

L'archetipo negoziale e la versione fiduciaria

RENZO LAMBERTINI

1. Negli ultimi centotrent'anni le ricerche sulla *fiducia* romanistica si sono snodate lungo un percorso segnato da tre importanti monografie – di Paul Oertmann (1890), di Walter Erbe (1940) e di Bert Noordraven (1999) – comparse a distanza pressoché regolare di mezzo secolo l'una dall'altra, tuttavia la mole degli studi sulla citata figura giuridica si presenta nel complesso imponente e ha continuato a espandersi con decisione anche nell'ultimo ventennio posteriore al saggio del romanista olandese. Contribuiscono al fascino della *fiducia* il suo enigmatico celarsi nei frammenti dei giuristi classici restituiti dal Digesto, la collocazione a cavaliere tra l'ambito dei diritti reali e quello delle obbligazioni, una sorta di valenza ambigua, tra segreto e *fumus fraudis*, che taluno ha creduto di attribuirle, il confronto – quasi *in re ipsa* – del modello che incarna con quello del *trust*, ma soprattutto – “difficile è bello” vale *in primis* per la ricerca scientifica – l'innegabile complessità dell'argomento, che esercita attrazione e induce alla sfida.

Proprio con queste considerazioni prende l'avvio il recente libro di Paolo Marra¹, che dedica il capitolo I (1-14) a una breve ma puntuale sintesi delle correnti dottrinali e alle prospettive di indagine a suo avviso ricollegabili alla tematica. L'attenzione della dottrina non ha trascurato pressoché alcun aspetto, pervenendo, come è facile immaginare, a conclusioni assai divaricate: dalla struttura del negozio con particolare riguardo alla fonte dell'obbligazione, riconnessa da alcuni al *pactum fiduciae* che accompagnerebbe in misura più o meno autonoma il negozio traslativo (*mancipatio* o *in iure cessio*), da altri allo stesso atto formale (magari, almeno per la *mancipatio*, con veste ritoccata *ad hoc*) produttivo pertanto di effetti sia reali sia obbligatori; all'incidenza, in caso di *fiducia cum creditore*, dell'inadempimento dell'*obligatio* garantita sulla posizione del fiduciario, identificata a volte nella piena facoltà di quest'ultimo, in quanto *dominus* ormai privo di condizionamenti, di tenersi il bene o disporne come crede, collegata da altri a un suo preciso dovere di comportarsi secondo buona fede, con preclusione

1. P. MARRA, *Fiduciae causa*, [Università degli Studi Magna Græcia di Catanzaro - Collana del Dipartimento di Scienze Giuridiche, Storiche, Economiche e Sociali, 50], Milano, Wolters Kluwer Cedam 2018, XIV-344.

pertanto di eventuali lucri, per esempio qualora – ma nelle garanzie reali è quasi di prassi – il valore dell’oggetto superi quello del credito. Né è mancata una teoria che ha posto l’accento – o, forse meglio, il baricentro strutturale della *fiducia* in funzione di garanzia – non tanto sulle facoltà del fiduciario rispetto al bene, quanto piuttosto sull’obbligazione in capo a lui di restituire il medesimo, la quale verrebbe meno in caso di inadempimento dell’obbligazione originaria da parte del fiduciante.

Altri rilevanti profili oggetto di indagine riguardano la sanzione a carico del fiduciario infedele, ovviamente dal momento in cui la *fiducia* è diventata un negozio giuridico, non rilevando ai nostri fini il più o meno lungo periodo in cui tutto si incentrava sullo spontaneo rispetto della *fides* – come del resto è avvenuto tempo dopo nella vicenda storica del fedecompresso –; l’interrogativo legato al ricorrere di una tutela già nel sistema processuale delle *legis actiones*, e, in caso di risposta affermativa, l’individuazione della *legis actio* adibita; il nodo relativo alla struttura della *formula fiduciae*, se *in ius* o *in factum* – ma c’è pure chi propende per entrambe –, all’esistenza di un *iudicium contrarium* (questo però ormai ammesso), e altro ancora. Promettente è poi apparso, tra i più recenti, l’orientamento di ricerca teso a collocare la figura di cui parliamo all’interno del più ampio e complesso contesto dei fenomeni fiduciari, con particolare attenzione all’aspetto semantico.

Appare evidente che in base a simili premesse individuare una proficua direttrice di indagine appariva tutt’altro che agevole, e in tal senso va dato atto all’Autore – già questo non è poco – di una suggestiva intuizione programmatica. A suo giudizio, il cammino da percorrere passa essenzialmente attraverso una valorizzazione in chiave euristica delle fattispecie connotate da «elementi di fiduciarità» nel settore del diritto delle persone, come l’*emancipatio*, l’*adoptio*, la *coemptio fiduciae causa*, che la dottrina ha in genere qualificato come casi in origine secondari di *fiducia cum amico*, poi destinati ad allontanarsi da quell’orbita e ad acquistare una loro fisionomia peculiare. Sennonché per lo Studioso si è finora trattato di un assunto, come dire, esteriore, avulso da una dimensione critico-ricostruttiva, e pertanto carente sul piano di un approfondimento soprattutto in chiave comparativa, che proprio attraverso quelle figure fiduciarie “personali” già partecipi di una casa comune consentisse all’interprete di conseguire elementi utili alla comprensione delle applicazioni fiduciarie incidenti sulle *res*, qui per

comodità definite “patrimoniali”. Ciò, con connesso e implicito recupero dei casi di *fiducia cum amico*, i quali di solito, rispetto al *focus* delle indagini sulla nostra figura giuridica, si sono trovati in posizione deflata se rapportati alla tematica maggiormente attrattiva e meglio conosciuta della *fiducia cum creditore*.

Peraltro lo stato delle fonti rende particolarmente problematico l’approccio all’argomento prescelto. È noto infatti che la *fiducia* è scomparsa in età tardoantica pregiustiniana e, bandita dai testi del *Corpus Iuris*, non ha varcato la soglia della tradizione romanistica. Manca pertanto il sostegno di quella base di partenza presente nello studio di altri istituti che pure hanno registrato una discontinuità rilevante, e la radicale cesura che ha comportato il fenomeno in oggetto rende pure insufficiente il mero sostituire – in un gioco un po’ meccanico di parentesi quadre e acute di intuibile memoria –, il termine *fiducia* a quelli, a seconda dei casi, di *pignus*, *depositum*, e *commodatum*.

Ciò premesso, si tratta di colmare la predetta lacuna nella metodologia di ricerca, *in primis* attraverso l’esame della *coemptio fiduciae causa*, che oltre a offrire la possibilità di un confronto tra il negozio canonico – la *coemptio matrimonii causa* – e quello fiduciario, può contare sui luoghi della trattazione elementare di Gaio, cioè su una base testuale affidabile e uniforme quanto a provenienza e datazione. Occorre quindi dirigere l’analisi sull’*emancipatio* e sull’*adoptio*, ove pure è coinvolto il profilo fiduciario, al fine di indirizzare i risultati critici raggiunti verso la ricostruzione delle versioni fiduciarie patrimoniali, valendosi per queste ultime, con l’ovvia dovuta circospezione, anche dei frammenti dei giuristi classici restituiti dal Digesto e dalle minori raccolte pregiustiniane. Viene infine precisato già *in limine* che lo studio non si occuperà dell’origine e della scomparsa delle *fiducia* e neppure dei mezzi di tutela processuale dell’istituto, tematiche sulle quali il Marra – con ammissione tanto onesta quanto in verità inconsueta (14) – non ritiene che la propria indagine sia approdata a esiti critici che «superino il livello delle mere supposizioni».

2. Ritenendola per i motivi esposti un «osservatorio privilegiato», l’Autore dedica un’ampia parte del II capitolo, «La *causa fiduciae* nel diritto delle persone» (15-96), all’esame della *coemptio*, prendendo le mosse innanzitutto da tale figura giuridica nella sua veste archetipica, ossia come forma di

conventio in manum. Sul piano della sua costituzione uno dei pochi punti certi riguarda l'impiego della *mancipatio*: detto semplicemente, per porre in essere la *coemptio* occorre operare una *mancipatio*. Gai. 1.113 è in tal senso perspicuo, tanto è vero che nel manuale classico quello citato è il primo luogo in cui l'istituzionista menziona l'atto librato, e ciò gli fornisce l'occasione per aggiungere che si tratta di un'*imaginaria venditio* nella quale vengono adibiti almeno cinque testi cittadini romani puberi e un *libripens*. Quando però, alla fine del paragrafo, il giurista intende chiarire in che cosa consista la *coemptio matrimonii causa*, per l'interprete incominciano i problemi, e il primo riguarda la restituzione testuale.

Appare infatti evidente che *emit eum mulierem cuius in manum convenit* in questi precisi termini non può andare: le soluzioni proposte dalla dottrina sono tendenzialmente due e sottendono altrettante valutazioni della nostra figura giuridica tra di loro difformi. La prima propone di sostituire *eum* con *is*, o con *vir*, rappresentando quindi una *mulier* oggetto dell'*emptio* fittizia ("colui – o 'il marito' – nella cui mano viene compra la donna"); la seconda non presuppone un mutamento di parole, ma piuttosto un'integrazione testuale postulata da un'omissione del *librarius*: *emit eum <mulier et is> mulierem cuius in manum convenit* ("la donna compra colui nella cui mano viene, ed egli compra la donna"), che adombra un'*emptio* reciproca in cui la donna e il *coemptionator* assumono posizioni speculari.

In proposito l'Autore scrive (18) che «entrambe le riferite possibilità di ricostruzione del testo gaiano scontano un'impostazione che non è più condivisa e che investe il problema degli effetti dell'atto», in quanto le stesse sottendono una stretta dipendenza dal noto schema mancipatorio, con il connesso interrogativo su chi sia il *mancipio dans* e chi il *mancipio accipens*, mentre il ricorso a tale terminologia rivela una più o meno consapevole, ma sicuramente impropria, tendenza ad assimilare la *coemptio* a una *mancipatio* «pura». «Da tempo – egli prosegue (20) – quell'impostazione è stata abbandonata» e dall'attuale più avvertita dottrina si tende a individuare nella *coemptio* un negozio familiare, in cui la presenza della donna acquista uno spessore rilevante, e in tale chiave la testimonianza di Boezio che con richiamo alle Istituzioni di Ulpiano parla di interrogazioni reciproche della *mulier* e del *vir*, deporrebbe nel senso di una situazione paritaria degli autori del negozio. Anche altri testi non giuridici tardoantichi (Servio grammatico, Isidoro di Siviglia) sembrano in sintonia con la

predetta soluzione. Del resto dallo stesso Gaio (1.123) si apprende che il formulario della *coemptio* recava varianti rispetto a quello, ben noto, della *mancipatio* incidente su schiavi o persone *in mancipio*, e ciò al fine di evitare che la donna cadesse in condizione servile. La *coemptio*, pertanto, si vede ora attribuita una specificità che la allontana dalla logica consueta del negozio mancipatorio rendendola una sorta di *quid a sé stante*, con un formulario peculiare, di cui si è talora ipotizzato una descrizione dettagliata da parte del maestro antonino in un luogo non pervenutoci del manuale.

Quanto riferito poco sopra mi induce ad alcune rapide riflessioni. Nel quadro di una disamina puntuale e informata, l'Autore, come si è visto, accomuna in una valutazione negativa – non esente, a me sembra, da riflessi metodologici – le due proposte di emendamento testuale relative a Gai. 1.113, ritenendo ora superato il presupposto critico che sta alla loro base (sebbene quanto scrive poco dopo induca a escludere una sua identica distanza dall'una e dall'altra). Stante la premessa, che la seconda delle due stenti a reggersi sul piano di una prudente valutazione paleografica di Gai. 1.113, e non si regga per nulla su quello dogmatico², finisce col perdere rilievo, e infatti non è mia intenzione insistere su tale aspetto. Si ha però l'impressione – ecco il punto – che tale problema specifico, ben delineato all'inizio, nel prosieguo del discorso (la cosiddetta *pars construens*) tenda a uscire dal cono di luce dell'analisi privilegiandosi il ricorso ad adesioni dottrinali ovviamente più che legittime, ma che si collocano su un piano argomentativo diverso e indipendente.

Senonché, quello del confronto con il tenore del testo rimane a mio avviso un compito primario, e il testo per antonomasia – per non dire il testo *tout court* – nel nostro caso è quello delle Istituzioni di Gaio. Non si intende con ciò destituire di ogni valenza le (pur tarde) voci di filosofi, grammatici e Padri della Chiesa, ma la concatenazione delle testimonianze gaiane sta comunque alla base del percorso critico, come d'altronde riconosce lo Studioso individuando nella *coemptio* un occhiale privilegiato ai fini dell'indagine che si è proposto proprio in virtù dei caratteri della fonte sulla quale possiamo contare. Questo, semplicemente, per concludere che se il passo va emendato, una posizione precisa al riguardo dovrebbe essere assunta, ed è ovvio che la medesima risulta tutt'altro che neutra. Che un

2. Per brevità mi limito a rinviare alla critica inoppugnabile di E. CANTARELLA, *L'«usus» e la «conventio in manum»*, *Labeo* 41 (1995), 435-436.

tale compito non investa in prima battuta l'Autore si può ammettere, ma anche con riguardo alle tesi che incontrano il suo favore, le quali assegnano alla *mancipatio* e alla voce verbale *emere* una veste "asettica", in Gai. 1.113 (*emit [eum] mulierem cuius in manum convenit*)³ è insito un nodo che non è dato relegare in secondo piano o consegnare, in modo più o meno esplicito, a un *non liquet*. Aggiungo che, sempre a mio credere, ancorché il manuale classico non postuli una valenza "mercantile" della *coemptio*, rinvenire nel suo dettato solidi appigli a favore di una "bilateralità" paritaria dell'atto rimane difficile; perché è vero che Gai. 1.123 spiega che vi si usano parole diverse da quelle della *mancipatio* avente a oggetto servi o persone *in mancipio*, ma è anche vero che, nonostante il carattere mutilo di tale luogo, risulta sufficientemente perspicuo⁴ – e difatti l'Autore (22) così lo interpreta – che il giurista motiva la presenza dei differenti *verba* ivi adottati con l'intento di evitare la caduta della donna in una *servilis condicio*. Ma perché in proposito si parla soltanto della *mulier*? Se l'*emptio* fosse vicendevole (seconda proposta di restituzione di Gai. 1.113) l'esclusione della controparte maschile risulterebbe difficilmente spiegabile; se poi si trattasse – nell'ottica di Gaio, tengo a sottolinearlo⁵ – di un cerimoniale specularmente dialogico che perciò non sottende un "acquisto" unilaterale (quantunque diverso da una *mancipatio* «pura»), ad apparire poco comprensibile sarebbe il senso complessivo del discorso.

Sempre in tema di *coemptio matrimonii causa*, la trattazione prosegue con la rassegna dei diversi effetti derivanti dal negozio sul piano personale

3. Lungi dal voler riaprire il vaso di Pandora delle possibili restituzioni testuali di Gai. 1.113, e soprattutto delle teorie a cui le medesime vengono piegate, l'ipotesi più probabile rimane quella di un "refuso" che coinvolge solo la parola 'eum', che, al limite, potrebbe pure correggersi in *eam: is, ea, id* qui in funzione di aggettivo dimostrativo.

4. Gai. 1.123 (riprodotto alle pagine 21-22 e 42): «Si tamen quaerat aliquis <qua re, si qua coemptionem fecit, differat a mancipatis, <illa (?)> quidem quae coemptionem faceret, non redigitur in servilem condicionem, at <ex diverso (?)> a parentibus et a coemptionatoribus mancipati mancipataeve servorum loco constituuntur, adeo quidem, ut ab eo, cum in mancipio sunt, neque hereditates neque legata aliter capere possunt, quam <si> simul eodem testamento liberi esse iubeantur, [spat.] Sicuti iuris est in persona servorum. Sed differentiae ratio manifesta est, cum a parentibus et a coemptionatoribus isdem verbis mancipio accipiuntur, quibus servi, quod non similiter fit in coemptione».

