

COLLANA L'UNITÀ  
DEL DIRITTO

51

# LA GARANZIA

Tradizioni storiche e modelli

*a cura di* SIMONE BENVENUTI E GIULIETTA ROSSETTI



Roma TrE-Press  
2025



*Università degli Studi Roma Tre  
Dipartimento di Giurisprudenza*

COLLANA L'UNITÀ  
DEL DIRITTO **51**

# LA GARANZIA

Tradizioni storiche e modelli

*Diciannovesime giornate di studio Roma Tre - Poitiers  
Roma, 29-30 settembre 2023*

*a cura di*  
SIMONE BENVENUTI E GIULIETTA ROSSETTI



*Roma Tre Press*  
2025

La Collana *L'unità del diritto* è stata varata su iniziativa dei docenti del Dipartimento di Giurisprudenza. Con questa Collana si intende condividere e sostenere scientificamente il progetto editoriale di Roma TrE-Press, che si propone di promuovere la cultura giuridica incentivando la ricerca e diffondendo la conoscenza mediante l'uso del formato digitale ad accesso aperto.

*Comitato scientifico della Collana:*

Paolo Alvazzi Del Frate, Roberto Baratta, Concetta Brescia Morra, Paolo Carnevale, Antonio Carratta, Mauro Catenacci, Alfonso Celotto, Carlo Colapietro, Emanuele Conte, Tommaso Dalla Massara, Carlo Fantappiè, Elena Granaglia, Giuseppe Grisi, Andrea Guaccero, Luca Luparia Donati, Francesco Macario, Luca Marafioti, Enrico Mezzetti, Giulio Napolitano, Giuseppe Palmisano, Annalisa Pessi, Giorgio Pino, Alberto Franco Pozzolo, Giampiero Proia, Giorgio Resta, Francesco Rimoli, Giuseppe Ruffini, Marco Ruotolo, Maria Alessandra Sandulli, Chris Thomale, Giuseppe Tinelli, Luisa Torchia, Mario Trapani, Vincenzo Zeno-Zencovich, Andrea Zoppini.

Collana pubblicata nel rispetto del Codice etico adottato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre, in data 22 aprile 2020.

Il volume pubblicato è stato sottoposto a previa e positiva valutazione nella modalità di referaggio *double-blind peer review*.

*Coordinamento editoriale:*

Gruppo di Lavoro *RomaTrE-Press*

Elaborazione grafica della copertina: **MOSQUITO**, [mosquitoroma.it](http://mosquitoroma.it)

Caratteri tipografici utilizzati:

Day Roman, Iowan Old Style (copertina e frontespizio)

Adobe Garamond Pro (testo)

*Impaginazione e cura editoriale:* Colitti-Roma [colitti.it](http://colitti.it)

*Edizioni: RomaTrE-Press*

Roma, maggio 2025

ISBN: 979-12-5977-464-4

<http://romatypress.uniroma3.it>

Quest'opera è assoggettata alla disciplina *Creative Commons attribution 4.0 International License* (CC BY-NC-ND 4.0) che impone l'attribuzione della paternità dell'opera, proibisce di alterarla, trasformarla o usarla per produrre un'altra opera, e ne esclude l'uso per ricavarne un profitto commerciale.



L'attività della *RomaTrE-Press* è svolta nell'ambito della  
Fondazione Roma Tre-Education, piazza della Repubblica 10, 00185 Roma

Federica Bertoldi

*Alcune riflessioni in tema di garanzie personali  
e reali nel diritto romano*

SOMMARIO: 1. I *vades* e i *praedes* – 2. Le origini delle stipulazioni di garanzia – 3. Il regresso – 4. Il *mandatum pecuniae credendae*, il *constitutum debiti alieni* e il *receptum argentarii* – 5. Cenni sulle garanzie personali nel periodo postclassico e giustiniano – 6. Le garanzie reali: la *fiducia cum creditore* – 7. *L'usureceptio* – 8. Il regime in caso di inadempimento del debitore – 9. *L'actio fiduciae* – 10. Il *pignus datum* – 11. Il *pignus conventum* – 12. Il pegno come garanzia reale – 13. Oggetto del pegno – 14. Conclusioni sulle garanzie reali.

1. I *'vades'* e i *'praedes'*

Questo contributo non si propone di essere una trattazione completa delle garanzie nel diritto romano: tale ricerca è piuttosto finalizzata a polarizzare l'attenzione su alcuni temi fondamentali.

L'espressione 'garantire' «individua certamente una situazione particolare in cui si realizza il rafforzamento della posizione creditoria: in altri termini, l'accrescimento della sicurezza del creditore di vedere realizzate le proprie aspettative»<sup>1</sup>. In linea generale, e con le dovute distinzioni, il rapporto di garanzia ha per presupposto il rapporto garantito, vale a dire il rapporto principale<sup>2</sup>.

Come ha messo in luce il De Martino, «nelle fonti romane non v'è una elaborazione dommatica del concetto di garanzia, né della struttura e della funzione dell'istituto. Le nostre moderne discussioni sul concetto di garanzia sono estranee alla giurisprudenza romana, la quale si preoccupava unicamente, almeno nell'età classica, di costruire i principi più adeguati ai bisogni della vita giuridica e perfino nei grandi sistemi di diritto civile rifuggiva da definizioni astratte e generali»<sup>3</sup>.

La garanzia di una obbligazione si realizzava, in generale, in due modi

<sup>1</sup> V. MANNINO, *Garanzie dell'obbligazione*, in *Dig. disc. priv. Sez. civ.*, vol. VIII, Torino 1992, p. 615. V. pure: P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano*, vol. I, *Le garanzie personali*, Padova 1962, p. 3.

<sup>2</sup> P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano*, vol. II, *Le garanzie reali*, Padova 1963, p. 99.

<sup>3</sup> F. DE MARTINO, *Le garanzie personali dell'obbligazione*, I, Roma 1940, p. 1.

fondamentali: mediante l'assunzione dell'impegno da parte di un terzo, il quale sussidiariamente rispondeva dell'inadempimento del creditore (garanzia personale); ovvero riconoscendo al creditore il diritto di agire senz'altro esecutivamente su di una cosa, che il debitore – o anche un terzo – poneva a sua disposizione per l'ipotesi di mancato adempimento dell'obbligazione garantita (garanzia reale)<sup>4</sup>.

Mettendo in luce le similitudini che accomunano le garanzie personali con le garanzie reali<sup>5</sup>, si può dire, sempre con le dovute differenziazioni ed eccezioni<sup>6</sup>, che carattere saliente di una garanzia è l'accessorietà, vale a dire la condizione di subordinazione in cui si trova la garanzia rispetto al rapporto obbligatorio principale; pertanto l'estinzione, o il suo equivalente, dell'obbligazione garantita comportava in generale l'estinzione della garanzia<sup>7</sup>. La terminologia di accessorietà dipende dall'impiego che i giuristi romani facevano in proposito del verbo *accedere*. Questo verbo significa 'avvicinarsi a, aggiungersi a'; *accessio* significa entità che si aggiunge a un'altra<sup>8</sup>.

Iniziando dalle garanzie personali<sup>9</sup>, esse consistono generalmente

<sup>4</sup> L. BOVE, *Pegno (diritto romano)*, in *NDDI*, XII, Torino 1965, p. 763; A. BISCARDI, *La dottrina romana dell'obligatio rei*, Milano 1991, p. 16.

<sup>5</sup> È ben mettere in luce che, in materia di garanzie personali e reali, l'Archivio dei Sulpisci (G. CAMODECA, *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum (TPSulp.)*. Edizione critica dell'archivio puteolano dei Sulpicii, I, Roma 1999) si rivela fondamentale, in quanto contiene esempi di *fideiussio* (TPSulp. 54; 57), *fiducia cum creditore* (85-88; 90-93) e *pignus* (45; 46; 51-53; 55; 79; 83; 84). Sul punto v.: E. CHEVREAU, *La pratique du gage dans les Tabulae Pompeianae Sulpiciorum*, in *Festschrift für R. Knutel zum 70. Geburtstag*, Heidelberg 2009, p. 183.

<sup>6</sup> Su questo v. *infra*.

