ora titolare di tutta o di parte dell'eredità; a lui il pretore concedeva tutte le azioni, a favore e contro, spettanti all'erede<sup>5</sup>. Pochi anni dopo, il senatoconsulto Pegasiano (69-70 d.C.), emanato sotto Vespasiano, innovò ancor più la materia stabilendo, in conformità a quanto già la *lex Falcidia* (40 a.C.) aveva disposto per i legati, che il fedecommissario non potesse superare i tre quarti dell'eredità, dovendo il residuo quarto libero essere riservato all'erede gravato. Questo beneficio patrimoniale – inizialmente riservato al solo erede testamentario (un rescritto di Antonino Pio lo estese in seguito all'erede *ab intestato*)<sup>6</sup>, ma non anche al legatario o al fedecommissario o all'acquirente a titolo di *mortis causa capio* che fossero gravati a loro volta di fedecommissario<sup>7</sup> – doveva servire a scongiurare il rischio che l'erede, al quale fosse stato imposto dal testatore di restituire tutto o quasi tutto al fedecommissario, non accettasse l'eredità e che in conseguenza di ciò restasse privo di efficacia il fedecommissario, data la sua relazione di accessorietà con la delazione<sup>8</sup>. Se però, malgrado l'incentivo economico costituito dalla quarta parte del compendio, l'onere non avesse accettato l'eredità mettendo conseguentemente a rischio i diritti ereditari dell'onorato, quest'ultimo avrebbe potuto chiedere al pretore di costringere il primo all'adizione e alla successiva restituzione<sup>9</sup>, con conseguente perdita della 'quarta' per il gravato.

In seguito alla giuridificazione del fedecommissario, i bisogni che ne avevano promosso l'originario uso fiduciario fecero leva sul nuovo istituto, forzandolo e devianandone la funzione verso scopi atipici (fiduciari, appunto). Tra le più frequenti applicazioni 'deviate' del *fideicommissum*

<sup>4</sup> Inst. 2, 23, 1; 2, 25 pr.

<sup>5</sup> GAIO 2, 252-253; D. 12, 1, 9, 1 (Ulpiano). Si veda, fra i tanti, L. DESANTI, *La sostituzione fedecommissaria*, Torino 1999, p. 10 ss.

<sup>6</sup> Cfr. D. 35, 2, 18 pr. (Paolo).

<sup>7</sup> GAIO 2, 271; D. 36, 1, 23 (22), 5 e D. 35, 2, 47, 1 (Ulpiano); D. 35, 2, 93 (Papiniano).

<sup>8</sup> GAIO 2, 254; I. 2, 23, 2 e 5. Ma v. C. 6, 42, 14 (impp. Valeriano e Gallieno, a. 255).

<sup>9</sup> GAIO 2, 258.

giuridificato erano i casi in cui il successore prescelto dal testatore non fosse in grado, al momento della prevedibile apertura della successione, di assumere in autonomia la posizione e i poteri dell'erede (come era nel caso del figlio non ancora *sui iuris*) o fosse comunque più prudente per il testatore nominare erede (gravato di restituzione) una persona idonea a provvedere *medio tempore* all'amministrazione-deposito del lascito nell'interesse del vero ed unico successore, indicato nel testamento come fedecommissario<sup>10</sup>. Simili casi, nei quali il fedecommissario era in effetti l'unico beneficiario del testamento, invocavano, nel rispetto della volontà del disponente, un regime di eccezione rispetto alle regole del fedecommissario ordinario. L'eccezione consisteva nel fatto che l'erede (fiduciario) non avrebbe dovuto trarre alcun vantaggio economico dal lascito, né la quarta né i frutti, essendo destinati l'una e gli altri in via esclusiva al fedecommissario.

Per tutti questi casi i giureconsulti romani offrirono una perfetta soluzione ermeneutica: quando il fedecommissario, che 'sapeva' di operazione fiduciaria, prevedeva un termine differito per la restituzione dell'eredità o del lascito, il *dies* era da interpretare come apposto dal testatore ad esclusivo vantaggio del fedecommissario. In questo modo, l'erede e il legatario di fiducia degradavano a semplici «ministri» dell'ultima volontà fiduciaria. «Ministri» è infatti uno degli appellativi con cui essi vengono designati dalle fonti giurisprudenziali<sup>11</sup>: lo stesso, che nell'età del diritto comune diventerà d'uso corrente per designare gli esecutori testamentari, a cui il successore fiduciario verrà tendenzialmente pareggiato.