5. Del resto non sarebbe l'unico caso in cui le Istituzioni di Gaio rivelano, ad esempio per motivi didattici, un'impostazione diversa, e magari più datata, rispetto a quella che emerge da altre fonti.

e su quello patrimoniale. Anche se ragioni di dubbio non mancano, si tratta forse di uno degli aspetti nel complesso meno problematici tra quelli collegati alla nostra figura giuridica. La situazione di dipendenza *filiae loco* da un *pater familias*, marito o suocero, comporta per la donna una definitiva recisione del vincolo agnatizio originario e l'assunzione di un nuovo legame parentale rispetto al *vir* e alla famiglia di lui. La moglie *in manum conventa*, come altre persone ancorché libere – discendenti *in potestate, iudicati, auctorati* –, può essere oggetto di furto (Gai. 3.199), dando luogo all'esperibilità della relativa azione penale. Sotto altro profilo, acquista la qualifica di *materfamilias*: collazionando un nucleo di testi letterari, rimane incerto se si tratti di una prerogativa riservata a colei che ha operato la *coemptio*, come afferma in modo univoco soprattutto Boezio, *ad Cic. Top.* 3.14, o se riguardi anche le donne entrate *in manum* per *usus* o *confarreatio*, sebbene la più breve sopravvivenza di questi due modi valga a stemperare la portata del problema⁶. Trattandosi di donna *sui iuris* titolare di un patrimonio, nello stesso subentra per *successio* il *coemptionator*, con esclusione tuttavia dei diritti che con la *capitis deminutio* si estinguono (Gai. 2.98; 3.83) – stando a una testimonianza ciceroniana (*Top.* 4.23; Boeth. *ad Cic. Top.* 4.23) che secondo Edoardo Volterra trova conferma in *Fragm. Vat.* 115 (Paul. 7 *resp.*), in tal caso l'acquisto da parte del marito dà luogo a una costituzione dotale con il connesso regime favorevole all'*uxor* –; *iure civili* i debiti non ereditari della donna si estinguono, ma nell'ambito della giurisdizione pretoria i suoi creditori possono esperire un'*actio utilis rescissa capitis deminutione* per conseguire il dovuto (Gai. 4.38; 3.84). La moglie *in manu*, quantunque le sia inibita l'*in iure cessio* anche in veste di avente causa (Gai. 2.96), è, come i *fili in potestate* e le persone *in mancipio*, uno strumento di acquisto a vantaggio del *coemptionator*: indiscusso per quanto concerne il diritto di proprietà, non pacifico invece circa il possesso, perché le donne *in manu*, come le persone *in mancipio*, non sono esse stesse oggetto di *possessio* (Gai. 2.90).

Causa unica della *coemptio* è la *conventio in manum*, legata al matrimonio da un nesso tanto forte quanto connaturato, ma – occorre precisare

6. A proposito della testimonianza di Boezio, è peraltro singolare – e non può non gettare qualche ombra sull'attendibilità "giuridica" del filosofo – che parlando della *sollemnitas* relativa alla *coemptio* egli citi le Istituzioni di Ulpiano, ma gli sfugga che il giureconsulto severiano, proprio in quell'opera (1 *inst. D.* 1.6.4), definisce *matres familiarum* le donne *suae potestatis*.

– di natura funzionale e non strutturale, perché l'atto può essere posto in essere tanto in contemporanea con le nozze quanto in un tempo successivo. Stando a Gaio (2.139)⁷ la *coemptio* – parliamo di quella ordinaria, non *fiduciae causa* – può anche precedere il matrimonio: da intendersi per un tratto temporale non irrisorio, ma beninteso che non potrà protrarsi in modo ingiustificato (in base a una suggestione legata alle *coemptiones* fiduciarie, l'Autore [43] ipotizza che la donna sia in grado di costringere l'*extraneus* a remanciparla a un soggetto di sua scelta). Benché magari prevista, la *conventio in manum* operata dalla *mulier post factum testamentum* da parte del marito, così come il matrimonio intervenuto con il testatore in seguito a una *conventio* anteriore alle *tabulae*, provoca inesorabilmente la rottura delle medesime, come avviene per la sopravvenienza di un postumo (il quale però può essere istituito o diseredato in via preventiva)⁸, e in tal senso il passo citato da ultimo fornisce anche una prova eloquente circa la mancata coincidenza del matrimonio con la *conventio in manum*, tematica oggetto, come è noto, dei fondamentali e ormai classici studi del Volterra.

Premesso che la veste formale del negozio non è destinata a mutare, si pone dunque il problema relativo agli effetti della *coemptio* posta in essere dalla donna con un soggetto che allo stato «non è ancora marito (ed è, dunque, un *extraneus*) ma – sulla base di un serio programma – lo diventerà nel futuro prossimo» (40): anche in questo caso infatti – argomenta il Marra – la *coemptio*, pur non contestuale, avviene *matrimonii causa*, in quanto finalizzata al matrimonio medesimo, perché la donna venga a trovarsi in luogo di figlia presso il marito⁹. Si tratta di un interrogativo al quale non è possibile dare una risposta certa, ma che viene affrontato dall'Autore con logica coerente. Poiché il matrimonio non può ritenersi privo di rilievo in quanto la *coemptio* è atto implicitamente collegato e condizionato al vincolo matrimoniale, pare da escludersi che tutti gli effetti legati alla *conventio*

7. Gai. 2.139: *Idem iuris est, si cui post factum testamentum uxor in manum conveniat, vel quae in manu fuit nubat; nam eo modo filiae loco esse incipit et quasi sua.*

8. Non giova infatti un'eventuale istituzione in erede della donna, così come è impraticabile una diseredazione preventiva, perché quando il *de cuius* fa testamento la *mulier* non appartiene al novero dei *sui heredes* (Gai. 2.140).

9. Ritengo che la tesi dell'Autore, pur presentata con giusta cautela, sia da accogliere. Mi lascia invece perplesso quella di coloro che intendono Gai. 2.139 riferito al solo caso in cui la donna sposi un *coemptionator fiduciarius*: a parte altre considerazioni, difficilmente l'istituzionista avrebbe prospettato *en passant*, senza precisare in proposito nulla, un'evenienza così atipica che spezza l'immediata specularità delle due ipotesi.

con il marito si producano anche nel caso di *coemptionator extraneus* (nel senso indicato). È pertanto plausibile che finché *coemptio* e *matrimonium* non si trovano associati dando così vita a una sorta di “fattispecie complessa”, in virtù unicamente della prima si producano i soli effetti relativi allo *status* della donna, ossia la *capitis deminutio minima* della *mulier* già *sui iuris* con rottura del vincolo agnatizio, e la soggezione potestativa e patrimoniale al *coemptionator*; mentre l’acquisto dei *iura filiae* e la *successio* nella titolarità del patrimonio – tanto più, considerato che avviene a titolo di dote – richiedono che intervenga anche il matrimonio, inteso come «comportamento integrativo essenziale» che contribuisce alla configurazione dogmatica e all’assetto funzionale della *coemptio matrimonii causa*.

Da un momento imprecisato la *coemptio*, oltre a essere realizzata dalla donna con il marito *matrimonii causa* per trovarsi *filiae loco* presso di lui, può anche – sempre con il marito o con un *extraneus* – venire declinata ad altri fini (*alterius rei causa*), ossia a titolo fiduciario, per esempio *tutelaevitandae causa* (Gai. 1.114), modalità ancora praticata all’epoca di Gaio, il quale peraltro conserva il ricordo della *coemptio testamenti faciendi gratia*, che consentiva alla *mulier* di testare, sebbene un senatoconsulto deliberato non molto tempo prima *auctoritate divi Hadriani* ne avesse eliminato la necessità (Gai. 1.115a; 2.112). La *coemptio tutelaevitandae causa* prevede che, al fine di conseguire un tutore più gradito dell’attuale o degli attuali, la donna con l’*auctoritas* di questi faccia la *coemptio*, poi dal *coemptionator* venga *remancipata* a persona di sua scelta che, manomettendola *vindicta*, ne diviene tutore fiduciario (Gai. 1.115; 1.166a), come d’altro canto il patrono diventa *tutor legitimus* dei liberti impuberi e delle liberte (Gai. 1.165). Va peraltro ricordato che la tutela legittima degli agnati, i quali erano successori *ab intestato* della donna e pertanto presumibili portatori di un interesse “forte” a rimanere tali – conflitto, questo, che ha dato luogo in dottrina a svariate ipotesi –, fu abolita da Claudio (Gai. 1.157; 1.171), onde almeno quando scrive Gaio tale *coemptio* fiduciaria è diretta essenzialmente a mutare tutori testamentari o dativi.

Nel caso di *coemptio testamenti faciendi gratia*, che pure aveva luogo tramite *remancipatio* e *manumissio*, veniva troncato il vincolo agnatizio della donna con la propria famiglia facendo venir meno le connesse aspettative successorie, tuttavia dalle fonti si evince che l’onere di tale *coemptio* gravava pure sulla *mulier sui iuris* che per avventura di agnati si trovasse priva.

Se la *coemptio* realizzata *fiduciae causae* – quindi per mutare tutore o per fare testamento – avviene con l’estraneo, per la donna e per il *coemptionator* si producono effetti in parte coincidenti in parte diversi rispetto a quelli già individuati circa la *coemptio cum extraneo matrimonii causa*: nell’un caso e nell’altro la *mulier* subisce la *capitis deminutio*, entra nella *manus* del *coemptionator*, ma, pur spezzando in tal modo quello originario, non instaura con lui un nuovo vincolo di agnazione; il *coemptionator matrimonii causa* non acquista a titolo di dote il patrimonio della donna finché non siano avvenute le nozze, il *coemptionator fiduciae causa* non acquista tale compendio in alcun caso, inoltre si vincola alla *remancipatio* della donna alla persona prescelta ed è passibile di esecuzione coattiva in caso di inottemperanza. Come si è visto, secondo il Marra, anche il *coemptionator matrimonii causa* può essere costretto a una tale *remancipatio* qualora non seguano le *nuptiae* programmate.

Problemi pressoché insolubili sono peraltro legati alle sorti interinali del patrimonio della donna finché l’atto non si è perfezionato, in quanto anche se il complesso dei beni non si trasmette per successione *dotis nomine* al *coemptionator*, è ragionevole pensare che l’interessata, in quanto *alieni iuris*, non possa mantenerne la titolarità¹⁰, e nodi non meno intricati si aggiungono prospettando il caso di morte *in itinere* della *mulier* e del *coemptionator*¹¹.

10. In proposito scrive l’Autore (55) che «è da escludersi che la donna potesse conservarne la titolarità».

11. Desta invero perplessità l’ipotesi - pur prospettata in forma cursoria e dubitativa (55) - per cui nel caso di morte della donna anteriore alla *remancipatio* potrebbero acquistarne l’eredità *ab intestato* i gentili, facendosi retroagire il decesso al momento della *coemptio*. Infatti, a prescindere dai problemi legati alla successione gentilizia e dalla precoce scomparsa della stessa (Gai. 3.17), se la *factio* a cui allude l’Autore, che ricalca quella della *lex Cornelia de captivis*, vale a restituire alla donna lo *status* di *sui iuris* rescindendo la *capitis deminutio*, gli agnati devono precedere i gentili; rispetto invece a una persona che rimanga *alieni iuris*, neppure questi ultimi possono succedere. Quanto alla morte del *coemptionator* anteriore alla *remancipatio mulieris*, secondo il Marra non sussisterebbero problemi perché, estinguendosi la *manus*, la donna potrebbe riottenere la titolarità delle proprie sostanze, il che in effetti appare ragionevole; poi però (55 n. 129) egli si pone il problema teorico di un possibile concorso della donna, a lei pregiudizievole quanto all’integrale recupero del patrimonio, con gli altri eredi del *coemptionator*, per escludere alla fine tale rischio in base all’obbligo di restituzione gravante *ab origine* sul *coemptionator* medesimo. Ma se - come nel libro si afferma e si ribadisce anche mediante uno schema (53; 54) - il *coemptionator* non acquista il patrimonio della donna né tra i due si instaura

La *coemptio fiduciae causa* posta in essere con il proprio marito provoca sempre per la donna, che inevitabilmente subisce la *capitis deminutio*, la conseguenza di trovarsi presso di lui *filiae loco*, proprio come quella compiuta *matrimonii causa*: qualunque sia infatti la causa per cui la donna *in manu viri sit, placuit eam filiae iura nancisci* (Gai. 1.115b; *adde*: 1.119; 1.136; 1.137a), con conseguente instaurarsi del rapporto di *agnatio*. Ovviamente, rispetto alla *coemptio* a causa di matrimonio l'effetto citato sarà di durata assai più breve. Secondo l'Autore, l'insistenza con cui Gaio sottolinea che anche se la *coemptio cum viro suo* è fiduciaria la *mulier* viene a trovarsi comunque *loco filiae*, è tesa a focalizzare l'eventualità che nelle

un vincolo di agnazione, si tratta di un pericolo che non ha ragion d'essere, perché la *successio mortis causa* risulta priva di titolo. Come del resto, per identico motivo, non l'avrebbe il problema reciproco - che, stante il proprio angolo visuale, lo Studioso non pone -: neppure la donna può costituire un'insidia ai diritti di successione degli eredi del *coemptionator*. Ad altro proposito, per congetturare adesso un eventuale trasferimento *inter vivos* del patrimonio muliebre al *coemptionator* - solo, non ulteriore, caso nel quale in realtà si potrebbero considerare le implicazioni di cui poco sopra (55 n. 130) -, viene chiamata in causa la *mancipatio familiae*, adombrando una sua eventuale natura di «atto non necessariamente *mortis causa*» (56). Intanto, almeno a mio avviso, l'ipotesi che il patrimonio della donna passi, in un modo o in un altro, al *coemptionator* andrebbe semmai valutata prima, quando vengono fissati gli effetti giuridici in generale, non alla fine, a proposito di un'evenienza in fondo eccezionale come la morte del *coemptinator* intervenuta nelle more dell'*iter* negoziale fiduciario. Ma poi, soprattutto, Gai Frag. Aug. 2.66-67, che l'Autore richiama e riproduce in nota, non può essere di alcuna utilità, neppure la più esigua, circa la natura della *mancipatio familiae*, figura giuridica ben precisa e prima veste del *testamentum per aes et libram*, in quanto nella tarda parafrasi gallica si parla della diversa (e per di più alquanto dubbia) *mancipatio* con cui in antico l'erede onerato di fedecommissario universale, dietro preghiera dal *de cuius*, restituiva l'*hereditas* al *fideicommissarius*, e questa è ovvio che non può implicare alcuna valenza *mortis causa*, perché erede rimane il *mancipio dans* e il fedecommissario acquista i beni in virtù dell'effetto diretto del negozio tra vivi; onde il fedecommissario - che pertanto non dev'essere confuso con il *familiae emptor* - in origine non era né *loco heredis* né *loco legatarii*, bensì *loco emptoris*. Del resto, prima del Gaio di Autun, si era espresso chiaramente in tal senso - ma citato solo ad altro proposito (76 n. 196) - il Gaio Veronese (2.252: *Olim autem* [il fedecommissario] *nec heredis loco erat nec legatarii, sed potius emptoris*), senza però parlare in proposito di *mancipatio*, ma di vendita dell'eredità *nummo uno dicis causa*. In definitiva, benché l'intento di fornire comunque una soluzione a casi meramente teorici possa anche comprendersi, trattandosi di un campo in cui - occorre riconoscerlo - gli appigli mancano del tutto, forse sarebbe stato preferibile esercitare dall'inizio quell'*ars nesciendi* alla quale tutto sommato cede alla fine anche il Marra (56), limitandosi a prospettare l'immagine di un patrimonio che nelle more si attesterebbe su una situazione di pendenza.

more del procedimento muoia il *vir coemptionator* o l'*uxor* stessa, con i relativi riflessi in campo successorio (57-58).

Al termine del procedimento è da ritenersi certo che il patrimonio ritorni nella disponibilità della donna *sui iuris*, in quanto quest'ultima ha dato il via a tale meccanismo proprio al fine di disporre delle sostanze che le appartengono, o *inter vivos* contando su un tutore più compiacente dell'attuale, o *mortis causa* tramite la redazione di un proprio testamento. D'accordo, ma *quid iuris* nella fase antecedente?

Lo Studioso ritiene che, poiché ne sussistono tutti i presupposti – ossia le *nuptiae*, la *conventio in manum* e il trovarsi la donna *filiae loco* – in virtù della *coemptio* si verifichi anche in tal caso la *successio* del marito a titolo di dote. A questo punto – mi viene fatto di rilevare – si produce un cumulo con la dote già eventualmente ricevuta dal marito nella forma canonica, mantenendosi però concettualmente distinti i due cespiti dotali, perché, concluso il procedimento fiduciario con la *manumissio*, il primo rimane presso il marito *ad sustinenda onera matrimonii*, sua naturale destinazione, l'altro invece ritorna alla *mulier*. Ciò *prima facie* può sembrare destinato a complicare inutilmente le cose, ma in realtà non è così, e a mio avviso l'Autore probabilmente vede giusto circa il fondamento della ricorrente sottolineatura di Gaio indicata sopra, anche se poi non sembra trarne le conclusioni adeguate¹².