<sup>7</sup> Cfr.: FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, cit., vol. II, p. 99; A. BISCARDI, *Appunti sulle garanzie reali in diritto romano*, Milano 1976, p. 167; J. DE CHURRUCA, *Pignus*, in *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al Profesor J.L. Murga Gener*, Madrid 1994, p. 341.

<sup>8</sup> F. DE MARTINO, *Studi sulle garanzie personali. I. Autonomia classica della sponsio* (1937), in *Diritto economia e società nel mondo romano*, Napoli 1995, p. 61; C.A. CANNATA, *Corso di istituzioni di diritto romano*, vol. II,1, Torino 2003, pp. 143-144.

<sup>9</sup> Sulle garanzie personali v. principalmente: E. LEVY, *Sponsio fidepromissio fideiussio*, Berlin 1907; W. FLUME, *Studien zur Akzessorietät der römischen Burghaftstipulationen*, Weimar 1932; G. SEGRÈ, *In materia di garanzie personali*, in *BIDR*, 41, 1933, pp. 497-549; ID., *Corso di diritto romano: le garanzie personali e reali delle obbligazioni*, vol. I, *Le garanzie personali*, Torino 1934; DE MARTINO, *Studi sulle garanzie personali*, cit., pp. 47-54; ID., *Studi sulle garanzie personali. II. Intorno alla storia della sponsio* (1938), in *Diritto economia e società nel mondo romano*, Napoli 1995, pp. 223-283; ID., *Le garanzie personali*, cit.; ID., *L'origine delle garanzie personali e il concetto di obligatio*, in *SDHI*, 6, 1940, pp. 132-158.; ID., *Fideiussione (diritto romano)*, in *NDDI*, VII, Torino 1961, pp. 271-274; B. BIONDI, *Sponsio e stipulatio. Divagazioni intorno alla storia del contratto, dell'obligatio, delle garanzie personali*, in *BIDR*, 65, 1962, pp. 105-129; FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, cit., vol. I; L. LABRUNA, *Interpretazione di Gai 3,119 a*, in *Gaio e il suo tempo*, Napoli 1966, pp 55-60; M. TALAMANCA, *Fideiussione (sto-*

nell'intervento di un soggetto che, obbligandosi accanto al debitore, fornisce al creditore un'ulteriore possibilità di soddisfacimento<sup>10</sup>. Esse assumono nel diritto romano varie forme che col tempo tendono a unificarsi<sup>11</sup>.

Partendo dalle origini delle garanzie personali, bisogna analizzare innanzitutto i *vades* e i *praedes*, che erano figure del diritto arcaico, create in relazione alla procedura delle *legis actiones*<sup>12</sup>.

Il *vas*<sup>13</sup> interveniva nella fase *in iure* del processo *per legis actiones*; nel caso la procedura davanti al magistrato non potesse concludersi entro il giorno in cui si era iniziata, su richiesta dell'attore il magistrato ordinava al convenuto di fornire un *vas* che garantisse la ricomparizione del convenuto all'udienza di rinvio<sup>14</sup>. Pare attestato pure un uso limitato del *vas* nel processo criminale per garantire, quando fosse utile, la comparizione dell'accusato all'udienza<sup>15</sup>.

Come ha messo in luce il Biscardi, «il *vas* rispondeva personalmente per la mancata comparizione del convenuto, mentre quest'ultimo rimaneva libero, salva la eventuale possibilità del *vas* di rivalersi su di lui mediante *manus iniectio*, con la quale è verosimile che si agisse pure nei confronti del *vas*, ogni qual volta il convenuto si sottraesse alla *in ius vocatio*»<sup>16</sup>.

---

ria), in *Enc. dir.*, vol. XVII, Milano 1968, pp. 322-343; ID., *Alia causa e durior condicio come limite dell'obbligazione dell'adpromissor*, in *Studi in onore di G. Grosso*, vol. III, Torino 1969, pp. 117-203; BISCARDI, *La dottrina romana*, cit., p. 18-30; V. MANNINO, *L'estensione al garante delle eccezioni del debitore principale nel diritto romano classico*, Torino 1992; ID., *Garanzie dell'obbligazione*, cit., pp. 615-621; F. BRIGUGLIO, *Fideiussoribus succurri solet*, Milano 1999; V. MANNINO, *Fideiussione e accessorietà*, in *La garanzia nella prospettiva storico-comparatistica*, Atti del Convegno internazionale ARISTEC (Salisburgo, 13-15 settembre 2001), a cura di L. Vacca, Torino 2003, pp. 55-104 (ora in ID., *Strutture e forme di tutela contrattuali*, Padova 2004, pp. 35-94; ora in ID., *Questioni di diritto*, Milano 2007, pp. 111-176); M. TALAMANCA, *L'accessorietà della garanzia fideiussoria*, in *La garanzia nella prospettiva storico-comparatistica*, Atti del Convegno internazionale ARISTEC (Salisburgo, 13-15 settembre 2001), a cura di L. Vacca, Torino 2003, pp. 147-168; R. CARDILLI, *Garanzie personali e obbligazione*, in *Scritti per A. Corbino*, vol. I, Tricase 2016, pp. 543-573; M. DE SIMONE, *Alcuni spunti ricostruttivi sulla storia dei praedes*, in *Iura*, 71, 2023, pp. 328-335.

<sup>10</sup> CANNATA, *Corso di istituzioni*, cit., vol. II, 1, p. 146.

<sup>11</sup> TALAMANCA, *Fideiussione (storia)*, cit., p. 322.

<sup>12</sup> S. SCHLOSSMANN, *Praes, vas, vindex*, in *ZSS*, 26, 1905, pp. 285-315; O. GRADENWITZ, *Praedes und praedia*, in *ZSS*, 42, 1921, p. 565-577; G. PUGLIESE, *Actio e diritto subiettivo*, Milano 1939, pp. 88-89.

<sup>13</sup> V. Cic. *rep.* 2.36.61; *fin. bon et mal.* 2.24.79; *off.* 3.10.45; Dionys 10.8.3-4; Gell. 16.10.8; Liv. 3.13.8; Varr. 1.6.74.

<sup>14</sup> DE MARTINO, *L'origine delle garanzie personali*, cit., p. 141.

<sup>15</sup> Liv. 3.13.8. V.: FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, cit., vol. I, p. 10; TALAMANCA, *Fideiussione (storia)*, cit., p. 323, nota 4; BISCARDI, *La dottrina romana*, cit., p. 18.

<sup>16</sup> BISCARDI, *La dottrina romana*, cit., p. 19.

In relazione ai *praedes*<sup>17</sup>, siamo maggiormente informati. *Praes* da *praes-vas*, *praeves*<sup>18</sup>; *praes* è «chi risponde in prima linea, prima di ogni altro»<sup>19</sup>. Le ipotesi più note sono due: in primo luogo, dopo che le parti si erano scambiate i *sacramenta*, il magistrato assegnava temporaneamente il bene a una delle parti che avrebbe dovuto indicare un *praes litis et vindiciarum* che si assumesse la responsabilità relativa alla distruzione o al deterioramento della cosa oggetto del processo reale; in secondo luogo, il magistrato assumeva anche dei *praedes sacramenti*, che garantivano la somma dovuta all'erario dalla parte che sarebbe risultata soccombente.

In realtà i *praedes* non sono figure che si riscontrano solamente nel processo, in quanto essi possono prestare la garanzia per obblighi assunti dal privato nei confronti del *populus Romanus* o delle *civitates*, in riferimento a contratti di appalto di opere pubbliche e alle cauzioni di magistrati municipali<sup>20</sup>. Inoltre, siamo informati dell'applicazione dell'istituto dei *praedes* a rapporti tra privati, sempre al di fuori del processo, come ci attesta l'epistolario ciceroniano<sup>21</sup>. Da questo sembra che la forma dei *praedes* avesse una struttura dialogata<sup>22</sup> e grazie al caso di L. Tullio Montano, obbligato come *praes* di Flaminio Flamma, nei confronti di L. Munazio Planco, sappiamo che il *praes* era «responsabile per la prestazione che gravava sul debitore principale e che l'adempimento di questa poteva esser richiesto al garante»<sup>23</sup>.

Le due istituzioni dei *praedes* e dei *vades* appartenevano al sistema delle soggezioni, che precedette l'introduzione della nozione dell'*obligatio*.