Ad un certo punto dello sviluppo storico del fedecommissario, dunque, un unico congegno trasmissorio aveva collocato nello stesso ruolo – ma allo snodo di due divergenti strategie patrimoniali – due figure nettamente distinte: il successore gravato e il successore fiduciario.

Il primo era erede o legatario a tutti gli effetti, sebbene a termine o sotto condizione, con l'unico limite di non poter alienare i beni destinati alla ritrasmissione. Se ad essere gravato di fedecommissario era l'erede, all'atto della restituzione egli poteva esigere la quarta parte dell'eredità.

Il secondo era invece titolare-amministratore dell'eredità o del legato

<sup>10</sup> Le fonti da citare sarebbero qui numerose. Si vedano almeno D. 28, 2, 18; D. 38, 2, 12, 2; D. 36, 1, 76 (74); D. 31, 43, 2; D. 36, 1, 48 (46); D. 22, 1, 3, 3.

<sup>11</sup> D. 31, 17 pr. e D. 24, 1, 49 (Marcello).

nell'interesse esclusivo del fedecommissario. Qui la funzione fiduciaria (che poteva concretizzarsi tanto nella mera custodia quanto nella gestione attiva del patrimonio fiduciato) assorbiva totalmente il titolo e pertanto a chi ne fosse onerato non spettava alcun lucro.

Su quest'ultima figura si modellerà l'erede fiduciario e il legatario fiduciario dell'età intermedia.

## 2. Sviluppi medievali.

Durante il medioevo la fiducia testamentaria (designeremo così, d'ora in poi, la forma evoluta di fedecommissario fiduciario) acquistò un'accentuata tipicità sociale e normativa, caratterizzandosi per le due decisive deviazioni dalle regole del fedecommissario 'potestativo' (o giuridificato o ordinario, che dir si voglia) appena indicate: a) il successore fiduciario (erede o legatario) era considerato titolare-gestore nell'esclusivo interesse del beneficiario o dei beneficiari indicati dal testatore; b) il suo incarico era gratuito.

La prassi continentale della fiducia testamentaria non fu meno importante del contemporaneo progresso di *uses* e *trusts* in Inghilterra, le cui radici sono ben piantate nella tradizione romanistica<sup>12</sup>. Che *uses* e *trusts* possano essere stati il tangibile lascito del diritto fiduciario romano applicato nella Britannia e sopravvissuto all'abbandono dell'isola da parte delle legioni dei dominatori, è tesi opinabile, ma formulata proprio da autori inglesi dell'Ottocento<sup>13</sup>.

Alcune significative evidenze delle fonti sembrerebbero darvi fondamento. Potrà essere una coincidenza, ma i due *leading cases* di diritto romano, su cui i giuristi dello *ius commune* edificarono la loro teoria della *fiduciaria hereditas*, furono tratti dai frammenti di due giuristi ro-

---

<sup>12</sup> M. LUPOI, *Trust and Confidence*, in «Law Quarterly Review», April 2009, p. 253-287.

<sup>13</sup> M. GRAZIADEI, *Changing Images of the Law in XIX Century English Legal Thought (The Continental Impulse)*, in M. REIMANN (a cura di), *The Reception of Continental Ideas in the Common Law World 1820-1920*, Berlin 1993, p. 122 s.; vedi anche M. REIMANN, *Who is afraid of the Civil Law? Kontinentaleuropäische Recht und Common Law im Spiegel der englischen Literatur seit 1500*, in «Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte», 21 (1999), p. 368.

mani – Giavoleno e Papiniano – entrambi, in tempi diversi, dislocati in Inghilterra. Il primo, in qualità di *legatus iuridicus* della provincia Britannia, attorno alla metà degli anni ottanta del I secolo d.C. dette il *responsum* sull'*hereditas fiduciaria* del comandante della flotta romana stanziata nell'isola (D. 36, 1, 48 [46])<sup>14</sup>. Il secondo, *praefectus praetorio* in Britannia al tempo di Settimio Severo (208 d.C. circa), affrontò in una *quaestio* un analogo caso paradigmatico di patrimonio segregato *in fiducia* presso l'erede formalmente gravato di *fideicommissum* (D. 22, 1, 3, 3)<sup>15</sup>. In entrambi i casi i due giuristi applicarono le regole della *fiducia* in flagrante deviazione dalla disciplina del *fideicommissum*, identificando nell'erede istituito, gravato di fedecommissato, il titolare-gestore di un patrimonio destinato in via esclusiva al fedecommissario. Più o meno come sarebbe poi accaduto nel *trust* testamentario<sup>16</sup>.