12. L'Autore scrive (58 n. 134) che in caso di morte del *vir* l'*uxor* avrebbe ottenuto per successione *ab intestato* beni in quota uguale a quella degli altri *heredes sui*, ma magari non coincidenti «qualitativamente» con quelli trasmessi al marito *dotis nomine*; mentre, evenienza ben peggiore, se il marito avesse fatto testamento, ricorrendo all'*exhereditatio* avrebbe potuto privarla di tutto. Invero quest'ultima eventualità può apparire d'acchito abbastanza singolare e quasi ai limiti del teorico: il marito infatti non solo muore *in itinere*, ma, sempre *in itinere*, aveva anche fatto testamento proprio al fine specifico di diseredare la moglie, perché appare ovvio che un testamento redatto prima non avrebbe potuto recare la diseredazione di un soggetto che all'epoca non era un *suus heres*. Tuttavia l'ipotesi non è priva di una sua *ratio*. Il problema sta piuttosto nel dato per cui quanto scrive il Marra non si concilia con la qualità dotale dei beni pur persuasivamente postulata dalla sua impostazione: la dote si caratterizza per un proprio regime peculiare quanto alla gestione dei beni e alla loro restituzione allo scioglimento del matrimonio, che la tiene distinta dall'asse ereditario. Ciò permette proprio di evitare, per esempio a una donna che fa la *coemptio testamenti faciendi gratia* per disporre liberamente a causa di morte delle proprie sostanze, soluzioni pregiudizievoli o addirittura beffarde. È tuttavia da credersi che il brano citato non sottenda una lacuna tecnica, ma sia piuttosto l'effetto di un occasionale *lapsus* (altrove nella monografia si riconnette proprio all'acquisto *dotis*

Gai. 1.137a¹³ è un passo mutilo in grave ed evidente misura, che, sulla base dell'integrazione proposta dal Krüger viene generalmente interpretato nel senso che si focalizzerebbe la distinzione tra la *coemptio cum extraneo* e quella *cum viro suo*, e solo nel primo caso la donna potrebbe costringere il *coemptionator* a remanciparla *cui ipsa velit*, mentre nel caso della *coemptio* con il marito a tal fine si renderebbe necessario il ripudio¹⁴. L'Autore (59) trova questa interpretazione «ben poco ragionevole» e la sua critica muove soprattutto dal tenore della frase finale *atque si numquam nupta fuisset*, che, concretandosi in una finzione di matrimonio mai avvenuto, implicherebbe che il patrimonio della moglie sia rimasto intatto, come se il *coemptionator* non fosse mai subentrato nella titolarità di quei beni, con relativa mancata estinzione dei rapporti che non ammettono *successio*. Sul piano logico si otterrebbe invece una soluzione pienamente sensata ritenendo che Gaio intendesse qui distinguere tra la *coemptio* fatta *fiduciae causa* con l'*extraneus* e quella, sempre *fiduciae causa*, posta in essere con il marito¹⁵, e in questo caso sarebbe logico pensare al ripudio della moglie nei confronti del coniuge che ha disatteso l'obbligo, al quale si era impegnato, di *remancipare* la moglie alla persona da lei indicata.

Ancorché continui a procedere sulla falsariga di una ricostruzione coerente, il discorso dell'Autore non persuade circa l'esclusione dall'ambito di Gai. 1.137a dell'ipotesi della *coemptio matrimonii causa*, e in tal senso

nomine dei beni della donna da parte del *coemptionator* l'effetto garantistico della loro restituzione alla *mulier*).

13. Gai. 1.137a: «-quae.....cogere *coemptionatorem potest, ut se remancipet, cui ipsa velit.....nihilo magis potest cogere, quam et filiam patrem*. Sed *filia quidem nullo modo patrem potest cogere, etiamsi adoptiva sit; haec autem <virum> repudio misso proinde compellere potest, atque si ei numquam nupta fuisset*».

14. Questo il tenore di Gai 1.137a ricostruito dal Krüger: «<*Inter eam vero quae cum extraneo, et eam quae cum viro suo coemptionem fecerit, hoc interest, quod illa quidem*> cogere *coemptionatorem potest, ut se remancipet, cui ipsa velit, <haec autem virum suum> nihilo magis potest cogere, quam et filia patrem*. Sed *filia quidem nullo modo patrem potest cogere, etiamsi adoptiva sit; haec autem <virum> repudio misso proinde compellere potest, atque si ei numquam nupta fuisset*».

15. Contro la citata ricostruzione del Krüger, l'Autore (60 n. 141) adduce a sostegno della propria tesi quella proposta dal Huschke, ma anche ammettendo che quest'ultima possa essere letta in tal senso - e ciò resta dubbio -, si tratta di un'integrazione che travolge anche sintagmi che nel manoscritto appaiono leggibili - per esempio '*cui ipsa velit*' -, rivelandosi perciò poco affidabile.

il suo tentativo di scalzare la *communis opinio* non sembra riuscito. Secondo il Marra non vi sarebbe ragione di riconoscere a una donna che ha fatto la *coemptio* 'ut filiae loco sit' la possibilità di risolvere unilateralmente la situazione giuridica realizzata a causa del rifiuto del marito di emanciparla *cui ipsa velit*. Del tutto ingiustificato sarebbe poi (59) «riconnettere un effetto così dirompente (cioè, addirittura la finzione di non avvenuto matrimonio, anziché un ordinario divorzio) ad una volontà unilaterale sopravvenuta nella donna rispetto al compimento della *coemptio matrimonii causa*».

Dubito tuttavia che l'angolo visuale da cui porsi sia propriamente questo. Se si osserva la collocazione del paragrafo nel tessuto delle *Institutiones*, non è difficile cogliere che esso si inserisce all'interno della trattazione dei modi con cui i soggetti a *patria potestas*, *manus* o *mancipium* si liberano dalla situazione potestativa che li riguarda. È indiscutibile che il tratto testuale presenta serie e palesi sofferenze, ma proprio per questo è opportuno valorizzare al massimo ciò che è dato leggerci, e da cui si comprende in modo chiaro che nella prosa dell'istituzionista è implicato un raffronto tra la situazione della *filia in potestate patris* a quella della donna *in manu mariti*, che come ben sappiamo è *loco filiae*. Siamo, cioè, di fronte a due *filiae*: una effettiva (*naturalis* o *adoptiva* non ha importanza), un'altra assimilata alla prima. L'interrogativo sotteso è il seguente: possono, l'una e l'altra, costringere il titolare della *potestas* e, rispettivamente, il titolare della *manus* ad affrancarle da detto potere?

Alla prima, anche se figlia adottiva, ciò è assolutamente inibito (*filia quidem nullo modo patrem potest cogere, etiamsi adoptiva sit*), in altri termini il *pater* la tiene sotto la propria *potestas* finché crede. Quanto alla donna, essa non può costringere il marito a liberarla dalla *manus* – e quindi in definitiva a emanciparla – perché, e finché, si trova a essere *filiae loco*, e si è appunto precisato che la figlia non può imporsi al padre. Il testo è lacunoso ma non fino al punto di impedire di evincerlo: *nihil magis potest cogere, quam et filiam patrem* va inteso nel senso che la donna non ha la possibilità di costringere il *vir coemptionator* a (e)manciparla più di quanto non possa farlo la figlia rispetto al padre. Perché, lo ripetiamo, sotto il citato profilo si tratta di due figlie antagoniste verso i rispettivi padri. L'unico che può essere direttamente coartato è l'*extraneus coemptionator fiduciae causa*, perché rispetto a lui la donna non è *loco filiae*.

C'è tuttavia una differenza sostanziale: che la figlia vera il padre non può costringerlo mai, la figlia imitativa invece non lo può fare finché è tale, ma – come bene del resto ha spiegato l'Autore – è tale finché sussiste il matrimonio, questa sorta di elemento integrativo che determina proprio la collocazione dell'*uxor uti filia* rispetto al marito.

Pertanto la donna che desidera essere liberata dalla *manus* contro il volere del marito non ha altra via che quella di inviargli il ripudio e a questo punto l'impedimento (*lato sensu*) legato al rapporto figlia-padre viene meno. Sono quindi convinto, *a maiori*, che ciò valga anche per la donna *in manu mariti fiduciae causa*, come sostiene l'Autore, ma a mio credere è concettualmente arbitrario stralciare dalla previsione del passo l'ipotesi della *coemptio matrimonii causa*. Da questo preciso angolo visuale, non rileva infatti che la donna sia *in manu matrimonii causa* o *fiduciae causa cum viro suo*: sono sempre due *filiae* e, pur con le migliori ragioni, non possono costringere l'esercente potestà a liberarle: per farlo devono giocoforza cessare di essere "figlie", ossia sciogliere il matrimonio al quale è direttamente legata tale condizione.

Una *fictio* di matrimonio mai avvenuto come la prefigura lo Studioso non sembra ravvisabile neppure sul mero piano letterale, e la stessa valenza travolgente da lui rimarcata dovrebbe indurre a diffidare di un tale argomento critico. Con tono incisivo Gaio intende spiegare che la situazione della donna *loco filiae* con il ripudio viene totalmente cancellata e non risulta più in alcun modo ostativa. L'espressione *virum... proinde compellere potest, atque si ei numquam nupta fuisset* («può costringere il marito come se mai gli fosse stata moglie») non autorizza a evocare l'immagine dell'elisione di ogni conseguenza del matrimonio, compresa al limite la legittimità dei figli concepiti in costanza di quel vincolo – risultato che peraltro, sebbene l'Autore ometta di valutare tale aspetto, sarebbe inammissibile anche riguardo al matrimonio con il *coemptionator fiduciae causa*¹⁶ –: intende dire che la donna costringe l'ex-marito esattamente come costringe l'*extraneus* colei che mai gli è stata moglie. Infatti, una volta intervenuto il divorzio,

16. Lo Studioso, che sul punto segue Raffaele D'Alessio, mentre da un lato considera dirompente l'effetto della citata *fictio*, dall'altro in definitiva lo limita al perdurare integro del patrimonio della donna, come se la *coemptio* non avesse estinto i diritti intrasmissibili per successione. Gaio però scrive che la donna costringe il marito «come se mai gli fosse stata moglie», non «come se mai fosse avvenuta una successione a suo favore», investendo sul piano dialettico l'intero vincolo coniugale.

il *vir coemptionator* non è più tale: diventa – ai fini della costrizione alla quale è esposto – un *extraneus coemptionator* assimilabile *in toto* a quello con il quale la donna non è mai stata unita in matrimonio. Il divorzio però è imprescindibile. Del resto, come è noto, la donna nel II secolo – e pure assai prima – può divorziare unilateralmente in totale libertà, e poiché non deve comunque esser costretta a rimanere nella *manus* di un uomo che non è più suo marito, in altrettanto totale libertà, *repudio misso*, infrange la *manus* anche *nolente viro*.

Della particolare applicazione della *coemptio sacrorum interimendorum causa*, operata dalla donna per estinguere i *sacra privata*, abbiamo una notizia tanto celebre quanto scarna nella *Pro Murena* (12.27) di Cicerone. L'oratore, nel quadro delle varie critiche che muove ai giuristi, tra i quali campeggia Servio Sulpicio Rufo accusatore di Murena, vi è quella di aver escogitato, contro i principî dei *maiores*, un sistema per *sacra interire* mediante il ricorso a dei *senes ad coemptiones faciendas*. Ciò, come è facile immaginare, ha dato luogo a contrastanti vedute dottrinarie, che tuttavia appaiono sussumibili in due orientamenti. Il primo ha ipotizzato un matrimonio simulato della donna con un *senex* privo di discendenti, che come *coemptionator* sarebbe succeduto nel patrimonio muliebre, *sacra* compresi. Una volta avvenute *remancipatio* e *manumissio*, il finto marito avrebbe poi restituito alla donna i beni, ma singolarmente, non in blocco, trattenendo forse le somme per le spese culturali, e la sua morte senza eredi avrebbe estinto i *sacra*. Secondo l'altra ipotesi la donna avrebbe effettivamente sposato il *senex*, senza peraltro che ne seguisse convivenza, e i *sacra* si sarebbero estinti subito in ragione della *capitis deminutio* subita dall'*uxor*. In questo caso *remancipatio* e *manumissio* non avrebbero avuto luogo: solo la morte prossima dell'anziano coniuge avrebbe reso la donna *sui iuris*.

L'Autore peraltro segnala criticità individuabili in entrambe le ricostruzioni: nella prima non si comprenderebbe perché, come gli altri debiti, anche quelli relativi ai *sacra* non si estinguano e passino invece all'esercente potestà; la seconda non eviterebbe alla donna il rischio che il *senex* attribuisca ad altri i beni ricevuti o che gli stessi finiscano spartiti con ulteriori eredi *ab intestato*. Rileva anche che, quale erede, la vedova succederebbe nei *sacra* del marito vanificandosi così l'intera operazione. In seguito, *re melius perpensa*, i fautori del secondo indirizzo hanno creduto di individuare nella *coemptio sacrorum interimendorum causa* una sorta di ponte

tra quella *matrimonii causa* e quelle fiduciarie che conosciamo¹⁷: i *sacra* si sarebbero estinti senza trasmissione al *coemptionator*, nelle *coemptiones fiduciarie* non si sarebbe verificata la *successio*, che al contrario avrebbe avuto luogo in quella *sacrorum interimendorum causa*, e il persistente legame della *coemptio* tesa a estinguere i *sacra* con quella compiuta *matrimonii causa* avrebbe fatto sì che l'acquisto patrimoniale del marito avvenisse *dotis nomine* con relativa salvaguardia del diritto della donna a ottenerne la restituzione allo scioglimento del matrimonio. Secondo la ricostruzione che il Marra, tirando le fila, ritiene di elaborare, (66) la donna avrebbe realmente sposato il *senex*, così da trasferire in capo a lui i *sacra* come conseguenza della *capitis deminutio*¹⁸ e la scelta da parte della *mulier* di un marito in età senile non sarebbe dovuta alla previsione di una sua morte imminente e quindi in vista di una breve durata della *manus*, ma al fine di preconstituirsì un motivo di ripudio per l'inidoneità del *senex* a generare, in contrasto con la finalità – *liberorum quaerendorum causa* – propria del matrimonio¹⁹. Il ritorno dei beni alla donna avrebbe trovato valida garanzia nella disciplina di restituzione della dote, giusta la qualifica di tale patrimonio²⁰. Infine, a differenza della due *coemptiones fiduciarie* esaminate sopra, non vi sarebbe mai stata una *coemptio sacrorum interimendorum causa cum extraneo*, implicando sempre un vincolo coniugale effettivo.

Nelle brevi, ma puntuali conclusioni che l'Autore pone alla fine del percorso relativo alla *coemptio* fiduciaria (68-69), si sottolinea che la stessa produce gli effetti del negozio “base”, ossia la *capitis deminutio* della donna, la recisione del precedente rapporto agnatizio, il prodursi della titolarità della *manus* nella persona del *coemptionator*; infine, ma soltanto se questi è il marito, la collocazione *filiae loco* dell'*uxor*. La causa fiduciaria determina pertanto, sul piano funzionale, l'orientamento degli effetti nella direzione di volta in volta perseguita e in tal senso la donna ha a disposizione i mezzi per costringere il *coemptionator* non collaborativo a remancipar-

17. È abbastanza sintomatico che la precisa scelta di un uomo in età avanzata risponde al fine di evitare una lunga durata della *manus*, il che ricorrerà anche nelle *coemptiones fiduciarie*.

18. Anche se nel passaggio dei *sacra* al *senex coemptionator*, al posto della loro estinzione, dall'Autore era stato in precedenza individuato un punto debole del primo orientamento.

19. Poiché peraltro le due eventualità non si elidono a vicenda, non si può escludere che nell'avanzata età del *coemptionator* la donna intraveda entrambe le “vie di fuga”.

20. Si veda *supra* nota 12 *in fine*.

la al soggetto da lei prescelto. Infine la *coemptio fiduciae causa* non appare finalizzata agli scopi illegittimi o fraudolenti che taluno, ma senza valida dimostrazione, ha ritenuto di scorgervi. È vero semmai il contrario: essa infatti costituisce l'unico strumento per conseguire gli effetti già esaminati, tutti inquadrabili nel pieno rispetto delle norme giuridiche.

L'ultima, complessa, tematica affrontata nel capitolo è quella relativa all'*emancipatio*, ossia il procedimento attraverso il quale il sottoposto a *patria potestas* diventa *sui iuris*. In realtà sul carattere fiduciario di tale figura non si registra una concorde posizione degli studiosi, infatti in contrasto con un orientamento meno recente che in genere lo ammette, vedute successive si mostrano contrarie, né mancano posizioni *lato sensu* intermedie. Il meccanismo dell'emancipazione è minuziosamente descritto in Gai. 1.132, che nella parte finale presenta una lacuna: a esteriore imitazione della norma decemvirale (Tab. IV.2.b) “*si pater filium ter venum duit, a patre filius liber esto*”, è previsto che il padre mancipi il figlio a un soggetto, che lo manomette *vindicta*; in tal modo il manomesso ritorna in potestà del padre, il quale lo mancipa nuovamente allo stesso (più raramente a un altro), che ancora lo manomette *vindicta* causando il suo ritorno in potestà del padre; per la terza volta quest'ultimo lo mancipa (di solito) allo stesso e ora il figlio non si trova più *in potestate patris*, ma come soggetto in *mancipio* presso il terzo, il quale manomettendolo lo rende finalmente *sui iuris*. Infatti da Tit. Ulp. 10.1 si apprende che il *filium ter mancipatus ter manumissus sui iuris fit*. L'emancipazione delle figlie e degli ulteriori discendenti, maschi o femmine, *in potestate* non richiede tre mancipazioni – la norma della legge delle XII tavole, da interpretarsi restrittivamente, parla infatti di *filium* – ma una soltanto, seguita da *manumissio* (Gai. 1.132a; Tit. Ulp. 10.1 in fine; Gai. Ep. 1.6.5).