<sup>17</sup> Cic. *phil.* 2. 29.73; Festus (L. 137; 249); Varr. 1.6.74; cfr. pure: DE MARTINO, *L'origine delle garanzie personali*, cit., p. 139; M. DE SIMONE, *Vas appellatus qui pro altero vadimonium promittebat. Per una rilettura di Varro, De ling. lat. 6.74*, in *AUPA*, 53, 2009, pp. 165-222.

<sup>18</sup> A. ERNOUT, A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*<sup>4</sup>, (rist. 2001), Paris 1985, p. 532.

<sup>19</sup> O. LENEL, *Zur Ableitung der Worte vas und praes*, in *ZSS*, 24, 1903, p. 414; F. LEIFER, *Altrömische Studien*, V, *Die Herkunft von Sponsio und Stipulatio*, in *BIDR*, 44, 1936-37, p. 193; C. GIOFFREDI, *Diritto e processo nelle antiche forme romane*, Roma 1955, p. 126; BISCARDI, *La dottrina romana*, cit., p. 21.

<sup>20</sup> CIL I.2.585; CIL I.2.698(=X. 1781); Lex Municipii Malacitani (FIRA I, n. 24=CIL II.1964), cap. LXIII; LXV; CIL I.2.594, cap. LXXV; Lex Coloniae Genitivae Iuliae (FIRA I, n. 21=CIL II.1.1964), cap. LX; LXXII-LXXV; CIL I.2.583; Lex Municipii Tarentinii (FIRA I, n. 18=CIL I.2.590) cap. 2; Cic. *ad Att.* 12.18a.1; Cic. *ad fam.* 2.17.4; 5.20.3-4; Cic. *phil.* 2.29.73; 2.31.78; Cic. *p. Rab. Post.* 13.37; Cic. *Verr.* 2.1.54.142; 2.1.54.143; 2.1.57.150; Gell. 6.19.5; 6.19.8; Liv. 5.55.3; 22.60.4; 38.58.1.

<sup>21</sup> Cic. *ad Att.* 12.52.1; 14.16.4.

<sup>22</sup> Il *praes* rispondeva alla solenne domanda del magistrato '*praes es?*', '*praes sum?*': Varr. *de ling. lat.* 6.74; Festus (L. 249).

<sup>23</sup> TALAMANCA, *Fideiussione (storia)*, cit., p. 325.

L'assunzione di responsabilità da parte dei *praedes* e dei *vades* si presenta come diretta a garantire il fatto altrui<sup>24</sup>. In ogni caso essi tendono a scomparire fra il tardo periodo repubblicano e l'inizio del principato.

## 2. Le origini delle stipulazioni di garanzia

Nel diritto romano la garanzia personale veniva normalmente assunta con una stipulazione accessoria. Gaio ricorda che esistono tre figure di garanti, lo *sponsor*, il *fidepromissor* e il *fideiussor* che si succedono nel tempo<sup>25</sup>:

Gai 3.116: *Sponsor ita interrogatur: IDEM DARI SPONDES?; fidepromissor <ita>: IDEM FIDEPROMITTIS?; fideiussor ita: ID FIDE TUA ESSE IUBES? [...]*

Il testo del manoscritto veronese ha dato luogo a problemi. Il Böcking<sup>26</sup> riteneva che dovesse leggersi *idem* in tutti i casi; viceversa, lo Studemund<sup>27</sup> riteneva che fosse scritto *idem* solo per la domanda al *fidepromissor*, mentre negli altri due casi si leggesse solamente *id*.

In passato gli editori e gli studiosi hanno pertanto sostenuto tesi diverse. Alcuni correggevano *id* in *idem* in tutti i casi<sup>28</sup>; c'era chi correggeva l'*id* in *idem* solo per la *sponsio*<sup>29</sup>, e altri ancora<sup>30</sup> ritenevano che fosse scritto *idem* per *sponsio* e *fidepromissio* e *id* solo per la *fideiussio*. Quest'ultima impostazione è corretta, perché l'impiego della *fidepromissio* non si

<sup>24</sup> MANNINO, *Garanzie dell'obbligazione*, cit., p. 615.

<sup>25</sup> FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, cit., vol. I, p. 11.

<sup>26</sup> E. BÖCKING, *Gai Institutiones Codicis Veronensis Apographum ad Goescheni Hollwegi Bluhmii schedas scripsit lapidibusque exceptam scripturam publicavit Eduardus Böcking accesserunt Goescheni de Codice Veronensi praefatio et incerti auctoris de iure fisci quae supersunt*, Lipsia 1866, p. 158.

<sup>27</sup> G. STUEMUND, *Gaii Institutionum Commentarii quattuor. Codicis Veronensis denuo collati apographum confecit et iussu Academiae regiae scientiarum Berolinensis edidit Guilelmus Studemund*, Lipsia 1874, p. 158.

<sup>28</sup> V.: FIRA II, 125; FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, cit., vol. I, p. 22; MANNINO, *Fideiussione e accessorietà*, cit., p. 63.

<sup>29</sup> P.F. GIRARD, F. SENN, *Textes de droit romain*, I, Paris 1967, p. 145.

<sup>30</sup> M. KASER, *Das römische Privatrecht*, vol. I, München 1971, pp. 661-663; CANNATA, *Corso di istituzioni*, cit., vol. II, 1, p. 148, nota 202; BRIGUGLIO, *Fideiussoribus*, cit., p. 24. V. pure: FLUME, *Studien*, cit., pp. 62-63, nota 3; SEGRÈ, *In materia di garanzie personali*, cit., p. 198; G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*<sup>3</sup>, Torino 1991, pp. 614-615.

differenza da quello di *sponsio*. Quanto alla *fideiussio* la forma con *id* è sicuramente la più coerente: ciò è del resto confermato da recenti ricerche sul palinsesto gaiano che attraverso sistemi computerizzati sono state finalizzate a ricostruire le parti più rovinate del palinsesto stesso per colpa di acidi e usura del tempo<sup>31</sup>.

Il passo visto indica il testo della domanda che il creditore rivolge al soggetto dal quale intende farsi garantire il proprio credito.

Incominciamo col sottolineare che «la forma della *sponsio* e quella della *fidepromissio* non si differenziano se non per il fatto che il verbo usato nella prima (*spondere*) può essere validamente usato solo fra cittadini romani, mentre il verbo *fidepromittere* può essere impiegato anche da uno straniero; ma, a parte ciò, il senso dei due verbi è precisamente lo stesso: entrambi significano “promettere”: *fidepromittere* rappresenta una variante di *promittere*, colorita con un’allusione alla *fides*, valore socio-giuridico comune al *ius civile* e al *ius gentium*»<sup>32</sup>.

La *sponsio* risultò da un semplice impiego della *sponsio* in funzione di garanzia di un’altra *sponsio* precedente e la *fidepromissio* fu introdotta per rendere possibile l’impiego della garanzia anche in negozi a cui partecipasse uno straniero<sup>33</sup>. Il garante di *sponsio* e *fidepromissio* si impegna a eseguire la stessa prestazione del debitore principale, tanto che il creditore può chiedere l’adempimento tanto al debitore come al garante stesso. Pertanto, tra garanzia e obbligazione garantita vi è solidarietà, essendo nel periodo classico inapplicabile il *beneficium excussionis*<sup>34</sup>. Più precisamente queste garanzie non sono altro che stipulazioni che danno luogo a obbligazioni solidali, dove i debitori sono tutti sullo stesso piano.

In epoca classica la *sponsio* e la *fidepromissio* sono idonee a garantire solo obbligazioni *verbis contractae* e in età risalente era richiesta l’*unitas actus*<sup>35</sup>, cioè l’unità dell’atto costitutivo<sup>36</sup>. Già nel corso del periodo classico, tuttavia la rigidità di tale requisito sembra subire una graduale attenuazione, presupponendo la *adpromissio ex intervallo*<sup>37</sup>.

<sup>31</sup> F. BRIGUGLIO, *Un puntino denso di significati: nuove indagini paleografiche sulla terminologia della formula stipulatoria delle obbligazioni di garanzia*, in *Fides, fiducia, fidelitas*, a cura di L. Peppe, Padova 2005, pp. 93-129.