Anche la prima dottrina inglese assimilò i paradigmi romanistici della fiducia successoria. Nel *De legibus et consuetudinibus Angliae* (ante 1235) Henry Bracton (1210 ca.-1268 ca.), buon conoscitore delle fonti romanistiche e canonistiche, qualificò il lascito fatto al *tutor* o al *curator* in contemplazione del minore come esempio di proprietà acquistata dal fiduciario nell'interesse altrui e vi ricollegò il rimedio dell'*actio negotiorum gestorum*<sup>17</sup>. Il *tutor* o *curator* di Bracton appare come la precisa controfigura dell'*heres fiduciarius* del passo di Giavoleno. Per spiegare la sostanza della *fiduciaria hereditas*, infatti, già il giurista romano aveva definito l'*heres fiduciarius* come *tutor* di fatto del figlio minore del testatore (*Oceanus*, questo il suggestivo nome del figlio del comandante della flotta romana stanziata in Britannia), destinatario esclusivo dell'eredità secondo le intenzioni di quest'ultimo<sup>18</sup>.

<sup>14</sup> Cfr. l'Appendice di fonti (1).

<sup>15</sup> Cfr. l'Appendice di fonti (2).

<sup>16</sup> D. JOHNSTON, *The Roman Law of Trusts*, Oxford 1988.

<sup>17</sup> H. BRACTON, *De legibus et consuetudinibus Angliae*, ed. by G.E. Woodbine, Cambridge, Massachusetts 1968, nella rubrica intitolata *Per quas personas adquiratur possessio* (vol. II, p. 135 s.). Cfr. J. BARTON, *The medieval use*, in «Law Quarterly Review», 81 (1965), p. 563.

<sup>18</sup> D. 36, 1, 48 (46): «[...] si [testator] prorogando tempus solutionis tutelam magis heredi fiduciario permisisse, quam incertum diem fideicommissi constituisse videatur» [«se appare che il testatore, prorogando il termine per l'adempimento del fedecommissato, abbia voluto affidare la tutela di quei beni all'erede fiduciario, piuttosto che fissare un termine incerto al fedecommissato»].

### 3. La tutela giudiziaria della fiducia.

L'*actio negotiorum gestorum*, che Bracton attribuiva al beneficiario (il minore divenuto maggiorenne) contro il *tutor* che avesse male amministrato il suo patrimonio, era uno dei rimedi correnti che lo *ius commune* continentale attribuiva al beneficiario contro l'inadempienza dell'*heres fiduciarius*. Quella stessa *actio* era utilizzata anche per convenire in giudizio i *meri executores* di patrimoni fiduciari. Di essa le fonti romane offrivano sia la regola generale (D. 3, 5, 5, 4 [2])<sup>19</sup>, sia la sua applicazione speciale al caso dell'erede istituito «ad utilitatem alterius» (D. 28, 5, 47, [46])<sup>20</sup>.

Gli interpreti medievali furono solleciti ad attribuire al beneficiario di una fiducia tradita idonee azioni giudiziarie. In un suo *consilium* Paolo di Castro (1360/62-1441)<sup>21</sup> elenca ben tre rimedi processuali alternativi esperibili dal beneficiario tradito. Il caso era il seguente. Un fratello aveva fatto causa all'altro adducendo (con il conforto di più testimoni) che intenzione del testatore fosse di far pervenire l'eredità in parti uguali ad entrambi, sebbene col testamento fosse stato istituito erede solo uno di essi. Il giurista ritenne, in base alle testimonianze, che l'erede dovesse intendersi istituito anche per conto del fratello e fosse perciò tenuto a dividere l'eredità con lui. Le azioni giudiziarie disponibili per quest'ultimo erano in astratto tre:

a) l'*actio negotiorum gestorum*, per l'ipotesi che l'erede avesse accettato l'eredità per conto di entrambi (e fosse perciò tenuto «ad communicandum sibi dictam haereditatem, quam communi nomine videbatur recepisse»);

b) l'*actio mandati*, per l'ipotesi che fosse stato il fratello non espressamente istituito ad incaricare il fratello-erede di accettare l'eredità anche per suo conto;

c) l'*actio utilis ex testamento*, per l'ipotesi che l'incarico fiduciario fosse stato dato dal testatore all'erede («quasi fidem suam tacitam accommodaverit testatori de hoc faciendo»).