Del procedimento descritto ci si vale anche per dare vita all'adozione di un *filius familias*: (Gai. 1.134) intervengono infatti tre mancipazioni e due manumissioni, come avviene nel caso precedente, poi l'adottante tramite l'*in iure cessio* rivendica come proprio il figlio da colui presso il quale si trova dopo la terza mancipazione, ma – dice Gaio «per maggiore comodità» – le mancipazioni diventano di solito quattro, in modo che convenuto nella rivendica sia il padre naturale. Anche a questo proposito opera la variante agevolatrice relativa ai *sui in potestate* diversi dai figli maschi.

L'Autore rileva preliminarmente che il testo delle Istituzioni di Gaio non offre elementi che inducano a considerare fiduciarie le *mancipationes* di cui

si è detto: sembra trattarsi, insomma, di mancipazioni canoniche: colui che ne risulta oggetto si troverà in condizione di persona *in mancipio* presso l'avente causa del negozio librato, come del resto il *filius noxae datus*, e quindi mancipato, a causa di un delitto da lui commesso, e sia l'uno ([Gai. 1.140] *quem pater ex lege mancipio dediti, ut sibi remancipetur*) sia l'altro (poiché chi ha subito il delitto lo ha presso di sé *pro pecunia*) – a differenza di altri soggetti *in mancipio* – non possono venire manomessi (per censo) contro la volontà di chi esercita il potere su di loro. Nei confronti di tutte le persone *in mancipio* sono poi vietati trattamenti ingiuriosi, e, spiega l'istituzionista nello stesso luogo (Gai. 1.141), in genere in condizione di persona *in mancipio* non si sta a lungo, infatti, tranne il caso della *noxae datio*, ciò avviene per lo più *dicis gratia uno momento*, con evidente riferimento al meccanismo dell'emancipazione e dell'adozione. In definitiva per diversi studiosi (77-78) «sarebbe certo che la *lex ut sibi remancipetur* menzionata nei paragrafi 1.140 e 1.172 delle Istituzioni non fosse, per Gaio, una *fiducia*».

Tuttavia il Marra esclude che si possa derubricare *in toto* l'emancipazione dall'ambito del negozio fiduciario. Innanzitutto il Pap. Lipsia 136, del III secolo²¹, di provenienza egizia e unica attestazione papirologica in tema di emancipazione, mostra un rituale diverso rispetto a quello che conosciamo grazie alle Istituzioni di Gaio. Infatti soggetto passivo dell'*emancipatio* è una fanciulla, Aurelia Sarapiada, e ciò nonostante intervengono non una ma tre mancipazioni, come prescritto per il *filius*; poi, soprattutto, alle singole mancipazioni non fanno seguito altrettante manumissioni *vindicta*, ma di volta in volta delle *remancipationes* al padre, che alla fine manomette la figlia. Non è chiaro però quale sia la conseguenza delle citate *remancipationes*, ossia se in seguito alle stesse la donna ritorni in potestà del padre, come insegna Gaio, o se – magari già dopo la prima – la *potestas* si estingua e la *filia* venga a trovarsi *in mancipio* presso di lui. Certo è invece che il Papiro lipsiense, con riferimento al padre, parla di *fiducia contracta ut sibi remanciparetur*. Inoltre nell'Epitome Gai (1.6.3) si legge che nell'emancipazione viene adibito un *alius pater... qui fiduciarius nominatur*; un frammento di Ulpiano (13 *ad Sab.* 38.17.2.15) afferma che nel regime del Senatoconsulto Tertulliano la madre precede sempre l'avo e il proavo, *quamvis fiduciam contraxerint*, ovvero siano stati autori dell'emancipazione del *de cuius*; C.Th. 5.1.3 (= itp C. 6.57.4 [Grat. Valent. Theod. a. 383]),

21. FIRA, III.2 (Arangio-Ruiz), 14.

trattando della successione *ab intestato* a una figlia affrancata, reca l'espressione *fiduciae nomen*, e l'*Interpretatio* visigotica chiama *fiduciata* la figlia emancipata. Anche fonti direttamente riferibili a Giustiniano (I. 3.2.8; 3.9.5) accennando al rituale dell'*emancipatio* anteriore alla riforma imperiale parlano di *manumissio fiducia contracta*. Sorge dunque un problema di coordinamento, legato al fatto che quasi solo le fonti postclassiche in (almeno apparente) contrasto con il dettato del manuale di Gaio, adombrano un legame tra *emancipatio* e *fiducia*.

L'Autore ritiene di poter giungere a una soluzione ermeneutica innovativa e coerente prospettando la contemporanea esistenza in età classica di due distinti modi di emancipazione, non associabili – a suo giudizio – neppure *pro parte* (89-90 nt. 239): quello descritto da Gaio e quello che si evince dall'esame del Papiro. Il primo prevede *tres mancipationes ut manumitteretur*; il secondo *tres mancipationes ut remanciparetur*. I. 3.2.8 recherebbe conferma di tale dualismo, in quanto vi si afferma che mentre la costituzione di Giustiniano (C. 8.48[49].6, del 531) ha introdotto la regola per cui l'emancipazione dei *liberi* deve sempre considerarsi avvenuta con patto fiduciario, presso gli antichi ciò non si verificava *nisi specialiter contracta fiducia parens manumisisset*. Il motivo per cui la giurisprudenza si sarebbe risolta a elaborare un'ulteriore forma di *emancipatio* andrebbe ricercato nella disciplina delle tutele. *Tutor legitimus* è colui che ha manomesso propri figli o ulteriori discendenti dopo averli mancipati a un altro soggetto con la *lex ut sibi remanciparetur*; *tutor fiduciarius* colui che ha manomesso figli o ulteriori discendenti altrui dopo averli ricevuti *in mancipio* dal *parens* o dal *coemptionator*, evidentemente tramite una *mancipatio* priva di *lex ut sibi remancipetur* (Gai. 1.166a; 1.172). Sul piano della disciplina tra le due tipologie di tutela intercorrono alcune differenze: solo quella fiduciaria è, secondo alcuni, incredibile (Gai. 1.172); non sono usucapibili le *res mancipi* trasferite dalla donna se fa difetto l'autorizzazione del tutore legittimo (Gai. 2.47); solo i tutori legittimi non possono essere costretti a prestare l'*auctoritas* al testamento della donna (Gai. 2.122). Secondo lo Studioso, la procedura descritta da Gaio conduce alla titolarità in capo al *mancipio accipens* della tutela fiduciaria; quella di cui al Papiro, con manumissione riservata al *pater familias*, determina in capo a lui la tutela legittima. Il ricorso al modello lipsiense si rende pertanto necessario per attribuire al *pater familias* la tutela legittima del discendente emancipato,

mentre il modello gaiano è indispensabile se si intende far acquistare la tutela *fiduciaria* al *mancipio accipens*.

Tuttavia la soluzione proposta dall'Autore non può essere accolta. In primo luogo non è convincente riconnettere al testo del Papiro di Lipsia una diversa procedura emancipatoria in senso proprio, tale da creare un'alternativa rispetto a quella descritta da Gaio. Il fatto che per la figlia sia sufficiente una sola mancipazione seguita da *manumissio* vale semmai, nel nostro caso, a rivelare uno scrupolo tuzioristico da parte del padre di Aurelia. È infatti da ritenersi che la giurisprudenza abbia interpretato restrittivamente il '*filium*' del versetto decemvirale al fine di semplificare la procedura, di per sé complessa, dell'emancipazione²² allorché riguarda soggetti *in potestate* diversi dai figli maschi, ma che se Tizio intende seguire l'*iter* più lungo e rigoroso non incorra per questo in errore eludendo un vincolo, ma opti soltanto per la rinuncia a un vantaggio²³. In altro campo, per esempio, le figlie e gli ulteriori discendenti di entrambi i sessi possono essere diseredati *inter ceteros* (Gai. 2.128), tuttavia qualora il testatore ricorra alla *exhereditio nominatim*, tassativa per il figlio maschio, sicuramente non sbaglia.

Anche le *remancipationes* in luogo di *manumissiones* vanno probabilmente intese in chiave di semplificazione: la *manumissio vindicta* è un atto impegnativo, che, sebbene in progresso di tempo deformalizzatosi (Gai. 1.20), richiede pur sempre la presenza del magistrato (Gai. 2.25): ridurre il numero può essere parso opportuno, tanto più che decisiva è l'ultima manumissione, la quale rende *sui iuris* il sottoposto intervenendo in ambedue i casi su un soggetto *in mancipio*²⁴. E in generale nemmeno appare persuasiva l'ipotesi che un nuovo procedimento venga introdotto al fine di determinare sull'emancipato il sorgere di una tipologia di tutela anziché di un'altra. Problema concreto e rilevante è invece quello relativo al diritto di

22. Con atteggiamento in realtà non insolito quando intende valorizzare una propria riforma, Giustiniano (C.8.48[49].6, citato nel testo) parla in proposito di *circumductiones inextricabiles et iniuriosa rhapsimata, quorum nullus rationabilis invenitur exitus*.

23. Quanto alla *ratio* sottesa all'interpretazione alla lettera del '*filium*' di Tab. IV.2b, è indicativo ciò che si legge in Gai. 1.134, in tema di forma dell'*adoptio* in senso stretto: (...) *In ceteris vero liberorum personis seu masculini seu feminini sexus una scilicet mancipatio 'sufficit'*.

24. L'Arangio-Ruiz, FIRA III², 14, cit., 32 n. 2, circa tale variante rispetto alla procedura descritta da Gaio scrive: *quod tamen totius rei rationi repugnare non videtur, ideoque Romae quoque fieri potuisse existimandum est*.

successione *ab intestato* – dopo gli *heredes sui*, se l'emancipato farà in tempo ad averne – del *parens manumissor* o dell'*extraneus manumissor*.

Ma, soprattutto, incicia la valenza probatoria della tesi del Marra l'inopinata preterizione di un testo-chiave, ossia Gai Ep. 1.6.4, che, come generalmente riconosciuto, vale a integrare la lacuna nella parte finale di Gai. 1.132²⁵, e dal quale si apprende che di solito il padre riservava a sé l'ultima *manumissio*, per cui aveva luogo una quarta *mancipatio* a favore del *pater* medesimo, il quale manomettendo alla fine il figlio lo rendeva *sui iuris* e al contempo si assicurava il diritto di succedergli *ab intestato* in qualità di *parens manumissor*, vantaggio che diversamente sarebbe spettato a colui che la stessa fonte chiama *pater fiduciarius*²⁶. A questo punto, anche se non si intenda accettare la ragione a mio avviso primaria dell'inesistente dualismo, cade il citato assunto sull'incomunicabilità dei due modelli²⁷, e si profila pure in forma tutto sommato lineare la soluzione relativa al caso in cui "*apud antiquos*" l'*emancipatio* risultava legata alla *fiducia* e quello in cui invece tale nesso era assente, come insegnano le Istituzioni di Giustiniano (3.2.8) nel luogo citato poco sopra.

Nelle considerazioni conclusive al termine del capitolo II relativo alla *causa fiduciae* nel diritto delle persone si rileva che mentre circa la *coemptio* non è dato evincere dai testi la possibilità di operare modifiche nel formulario al fine di esplicitare lo scopo fiduciario che si intende imprimerle, emerge invece in modo chiaro che le *mancipationes* inserite nell'*emancipatio* di un *filius familias* erano accompagnate da una *pactio* (*lex ut manumitteretur* o *ut remancipetur*), senza tuttavia che ciò implicasse mutamenti

25. FIRA, II, 34 nota. Stante la concisione dell'operetta, è inconferente che Tit. Ulp. 10.1 non citi la (usuale, non obbligatoria) *remancipatio* al padre, onde dal passo in esame, in contrasto solo apparente con Gai Ep. 1.6.4, non è possibile inferirne l'esclusione (90).

26. Gai. Ep. 1.6.4 - (...) *Tamen quum tertio mancipatus fuerit filius a patre naturali fiduciario patri, hoc agere debet naturalis pater, ut ei a fiduciario patre remancipetur et a naturali patre manumittatur, ut, si filius ille mortuus fuerit, ei in hereditate naturalis pater, non fiduciarius succedat.*

27. Il Marra (90 n. 239) parla di una *communis opinio* convinta di tale possibilità di "incrocio", «secondo la quale il procedimento emancipatorio avrebbe visto ciascuna delle prime due *mancipationes* seguite da altrettante *manumissiones*, e la terza seguita da una *remancipatio* al *pater*, cui sarebbe spettata l'ultima *manumissio*», e in proposito, e a mero titolo di esempio, cita diversi tra i più autorevoli manuali di Istituzioni di diritto romano. Senonché, come si è detto, tale *communis opinio* non è legata a una congettura, ma si fonda su una testimonianza testuale.

nelle parole del *gestum per aes et libram*, e quindi varianti nello *status* del mancipato rispetto alla persona che si trovava *in causa mancipii*. Tuttavia l'Autore è propenso a ritenere che anche nella *coemptio* la *causa fiduciae* risultasse pressoché di regola dal tenore di un'espressa pattuizione con pari esclusione di mutamenti nel formulario. Quanto all'efficacia del negozio, la causa fiduciaria non modifica, né tanto meno impedisce, la produzione degli effetti che gli sono propri: nelle applicazioni canoniche tale risultato esaurisce la funzione dell'atto, nelle versioni fiduciarie, invece, il prodursi degli effetti tipici (95) «è strumentale al conseguimento di una finalità ulteriore raggiungibile unicamente attraverso una sapienza procedimentale opportunamente orientata». Emerge pertanto che il ricorso ad atti caratterizzati dalla *causa fiduciae* ha sempre luogo per il conseguimento di risultati specifici pienamente leciti, con assoluta esclusione di finalità fraudolente.

3. Il capitolo III della monografia, dal titolo «La *causa fiduciae* nei trasferimenti di *res*» (97-281), costituisce un po' l'altro emisfero della trattazione, essendo dedicato, appunto, al volto "patrimoniale" della *fiducia*. La prima menzione in proposito si incontra in Gai. 2.59 ed è inserita nel discorso relativo all'*usureceptio*, una delle usucapioni di mala fede ancora presenti in età classica. Dal passo si apprende che, tramite *mancipatio* o *in iure cessio*, era possibile trasferire ad altri la proprietà di un bene con causa fiduciaria. Due ulteriori citazioni si trovano in luoghi del manuale relativi, rispettivamente, alla disciplina del *legatum per praeceptionem* e al delitto di furto: Gai. 2.220 (*mancipatio fiduciae causa*), Gai. 3.201 (*mancipatio* o *in iure cessio fiduciae causa*).

Relativamente all'indagine su tale tipologia di fiducia è possibile valersi di un nucleo di testimonianze documentali che, salvo qualche voce contraria, sono ritenute dagli studiosi – l'Autore è tra questi – di particolare rilievo. Tra di esse quella più significativa anche per lo stato di conservazione del testo è la *Tabula Baetica*²⁸, redatta in forma di *testatio* relativa sia alla *mancipatio* di un fondo e di un servo, sia all'accordo concluso tra il *mancipio dans* e il *mancipio accipens*. Vi si legge che L. Baiano ha trasferito a un servo di L. Tizio con due *mancipationes 'fidi fiduciae causa'* al prezzo di un sesterzio il fondo Baiano e lo schiavo Mida. Il testo dell'epigrafe presenta in realtà omissioni e incongruenze, per cui, sulla scia del Mommsen,

28. FIRA, II², 92.

è abbastanza diffusa l'opinione che non si tratterebbe di una specifica negoziazione – per la quale del resto anche il supporto bronzeo apparirebbe singolare – ma piuttosto di una sorta di schema-prontuario per dare vita a mancipazioni fiduciarie. Non si esclude peraltro una possibile commistione tra una *testatio* effettiva e alcune parti del formulario impiegato come modello. Ha fatto discutere l'espressione '*fidi fiduciae causa*' che indica la ragione delle *mancipationes*: oggi, in contrasto con l'opinione del Mommsen, si tende a negare che *fides* e *fiducia* siano sinonimi, e si ritiene che il loro accostamento alluda piuttosto alla reciprocità del credito personale che caratterizza il rapporto tra fiduciante e fiduciario. Inoltre il *pactum conventum* prevede che fondo e servi (al plurale, anche se prima si parlava del solo Mida) rimarranno presso il fiduciario fino a estinzione di tutti i debiti ivi elencati: in caso di inadempimento egli potrà vendere in tutto o in parte tali *res* per contanti con esclusione della garanzia per evizione a vantaggio del terzo acquirente. La *Tabula Herculanensis* 65, edita dall'Arangio-Ruiz e dal Pugliese Carratelli, in tema di *mancipatio fiduciae causa* di una schiava fanciulla, riporta la formula del solenne giuramento pronunciato dal fiduciante circa il proprio *dominium* solitario sulla *puella* e la totale mancanza di vincoli gravanti sul bene; segue la *mancipatio nummo uno fiduciae causa* (non ricorre il termine *fidi*, ma ciò non rileva sul piano sostanziale). Infine alcune tavolette dell'archivio dei *Sulpicii*, reperite a Murecine ed editate dal Camodeca, riproducono affissioni di avvisi di *venditiones* di servi mancipati *fiduciae causa*. Le *auctiones* sono organizzate da un banchiere, che presta garanzia circa il pagamento del prezzo dei beni venduti all'asta e provvede agli avvisi, poi avviene la *licitatio* gestita dal *praeco* che raccoglie le offerte, infine ha luogo l'aggiudicazione al miglior offerente: il tutto si svolge secondo un *iter* rigorosamente preordinato in ogni dettaglio. A motivo dei loro innegabili riflessi sulla struttura sostanziale dell'istituto, tali testimonianze si rivelano preziose non solo circa lo svolgimento della fase esecutiva.