<sup>32</sup> CANNATA, *Corso di istituzioni*, cit., vol. II, 1, pp. 148-149.

<sup>33</sup> *Ivi*, p. 149.

<sup>34</sup> MANNINO, *Garanzie dell’obbligazione*, cit., p. 616.

<sup>35</sup> FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, cit., vol. I, p. 30; TALAMANCA, *Fideiussione (storia)*, cit., p. 330.

<sup>36</sup> G. ROSSETTI, *Le obbligazioni in solido. Modelli romani e disciplina attuale*, Napoli 2013, p. 9.

<sup>37</sup> *Ivi*, pp. 10-14.

Veniamo ora a un importante passo di Gaio, dove illustra le differenze tra le tre fattispecie:

Gai 3.118: *Sponsoris vero et fidepromissoris similis condicio <est>, fideiussoris valde dissimilis. 119. Nam illi quidem nullis obligationibus accedere possunt nisi verborum, (quamvis interdum ipse qui promiserit, non fuerit obligatus, velut si mulier aut pupillus sine tutoris auctoritate aut quilibet post mortem suam dari promiserit. Aut illud quaeritur, si servus aut peregrinus sponderit, an pro eo sponsor aut fideipromissor obligetur).*

Dalla sua lettura si ricava che di regola *sponsio* e *fidepromissio* devono accedere a un'obbligazione valida, anche se ci sono dei casi particolari, in cui si applica un diverso principio che favorisce la dogmatica dell'atto giuridico, rispetto a quella del rapporto giuridico<sup>38</sup>: vale a dire *sponsio* e *fidepromissio* presuppongono la semplice esistenza formale dell'obbligazione<sup>39</sup> e quindi possono essere assunte anche per un'obbligazione non valida<sup>40</sup>. Pertanto, gli *sponsores* e i *fidepromissores* restavano obbligati anche se atti *verbis* produttivi di obbligazione risultavano inefficaci<sup>41</sup>: per esempio se una donna o un pupillo avessero promesso senza l'*auctoritas* del tutore<sup>42</sup>.

Venendo alla *fideiussio*, questa appare un istituto assai diverso dai precedenti e si rivela come un negozio più moderno, con 'contorni più marcatamente commercialistici': la domanda del creditore che concreta la stipulazione di garanzia viene indicata nella forma: *id fide tua esse iubes?*<sup>43</sup>.

Nel caso della *sponsio* di garanzia, con la risposta *spondeo* il garante si impegna ad eseguire la stessa prestazione (*idem*) promessa dal debitore principale; invece nella *fideiussio*, pur realizzando questa sempre un'*obligatio verbis contracta*<sup>44</sup>, il garante non si impegna affatto a eseguire la stessa prestazione promessa dal debitore principale, ma si assume la responsabilità per l'inadempimento del debitore principale<sup>45</sup>; pertanto la *fideiussio* si rife-

<sup>38</sup> FLUME, *Studien*, cit., pp. 64-75; C.A. CANNATA, *Atto e rapporto giuridico*, in *SDHI*, 57, 1991, p. 337.

<sup>39</sup> FLUME, *Studien*, cit., pp. 64-75; DE MARTINO, *Studi sulle garanzie personali*, cit., p. 47.

<sup>40</sup> FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, cit., vol. I, p. 44.

<sup>41</sup> CANNATA, *Atto e rapporto giuridico*, cit., p. 337.

<sup>42</sup> DE MARTINO, *Fideiussione (diritto romano)*, cit., p. 272.

<sup>43</sup> FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, cit., vol. I, p. 12; CANNATA, *Corso di istituzioni*, cit., vol. II, I, p. 154.

<sup>44</sup> Gai 3.92.

<sup>45</sup> Non sembra dare importanza a questa distinzione il DE MARTINO, *Le garanzie personali*, cit., vol. I, pp 21-22.

riva al rapporto giuridico garantito<sup>46</sup>. In sostanza il *fideiussor* si impegna, in caso di inadempimento da parte del debitore, a dare lui stesso soddisfazione al creditore, magari anche in forma specifica, ma comunque risarcendogli il danno, pagandogli cioè la stessa somma alla quale il debitore dovrebbe essere condannato se il creditore agisse contro di lui in seguito a tale inadempimento. Con la fideiussione il garante si impegna a risarcire i danni della mancata prestazione. Con le due stipulazioni, quella principale e quella di garanzia, il debitore e il *fideiussor* si impegnano dunque a due prestazioni diverse, e quindi queste due stipulazioni, benché la seconda sia accessoria alla prima, non creano solidarietà<sup>47</sup>, in quanto la responsabilità è assunta nell'interesse del debitore principale. Pertanto siamo di fronte a una stipulazione accessoria che non dà luogo a obbligazioni solidali; quindi, l'essenza dell'accessorietà non sta nella solidarietà e la coincidenza tra solidarietà e accessoria può considerarsi occasionale. Per esempio, la suddetta solidarietà potrebbe risultare fra più fideiussori, se più d'uno ne siano assunti<sup>48</sup>.

Così concepita la *fideiussio* era adatta a garantire qualsiasi specie di obbligazione contrattuale<sup>49</sup>:

Gai 3.119 a: *Fideiussor vero omnibus obligationibus, id est sive re sive verbis sive litteris sive consensu contractae fuerint obligationes, adici potest. Ac ne illud quidem interest, utrum civilis an naturalis obligatio sit, cui adiciatur; adeo quidem, ut pro servo quoque obligetur, sive extraneus sit, qui a servo fideiussorem accipiat, sive ipse dominus in id quod sibi debeatur.*

La stipulazione fideiussoria, essendo rivolta all'obbligazione principale, per essere efficace, doveva presupporre un'*obligatio* valida, *civilis* o *naturalis*<sup>50</sup>: nesso genetico che indica il carattere accessorio chiaramente avvertito dai giuristi romani per la *fideiussio*<sup>51</sup>. Come è stato sostenuto dal Cannata, «va notato che Gaio, nel passo [...], dice bensì che con *fideiussio* possono garantirsi tutte le obbligazioni, ma poi precisa che si tratta di tutte le obbligazioni che nascono *re, verbis, litteris, e consensu*, con il che il campo

<sup>46</sup> CANNATA, *Atto e rapporto giuridico*, cit., p. 336.

<sup>47</sup> CANNATA, *Corso di istituzioni*, cit., vol. II,1, p. 156. *Contra*: G. PROVERA, *Riflessioni sul beneficium cedendarum actionum*, in *Studi Sanfilippo*, vol. IV, Milano 1983, pp. 611-612; BRIGUGLIO, *Fideiussoribus*, cit., p. 48.

<sup>48</sup> CANNATA, *Corso di istituzioni*, cit., vol. II,1, p. 156.

<sup>49</sup> DE MARTINO, *Fideiussione (diritto romano)*, cit., p. 271; FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, cit., vol. I, p. 14, 35; BRIGUGLIO, *Fideiussoribus*, cit., pp. 20-28.

<sup>50</sup> BRIGUGLIO, *Fideiussoribus*, cit., p. 22.

<sup>51</sup> TALAMANCA, *Fideiussione (storia)*, cit., p. 331.

è limitato alle obbligazioni contrattuali»<sup>52</sup>.

Per quanto riguarda invece le analogie<sup>53</sup> di regime, interessante è il seguente passo di Gaio:

Gai 3.126: *In eo quoque iure par condicio est omnium, sponsorum fideipromissorum fideiussorum, quod ita obligari non possunt, ut plus debeant, quam debet is, pro quo obligantur. At ex diverso ut minus debeant, obligari possunt, sicut in adstipulatoris persona diximus. Nam ut adstipulatoris, ita et horum obligatio accessio est principalis obligationis, nec plus in accessione esse potest quam in principali re.*

La situazione giuridica è comune a *sponsores*, *fidepromissores* e *fideiussores*: essi non possono obbligarsi in modo da dover di più di quanto deve il debitore principale; ma possono obbligarsi in modo da dover di meno, concretando una parziale identità, in quanto l'obbligazione di costoro è accessione di un'obbligazione principale<sup>54</sup>.