*Actio negotiorum gestio*, *actio mandati* e *actio utilis ex testamento* sono tre rimedi corrispondenti a tre diverse fenomenologie della fiducia: ma tutti e tre convergenti nel risultato di darvi coattiva esecuzione.

---

<sup>19</sup> Cfr. l'Appendice di fonti (3).

<sup>20</sup> Cfr. l'Appendice di fonti (4).

<sup>21</sup> PAOLO DI CASTRO, *Consilia sive responsa*, II, Torino 1580, f. 182va, n. 1 (*cons.* 395).

#### 4. La fiducia è un contratto.

Il ricorso al mandato (e quindi alla categoria del contratto) per spiegare il fenomeno fiduciario e corredarlo di quelle tutele, che la prassi sollecitava, offriva un robusto sostegno alla disciplina delle fiducie testamentarie. Se *fides*, come affermavano i classici, equivale a 'fare ciò che si è promesso', nell'incarico fiduciario di ritrasferire a terzi poteva dirsi sempre presente un contenuto di mandato.

Una costituzione dell'imperatore Giustiniano (C. 6, 42, 32<sup>22</sup>; Inst. 2, 23, 12) aveva riconosciuto valide le volontà confidate dal testatore al proprio erede quando fossero confessate da quest'ultimo sotto giuramento. Questo favore imperiale, che testimoniava la persistente centralità della *fides* nelle relazioni sociali e il rispetto religioso per la volontà dei morti, aveva introdotto un significativo allargamento delle possibilità di prova della fiducia, in deroga al tradizionale regime formale delle disposizioni di ultima volontà. Riflettendo sul momento costitutivo della fiducia, Bartolo da Sassoferrato (1313-14/1357-58) svolse un'intuizione fenomenale: l'erede che promette di eseguire il trasferimento fiduciario richiestogli dal testatore è come se stipulasse con lui un contratto. Dunque il soggetto beneficiario, a favore del quale la fiducia-contratto era stata stipulata, poteva far valere in giudizio il contratto inadempito<sup>23</sup>. Il vantaggio di convenire in giudizio l'erede *ex stipulatu* era nella prova dell'obbligazione fiduciaria, che poteva essere raggiunta anche a mezzo di due soli testi, quanti ne erano richiesti per i contratti in genere (D. 22, 5, 12).

Al risultato di agevolare la prova della fiducia i giuristi approdarono interpretando anche altre fonti romane relative a casi di ultime volontà fiduciarie. Una di queste (D. 28, 5, 47 [46]) riguardava l'istituzione di erede che simulasse un patto fiduciario. L'erede, istituito solo perché accettasse e ritrasmettesse l'eredità al vero beneficiario, aveva infranto il patto fiduciario. La questione era di sapere se egli fosse tenuto a restituire l'eredità al beneficiario ed in base a quale rapporto, testamentario (*ex fideicommisso*) o contrattuale (*ex mandato*). La seconda ipotesi aveva dalla sua il vantag-

<sup>22</sup> Cfr. l'Appendice di fonti (5).

<sup>23</sup> «ponere in fide haeredis, ita quod haeres promittat hoc defuncto, sapit naturam contractus et ita haeres, quod promittat, ad hoc convenitur»: BARTOLO DA SASSOFERRATO, *Commentaria*, IV. *In secundam Infortiati partem*, Venezia 1602, in D. 30, 55, n. 2, f. 15va.

gio della prova con due soli testi. Commentando questo caso, Baldo degli Ubaldi (1327-1400) offrì una limpida rappresentazione del fenomeno della titolarità fiduciaria nei negozi *mortis causa*, scolpendo la figura dell'erede istituito nell'esclusiva contemplazione di un altro soggetto: al tempo stesso titolare dell'eredità e mero fiduciario («*nudus a commodo, sed non a titulo*»), a cui non spettava alcun lucro (la quarta trebellianica), essendo il patrimonio, nelle intenzioni del disponente, destinato ad una persona diversa da quella nominata nel testamento<sup>24</sup>. All'effettivo ed esclusivo beneficiario del patrimonio spettava, per il giurista perugino, uno *ius utile* e una corrispondente *actio utilis* intesa a provare il rapporto fiduciario sottostante.