Sul piano strutturale gli elementi costitutivi del negozio fiduciario "patrimoniale" sono l'atto solenne traslativo – *mancipatio* o *in iure cessio* –, che pone il fiduciario avente causa in condizione di attuare il comportamento previsto, e l'accordo fiduciario, la cui presenza è dall'Autore ritenuta pressoché incontestabile. L'atto di trasferimento è necessario, in quanto le fonti attestano concordemente il presupposto del passaggio della proprietà

della *res* dal fiduciante al fiduciario. In particolare l'acquisto del *dominium* da parte di quest'ultimo è funzionale a conferirgli i poteri implicati dalla figura giuridica adibita. A giudizio dell'Autore, non contrastano con tale impostazione alcuni testi ulpiani conservati nel Digesto dai quali si evince che il rapporto fiduciario si instaura anche qualora, per mancanza di legittimazione in capo al fiduciante, la proprietà non sia stata trasmessa. È infatti da ritenersi che in tal caso non sia preclusa la produzione di quegli effetti obbligatori per cui si prescinde dal trasferimento della proprietà, con possibilità per il fiduciario di esperire l'*actio fiduciae contraria* (123-124 e nt. 90)²⁹.

Ma qual è la natura tecnica dell'intesa fiduciaria? Premesso che la *mancipatio* presuppone sempre – si potrebbe dire *ex necesse* – un accordo giustificativo, questo può essere preesistente, come nel caso dell'*emptio venditio*, oppure contemporaneo. Tuttavia l'Autore reputa improbabile una *conventio* anteriore all'atto traslativo, giacché in tal caso, essendo produttiva di effetti obbligatori che prescindono dal negozio a effetti reali, la stessa si identificherebbe o in un contratto consensuale *sui generis* o in un patto produttivo di obbligazioni azionabili. Si deve piuttosto pensare a un accordo contestuale all'atto di trasferimento, realizzato come si è detto tramite *mancipatio* o *in iure cessio*, che pertanto lo accompagna imprimendogli il timbro fiduciario: i due elementi – uno reale, l'altro obbligatorio – in certa guisa integrandosi, realizzano il risultato economico proprio della *fiducia*.

Nell'*in iure cessio*, però, il formulario è immutabile, onde l'indicazione della causa non può figurarvi, ma, poiché la *legis actio* riadattata in chiave negoziale è sorretta da una logica assai diversa da quella che connota la *mancipatio* essendo idonea a produrre un trasferimento del *dominium* su *res Mancipi* e *res nec Mancipi* avulso da ogni «condizionamento casuale», tale incompatibilità non può essere invocata in modo convincente al fine di escludere l'*expressio causae* anche nella *mancipatio*, e due celebri testi invocati per negare tale possibilità (D. 41.1.36 [Iul 13 dig.]; D. 41.1.31 pr. [Paul. 31 ad ed.]) sono dal Marra – a ragione – giudicati inconferenti. Ciò premesso, mantenendosi in una posizione prudentiale che evita opzioni univoche, per quest'ultima si può pensare o a una *nuncupatio* modificativa

29. Concordo con l'Autore sull'inidoneità di tali testi a escludere la necessità del negozio traslativo, tuttavia in D. 13.7.22.2 (Ulp. 30 ad ed.) l'azione di cui si parla è l'*actio fiduciae directa*. Proprio per questo dubito che il passo sia interpolato e non si riferisse anche in origine al *pignus*.

del rituale (Tab. VI.1), o a una *lex mancipii* («a formalismo attenuato»), o, anche, a un semplice patto: quello che, pur con terminologia estranea ai testi, la dottrina chiama comunemente *pactum fiduciae* (D. 2.14.48 [Gai. 3 ad l. duod. tab.]: *In [traditionibus] <mancipationibus> rerum quodcumque pactum sit, id valere manifestissimum est*). Peraltro solo apparente è l'ausilio legato all'espressione *pactum conuentum* presente nella *Tabula Baetica*, perché per sua natura essa focalizza il dato tuzioristico sostanziale, prescindendo quindi dall'involucro formale in cui versare il medesimo (128; 136 nt. 140).

Rimane confermata – e pressoché esente da contestazioni in dottrina – l'impossibilità di ricorrere alla *traditio* per la costituzione della *fiducia*; pertanto, in caso di *res nec mancipi*, si rende necessario adibire la benché impegnativa *in iure cessio*: almeno sul piano teorico, ché non sembra casuale che le fonti documentarie si riferiscano costantemente a fondi e servi. Le spiegazioni fornite in tal senso dagli studiosi sono condensate una lunga nota (134 nt. 134): a parte l'ultima considerazione di cui sopra, risulta prevalente la tesi per cui, essendo la consegna un atto causale, la *causa fiduciae* non rientra nel novero delle *iustae causae traditionis*, tuttavia c'è anche chi ha fatto leva sul carattere informale della *traditio*, né sono mancati autori che hanno preferito non spingersi oltre un più o meno esplicito *non liquet*. Poche pagine dopo, in una nota assai più breve (136 nt. 139), l'Autore accenna alla propria spiegazione, ma il tema riaffiorerà nelle «Conclusioni» della ricerca, onde sembra opportuno parlarne *ex professo* in quella sede.

Come si è accennato, le Istituzioni di Gaio (2.59-60) inseriscono la trattazione della *fiducia* “patrimoniale”, che si realizza mediante la *mancipatio* o la *in iure cessio* di una *res* accompagnata da una causa fiduciaria, nell'ambito del discorso relativo all'usucapione e, più precisamente di quella particolare usucapione, l'*usureceptio*, che – come l'*usucapio pro herede* considerata subito prima (Gai. 2.52-58) – consente l'acquisto della proprietà anche al possessore di mala fede, consapevole quindi dell'altruità della *res*, stante il decorso del tempo sempre limitato a un anno quantunque oggetto sia un immobile. L'*usureceptio*, il cui nome allude al riacquisto di un bene del quale si è già stati proprietari (Gai. 2.59 in fine), è legata a due figure giuridiche, la *fiducia* – appunto – e la *praediatura* (Gai. 2.61), ma è ovvio che in questa sede viene in rilievo soltanto la prima.

L'unico testo che menziona, sia pure in forma laconica, le funzioni dell'istituto è Gai. 2.60, che riporto secondo la lezione essenzialmente accolta dall'Autore (140), seguita dalla sua interpretazione: «*Sed cum fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure aut cum amico, quo tutius nostrae res apud eum essent, si quidem cum amico contracta sit fiducia, sane omni modo competit usureceptio: 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*». (143) «ma quando si stipula una *fiducia* con un creditore *pignoris iure* oppure con un amico *quo tutius apud eum res nostrae essent*, in quanto (*siquidem*) la *fiducia* sia stata contratta con un amico, l'*usureceptio* spetta in ogni caso, se poi (*uero*) la si stipula con un creditore, e il debito è stato pagato, spetta in ogni caso, mentre se non è stato ancora pagato, l'*usureceptio* spetta alla sola condizione che il debitore non abbia preso in conduzione quella cosa dal creditore, né l'abbia "chiesto" [corr.: chiesta] a precario, così che gli fosse lecito possederla: e in questo caso gli spetta un'usucapione lucrativa».

Anche se la scelta editoriale a cui l'Autore aderisce appare numericamente maggioritaria, non è quella preferita dalla dottrina italiana, e, a mero titolo di esempio, non coincide con il testo di Gaio proposto del Baviera nei *Fontes Italici*. Il punto-chiave sta nel '*cum*' iniziale – *Sed cum fiducia contrahitur...* –, che, presente in sigla ('*c.*') nel Palinsesto Veronese, da vari editori viene omissa. Questa la citata lezione dei FIRA II,57: *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 usureceptio; 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*. Ne deriva la seguente (mia) versione: «Ma si contrae la *fiducia* o con il creditore a titolo di pegno o con l'amico perché le nostre cose siano presso di lui più al sicuro; e se la *fiducia* è contratta con l'amico ecc.»

Mantenere o espungere il '*cum*' iniziale dà luogo a risultanze ermeneutiche difformi, in particolare per quanto concerne le tipologie e le finalità da riconnettersi alla *fiducia*. Togliendo il '*cum*', si viene infatti ad affermare che, in assoluto, la *fiducia* può essere contratta o con il creditore *pignoris*

iure o con l'amico *quo tutius nostrae res apud eum sint*: insomma, *tertium non datur*³⁰. In altri termini Gaio fornirebbe un insegnamento generale relativo all'istituto quanto a tipologie e scopi che gli sono propri. Mantenendo il 'cum' si lascia invece aperta la possibilità relativa ad altre forme di *fiducia*, e al contempo, quanto alla *fiducia cum amico*, si evita di rendere tassativa l'indicazione *quo tutius nostrae res apud eum sint*, ammettendo pertanto ulteriori finalità e limitando la valenza esclusiva della citata precisazione al solo rapporto con l'*usureceptio*: questa, dunque, anche nel caso di *fiducia cum amico*, non avverrebbe sempre, ma soltanto se la finalità è quella di rendere più sicure le nostre cose presso di lui, in altri casi la stessa *fiducia cum amico* non costituirebbe un presupposto per l'*usureceptio*.

Senza entrare in questioni paleografiche, riconosco che la lezione preferita dallo Studioso meglio coordina il discorso che si snoda nei due paragrafi 59 e 60 del secondo commentario gaiano. Dall'altra opzione infatti deriva un'avvertenza iniziale introdotta un po' bruscamente dal *Sed*, che, riferita alla *fiducia* come tale, si rivela abbastanza avulsa dal contesto, mentre mantenendo il *cum* il *ductus* espositivo non subisce strappi e continua a traguardare l'argomento principale dell'*usureceptio*. Discorso diverso, ma a questi fini inconfidente, è quello relativo alla plausibilità di ipotesi di *fiducia* "patrimoniale" che non sia né *cum amico* né *cum creditore*.

L'Autore è comunque propenso ad attribuire alla specificazione '*quo tutius apud eum res nostrae essent*' – che dunque, a suo credere, non esaurisce il campo di applicazione della *fiducia cum amico* – un significato meno materiale di quello che parrebbe mostrare *prima facie*, e dopo aver posto in evidenza in Gai. 2.60 l'uso al plurale (*res nostrae*) del sostantivo 'res', che invece figura al singolare sia nel paragrafo precedente (Gai. 2.59) sia alla fine di questo, intende *res nostrae* come «i nostri affari», evocando dunque l'immagine di un affidamento a un amico dei nostri interessi per cui si rende necessario il trasferimento a lui di uno o più beni (in tal caso pertanto non necessariamente di una pluralità di cose, poiché potrebbe essere sufficiente, per esempio, cedergli la proprietà di un fondo). Il *tutius* andrebbe quindi inteso nel senso che i nostri affari sono più sicuri presso l'amico prescelto rispetto a quanto lo siano, o lo sarebbero in futuro, se li mantenesimo nella nostra sfera diretta: sicurezza, questa, da intendersi nel senso di

30. Su questo punto concordo con il Marra, mi lascia un po' perplesso soltanto l'affermazione (142) che tale conseguenza sarebbe «del tutto inavvertita».

«maggiore certezza di raggiungimento degli scopi desiderati» (149), onde – in sintonia con una suggestione di Alessandro Corbino – tale espressione «non individuerebbe la funzione oggettiva del negozio, determinandosi gli effetti, di volta in volta, sulla base dell'accordo delle parti» (149-150). Mentre, pertanto, la *fiducia cum creditore* è, come dire, una *fiducia* “chiusa”, in quanto votata soltanto allo scopo di garanzia, quella *cum amico* è una *fiducia* “aperta” a una varietà di fini, che i testi preferiscono non esplicitare ma che trovano il comune fondamento valoriale e giustificativo nel rapporto di amicizia, con i connotati di lealtà, correttezza e sollecitudine che lo stesso comporta. Inoltre, valutando potenziali modifiche del testo corrente di Gai. 2.60 legate a ulteriori considerazioni paleografiche, l'Autore, nella eventuale lezione alternativa «*quod* – invece di ‘*quo*’ – *tutius nostrae res apud eum essent*», pertanto con valore causale anziché finale (ma, ammette egli stesso, di dubbia correttezza sul piano sintattico), è pure incline a riconnettere alla citata espressione una valenza soggettiva, rivelatrice del motivo che induce il fiduciante a stringere il rapporto negoziale con la persona amica.

Come si ricorderà, nel capitolo I l'Autore aveva menzionato, tra gli altri, un orientamento che, più che sul diritto di proprietà del fiduciario, poneva l'accento sull'obbligazione di restituire gravante su di lui, rilevando che nella *fiducia cum creditore*, per via dei caratteri che la connotano, la pretesa in ordine a tale prestazione si troverebbe limitata dall'impossibilità di esigerla prima della scadenza dell'*obligatio* garantita o in ogni caso del pagamento del debito. Ora, nel paragrafo 3 del capitolo III relativo agli effetti comuni delle due tipologie di *fiducia* (150-165), il discorso viene ripreso ed è valutata *ex professo* la tesi che individua nell'*obligatio* di restituire la *res* il carattere qualificante, quasi l'*illud proprium*, dell'istituto. In proposito lo Studioso ritiene che la centralità dell'obbligo di restituire la cosa ottenuta in proprietà tramite la *mancipatio* o la *in iure cessio* debba essere in qualche misura ridimensionata (150-151) «o, meglio, riconsiderata come la modalità tipica di ritrasferire al fiduciante il risultato della collaborazione del fiduciario». Innanzitutto, come si evince dalle pur diverse ricostruzioni della *formula fiduciae*, da nessuna di quelle proposte dagli studiosi risulta che l'oggetto consiste unicamente in un *dare*. Inoltre, da un nucleo di testi ciceroniani che si pongono come fondamentali per la ricostruzione di tale *formula* e dai quali si ricava che nella stessa figurava l'espressione ‘*ut inter bonos bene agier oportet*’ (Cic., *Ad fam.* 7.12.2; *de off.* 3.17.70; 3.15.61),

emerge in modo chiaro che il «contenuto minimo essenziale» della *fiducia* consiste nel mantenere la parola data, tutelare l'altrui affidamento, non privilegiare il proprio esclusivo tornaconto, astenersi da ogni comportamento qualificabile come doloso. Pertanto la restituzione della *res* non solo non esaurisce il contenuto dell'*obligatio* gravante sul fiduciario, ma non può neppure ritenersi quello precipuo tra i doveri che a lui fanno capo. In particolare nell'orazione *pro Roscio Amerino*, 6.16, l'oratore afferma che i *iudicia privata* di valore sommo, quasi vitale (*summae existimationis et paene dicam capitis*)³¹, sono tre, quelli di *fiducia*, di società e di tutela, in quanto nulla è più perfido e infame che infrangere il vincolo di lealtà che sta a fondamento della vita sociale (*fidem frangere quae continet vitam*), frodare il pupillo, ingannare il socio (per il rapporto di *fraternitas* che i romani hanno sempre riconnesso alla *societas*), accomunando in certo modo le tre tipologie di violazione sotto l'egida del tradimento, da cui si evince che la responsabilità del fiduciario è identificata nel violare uno *starker Wert*, quello della *fides*, a prescindere dalle precise modalità in cui si concreta la trasgressione. E se, in *de off.* 3.17.70, dopo i *verba aurea* 'ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione', compare il celebre interrogativo 'sed qui sint boni et quid sit bene agi magna quaestio est', foriero di opinioni dottrinarie variamente modulate tra gli estremi dell'enfasi e dello scetticismo³², non sembra revocabile in dubbio che il *iudicium fiduciae*, come del resto i *bonae fidei iudicia* nella visione di Quinto Mucio citato subito dopo da Cicerone, non è volto a focalizzare soltanto un atto specifico e tipico, quanto piuttosto un comportamento complessivo non in sintonia con una somma di valori, assoluti o relativi che siano, ai quali la società civile ritiene di affidarsi. Ciò non torna a svantaggio della determinatezza del contenuto dell'*obligatio fiduciae*, ma permette di delineare un ambito concettuale in cui inserire in modo coerente anche figure negoziali da ritenersi fiducia-

31. A pagina 152 «paene 'vitam' capitis» è un refuso.

32. Circa la citata *magna quaestio* su chi siano i *boni* e in che cosa effettivamente consista il *bene agi* - la quale mi evoca una sorta di pur esteriore assonanza con il "Quid est veritas?" rivolto dopo meno di un secolo da Pilato al Cristo senza ottenere risposta (Giov. 18.38) -, l'Autore non sembra accogliere la nota teoria di Mario Talamanca, il quale individua in proposito delle *Leerformeln*, né ritenere elusiva la risposta dell'oratore, in quanto, con il richiamo all'autorità di Quinto Mucio Scevola e alla funzione del *iudex* nelle questioni implicanti la *fides bona*, si intende alludere a valori che vengono tradotti in concreto dall'apprezzamento del giudicante allorché valuta ciò che l'attore e il convenuto debbano corrispondersi l'un l'altro in rapporto al frequente ricorrere dei *iudicia contraria*.

rie – come quella *manumissionis causa* – che non appaiono direttamente riconducibili a un obbligo di restituzione.