L'obbligazione di garanzia poteva essere *in eadem causam* o *in leviores causam*, non poteva essere *in aliam* o *in duriores causam*<sup>55</sup>; in sostanza il garante poteva assumere obbligazioni minori, non più gravose di quelle del debitore principale<sup>56</sup>. Come limite all'ammissibilità della stipulazione passivamente accessoria sono quindi prospettati due criteri, quello della *durior causa* e quello della *alia causa*, vale a dire il garante non può essere responsabile per una prestazione diversa o più gravosa di quella del debitore principale<sup>57</sup>. Affermazione questa che può appunto spiegarsi con il convergente evolversi della struttura della *sponsio*, *fidepromissio* e *fideiussio*. Originariamente *sponsor* e *fidepromissor* non potevano che promettere l'*idem* del debitore principale, mentre col tempo si sarebbe fatto strada il principio secondo cui era ammissibile la prestazione di una garanzia solo in parte identica all'obbligazione garantita<sup>58</sup>. I giuristi classici col tempo presero coscienza del fatto che a caratterizzare la stipulazione di garanzia non è l'identità della prestazione ma la dipendenza rispetto

<sup>52</sup> CANNATA, *Corso di istituzioni*, cit., vol. II,1, p. 157.

<sup>53</sup> È utile anche ricordare che una *lex Cornelia* riguardava tutte le garanzie personali e vietava nello stesso anno di assumere a favore dello stesso creditore garanzie per più di 20.000 sesterzi. V.: CANNATA, *Corso di istituzioni*, cit., vol. II,1, p. 165.

<sup>54</sup> CANNATA, *Corso di istituzioni*, cit., vol. II,1, p. 167.

<sup>55</sup> DE MARTINO, *Fideiussione (diritto romano)*, cit., p. 272.

<sup>56</sup> DE MARTINO, *Fideiussione (diritto romano)*, cit., p. 272; M. TALAMANCA, *Alia causa e durior condicio*, cit., p. 119.

<sup>57</sup> TALAMANCA, *Alia causa e durior condicio*, cit., pp. 119-203.

<sup>58</sup> MANNINO, *Garanzie dell'obbligazione*, cit., p. 616.

all'obbligazione garantita.

In ogni caso dalle Istituzioni di Gaio apprendiamo che per Gaio risultava comunque ammissibile un'obbligazione di garanzia concretante un *minus debere*, oltre che un *idem debere*. Per quanto riguarda la fideiussione, questa non doveva superare l'entità dell'obbligazione principale e se si estingueva l'obbligazione principale si estingueva anche la fideiussione.

### 3. *Il regresso*

Un problema assai rilevante in materia di garanzie personali riguarda il regresso, in quanto il meccanismo stipulatorio delle garanzie personali non era in grado di produrre un'azione di regresso che il garante, dopo aver pagato, potesse esperire contro il debitore principale.

Il primo intervento<sup>59</sup> diretto a colmare questa lacuna fu quello della *lex Publilia*, che diede al garante, che avesse adempiuto in luogo del debitore, un'azione esecutiva, l'*actio depensi* contro il debitore principale<sup>60</sup>.

Da quanto detto risulta dunque che l'azione di regresso si applicava esclusivamente alla *sponsio* e pertanto nasceva il problema del regresso nell'ambito della *fidepromissio* e successivamente della *fideiussio*<sup>61</sup>.

Ma la soluzione dell'intero problema fu opera della giurisprudenza, che non riconobbe un regresso legale al garante che avesse adempiuto al posto del debitore principale, ma ricondusse la disciplina di questa fattispecie all'*actio mandati*<sup>62</sup>. I giuristi ravvisavano nel fatto che il garante avesse pagato il debito del debitore l'esecuzione di un mandato del debitore stesso: di conseguenza, il garante per farsi rimborsare la spesa sostenuta nell'esecuzione di tale mandato disponeva dell'*actio mandati (contraria)* contro il debitore principale liberato<sup>63</sup>.

---

<sup>59</sup> Altri interventi legislativi da ricordare sono: la *lex Appuleia*, che, per il caso in cui per uno stesso debito fossero intervenuti più garanti, introdusse un'azione contro ciascuno degli altri cogaranti a favore del garante che avesse pagato il debito in misura maggiore di quanto risultasse dividendo l'ammontare del debito per il numero dei garanti intervenuti; la *lex Furia*, che stabilì che l'obbligazione degli *sponsores* e dei *fideipromissores* si estingueva dopo due anni dal momento in cui era sorta; essa inoltre stabilì che l'obbligazione di costoro, al momento in cui diventasse esigibile, si divideva fra i garanti esistenti in parti uguali. V.: CANNATA, *Corso di istituzioni*, cit., vol. II,1, pp. 152-153.

<sup>60</sup> Gai 4.22. V.: DE MARTINO, *L'origine delle garanzie personali*, cit., p. 136.

<sup>61</sup> TALAMANCA, *Fideiussione (storia)*, cit., p. 337.

<sup>62</sup> CANNATA, *Corso di istituzioni*, cit., vol. II,1, p. 171-172.

<sup>63</sup> *Ivi*, p. 172.

In sostanza se la garanzia venisse assunta per incarico del debitore principale, il garante avrebbe esperito l'*actio mandati contraria*, mentre se non ci fosse incarico, il garante avrebbe potuto agire con l'*actio negotiorum gestorum contraria*<sup>64</sup>.

Il *fideiussor* ottenne nello stesso periodo il *beneficium cendendarum actionum*,<sup>65</sup> col quale poteva ottenere dal creditore, prima di pagarlo, la cessione delle azioni spettanti contro il debitore, accompagnate da eventuali garanzie.

La *fideiussio* era praticamente esente da tutti i limiti che toccavano *sponsio* e *fidepromissio*. L'obbligazione del fideiussore era perpetua e in caso di pluralità di fideiussori, ciascuno era obbligato per l'intero, sicchè il creditore poteva pretendere l'intero da uno qualsiasi di essi. Quest'ultima statuizione, della completa solidarietà fra confideiussori, sembra essere stata eliminata da un'*epistula* dell'imperatore Adriano (*beneficium divisionis*), per la quale l'obbligazione si divideva in parti uguali fra fideiussori solvibili, ossia costringeva il creditore a chiedere a ciascuno dei fideiussori solvibili la propria quota<sup>66</sup>:

Gai 3.121: [...] *Sed nunc ex epistula divi Hadriani compellitur creditor a singulis, qui modo solvendo sint, partes petere.*

Col tempo la *fideiussio* assorbì praticamente *sponsio* e *fidepromissio*, le quali in pratica decadde nella stessa epoca classica<sup>67</sup>.

#### 4. Il 'mandatum pecuniae credendae', il 'constitutum debiti alieni' e il 'receptum argentarii'

Un altro istituto impiegato dai Romani a scopo di garanzia risulta essere quello del *mandatum pecuniae credendae*<sup>68</sup>, che è un'applicazione

<sup>64</sup> TALAMANCA, *Fideiussione (storia)*, cit., p. 337.

<sup>65</sup> Sul tema cfr.: PROVERA, *Riflessioni sul beneficium cendendarum actionum*, cit., pp. 611-659.

<sup>66</sup> FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, cit., vol. I, p. 19.

<sup>67</sup> BIONDI, *Sponsio e stipulatio*, cit., p. 128.

<sup>68</sup> MANNINO, *Garanzie dell'obbligazione*, cit., p. 618. V. pure: A. GUARINO, *Il mandatum credendi*, Napoli 1982; D. NÖRR, *Sulla specificità del mandato romano*, in *SDHI*, 60, 1994, p. 367; V. GIUFFRÈ, *Il mandatum pecuniae credendae di Caio Giulio Prudente e Caio Sulpicio Cinnamo*, in *Fides humanitas ius. Studi in onore di L. Labruna*, vol. IV, Napoli 2007, pp. 2305-2324.

particolare del contratto di mandato<sup>69</sup>: mandato nella forma e garanzia nella sostanza e nello scopo<sup>70</sup>.