Grazie all'autorità di queste elaborazioni dottrinali, la titolarità fiduciaria conquistò, nella storia giuridica continentale, la sua autonomia, segnando il suo definitivo distacco dal *fideicommissum*, che era solo il velo sotto quale si svolgeva, con ben altre regole, la vicenda della gestione e del trasferimento fiduciari.

È significativo che la recente legificazione del contratto di affidamento fiduciario in un ordinamento a diritto comune vigente, come quello sammarinese<sup>25</sup>, abbia ritrovato il filo interrotto della tradizione del pensiero giuridico continentale, che al culmine del suo laborioso cammino aveva saldato la fiducia al contratto.

## 5. Sviluppi moderni.

Impostata sui binari delle dottrine tardo-medievali, l'analisi giuridica del fenomeno fiduciario divenne assai elaborata in età moderna. Il successo pratico delle relazioni fiduciarie crebbe in corrispondenza, alimentato da una ricca letteratura e da una disciplina giuridica di favore.

A determinare tale successo contribuì anche l'ordinamento canonico: sia per la sua disciplina del testamento aperta all'efficacia delle ultime volontà informali; sia per la validità dei patti nudi riconosciuta dalla Chiesa; sia per i rimedi processuali offerti dalla giurisdizione ecclesiastica (primo fra

---

<sup>24</sup> BALDO DEGLI UBALDI, *In sextum Codicis librum commentaria*, Venezia 1599, f. 146ra, in C. 6, 42, 12, n. 7; ID., *Commentaria in secundam Digesti veteris partem*, Venezia 1572, f. 192va-rb, in D. 22, 1, 3, 3.

<sup>25</sup> Repubblica di San Marino, legge 1° marzo 2010, n. 43, "L'istituto dell'affidamento fiduciario".

tutti, la *denunciatio iudicialis privata*)<sup>26</sup>, congeniali alla materia delle obbligazioni da nuda promessa.

Il vaglio della matura dottrina moderna delle fiducie fu opera della giurisprudenza pratica dei secoli XVII e XVIII<sup>27</sup>, che accentrò definitivamente la dogmatica del fenomeno sullo schema del mandato ed estese le possibilità di prova della fiducia. Sin negli indirizzi delle corti del primo Seicento il valore probatorio dei *verba commendaticia* e delle *coniecturae* della fiducia, dedotte dalle testimonianze, dai documenti, dal comportamento del testatore, dalla condizione dei soggetti interessati e da altre significative circostanze di fatto, agevolò ulteriormente l'accertamento giudiziale della volontà 'confidata'.

Nel solco tracciato dall'indirizzo dei grandi tribunali dell'età moderna e fino alle soglie dei codici civili la giurisprudenza si mantenne ferma nel principio che la prova della volontà fiduciaria segreta si possa ricavare dalle sole presunzioni, congetture e indizi verosimili. E se già Bartolo, focalizzando l'essenza contrattuale del rapporto fiduciario, aveva aperto la via ad un diverso e più favorevole regime probatorio – due testi anziché la *sola fides* dell'erede giurante – le corti ecclesiastiche e i tribunali secolari del tardo diritto comune saranno unanimi nel respingere la richiesta del fiduciario di giurare, tutte le volte che la prova della promessa di restituire sia raggiungibile con mezzi più convincenti, ancorché solo logici ed indiziari<sup>28</sup>. Al contrario, il giuramento decisorio del fiduciario verrà autorizzato, ma questa volta a tutela del segreto, quando l'iniziativa di terzi, interessati a provare con testimoni l'oggetto della confidenza, minacci l'eseguibilità dell'incarico fiduciario. Così il Senato di Nizza nel 1790 ammise un notaio, scelto dalla testatrice come suo confidente «acciò adempisca a quanto al medesimo comunicherò a viva voce di eseguire», a giurare «d'avergli fatto la predetta dama la suddetta confidenza, e di nulla dovere a lui spettare» dei beni dell'eredità<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> Su cui P. BELLINI, "Denunciatio evangelica" e "denunciatio iudicialis privata". *Un capitolo di storia disciplinare della Chiesa*, Milano 1986.