Sempre in tema di effetti che accomunano la varie applicazioni della *fiducia*, l'Autore passa a considerare la proprietà sulla *res* acquistata dal fiduciario tramite gli atti traslativi della *mancipatio* e della *in iure cessio*. Tale dato può ritenersi pacifico, in quanto concordemente attestato dalle fonti: la cosa oggetto della *fiducia* diviene per il fiduciante *res aliena* (Gai.2.59); in P.S. 2.13.3 si afferma che il debitore non può vendere al creditore la *fiducia*, e ciò – è da ritenersi – perché non si può vendere al proprietario la cosa sua, come conferma D. 50.17.45 pr. (Ulp. 30 *ad ed.*) – ove certamente si contemplava anche la *fiducia* –, e aggiunge che non si può neppure dargliela in pegno, in deposito, in conduzione e a precario. Come si è detto si tratta della proprietà per il diritto civile, ossia il *dominium ex iure Quiritium*, alla quale in dottrina si sono talora attribuite qualifiche variamente limitative: proprietà formale, proprietà temporanea, condizionatamente resolubile, *propriété partégée* (Dunand). A ragione tuttavia l'Autore giudica tali soluzioni da un lato storicamente inappropriate in quanto estranee al pensiero dei giuristi romani, dall'altro di scarsa utilità dogmatica evocando concetti ulteriori che a loro volta richiedono di essere precisati. Il diritto del fiduciario è il *dominium* senza aggettivi, che gli consente in linea di principio di valersi delle facoltà che allo stesso fanno capo, nessuna delle quali gli è inibita sul piano tecnico; il fiduciario stesso è tuttavia consapevole di doversi comportare verso il fiduciante secondo il canone aureo *ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione* e che le condotte contrarie comportano a suo carico le conseguenze della responsabilità contrattuale.

Ragionando sulla base dei principî del diritto privato romano, si dovrebbe escludere *a priori* che il fiduciante possa riacquistare per usucapione la proprietà della *res* che ha trasferito al fiduciario mediante *mancipatio* o *in iure cessio*; infatti, indipendentemente dalla probabilità più o meno scarsa che si ritenga di attribuire all'evenienza, si tratterebbe comunque di una *possessio* di mala fede, in quanto il fiduciante è consapevole di esercitarla su una *res aliena*. Oltre a ciò, un eventuale benessere del fiduciario a che la cosa si trovi presso di lui – per esempio in deposito, comodato, conduzione – produrrebbe una semplice detenzione con relativa mancanza dell'*animus*, per cui dell'*usucapio* mancherebbe anche il requisito della *possessio*. Invece, come già si è spiegato ad altro proposito, ancora al tempo

di Gaio era operativa un'usucapione anomala, l'*usureceptio*, caratterizzata dalla mala fede del possessore, che gli consentiva di riottenere la proprietà di una cosa di cui egli in precedenza era stato *dominus*. Anche quello legato alla possibile perdita della *res* a causa dell'*usureceptio* è pertanto da ritenersi un carattere comune alle due tipologie di *fiducia* "patrimoniale".

Gai. 2.60, già in precedenza considerato ad altro proposito, avverte che in caso di *fiducia cum amico quo tutius nostrae res apud eum essent* l'*usureceptio* avviene sempre; in caso di *fiducia cum creditore* avviene sempre a obbligazione adempiuta; qualora invece il debito non sia stato ancora pagato, avviene soltanto se la cosa non si trovi presso il fiduciante a titolo di conduzione o di precario. Ovviamente il contenuto del citato paragrafo delle *Institutiones* apre un ampio ventaglio di problemi di ardua soluzione.

Diffusa, e certamente ragionevole, appare la teoria che spiega la differenza di disciplina tra *fiducia cum amico quo tutius nostrae res apud eum essent* e *fiducia cum creditore soluta pecunia* da un lato, e *fiducia cum creditore non-dum soluta pecunia* dall'altro, nelle due diverse situazioni di interesse riconducibili al fiduciante e al fiduciario. Nel primo caso è tutelato l'interesse del fiduciante al quale la *restitutio* del bene competerebbe comunque, per cui in fondo l'*usureceptio* solo anticipa un risultato giuridicamente inevitabile; nel secondo, al contrario, il favore va all'interesse del fiduciario di non perdere la garanzia del proprio credito. Sennonché lo Studioso osserva che tale impostazione non è in grado di spiegare perché, tranne nei citati casi di conduzione o precario, il fiduciario, benché creditore insoddisfatto, possa trovarsi privato della garanzia per l'operare della *usureceptio*. Non troppo persuasiva gli appare anche la teoria di Giuseppe Grosso, secondo il quale locazione e precario nell'ipotesi della *fiducia cum amico* sarebbero nulli, per cui non solo non impedirebbero l'usucapione da parte del fiduciante ma neppure sussisterebbero come tali: anche se il caso di *fiducia cum amico* in cui la cosa viene data al fiduciante in locazione o precario è difficilmente ipotizzabile, la conclusione del Maestro torinese si porrebbe a suo avviso come troppo perentoria.

Lo Studioso rileva poi che sia nella *mancipatio*, se non si tratta di immobili (Gai. 4.131a: 172 nt. 260), sia nella *iure cessio*, al termine del cui rito il magistrato assegna il bene all'attore, è implicato un trasferimento non solo della proprietà ma anche del possesso. Ciò premesso, in entrambi i casi perché la cosa si trovi nel possesso del fiduciante dovrebbe intervenire un

successivo impossessamento da parte sua «con spoglio del fiduciario». Ciò tuttavia nella *fiducia cum amico quo tutius nostrae res apud eum essent* appare pressoché un controsenso. Trattandosi invece di *fiducia* con il creditore, questi certamente reagirebbe, magari per via interdittale: anche in tal caso, insomma, rasenta il paradosso la condotta di un creditore che se ne sta inerte per un anno senza difendere la situazione giuridica a sé favorevole alla quale ha dato vita con il negozio di *fiducia*.

Le ipotesi di possesso del bene da parte del fiduciante dovuto a un suo atto unilaterale violento o clandestino sono dunque da escludersi. Vanno invece considerati i casi in cui è il fiduciario che si accorda in tal senso con il fiduciante ricorrendo in particolare ai rapporti di comodato o deposito nella *fiducia cum amico*, di locazione-conduzione o precario in quella *cum creditore*.

Nella *fiducia cum amico* il fiduciario che accetta che la cosa rimanga in detenzione presso il fiduciante a titolo di comodato dimostra di non aver interesse a valersi materialmente della stessa, mentre semmai può venire in rilievo l'interesse del fiduciante a non figurare come proprietario del bene di cui pure gli è utile mantenere la *naturalis possessio*. Di più difficile configurabilità appare un'ipotesi di *fiducia* in cui la *res* rimanga presso il fiduciante a titolo di deposito: lo Studioso (174 nt. 265) ipotizza che l'amico possa essere disposto ad assumere la proprietà del bene, ma non lo sia per quanto concerne il rischio relativo alla perdita oggettiva del medesimo, onde in virtù del deposito tale alea ricadrebbe sul fiduciante. La congettura è ingegnosa, ma la responsabilità del depositario è lieve, limitandosi al dolo e alla *culpa lata*, onde una cautela del genere non risulterebbe molto efficace perché il perimento della cosa per colpa del depositario non eliminerebbe la responsabilità legata alla *fiducia*, onde anche in tal senso sembra più funzionale il comodato.

In ogni caso peraltro la richiesta di *restitutio* del bene varrebbe come manifestazione della volontà del fiduciante – comodatario o depositario che sia – di mutare la propria detenzione in possesso. Nella *fiducia* a scopo di garanzia, anche in caso di concessione del bene in conduzione o a precario, una volta pagato il debito, al fiduciante si apre la via dell'*usureceptio*, dal momento che stando a Gai. 2.60 i due precedenti titoli la disattivano a debito non ancora estinto ma non risultano più ostativi *soluta pecunia*: in base a tale incontestabile premessa, secondo l'Autore, poiché l'avvenuto

adempimento sortisce l'effetto di spostare l'interesse tutelato dal fiduciario al fiduciante, in modo non dissimile dalle precedenti ipotesi la richiesta di restituzione reale da parte di quest'ultimo varrebbe a provocare l'*interversio possessionis* necessaria al prodursi della *usucapio*. Vengono infine esaminati due frammenti del Digesto: nel primo (D. 43.26.11) Celso afferma che nella *fiducia* (così va mutato il riferimento al *pignus*) *soluta pecunia precarium solvitur*; nel secondo (D. 41.2.36) Giuliano spiega che il soggetto che dà (*tradit*) in pegno un fondo – ma secondo l'Autore e altri il giureconsulto parlava di una *mancipatio fiduciae causa – intellegitur possidere* e anche se il creditore gli ha concesso il bene a precario può usucapirlo: lo Studioso propone di inserire nel passo la precisazione *soluta pecunia*, in modo tale che il fiduciante che ha pagato il debito può essere considerato possessore e valersi dell'*usureceptio* nonostante abbia ricevuto la *res* a precario.

È invece sicuro che, a debito non ancora estinto, l'averne presso di sé il bene in conduzione o in graziosa concessione impedisce al fiduciante l'*usureceptio* (Gai. 2.60): ciò per l'Autore è dovuto all'inoperatività della *interversio possessionis* a tutela dell'interesse del fiduciario.

Invero, stante la ben nota regola dei *veteres* “*nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest*” (D. 41.2.3.19 [Paul. 54 *ad ed.*]), i riferimenti all'interversione del possesso destano d'acchito qualche perplessità e non inducono a un immediato accoglimento; tuttavia, *re melius perpensa*, bisogna ammettere che se un fiduciante conduttore, *soluta pecunia*, diventa in grado di usucapire in carenza di ogni intervento del locatore o di altri, significa che la sua detenzione si è trasformata autonomamente in possesso. E se nella predetta evenienza si può (forse) invocare a fondamento la richiesta di restituzione del fiduciante, e soprattutto l'assenza di lesione, in altri casi ciò è da escludersi *a priori*: qualora – poniamo – il fiduciante sia detentore in quanto depositario³³, si vale ugualmente dell'*usureceptio* anche *nondum soluta pecunia*, poiché Gai. 2.60 specifica che i soli casi in cui a debito non ancora pagato l'*usureceptio* non ha luogo sono quelli della conduzione e del precario³⁴. L'anomalia dell'*usureceptio* appare in tal senso più profonda rispetto a quella dell'*usucapio pro herede*, rendendola – almeno nella visuale

33. Si tratta di un'ipotesi che l'Autore ammette (174 n. 264).

34. Gaio in realtà esprime il principio con andamento espositivo inverso: quando il debito non è ancora pagato l'*usureceptio* compete soltanto se il debitore non abbia ottenuto la cosa in conduzione o a precario, ma ai nostri fini i termini della questione non sono destinati a cambiare. Probabilmente l'impostazione di tale insegnamento è dovuta alla frequenza con

classica – una sorta di terra di nessuno, poiché ha luogo senza buona fede, senza titolo, e in più di un caso addirittura senza possesso, giacché questo, in ultima analisi, è il risultato pratico dell'interversione.

In definitiva, sembra potersi concludere che in caso di *fiducia cum creditore* in particolare avente come oggetto un immobile – il cui rilascio in età classica non è contestuale all'atto traslativo – non doveva risultare infrequente che il fondo non venisse occupato dal fiduciario, il quale si riteneva sufficientemente forte della titolarità del bene presidiata dall'azione di rivendica esperibile nei confronti del fiduciante e di chiunque altro. Non andava però trascurata, da parte sua, l'insidia legata all'*usureceptio* e, per non correre rischi inutili, era opportuno che si cautelasse ricorrendo alla locazione-conduzione o al precario, ai quali tra l'altro erano pure connessi concreti vantaggi economici, assicurandogli nel primo caso proventi, risparmiandogli spese nel secondo.

Come si è detto, il fiduciario è proprietario della *res*. In quanto tale, ne acquista i proventi imputandoli alla *sors debiti*, che così pertanto diminuisce (P.S. 2.13.2); può esperire la *rei vindicatio* nei confronti di tutti, fiduciante compreso (V.F. 94 [= D. 24.3.49.1, Paul. 7 *resp.*]; dubbio P.S. 5.26.4); in caso di furto dell'oggetto della *fiducia*, oltre all'*actio furti* che spetta a chiunque abbia interesse, può intentare la *condictio furtiva* che compete al solo proprietario (D. 13.7.22 pr. [Ulp. 30 *ad ed.*]); è in grado di disporre validamente del bene *mortis causa* mediante un legato *per vindicationem* (P.S. 2.13.6): in tal caso il fiduciante potrà convenire con l'*actio fiduciae* tutti gli eredi. Poiché il fiduciario può parimenti disporre della *res* anche *inter vivos*, il terzo che da lui acquista la proprietà del bene non può essere colpito da alcuna azione del fiduciante, al quale sarà soltanto possibile agire nei confronti del fiduciario con l'*actio fiduciae*: Fragm. Vat. 18 è un testo gravemente mutilo, ma l'integrazione del Huschke è attendibile, e del resto l'inopponibilità ai terzi della *fiducia* è del tutto conforme ai principî: chi acquista dal fiduciario, ossia dal *dominus*, in base ai canoni che reggono l'atto traslativo adibito, acquista bene: il vincolo obbligatorio che lega quest'ultimo al fiduciante è per lui *res inter alios acta*, per cui un *ius sequelae* in capo al fiduciante appare privo di fondamento. È parimenti inoppugnabile la manumissione del servo oggetto della *fiducia* da parte del fiduciario (D. 19.1.23 [Iul. 13 *dig.*]). Infine – come si apprende da Gai.

cui il fiduciario ricorreva in chiave tuzioristica alle citate forme di concessione.

2.60 più volte citato – il fiduciante può concedere la *res* in conduzione e a precario (onde evitare l'*usureptio* cioè appare anzi conveniente), ma anche a titolo diverso (D. 44.7.16 [Iul. 13 *dig.*]).

Dopo quelli compiuti dal fiduciario vengono esaminati gli atti di disposizioni posti in essere dal fiduciante. Egli, come già si è detto, può vendere il bene trasmesso *fiduciae causa*: in tal modo, con la somma ricevuta a titolo di prezzo può estinguere il debito e, recuperata la cosa, trasferirla al compratore (P.S. 2.13.3). Secondo l'Autore Il fiduciante può inoltre compiere la *noxae deditio* del servo che, trasmesso *fiduciae causa*, ha commesso un furto ai danni del fiduciario, e se gli era noto il vizio dello schiavo ne risponderà anche in forza dell'*actio fiduciae contraria* (D. 13.7.31 [Afr. 8 *quaest.*): c'è chi ritiene che ciò sia dovuto al persistere in capo al fiduciante di una sorta di situazione proprietaria, mentre altri sono dell'avviso che ciò dipenderebbe dalla potestà esercitata dal fiduciante sul servo che si trovi ancora presso di lui, e che pertanto si verificherebbe solo in tale caso; lo Studioso però rileva che dal testo di Africano sembra potersi evincere che il servo dimori presso il fiduciario. Poiché Gaio (4.78) avverte che il *dominus* di un servo che ha commesso ai suoi danni un delitto non ha azione in quanto non può agire contro se stesso, il discorso di Africano si spiegherebbe soltanto in virtù di una proprietà – scrive interrogativamente lo Studioso (196) – «sopita? quiescente?» del fiduciante, la quale in tale evenienza “si risveglia” determinando la responsabilità nossale³⁵. Un altro testo sembra deporre per la responsabilità nossale del fiduciante anche verso i terzi (D. 9.4.22 pr. [Paul 18 *ad ed.*]).

Poiché si tratta di legato reale, il fiduciante non può disporre dell'oggetto della *fiducia* con il *legatum per vindicationem* (P.S. 3.6.69), ma può, in via eccezionale e secondo l'opinione dei Sabiniani, disporre un legato *per praeceptionem*, benché anch'esso sia un legato reale: in tal caso i coeredi possono essere costretti *officio iudicis* a svincolare il debito consentendo al legatario di acquistare il lascito (Gai. 2.220). Egli inoltre è legittimato a intentare l'*actio furti* (D. 47.2.14.5-7 [Ulp. 29 *ad Sab.*]).