In questo caso si dava mandato a un determinato soggetto di trasferire a mutuo, a favore di un terzo, una somma di denaro oppure una data quantità di cose fungibili, «finendosi per sostanziare due distinte ipotesi contrattuali: una di mutuo, posta in essere dal mandatario con il terzo; un'altra di mandato fra mandante e mandatario/mutuante. La garanzia, come è evidente, consisteva nel fatto che il mandatario/mutuante, qualora il mutuatario non avesse restituito le *res* dategli a mutuo, poteva agire contro il mandante, per ottenere l'indennizzo di quanto avesse dato: il che realizzava una forma di garanzia in riferimento ad un contratto di mutuo»<sup>71</sup>.

Pertanto, nel *mandatum pecuniae credendae* il mandante garante incarica il mandatario creditore di dare a mutuo una certa quantità di denaro a un terzo. In questo modo il mutuante ha a disposizione, oltre all'*actio certae creditae pecuniae*, per recuperare quanto mutuato, l'*actio mandati contraria* per le spese sostenute nell'operazione creditoria, in esecuzione del mandato<sup>72</sup>. Il mandante assume la posizione di garante, il mandatario mutuante quella di creditore garantito e il mutuatario quella di debitore.

Fondamentale è un noto passo di Gaio:

Gai 3.155: *Mandatum consistit, sive nostra gratia mandemus sive aliena. Itaque sive ut mea negotia geras, siue ut alterius, mandaverim, contrahitur mandati obligatio, et invicem alter alteri tenebimur in id, quod vel me tibi vel te mihi bona fide praestare oportet. 156. Nam si tua gratia tibi mandem, supervacuum est mandatum; quod enim tu tua gratia facturus sis, id de tua sententia, non ex meo mandatu facere debes. Itaque si otiosam pecuniam domi tuae te habentem hortatus fuerim, ut eam faenerares, quamvis eam ei mutuam dederis, a quo servare non potueris, non tamen habebis mecum mandati actionem. Item si hortatus sim, ut rem aliquam emeris, quamvis non expedierit tibi eam emisse, non tamen tibi mandati tenebor. Et adeo haec ita sunt, ut quaeratur, an mandati teneatur, qui mandavit tibi, ut Titio pecuniam faenerares. [Sed] Servius negavit nec magis hoc casu obligationem consistere putavit, quam si generaliter alicui mandetur, uti pecuniam*

<sup>69</sup> FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, cit., vol. I, p. 199.

<sup>70</sup> G. BORTOLUCCI, *Il mandato di credito*, in *BIDR*, 27, 1914, p. 130.

<sup>71</sup> MANNINO, *Garanzie dell'obbligazione*, cit., p. 618.

<sup>72</sup> BORTOLUCCI, *Il mandato di credito*, in *BIDR*, 27, 1914, cit., pp. 129-191; ID., *Il mandato di credito*, in *BIDR*, 28, 1915, pp. 191-260; FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, cit., vol. I, pp. 199; 217; 221; KASER, *Das römische Privatrecht*, cit., vol. I, p. 666; GUARINO, *Mandatum credendi*, cit., pp. 21-38; PROVERA, *Riflessioni sul beneficium cedendarum actionum*, cit., p. 628; NÖRR, *Sulla specificità del mandato romano*, cit., p. 369.

*suam faeneraret. <Sed> sequimur Sabini opinionem contra sentientis, quia non aliter Titio credidisses, quam si tibi mandatum esset.*

Gaio afferma che il mandato prende consistenza in due ipotesi: che sia fatto nell'interesse del mandante (*mandatum mea gratia*) oppure che sia fatto nell'interesse di un terzo estraneo (*mandatum aliena gratia*)<sup>73</sup>.

Gaio ci informa che era nata la controversia sulla validità del mandato di prestare interessi a un terzo; più precisamente egli si chiede se possa essere obbligato a titolo di mandato chi chieda a un soggetto di concedere a mutuo una somma di denaro a un soggetto determinato. Qui si prospettano due diverse posizioni: Servio riteneva che non vi fosse alcuna obbligazione, come nel caso di un soggetto che avesse incaricato qualcuno di dare a mutuo denaro proprio; Sabino era dell'opinione contraria, dal momento che l'incaricato non avrebbe dato la somma a mutuo al soggetto indicato dal mandante se non ci fosse stato l'incarico da parte del mandante stesso. Gaio nel passo segue quest'ultima opinione.

Tale controversia ha riguardato l'individuazione della categoria entro la quale inserire il *mandatum pecuniae credendae*: quella del *mandatum tua gratia*, negandone quindi la validità o a un *mandatum aliena gratia*, riconoscendone la validità<sup>74</sup>.

Ulteriori figure impiegate dai Romani a scopo di rafforzamento del credito furono pure il *constitutum debiti alieni* e il *receptum argentarii*<sup>75</sup>.

Con il primo il creditore e un terzo si accordavano per il pagamento, entro un termine perentorio, di un debito preesistente al fine di realizzare il rafforzamento delle aspettative creditorie<sup>76</sup>. Come ha osservato il Frezza, «la promessa del debitore di pagare ad una scadenza fissata il proprio debito è certamente, per comune consenso, il contenuto tipico e primigenio del costituito di debito. Il debitore stabilisce rigorosamente il termine, che non potrà essere oltrepassato, del pagamento, e il creditore, dal canto suo, si affida a questa dichiarazione del debitore, rinunciando alla possibilità di

<sup>73</sup> GUARINO, *Il mandatum credendi*, cit., p. 114.

<sup>74</sup> C. SANFILIPPO, *Corso di diritto romano. Il mandato*, Catania 1947, in *Rivista di diritto romano*, 4, 2004, p. 32. V. pure: A. BURDESE, *Mandatum mea aliena tua gratia*, in *Studi in onore di V. Arangio-Ruiz*, vol. I, Napoli 1952, pp. 219-243; V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, Napoli 1965.

<sup>75</sup> F. LA ROSA, *Il formalismo del pretore: constituta e recepta*, in *Labeo*, 43, 1997, pp. 202-224; M. VARVARO, *Sulla storia dell'editto de pecunia constituta*, in *Studi in onore di R. Martini*, vol. III, Milano 2009, pp. 829-871.

<sup>76</sup> VARVARO, *Sulla storia dell'editto*, cit., p. 829.

chiedere prima del termine stabilito»<sup>77</sup>. Il *constitutum debiti alieni* fungeva da garanzia perché il creditore aveva la possibilità di agire nei confronti del promittente per ottenere il pagamento di quanto dovuto dal suo debitore attraverso l'*actio de pecunia constituta*. Il contenuto della obbligazione che il costituente promette costituisce il limite della sua responsabilità, nel senso che la garanzia prestata per un ammontare maggiore si riduce entro l'ammontare dell'obbligazione garantita<sup>78</sup>.

Con il *receptum argentarii* un banchiere assumeva l'obbligo di pagare un debito di un suo cliente<sup>79</sup>: la responsabilità del *receptum* sorgeva nel momento in cui il creditore aveva aderito alla dichiarazione del banchiere<sup>80</sup>. Pertanto, il banchiere risultava responsabile dell'esecuzione di una prestazione avente il medesimo contenuto di quella garantita; dal momento che il creditore poteva ottenere dal banchiere la stessa prestazione che gli era dovuta dal suo debitore, possiamo concludere che il *receptum argentarii* operava come garanzia. Infine il *receptum argentarii* era un negozio che era caratterizzato da una forte autonomia dell'obbligazione del banchiere rispetto a quella del debitore<sup>81</sup>.

##### 5. Cenni sulle garanzie personali nel periodo postclassico e giustiniano

Col tempo *sponsio* e *fideipromissio* decadono confluendo nella *fideiussio*, che è riportata nella compilazione giustiniana<sup>82</sup>.

In Occidente e in Oriente *fideiussio* e *mandatum pecuniae credendae* tendono ad assumere la medesima fisionomia. Viene poi mantenuta un'altra forma di garanzia personale: il *constitutum debiti alieni*<sup>83</sup>.

Si assiste poi alla sostituzione della *fideiussio* verbale con quella scritta,

<sup>77</sup> FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, cit., vol. I, p. 231.

<sup>78</sup> Paul. D. 13.5.12. V. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, cit., vol. I, pp. 268-269; J. PLATSCHECK, *Das Edikt de pecunia constituta*, München 2013, p. 35.