<sup>27</sup> Per una rassegna di questa giurisprudenza rinvio ancora al mio *Minister ultimae voluntatis*, I, cit., p. 585 ss.

<sup>28</sup> Così si pronuncia ad esempio il Senato di Nizza il 6 maggio 1773 nella causa De Foresta c. Siga, in F.A. DUBOIN, *Collezione progressiva e per ordine di materie delle decisioni de' supremi magistrati negli Stati di terra ferma di S.M. il Re di Sardegna*, tomo I, Torino 1830, p. 635-642.

<sup>29</sup> Senato di Nizza, 24 novembre 1790, Ugo c. Vassallo di Castelnuovo ed altri,

Contro questo mondo sommerso di volontà segrete i codici civili alzeranno un argine, soffocandolo sull'altare della certezza delle apparenze.

## APPENDICE DI FONTI

(1)

D. 36, 1, 48 (46) (Giavoleno, *libro undecimo epistularum*)

*Seius Saturninus archigubernus ex classe Britannica testamento fiduciarium reliquit heredem Valerium Maximum trierarchum, a quo petit, ut filio suo Seio Oceano, cum ad annos sedecim pervenisset, hereditatem restitueret. Seius Oceanus antequam impleret annos, defunctus est: nunc Mallius Seneca, qui se avunculum Seii Oceani dicit, proximitatis nomine haec bona petit, Maximus autem trierarchus sibi ea vindicat ideo, quia defunctus est is cui restituere iussus erat. Quaero ergo, utrum haec bona ad Valerium Maximum trierarchum heredem fiduciarium pertineant an ad Mallium Senecam, qui se pueri defuncti avunculum esse dicit. Respondi: si Seius Oceanus, cui fideicommissa hereditas ex testamento Seii Saturnini, cum annos sedecim haberet, a Valerio Maximo fiduciario herede restitui debeat, priusquam praefinitum tempus aetatis impleret, decessit, fiduciaria hereditas ad eum pertinet, ad quem cetera bona Oceani pertinuerint, quoniam dies fideicommissi vivo Oceano cessit, scilicet si prorogando tempus solutionis tutelam magis heredi fiduciario permisisse, quam incertum diem fideicommissi constituisse videatur.*

[Seio Saturnino, arcigovernatore della flotta Britannica, col suo testamento lasciò erede fiduciario il trierarca Valerio Massimo, incaricandolo di restituire l'eredità a suo figlio Seio Oceano quando questi fosse giunto all'età di sedici anni. Seio Oceano morì prima di raggiungere quella età. Mallio Seneca, dichiarandosi zio materno di Seio Oceano, rivendicò quei beni come erede di sangue, ma il trierarca Valerio Massimo li pretese per sé, essendo morto colui al quale era stato incaricato di restituirli. Domando ora se questi beni appartengano al trierarca Valerio Massimo, erede fiduciario, o a Mallio Seneca, zio materno del giovane defunto. Rispondo: se Seio Oceano, al quale Valerio Massimo, erede fiduciario, doveva restituire l'eredità fedecommissa in forza del testamento di Seio Saturnino quando avesse compiuto i sedici anni, è morto prima di essere giunto a questa età, l'eredità fedecommissa appartiene a colui, al quale sarebbero appartenuti gli altri beni di Oceano, perché il diritto al fedecommissato è sorto quando Oceano era vivo. Ciò si verifica se appare che il testatore, prorogando il termine per l'adempimento del fedecommissato, abbia voluto affidare la tutela di quei beni all'erede fiduciario, piuttosto che fissare un termine incerto al fedecommissato.]

(2)

D. 22, 1, 3, 3 (Papiniano, *libro vicesimo questionum*)

*Cum Pollidius a propinqua sua heres institutus rogatus fuisset filiae mulieris quidquid ex bonis eius ad se pervenisset, cum certam aetatem puella complexset, restituere, idque sibi mater ideo placuisse testamento comprehendisset, ne filiae tutoribus, sed potius necessitudini res committerentur, eundemque Pollidium fundum retinere iussisset: praefectis praetorii suasi fructus, qui bona fide a Pollidio ex bonis defunctae percepti essent, restitui debere, sive quod fundum ei tantum praelegaverat sive quod lubrico tutelae fideicommissi remedium mater praetulerat.*

[Pollidio, istituito erede da una sua parente, fu incaricato di restituire alla di lei figlia, quando fosse giunta ad una certa età, tutto quello che gli fosse pervenuto dai beni della testatrice; la quale nel testamento aveva dichiarato di aver così disposto, affinché il patrimonio della figlia fosse affidato ad un congiunto, piuttosto che ai tutori ed aveva altresì ordinato a Pollidio di tenere per sé un fondo. Io persuasi i prefetti del pretorio che i frutti, che Pollidio aveva in buona fede percepito dai beni della defunta, dovessero essere restituiti, sia perché la madre gli prelegò soltanto un fondo, sia perché al pericolo della tutela ella preferì il rimedio del fedecommissio.]