35. È peraltro evidente che il problema non si porrebbe ritenendo che il testo anche in origine si riferisse a uno schiavo dato in pegno. In via teorica - e sul piano di una mera congettura - non escluderei che in caso di *fiducia cum creditore*, quest'ultimo, leso dal delitto del servo, non abbia azione contro il fiduciante finché il negozio di *fiducia* è operativo, e che la responsabilità nossale di quest'ultimo - da considerarsi, se si vuole, quiescente - “si risvegli” una volta che, per restituzione *soluta pecunia* o anche per *usureptio*, la proprietà dello schiavo sia ritornata in capo al fiduciante (qualche assonanza in Gai. 4.78).

Nelle conclusioni interinali (199-200) l'Autore ribadisce che alla dicotomia relativa alla *fiducia cum creditore* e a quella *cum amico*, che figura in Gai. 2.60, non si può attribuire un valore assoluto, dal momento che la stessa è unicamente finalizzata a spiegare in quali casi si verifica l'*usureceptio*, che ovviamente riguarda solo la *fiducia* "patrimoniale", pertanto, circa le potenziali applicazioni della *fiducia* la predetta partizione bipolare non deve ritenersi esaustiva. Una differenza rilevante tra la *fiducia cum creditore* e quella *cum amico* risiede nel dato per cui la prima «è definita in relazione alla sua oggettiva funzione», cioè dare vita a una forma reale di garanzia che assorbe i motivi delle parti che la costituiscono, mentre la seconda si connota per una destinazione soggettiva propria del fiduciante che si esprime nella proposizione *quod tutius apud eum res nostrae essent*. Entrambe le tipologie comportano comunque la trasmissione della proprietà e, sul piano obbligatorio, il dovere di comportarsi *ut inter bonos agier oportet e sine fraudatione*.

Delineati in via preliminare i caratteri comuni, si passa allo studio delle singole applicazioni della *fiducia* "patrimoniale".

La *fiducia cum creditore*, anche in rapporto allo stato delle fonti, è la versione negoziale che finora ha ricevuto la più compiuta sistemazione dottrina. Nello specifico, il debitore fiduciante deve adempiere l'obbligazione corrispondendo integralmente l'ammontare del capitale e degli interessi, nonché rimborsando le spese erogate dal fiduciario a beneficio della *res* trasmessagli in proprietà (D. 13.7.8.5 [Pomp. 35 *ad Sab.*]). Pertanto un pagamento parziale, operato dal debitore stesso o *pro quota* da uno dei suoi eredi, non impedisce la vendita del bene (D. 13.7.8.2-3 [Pomp. 35 *ad Sab.*]). Per conseguire il recupero delle spese necessarie, il fiduciario oltre a disporre del *ius retentionis*, può valersi dell'*actio fiduciae contraria* (D. 13.7.8 pr. [Pomp. 35 *ad Sab.*]), ma P.S. 2.13.7 attesta il diritto al rimborso pure delle spese utili. Il che trova conferma in un passo attribuito a Paolo ma per il Lenel di Ulpiano (31 *ad ed.* D. 13.7.25): se il creditore istruisce in un mestiere i servi ricevuti in *fiducia*, avrà l'*actio contraria* qualora costoro al mestiere già siano avviati o se egli abbia fatto ciò col consenso del debitore. Diversamente, tale azione gli compete se ha istruito i servi a mestieri necessari, ma non per un ammontare di spese che costringano il debitore a privarsi dei servi; e lo stesso dicasi se oggetto della *fiducia* è un fondo di grande estensione ricevuto da un soggetto che a stento è in

condizione di riscattarlo e coltivarlo³⁶, reso poi di grande valore grazie agli investimenti del fiduciario. Il giudice pertanto dovrà valutare *medie* tra le posizioni di un debitore ostico e quello di un creditore esoso. Inoltre, ancora il *fiduciario* avrà diritto al risarcimento dei danni subiti (D. 13.7.31 [Afr. 8 *quaest.*]), ma dovrà dedurre dal proprio credito i frutti percepiti dalla cosa ottenuta in garanzia (P.S. 2.13.2).

L'aspetto della *fiducia cum creditore* che continua a registrare opinioni divaricate è quello relativo ai mezzi di soddisfazione del creditore in caso di inadempimento dell'obbligazione garantita. Si discute se il fiduciario sia legittimato a tenere stabilmente la *res*, peraltro di sua proprietà, o se invece debba comunque operarne la vendita all'asta tentando di ottenere il corrispettivo più alto a vantaggio del debitore al quale restituire l'eccedenza; o addirittura, mancando una specifica *pactio* specifica, se egli rimanga tenuto a conservare la garanzia virtualmente *sine die*. In via di principio, il regime commissorio non giova al debitore in tutti i casi, assai frequenti, in cui il valore del bene è superiore all'ammontare del credito, ma talora può essere poco conveniente anche per il creditore, magari costretto a sopportare spese e, se lo ha concesso in conduzione o a precario, impegnato in un recupero del bene non sempre esente da difficoltà. In caso di vendita all'incanto può invece contare sulla collaborazione del debitore, per esempio nel procurare un ampio numero di partecipanti, e potrà anche affidare l'operazione a esperti *auktionarii* in grado di risparmiargli fatiche e fastidi.

Le testimonianze più risalenti di *pactum vendendi* sono reperibili nella *Tabula Baetica* e in un testo di Pomponio (13 *ad Sab.* D. 13.7.6 pr.), anche se quest'ultimo è una sorta di *crux interpretum*. Dal passo citato, che si caratterizza per un *ductus* espositivo non troppo lineare, sembra potersi evincere che secondo Sabino (commentato da Pomponio) un'eventuale pattuizione consentiva al pignoratario (fiduciario) di vendere la *res*, ma non lo obbligava a farlo nonostante l'insolubilità dell'oppignorante (fiduciante), in quanto tale *pactio* era da intendersi nell'interesse del creditore (è tuttavia incerto se questo sia un dato assoluto oppure legato al tenore della contingente *conventio*); Atilicino però riteneva che talora il creditore potesse essere costretto a vendere il bene, per esempio se il valore di questo era assai

36. Tuttavia nell'espressione '*puta saltum grande [pignori] <fiduciae> datum ab homine, qui vix luere potest, nedum excolere*', '*luere*' non si riferisce all'irrigazione del fondo (204), ma al riscatto del medesimo, che al fiduciante risulta difficile, come del resto la sua coltivazione.

superiore al debito o se una *venditio* ritardata era prevedibilmente sfavorevole, adombrando perciò la rilevanza anche di un interesse del debitore. E pare concludersi – *sententia* di Pomponio, o, secondo alcuni interpolazione – che colui che ha dato il pegno (l’oggetto in *fiducia*) possa venderlo e con il ricavato estinguere il debito, e, questa la chiusa del paragrafo, che sarebbe *inhumanum* costringere alla vendita un creditore *invitus*. Tuttavia stabilire se il testo riguardasse in origine la *fiducia* e sia stato convertito dai compilatori in una *quaestio de pignore*, oppure se la sua formulazione non sia mai mutata è problema insolubile. Secondo il Marra, incline alla prima ipotesi, è comunque fuori di dubbio che già all’epoca di Sabino era invalso l’uso di vendere all’incanto i beni dati in garanzia fiduciaria, e la costrizione a vendere nei confronti del creditore di cui parla la fonte meglio si addice all’ambito della *fiducia*, ove il creditore stesso è *dominus* del bene. In P.S. 2.13.5 il patto che vieta al creditore di vendere la *fiducia* è visto con sfavore e in caso di inadempimento non impedisce che, previa *denuntiatio*, si possa procedere all’alienazione. Con riferimento all’età severiana il passo, secondo l’Autore, depone per una generale applicazione del *ius vendendi* a scapito di un esito commissorio. Valutato un complesso di fonti che presenta diversi profili di incertezza, l’Autore ritiene che non sia dato escludere né un regime commissorio legale, per cui il creditore potrebbe far propria la garanzia corrispondendo al debitore la differenza tra il valore della *res* e l’ammontare del debito, né una disciplina analoga di natura convenzionale, sulla base di un patto marciano coniugabile con un obbligo fiduciario, per esempio sul presupposto di un uguale valore della cosa e del debito, o come conseguenza di infruttuosi tentativi di vendita all’asta.

Anche la procedura esecutiva alla quale dà luogo l’inadempimento del fiduciante deve essere improntata al noto principio “*ut inter bonos bene agier oportet*”, come attestano fonti documentali – in particolare quelle puteolane dell’archivio dei Sulpici –, alcuni passi delle *Pauli Sententiae* e vari frammenti del Digesto. Così non si comporta secondo buona fede il creditore che abbia venduto la *fiducia* aggiungendo il patto dell’*in diem addictio* e non tenga conto di una successiva (non dolosa) migliore offerta (D. 18.2.10 [Iul. 13 *dig.*]); se nel ricorso alla vendita il creditore non si sia comportato da galantuomo, il minore può ottenere l’*in integrum restitutio* quanto alla *distractio* dei beni dati in *fiducia* dal padre (P.S. 1.9.8); il rischio per l’evizione della *res* venduta ricade in sostanza sul fiduciante,

verso il quale il fiduciario che abbia operato in modo corretto ha diritto al regresso (D. 13.7.8.1 [Pomp. 35 *ad Sab.*]; D. 13.7.22.4 [Ulp. 30 *ad ed.*]); il fiduciante che possedeva la *res* a precario o la deteneva in conduzione, dopo la vendita della stessa deve restituirla al fiduciario o al compratore; se la vendita ha prodotto un ricavo inferiore al debito, il fiduciante rimane obbligato per il residuo, se maggiore, l'eccedenza gli va corrisposta (P.S. 2.13.1), insieme con gli interessi maturati dall'eventuale prestito di tale somma (D. 13.7.6.1 [Pomp. 35 *ad Sab.*]); per esigere il *superfluum*, a parere di Ulpiano, il fiduciante deve attendere che il compratore abbia pagato il prezzo: qualora manifesti urgenza, può ottenere dal fiduciario mandato ad agire contro il compratore, ma accollandosi il rischio della sua insolvenza. Ciò appare in contrasto con D. 13.7.42 (Pap. 3 *resp.*), ove tale facoltà di delega è negata. È ovviamente possibile che l'uno o l'altro testo – se non entrambi – siano interpolati, ma è anche da ammettersi una divergenza di opinioni giurisprudenziali. Tra i due passi, peraltro, l'unico che reca una contraddizione interna è quello di Papiniano perché vi si parla di restituzione da parte del fiduciario del “*superfluum pretii cum usuris*”, per cui è evidente che il creditore ha già ottenuto dal compratore il denaro, tanto che lo ha pure dato in prestito: così non si spiega come possa poi delegare il debitore secondo ciò che viene detto in seguito. A mio avviso, sul piano logico o si espunge ‘*cum usuris*’ o si elimina la chiusa ‘*nec audiendum-gerat*’: solo a quest'ultima possibilità accenna rapidamente l'Autore (228 nt. 432), ma è forse più probabile che glossematico sia il breve sintagma ‘*cum usuris*’, frutto del maldestro tentativo di completare il responso papiniano con il dato che si ricava da D. 13.7.6.1 di Pomponio, citato poco sopra.

La sezione IV del capitolo III reca il titolo «Alla ricerca della *fiducia cum amico*», e si deve riconoscere che la scelta è appropriata perché, come precisa *in limine* l'Autore (228), se non è facile rinvenire nei frammenti del Digesto in tema di *pignus* un originario e attendibile riferimento alla *fiducia cum creditore*, ancora più arduo risulta individuare in quelli in tema di deposito e comodato una veste testuale primigenia relativa alla *fiducia cum amico*. Peraltro, anche per non incorrere in errori di prospettiva, si può rilevare – a mio avviso – che, stante l'indefinita sfera di operatività della *fiducia cum amico* che emerge dalla presente ricerca, è proprio partendo dal Digesto e muovendosi a ritroso in chiave interpolazionistica, che si è

tendenzialmente creato in dottrina il noto rapporto preferenziale di questa applicazione fiduciaria con le finalità proprie del deposito e del comodato.

Vengono poi allineati alcuni frammenti in cui si è pensato di rinvenire tracce della *fiducia cum amico*, ma in genere le basi sono labili e talora legate pressoché *in toto* alla mera teoria del possibile. Poiché nel Digesto i riferimenti alla *fiducia* sono stati sistematicamente eliminati e sovente sostituiti con quelli relativi ai due citati contratti reali, appare ovvio che unica via percorribile è quella legata all'indagine stratigrafica, tuttavia affidarsi, come talora è avvenuto, a una sostituzione tendenzialmente meccanicistica è tanto discutibile quanto poco proficuo sul piano euristico relativo al nostro istituto: l'Autore ne è consapevole³⁷ e valuta con ragionevole prudenza i testi in oggetto, mostrandosi in genere incline a escluderne la rilevanza. Il passo che appare più conferente è D. 27.3.5 (Ulp. 43 *ad Sab.*), in cui si prospetta il caso del tutore che ha ricevuto in deposito o comodato una *res* dal padre del pupillo e non la restituisce a quest'ultimo divenuto erede del genitore. Il pupillo – vi si dice – avrà non solo l'*actio depositi* o *commodati* ma anche l'*actio tutelae*. E se il tutore ha ricevuto del denaro per la *restitutio*, tale somma potrà essere domandata con le medesime azioni o con la *condictio*. A prescindere, sul piano formale, dall'inserimento un po' forzoso dei riferimenti ai due contratti reali, non si capisce perché al pupillo non spetti anche la *rei vindicatio*, visto che è succeduto al padre, e ciò può forse spiegarsi ritenendo che quest'ultimo avesse trasferito al tutore la proprietà del bene *fiduciae causa*.

A quelli citati dal Marra³⁸ si potrebbe aggiungere D. 16.3.32 (Cels. 11 *dig.*), la celebre *lex Nervae* oggetto di un'imponente mole di studi, in cui Celso afferma che il depositario è tenuto in base alla *diligentia quam in suis*, mentre è noto che in età classica per il principio dell'*utilitas contrahentium* egli risponde soltanto per dolo, al quale è equiparata la *culpa lata*. Abbastanza di recente Gianni Santucci³⁹, riprendendo l'ipotesi di precedenti studiosi, ha creduto di intravedervi un originario riferimento alla *fiducia*,

37. Del resto lo aveva premesso nelle considerazioni introduttive di cui al capitolo I (12).

38. Oltre a D. 27.3.5 (Ulp. 43 *ad Sab.*) considerato nel testo, D. 45.3.6 (Pomp. 26 *ad Sab.*); D. 44.7.12 (Pomp. 29 *ad Sab.*); D. 13.6.18.1 (Gai. 9 *ad ed. prov.*); D. 15.1.27 pr. (Gai. 9 *ad ed. prov.*); D. 9.4.22 pr.-1 (Paul 18 *ad ed.*). In precedenza sono stati esaminati D. 44.7.16 (Iul. 13 *dig.*) e D. 13.7.31 (Afr. 8 *quaest.*) in quanto relativi alle due applicazioni della *fiducia*.

39. *La diligentia qam in suis come criterio di responsabilità del fiduciario*, in AA. VV.,

tanto più che tale parametro di *culpa-diligentia* connota situazioni i cui titolari, *domini* o a questi assimilati, debbono comunque rendere conto della loro gestione di beni propri o altrui (coerede, socio, marito circa le cose dotali, tutore).

Viene infine riferita e valutata una tesi formulata da Bernardo Albanese nei primi anni Sessanta, secondo la quale la figura dell'*amicus*, di particolare rilievo nel mondo romano sul piano sociale e politico, si caratterizzerebbe anche per una connotazione che la delinea oggettivamente rendendola riconoscibile a determinati fini giuridici: un'*amicitia*, pertanto, in senso tecnico-giuridico, la quale si appaleserebbe in base a determinati presupposti, e dunque individuabile dai terzi e dall'ordinamento. La predetta autorevole teoria è stata di recente sottoposta a critica e il Marra, dal canto suo, ritiene che tale profilo sia comunque estraneo alla *fiducia cum amico*, il che porta a escludere limitazioni di sorta a carico del fiduciante circa la scelta del fiduciario. Il vincolo di amicizia non è pertanto un *quiddam* insito nella struttura negoziale, che coincide con quella della *fiducia cum creditore*, e la sua rilevanza è unicamente di natura logica, in quanto pressoché sempre la scelta ricadrà su una persona che si considera leale e affidabile; al contempo tuttavia nulla impedisce che si possa – e magari, in particolari circostanze, si debba – rivolgersi a un soggetto a cui non si è legati da alcun vincolo amicale.