<sup>79</sup> E. DE RUGGIERO, *Argentarius*, in *Dizionario epigrafico di antichità romane*, I, Roma 1961, pp. 657-661; FREZZA, *Receptum*, in *NNDI*, XIV, Torino 1967, p. 1026; F. FASOLINO, *Sulle tecniche negoziali bancarie: il receptum argentarii*, in *Labeo*, 46, 2000, p. 172; MANNINO, *Garanzie dell'obbligazione*, cit., p. 619.

<sup>80</sup> FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, cit., vol. I, p. 276.

<sup>81</sup> FASOLINO, *Sulle tecniche negoziali bancarie*, cit., p. 172.

<sup>82</sup> TALAMANCA, *Fideiussione (storia)*, cit., p. 338.

<sup>83</sup> Interessante in proposito la rubrica di Nov. 4 del 535 d.C. che è la principale novella di Giustiniano in materia di garanzie personali.

come avviene in qualsiasi forma stipulatoria<sup>84</sup>.

Inoltre, si mantiene nel diritto postclassico il *beneficium divisionis*, che verrà anche recepito nel diritto giustiniano. Il vincolo di solidarietà viene soppiantato dal *beneficium excussionis* da Giustiniano, vale a dire dal principio per il quale il creditore ha l'onere di escutere il debitore principale prima del garante.

Il diritto del garante al regresso continua a essere regolato dai principi che reggono la gestione d'affari altrui e permane pure il *beneficium cendendarum actionum* che abbiamo visto essere previsto nel periodo classico.

Per quanto riguarda l'Occidente, i Longobardi introdussero in Italia la *wadiatio*<sup>85</sup> che consisteva nella consegna della *wadia* al creditore da parte del debitore, sul quale gravava l'obbligo di riscattarla entro tre giorni attraverso un *fideiussor* o *mediator* a cui il creditore consegnava la *wadia*<sup>86</sup>. Si aveva l'immissione nel rapporto di un *fideiussor*<sup>87</sup> che presumibilmente aveva funzione di assunzione di un ruolo di responsabilità e garanzia. Sembra probabile che il *fideiussor* longobardo fosse tenuto *in solidum* con il debitore principale<sup>88</sup>.

## 6. Le garanzie reali: la 'fiducia cum creditore'

Venendo ora alle garanzie reali, Pomponio non esita a dire<sup>89</sup>:

Pomp. 11 *ad Sab.* D. 50.17.25: *Plus cautionis in re est quam in persona.*

Le garanzie reali sono dunque considerate nell'esperienza giuridica romana le garanzie per eccellenza.

I diritti reali di garanzia assicurano pertanto il soddisfacimento di un credito del titolare, vincolando a tale scopo una o più cose determinate,

<sup>84</sup> TALAMANCA, *Fideiussione (storia)*, cit., p. 338.

<sup>85</sup> Sulla *wadiatio* v. principalmente: G. CASSANDRO, *La tutela dei diritti nell'alto Medioevo*, Bari 1951, pp. 63-119; G. ASTUTI, *I contratti obbligatori nella storia del diritto italiano. Parte generale*, vol. I, Milano 1952, pp. 194-269.

<sup>86</sup> TALAMANCA, *Fideiussione (storia)*, cit., p. 339.

<sup>87</sup> V. in particolare: Roth. 360-366 (G. PADELLETTI, *Fontes iuris italici medii aevi*, I, Torino 1877, n. 174, pp. 159-165).

<sup>88</sup> TALAMANCA, *Fideiussione (storia)*, cit., p. 340.

<sup>89</sup> A. JOURDAN, *L'hypothèque. Exposition historique & dogmatique*, Paris 1876, p. 3.

appartenenti al debitore o a un terzo, che sia disposto a fornire la garanzia stessa. Caratteristiche essenziali dei diritti reali di garanzia sono il *ius sequelae* ed il *ius praelationis*.

Il *ius sequelae* o diritto di seguito comporta che il creditore può far valere la garanzia reale, nonostante che la cosa sia uscita dalla disponibilità del debitore o di un terzo che l'hanno costituita.

Il *ius praelationis* implica invece che il creditore sia legittimato a soddisfarsi sulla cosa oggetto del diritto reale di garanzia a preferenza di qualsiasi altro creditore.

La prima forma di garanzia reale è la *fiducia cum creditore*. Su di essa siamo sufficientemente informati grazie a diversi documenti epigrafici scoperti a fine Ottocento in Spagna e a Pompei e anche per merito di altre scoperte più recenti<sup>90</sup>.

La *fiducia cum creditore* consisteva in questo: un debitore proprietario di un bene, con atto formale – *mancipatio* o *in iure cessio* – ne trasferiva la proprietà al creditore, ma il trasferimento aveva luogo per uno scopo particolare. Il trasferimento era quindi accompagnato da un accordo tra le parti, il *pactum fiduciae*, che prevedeva la restituzione della cosa dal creditore al debitore quando il debito fosse stato pagato<sup>91</sup>.

Pertanto, la fiducia, dice Gaio<sup>92</sup>, consisteva in una *mancipatio* o *in iure cessio* ed era realizzata per la garanzia di un debito. Con questo istituto la proprietà di un bene veniva trasmessa dal debitore fiduciante al creditore fiduciario a garanzia di una precedente obbligazione, col patto di restituirlo al momento dell'adempimento. Viene utilizzata la *mancipatio* o la *in iure cessio*, a seconda della qualificazione della *res* di volta in volta interessata. La *traditio* non era utilizzata.

Si assiste a un trasferimento di un bene a causa di garanzia con obbligo di ritrasferimento in caso di adempimento. Fino a tale momento, il bene trasferito resterà in proprietà presso il *mancipio accipiens*. In sostanza il creditore è autorizzato a conservare in proprietà fiduciaria il bene sino a che non sia integralmente soddisfatto il suo credito. Se il debito non dovesse essere pagato, allora il bene o resterà in proprietà del fiduciario (*lex commissoria*) oppure verrà venduto all'asta per potersi rifare sul prezzo (*ius vendendi*). Solo in caso di inadempimento il creditore potrà vendere il bene e se il realizzo dell'asta (*auctio*) superi il debito, il debitore avrà indietro il *superfluum*; se esso non risulti sufficiente a coprire il debito, il debitore

---

<sup>90</sup> F. BERTOLDI, *Il negozio fiduciario nel diritto romano classico*, Modena 2012, p. 18.

<sup>91</sup> CANNATA, *Corso di istituzioni di diritto romano*, vol. I, Torino 2001, p. 318.

<sup>92</sup> V. Gai 2.60.

resterà obbligato nei confronti del creditore per il residuo. Possiamo fin da ora anticipare come il *pactum* fosse un elemento fondamentale e indispensabile nel negozio *fiducia*. Ma soprattutto appare chiaramente dalla *Formula Baetica*<sup>93</sup> e dalla *Mancipatio Pompeiana*<sup>94</sup>, come il *pactum fiduciae*

<sup>93</sup> Formula Baetica, ll.1-18 (FIRA III, n. 92):

Dama L. Titi ser(vus) fundum Baianum, qui est in agro qui | Veneriensis vocatur, pago Olbensi, uti optumus maxumusq(ue) | esset, (sestertio) n(ummo) I et hominem Midam (sestertio) n(ummo) I fidi fiduciae causa mancipio accepit ab L. Baiano, libripende antest(ato). Adfines fundo | dixit L. Baianus L. Titium et C. Seium et populum et si quos dicere oportet. ||

Pactum conventum factum est inter Damam L. Titi ser(vum) et L. Baian(ium), <uti> | quam pecuniam L. <Titius L.> Baian<i> dedit dederit, credidit crediderit, exipensumve tulit tulerit, sive quid pro eo promisit promiserit, | spopondit <spoponderit>, fideve quid sua esse iussit iusserit, usque eo is fundus | eaque mancipia fiducia<e> essent, donec ea omnis pecunia fides||ve persoluta L. Titi soluta liberataque esset; si pecunia sua qua|que die L. Titio h(eredi)ve eius data soluta non esset, tum uti eum | fundum eaque mancipia, sive quae mancipia ex is <<vellet>> L. Titi|us h(eres)ve eius vellet, ubi et quo die vellet, pecunia praesenti | venderet; mancipio pluris (sestertio) n(ummo) I invitus ne daret, neve sa||tis secundum mancipium daret, neve ut in ea verba, quae in verba satis s(ecundum ) m(ancipium) dari solet, repromitteret, neve simplam neve ||[duplam - - - - - Una questione fortemente discussa in passato è stata quella di sapere quale fosse il carattere di questa iscrizione. Secondo alcuni, essa rappresentava una *mancipatio* fiduciaria realmente avvenuta. Secondo altri, si trattava di un modello generale, di un formulario “standard” relativo a una *mancipatio* fiduciaria, destinata alla redazione di atti dello stesso genere da parte dei pratici. Sul punto: BERTOLDI, *Il negozio fiduciario*, cit., p. 61.