(3)

D. 3, 5, 5, 4 (2) (Ulpiano, *libro decimo ad edictum*)

*Si quis pecuniam vel aliam quandam rem ad me perferendam acceperit: quia meum negotium gessit, negotiorum gestorum mihi actio adversus eum competit.*

[Contro chi abbia ricevuto la somma o la cosa a me destinata mi compete l'*actio negotiorum gestorum*, poiché egli ha gestito il mio negozio]

(4)

D. 28, 5, 47 [46] (Africano, *libro secundo quaestionum*)

*Quidam cum filium familias heredem instituere vellet, ne ad patrem eius ex ea hereditate quicquam perveniret, voluntatem suam exposuit filio: filius cum patris offensam vereretur, petit a testatore, ne sub condicione 'si a patre emancipatus esset' heredem eum institueret, et impetravit ab eo, ut amicum suum heredem institueret: atque ita testamento amicus filii ignotus testatori heres institutus est nec quicquam ab eo petitum est. Quaerebatur, si ille amicus aut adire nollet aut aditam nollet restituere hereditatem, an fideicommissum ab eo peti possit aut aliqua actio adversus eum esset et utrum patri an filio competeret. Respondit, etiamsi manifestum sit scriptum heredem fidem suam interposuisse, non tamen aliter ab eo fideicommissum peti posse, quam si et ipsum testatorem fidem eius secutum esse probaretur. Si tamen, cum a filio familias rogaretur, amicus et aditurum se hereditatem recepisset et restitutum patri familias facto, non absurde dici possit mandati actionem futuram: et eam actionem patri inutilem fore, quia non sit ex bona fide id ei restitui, quod testator ad eum pervenire noluerit: sed nec filio vulgarem competituram, ve-*

*rum utilem, sicuti dare placeret ei, qui, cum filius familias esset, pro aliquo fideiussisset ac pater familias factus solvisset.*

[Un tale, volendo istituire erede un *filius familias*, per far sì che nulla dell'eredità pervenisse al padre di questi, dichiarò a questo figlio la sua volontà. Il figlio, temendo di offendere il padre, chiese al testatore di non essere istituito erede sotto la condizione 'se sarà emancipato dal padre', pregandolo invece di istituire erede (in sua vece) un suo amico. Fu così istituito erede un amico del figlio, sconosciuto al testatore, né fu mai a lui chiesto nulla. Si domanda, nel caso che quell'amico si rifiuti di accettare l'eredità o, una volta accettata, non voglia restituirla, se si possa chiedere a lui il fedecommesso; o se vi sia contro di lui qualche altra azione e se questa competa al padre o al figlio. Si risponde che, se anche fosse manifesto che l'erede abbia dato la propria parola, non si potrebbe comunque domandargli il fedecommesso, se non si provi che anche lo stesso testatore abbia dato seguito a quella parola. Se però fu il figlio a pregare l'amico e questi accettò l'eredità per trattenerla e poi restituirla quando fosse diventato *pater familias*, non sarà assurdo sostenere che l'azione sarà di mandato. Tale azione, però, non sarà esperibile dal padre, perché non è conforme alla buona fede che si restituisca a lui ciò che il testatore non voleva che a lui pervenisse. Ma nemmeno al figlio competerà l'azione normale; gli competerà invece la utile, la stessa che si concederebbe a colui che, essendo *filius familias*, avesse fatto fideiussione a favore di qualcuno e poi, divenuto *pater familias*, avesse pagato.]