La figura della c.d. *fiducia manumissionis causa* si presenta assai problematica, *in primis* quanto all'*an* legato alla sua stessa esistenza. In diversi passi del Digesto si parla di vendite o di donazioni di servi accompagnate dalla condizione che essi vengano affrancati, né mancano casi in cui il padrone riceve da taluno del denaro perché manometta un proprio servo o un *liber homo bona fide serviens*; nonché, infine, ciò che in questa sede interessa, in cui Tizio consegna a Caio – ma in origine si trattava di *mancipatio* – uno o più schiavi perché quest'ultimo che ne è divenuto proprietario operi la *manumissio*. Le ultime fattispecie nella nuova ottica giustiniana sono inserite

Fides, fiducia, fidelitas. Studi di storia del diritto e di semantica storica, a cura di L. Peppe, Padova 2008, 243-289 (in particolare 288-289); (assai di recente) *Diligentia quam in suis (Profili di storia e dogmatica)*, in *Le parole del diritto. Scritti in onore di C. Castronovo*, I, Napoli 2018, 553 n. 56. Benché non figuri nell'indice degli autori, nel libro qui recensito (279-281) il primo saggio del Santucci risulta citato, ancora in tema di responsabilità del fiduciario ma in rapporto a un altro frammento (D. 13.6.17 pr. [Gai. 9 *ad ed. prov.*]) e con riferimento alla *fiducia cum creditore*.

nella sfera del mandato, ma ampia parte della dottrina li ritiene originari casi di *fiducia manumissionis causa*, ove il fiduciario, anziché restituirlo, si trova obbligato a liberare lo schiavo. Per la presenza nella configurazione della fattispecie del negozio traslativo e dell'accordo di manumissione, anche il Marra tende a escludere che si possa attribuire al diritto classico il coinvolgimento del contratto di mandato⁴⁰.

L'origine di questa versione fiduciaria viene in genere ricollegata all'intento di eludere i limiti alle manumissioni imposti dalle *leges Fufia Caninia* (2 a. C.) e *Aelia Sentia* (4 d.C.), e dopo che un simile tentativo fu reso vano dalla giurisprudenza, a evenienze in cui un soggetto per i motivi più vari si trovava impossibilitato, o comunque in difficoltà, in ordine alla *manumissio* di propri servi. È intuitivo che tale *fiducia manumissionis causa* non trova accoglimento presso coloro che individuano l'essenza della *fiducia* nell'obbligazione di restituire, ma un tale preteso sbarramento dogmatico, come si è detto, è giudicato dallo Studioso privo di valida ragione. Secondo l'Autore gli unici tre testi che consentono di configurare una *fiducia manumissionis causa* sono D. 17.1.30 (Iul. 13 *dig.*), D. 17.1.27.1 (Gai. 9 *ad ed prov.*) e D. 12.4.5.1 (Ulp. 2 *disp.*), in cui tuttavia si focalizza una fattispecie abbastanza peculiare, caratterizzata dal fatto che il *mancipio accipiens*, pur informato del "pentimento" del *mancipio dans* in ordine alla programmata manumissione del servo prevista entro un apprezzabile lasso di tempo dall'atto di trasferimento, ha ugualmente proceduto ad affrancarlo. Ovviamente la libertà concessa non è revocabile, come del resto non si possono invalidare le alienazioni compiute dal fiduciario, ma quest'ultimo subisce la condanna pecuniaria aggravata dall'*infamia*. Si tratterebbe in definitiva di un caso di concessione in via utile dell'*actio fiduciae*, restando pure plausibile l'ipotesi che altri giuristi vedessero nella nostra fattispecie un contratto innominato difeso dall'*actio praescriptis verbis*.

Non è peraltro da accogliersi la motivazione legata alla volontà di aggirare i divieti delle leggi augustee in tema di manumissioni, non solo e non tanto perché la reazione tesa a vanificare tale espediente fu immediata (D. 40.9.7.1 [Iul. 2 *ad Urs. Fer.*], ove si cita Proculo), ma anche, e soprattutto,

40. Che i testi citati a pagina 253 depongano in tal senso è plausibile, ma non mi sembra convincente il rilievo di cui a nota 538, dal quale si evincerebbe che Tizio non possa conferire mandato di manomettere un proprio servo una volta che lo stesso sia trasmesso in proprietà al mandatario per impossibilità dell'oggetto. Il trasferimento si porrà in tal caso come *condicio iuris*,

perché dai testi citati sembra potersi evincere «una lunga maturazione della fattispecie ed una sua origine più risalente» (269). Le ragioni alla base del ricorso alla *fiducia manumissionis causa* sono da ricercare, per esempio, nella impossibilità del padrone a essere presente nel momento in cui aveva programmato la liberazione dello schiavo (*a maiori* se dopo la propria morte); quando desiderava far acquistare al fiduciario il diritto di patronato; quando intendeva lasciare al fiduciario un periodo di fruizione delle utilità derivanti dal servo fino al termine comunque previsto per la sua affrancazione; in tutti i casi infine in cui, per le più svariate cause, intendeva non essere egli stesso il manomissore.

Inoltre l'applicazione fiduciaria presuppone il passaggio del servo nella proprietà quiritaria del fiduciario; la manumissione di cui si tratta deve essere giusta e legittima, idonea a far conseguire al servo libertà e cittadinanza romana; è necessario che questi sia nel possesso del fiduciario al momento della *manumissio*, non prima, con attenzione però alla nota possibile operatività dell'*usureceptio*. Il fiduciario deve, di regola, comportarsi da galantuomo, e dovrà pure farsi carico delle spese implicate, avendo tuttavia il diritto al rimborso di quelle necessarie e utili nonché al risarcimento dei danni sofferti.

Quanto al profilo della responsabilità, l'ultimo argomento trattato nella monografia, non poteva non coinvolgere anche la *fiducia* la nota impostazione, a lungo maggioritaria e difesa da illustri fautori, che attribuiva ai giustinianeî il duplice parametro del dolo e della colpa, ricollegando al pensiero della giurisprudenza classica – nell'ambito della responsabilità detta allora “soggettiva” – pressoché il solo referente del dolo, sia pure inteso in modo più duttile rispetto al concetto attuale e tale da includere anche il cosciente mancato impiego della diligenza richiesta dal caso concreto. Si comprende pertanto che un testo come Coll. 10.2.2 (Mod. 3 *diff.*), il quale è ancora al *dolus* e alla *culpa* il parametro di valutazione della responsabilità da adottarsi nel *iudicium fiduciae*, sia apparso riferibile al solo diritto postclassico ritenendo che nell'età anteriore il fiduciario dovesse rispondere soltanto per dolo, e come parimenti sia stata esclusa la genuinità di quei passi in cui si fa riferimento alla *culpa*. Anche se ormai tale impostazione appare superata, il testo di Modestino restituito dalla *Collatio* non manca di presentare problemi, in quanto nel paragrafo precedente il giurista tardo-classico si era occupato della responsabilità del comodatario e ora spiega

che lo stesso principio dell'*utilitas contrahentium* opera anche con riferimento ad altre figure giuridiche ove si riscontra il vantaggio di ambedue i contraenti, come la *fiducia* e il rapporto dotale: proprio tale elemento, in particolare nella *fiducia cum amico*, non può dirsi di immediata evidenza. L'Autore ritiene che si possa superare l'*impasse* ricollegando alla *fiducia* una presenza dell'*utilitas contrahentium* non stabile e caratterizzante, ma che viene in rilievo a seconda delle specifiche circostanze.

Una volta ammessa la classicità del parametro di responsabilità della *culpa*, rimane tuttavia da determinare il grado della stessa. In un passo di Gaio (9 *ad ed. prov.* D. 13.6.18 pr.) si legge che quando nel comodato l'*utilitas* è propria di entrambe le parti (per esempio prestito di argenteria al fine di invitare a cena a casa del comodatario un amico comune), l'*aestimatio cul-pae* dovrebbe atteggiarsi come nel pegno e nella dote (*sicut in rebus pignori datis et dotalibus aestimari solet*). Presupponendo che *pignori* sia un'interpolazione per *fiduciae*, poiché è certo che quanto alle cose dotali il marito deve adibire la *diligentia quam in suis*, parte della dottrina ha concluso che su questa si attesterebbe anche la responsabilità del fiduciario⁴¹.

4. Le conclusioni generali, di cui al finale capitolo IV (283-289), in parte riprendono in parte ampliano e precisano le conclusioni parziali che il libro, a fini di chiarezza, presenta al termine di ciascun argomento di ampio respiro. Dopo avere ricordato i tre casi di negozi giuridici “base” affiancati da una versione fiduciaria – *coemptio* e *coemptio fiduciae causa*; *mancipatio filii* e *mancipatio filii fiduciae causa*; *mancipatio rerum* e *mancipatio rerum fiduciae causa* – l'Autore spiega la ragione per cui l'*in iure cessio* entra in causa soltanto in quest'ultima applicazione e rimane invece estranea all'area della *fiducia* “personale”. Ciò è dovuto al fatto che nell'ambito del diritto delle persone la *mancipatio* non rende il *mancipio accipens* titolare della stessa situazione giuridica che fa capo al *mancipio dans*, dando luogo a un assetto nuovo e diverso: il *coemptionator*, per esempio, acquista la titolarità della *manus* sulla donna, che però come tale non gli è stata trasferita da alcuno; pertanto l'*in iure cessio* è inidonea perché per sua natura trasmette al cessionario esattamente lo stesso diritto di cui era titolare il cedente, il che in effetti avviene nella *fiducia* “patrimoniale”, *cum amico* e *cum creditore*.

41. In proposito si veda anche *supra* nota 39.

Sulla stessa falsariga si comprende perché la *traditio*, pur esclusivamente nella *fiducia cum creditore e cum amico*, non può essere adibita quale atto traslativo. Nella *fiducia* “patrimoniale” si stagliano in modo chiaro – fuori cioè dall’involucro di *coemptio, emancipatio, adoptio* – i puri negozi “base”, ossia la *mancipatio* e la *in iure cessio*, ambedue astratti, il cui effetto tipico è il trasferimento della proprietà sulle *res* (irrilevante ora il diverso spettro di azione). Ecco quindi che la *causa fiduciae* si accompagna a questi atti giuridici che di per sé trasferiscono il *dominium* indipendentemente da una causa, e su tale specifico effetto la causa fiduciaria non incide: lo trova già prodotto e, come dire, va oltre, proprio perché la *fiducia* «ha bisogno di effetti giuridici dell’atto già definiti su cui intervenire orientandoli» (285). La *traditio* (traslativa) invece, per produrre il suo effetto tipico di trasmettere la proprietà ha bisogno di una *iusta causa*, che però non può essere la *causa fiduciae*, proprio perché essa è inidonea a dar luogo agli effetti canonici del negozio sul quale si inserisce: si tratta di una funzione vicariante che le è del tutto estranea. In altri termini – per rendere rapidamente l’idea –, la *causa fiduciae* necessiterebbe di una *traditio* che già in autonomia fosse in grado di produrre l’effetto reale senza il condizionamento implicato da una causa diversa (*credendi, venditionis, donationis, dotis, solutionis*), e ciò sul piano logico-dogmatico vale a escluderla dalle *iustae causae traditionis*⁴².

Sul piano degli effetti, va premesso che in ogni applicazione della *fiducia* è rinvenibile un’intesa fiduciaria che sempre si unisce a un atto solenne e astratto. Quest’ultimo produce effetti validi *erga omnes*: per esempio, nella *coemptio fiduciae causa* con il proprio marito si determina il sorgere della *manus* sulla donna come nella *coemptio matrimonii causa* perché medesimi sono i presupposti. Tuttavia la *causa fiduciae* interviene imponendo il rispetto dell’accordo qualunque sia il suo oggetto, così – restando sempre nella precedente ipotesi – la donna può pretendere di essere mancipata a persona da lei scelta, disponendo in caso contrario del rimedio legato al

42. Premesso che si tratta di una spiegazione esemplare, con riferimento alla *causa fiduciae* forse non è opportuno, esclusivamente per ragioni di chiarezza, parlare di «causa “debole”» (sia pure tra apici) (285). Tale espressione si trova infatti usata in dottrina anche per qualificare la *solutionis causa* rispetto alla *traditio*, in quanto, nell’ipotesi di *indebiti solutio*, il passaggio di proprietà risulta non essere stabile poiché l’*accipiens* è tenuto alla *restitutio*. Ritornando alla *causa fiduciae*, se la stessa viene rapportata al profilo obbligatorio, in ambito contrattuale si tratta di una causa come un’altra, né debole né forte; se rapportata invece alla *traditio*, ossia all’atto a effetti reali, non è una causa *tout court*.

ripudio. Nondimeno, la *causa fiduciae* non introduce mai effetti che si pongano in rotta di collisione con quelli propri del negozio formale, pertanto non li elide né li snatura: piuttosto li plasma, rendendoli funzionali a raggiungere un determinato obiettivo. Per cui nell'esperienza giuridica romana non è riscontrabile quell'eccedenza della causa rispetto alle finalità che si propone il fiduciante che la dottrina civilistica attribuisce all'attuale negozio (o contratto) fiduciario. Sotto questo profilo si tratta pertanto di una falsa derivazione romanistica legata a una visione della dottrina tedesca dell'Ottocento.

L'obbligazione principale originata dalla *causa fiduciae* consiste nel *fidem praestare*, ossia nell'onorare l'impegno assunto con un comportamento da *vir bonus e sine fraude*: un obbligo non racchiuso entro precisi contorni ma che si attegga in modo parzialmente difforme a seconda delle situazioni specifiche, ancorché sia dato riscontrare un processo di tipizzazione degli impieghi più usuali fino ad attestarsi, nella *fiducia cum creditore*, su un assetto tendenzialmente standardizzato in senso oggettivo: fenomeno, questo, estraneo invece *fiducia cum amico*, in fondo definibile solo in negativo partendo dall'altra applicazione.

Quanto alla conoscibilità della *causa fiduciae*, ci si può chiedere se essa trovi una manifestazione esterna. Nella *mancipatio fiduciae causa* è logico credere che i testimoni, proprio in rapporto alla loro funzione, dovessero essere in grado di riconoscere la causa fiduciaria, anche se ciò non implica necessariamente una modifica del formulario negoziale, potendo anche trattarsi di un mero patto informale. Tuttavia, stando al tenore di Gai. 1.140 e 1.172, nella *mancipatio filii* con previsione di *remancipatio* interveniva una *lex mancipio dicta*. A giudizio dell'Autore lo stesso doveva plausibilmente riscontrarsi nelle altre applicazioni fiduciarie, stante anche la natura di negozio unitario che la dottrina ha riconosciuto alla *fiducia* "patrimoniale".

Non si può infine dubitare della liceità della *fiducia*, il cui scopo non è ricollegabile in alcun modo all'intento di frodare la legge. Le finalità proprie delle applicazioni fiduciarie sono pienamente lecite e queste ultime si rivelano strumenti non solo riconosciuti dall'ordinamento per raggiungere la prime ma sono anche presidiate da specifici rimedi, come l'*actio fiduciae* nella *fiducia* "patrimoniale", il ripudio da parte dell'*uxor* nella *coemptio fiduciae causa cum viro suo*, probabilmente l'*actio ad exhibendum* nella

mancipatio filii ut sibi remancipetur. «Occorre quindi – conclude l’Autore ponendo così fine anche al libro (289) – abbandonare quello che rappresenta null’altro che un vero e proprio “mito”».

5. Indipendentemente da aspetti che possono apparire meno convincenti di altri, nelle pagine precedenti si sono anche segnalate alcune mende, invero non sempre lievi. Benché in più di un caso esse appaiano dovute a un calo di attenzione – infatti si riscontrano spesso nelle note, ove talora viene abbandonato il filo principale della corrente per inseguire rivoli secondari dalla forte connotazione ipotetica –, e comunque lungi dalla volontà di enfatizzarle, la presenza di tali ombre nel libro di Paolo Marra rimane a mio avviso un peccato.

Ciò peraltro – e da opposto angolo visuale – proprio perché quello qui recensito è nel complesso un bel saggio, che si segnala per diversi, innegabili pregi: originato, come si è detto, da un’intuizione metodologica felice e che ha mantenuto le promesse; impostato come una sorta di “sistema della *fiducia*” costruito in modo coerente, il quale ha dato luogo a soluzioni originali, non di rado convincenti o comunque tali da indurre a una seria riflessione. Pagine come quelle relative alla struttura e agli elementi costitutivi del negozio fiduciario nelle sue diverse applicazioni; suggestive proposte di carattere euristico come la *coemptio matrimonii causa cum extraneo*, che parrebbe d’acchito una sorta di *nonsense*, ma che invece si fonda su un’induzione sorretta da precise basi testuali; disamine dogmatiche stringenti, come quella volta a spiegare perché la *traditio* non può essere adibita a negozio traslativo in chiave fiduciaria, la quale, nonostante sia proposta dall’Autore senza alcuna sottolineatura e in modo quasi cursorio, costituisce – tengo a ribadirlo⁴³ – l’unica spiegazione possibile sul piano tecnico, in grado di imporsi su un insieme di risposte poco puntuali e di ingiustificati *non liquet*, rendono la monografia di Paolo Marra una tappa di rilievo nello studio di quell’istituto “sommerso”, polidirezionale, con profili talora per natura indistinti, ma – ora lo si coglie in forma più compiuta – con un’anima in fondo afferrabile, al quale la stessa è dedicata.

43. Si veda la nota precedente.