(5)

C. 6, 42, 32 (imp. Giustiniano, a. 531)

*Quaestionem ex facto emergentem resecantes, et voluntati defunctorum prospicientes sancimus, si sine scriptura et praesentia testium fideicommisso derelicto fideicommissarius elegerit iuramentum heredis vel forsitan legatarii vel fideicommissarii, quotiens ab eo relictum est fideicommissum, sive universitatis sive speciale, necesse habere heredem vel legatarium vel fideicommissarium prius iureiurando de calumnia praestito vel sacramentum subire et omni inquietudine sese relaxare vel, si recusando existimaverit sacramentum aut certam quantitatem manifestare fideicommissario derelictam noluerit, si forsitan maiorem fideicommissarius expetat, omnimodo exactioni fideicommissi subiacere et eum ad satisfactionem compelli, cum ipse sibi iudex et testis invenitur, cuius religio et fides a fideicommissario electa est, nullis testibus nullisque aliis adventiciis probationibus requisitis, sed sive quinque sint testes vel minores vel nemo, causam per illius sacramentum vel dandum vel recusandum suam habere tam firmitatem quam exactionem, sive pater sit, qui fideicommissum dederit, sive extraneus, ut aequitatis ratio communiter in omnes procedat. 1. Cum enim res per testium sollemnitate ostenditur, tunc et numerus testium, et nimia subtilitas requirenda est. Lex etenim, ne quid falsitatis incurrat per duos forte testes compositum, maiorem numerum testium expostulat, ut per ampliores homines perfectissima veritas reveletur. 2. Cum autem is, qui quid ex voluntate defuncti lucra-*

*tur, et maxime ipse heres, cui summa auctoritas totius causae commissa est, dicere compellitur veritatem per sacramenti religionem, qualis locus testibus relinquatur, vel quemadmodum ad extraneam fidem decurratur, propria et indubitata relicta? Cum et in leges respeximus, quae iustis dispositionibus testatorum omnimodo heredes oboedire compellunt: et sic strictius causam exigunt, ut etiam amittere lucrum hereditatis sanciant eos, qui testatoribus suis minime paruerunt.*

[Volendo risolvere la questione risultante da una vicenda e favorire la volontà dei defunti, stabiliamo che nel caso in cui un fedecommesso venga lasciato senza scrittura e senza la presenza di testimoni e che il fedecommissario abbia scelto di far giurare l'erede o anche il legatario o il fedecommissario – qualora a questi sia stato lasciato un fedecommesso universale o singolare –, tale erede o legatario o fedecommissario sarà obbligato, previa prestazione del giuramento di calunnia (da parte di chi ha deferito il giuramento), o a giurare – e con ciò sarà liberato da ogni molestia –, oppure, se riterrà di dover ricusare (di prestare) il giuramento o non voglia rendere palese al fedecommissario una certa quantità (del lascito a lui destinato), nel caso che questi ne domandi una maggiore, dovrà assolutamente soggiacere al fedecommesso e sarà costretto ad adempierlo, essendo egli al tempo stesso giudice e testimone, alla cui fede ed onestà il fedecommissario si è appellato, senza ricercare altri testimoni, né altro genere di prova esterna. E anche se vi siano cinque testimoni, o meno di cinque, o nessuno, la causa sarà decisa ed eseguita in base all'accettazione o al rifiuto del giuramento, sia che sia stato un padre a lasciare il fedecommesso, sia che sia stato un estraneo, perché sia osservato per tutti il medesimo criterio di giustizia. 1. Se invece la prova debba essere desunta dai testi, questi dovranno essere di un determinato numero e le solennità dovranno essere scrupolosamente rispettate. La legge, infatti, per evitare che nel redigere il testamento fatto avventurosamente dinanzi a (soli) due testi s'incorra in qualche falsità, richiede un numero maggiore di testi, affinché la più perfetta verità sia messa in chiaro dalla deposizione di più uomini. 2. Ma quando colui che riceve un vantaggio dalla volontà del defunto – e in special modo l'erede, da cui viene fatta dipendere la soluzione di tutta la causa – è obbligato a dire la verità sotto il vincolo del giuramento, per quale ragione si dovrebbero ammettere i testimoni, e perché mai si dovrebbe far ricorso alla fede di estranei, trascurando quella sola che dovrebbe invece tenersi per certa ed indubbia? Tanto più che le nostre leggi obbligano l'erede ad ubbidire alle giuste disposizioni dei testatori, e tale obbligo è stabilito in un modo così severo, che esse sanciscono persino la perdita del beneficio dell'eredità per coloro che disattendano la volontà dei testatori.]