<sup>94</sup> Mancipatio Pompeiana, p. II, ll. 1-14, p. III, ll. 1-22 (FIRA III, n. 91):

*Scriptura interior:*

Poppaea Prisci liberta Note iuravit pueros Simplicem | et Petrinum, sive ea mancipia alis nominib[us] | sunt, sua esse seque possidere, neque ea mancipia [...] |ali ulli obligata esse neque sibi cum ul<l>o com[munia] | esse, eaque mancipia singulas sestertis nu[m]mis sin[is]||gulis Dicia Margarit emit ob sestertios n(ummos) ∞ LD et | mancipio accepit de Popp<a>ea Prisc[i liberta Note], | tutore auctore D. Caprasio A[mpliato], | libripende in si[ngu]la P. C[- - - - -, an] ctestata est in singula [- - - - .

Dicia Margarit cum] || Popp<a>ea Prisci li[b(erta) Note pactum conventum fecit], | uti<que> ea manc[ipia sumtu impensa periculoque tuo sint | supra haec inter se convenerunt pactaeque .... inter se sunt. | Actum Pompeis IX Kal. .... L. Iunio Caesennio Paeto P. Calvisio Rusone cos.] .||

[Pactum conventum. Quae mancipia hodie mihi ven]ididisti, ita tibi heredive tuo (?) restituentur, ut antea pecunia, quam | m[u]t[uam] pro duobu[s] mancipiis tibi hodie (?) dedi, o]mnis mihi <b>ere[dive meo solvatur vel ad me ut rede]at usu ve[n]iat. Si ea pecu[nia omnis mihi heredive meo] || k(alendis) Novem(bribus) primis solu[ta non erit, ut mihi heredive meo liceat] | ea manc[ipia q(uiibus) d(e) a(gitur) i]dibus D[ecembr(ibus) primis pecunia praesenti] | Pompeis in foro luce palam [vendere - - - neve] | tibi eg[o] neve heres me[us teneamur nisi proptere]a, si mi[nus] de dolo malo ea ve[n]ditione redactum esse ....]||tatur. i

fosse un atto aggiunto a un atto di trasferimento. Il primo documento, rapportabile all'inizio dell'impero, contiene il formulario di una *mancipatio fiduciaria*, per un prezzo simbolico (*sestertio nummo I*) relativa a uno schiavo (*homo Mida*) e un fondo; nel secondo, del 79 d.C., la mutuataria, *Poppea Note*, trasferisce alla mutuante, *Dicidia Margaris*, la proprietà di due schiavi, *Simplex* e *Petrinus*, a garanzia di un prestito di 1450 sesterzi.

Da quanto detto si comprende come la *fiducia cum creditore* servisse a fornire al creditore una garanzia reale. Questo mezzo proteggeva il creditore da eventuali usurpazioni di terzi e contro la malafede del debitore.

Il fiduciario è un reale proprietario tanto che può disporre della cosa validamente. Di conseguenza la *fiducia cum creditore* costituisce una forma di garanzia particolarmente efficace, anche durante il periodo di coesistenza di pegno ed ipoteca<sup>95</sup>.

Il fiduciario è obbligato alla restituzione mediante *mancipatio* o *in iure cessio*, una volta che il fiduciante abbia pagato il debito.

Secondo una parte della dottrina<sup>96</sup>, l'obbligazione fiduciaria nascerebbe

---

Si quo minoris e[a] mancipia q[ui]bus d[e] a[gitur] venie[r]int, in sortis vi] |cem d[e] bebun[t]u[r] mihi heredi v[e] meo quae reliqua erunt. | Quod si pluris] ea mancipia q[ui]bus d[e] a[gitur] venie[r]int, id quod superfluum erit reddetur tibi b]ered[ive tuo- - - - -] || ea pecunia [- - - -]. | Utique ea mancipia sumtu in p[e]n[s]a peric[ulo]que tuo sint], |id mihi tecum convenit e[st] pacta tecum sum.

*Dicidia* |a Margaris, Popp[ae]a [P]risci lib[er]ta Note tuto[re D. Caprasio Ampliato] ç supra h[ec] inter eas conveneru[n]t pactaeque - - -] || inter se sunt.

Ac[t] Pompeis IX k[al. Novembr.] | L. Iunio Caesennio [Paeto] P. Calvisio Rusone cos. Nonostante se ne sia dubitato, anche di recente (P. MARRA, *Un cas particulier de transfert de propriété à titre de garantie: la Mancipatio Pompeiana*, in *RIDA*, 64, 2017, pp. 177-199; ID., *La mancipatio Pompeiana. Un esempio di alienazione a scopo di garanzia*, in *Diritto romano fra tradizione e modernità*, Atti del Convegno internazionale di Shanghai (13-15 novembre 2014), Pisa 2017, pp. 281-306) la dottrina è concorde nel riferire il documento suddetto alla *fiducia*. Sul punto v. da ultimo: M. MILANI, *La fiducia in diritto romano*, Napoli, 2022, pp. 84-89.

<sup>95</sup> Assai pertinenti sono le seguenti considerazioni di A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, Torino 1949, p. 18: «ora, in epoca arcaica, quando la condizione del debitore è assai dura e la garanzia fiduciaria sorge nell'interesse del creditore forse come riparo all'attenuarsi del primitivo regime di esecuzione personale, è logico che il mezzo iniziale di garanzia sia drastico, consistendo nel trasferimento immediato e solenne della proprietà, con esclusione, tramite il patto commissorio, di qualsiasi responsabilità rispetto alla cosa fiduciata nel caso di inadempimento alla scadenza».

<sup>96</sup> E.I. BEKKER, *Die Aktionen des Römischen Privatrechts*, I, Berlin 1871, pp. 125-126; A.A.F. RUDORFF, *Ueber die baetische Fiduciartafel. Eine Revision*, in *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, 11, 1873, pp. 84-86; M. VOIGT, *Die XII Tafeln*, II, Leipzig 1883, pp. 125-146; A. ASCOLI, *Le origini dell'ipoteca e l'interdetto Salviano*, Livorno 1887, pp. 5-6.; P. OERTMANN, *Die Fiducia im römischen Privatrecht*, Berlin 1890, p. 93; A. PERNICE, *Labeo*.

dalla *mancipatio*, con annessa la clausola *'fidi fiduciae causa'*<sup>97</sup>. L'obbligo di restituzione non si fonderebbe su una promessa del fiduciario, ma sulla sottomissione di quest'ultimo alla *lex mancipii*, vale a dire a dichiarazioni relative al diritto trasferito, più propriamente allo scopo della *datio*, imposte unilateralmente dal fiduciante.

Questa impostazione non può essere accettata, in quanto la *mancipatio* e l'*in iure cessio* non possono avere che un effetto reale. Inoltre la proprietà, e in particolare l'effetto reale, non sopporta la sottoposizione né a condizione né a un termine. La proprietà viene costituita da subito e in perpetuo e per ritrasferire la proprietà sarà necessario un altro atto a effetto reale. È

*Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, III.1, Halle 1892, pp. 122-123; O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II, Leipzig 1901, pp. 567-568; A. MANIGK, *Fiducia*, in *RE*, VI, 2, Stuttgart 1909, pp. 2291; 2307; A. HÄGERSTRÖM, *Der römische Obligationsbegriff*, I, Uppsala-Leipzig, s.d., p. 394; G. GROSSO, *Sulla fiducia a scopo di manumissio*, in *RISG*, 4, 1929, p. 254 (ora in *Scritti storico-giuridici*, vol. III, Torino 2001, 192); ID., *Recensione a W. ERBE, Die Fiduzia im römischen Recht*, Weimar 1940, in *SDHI*, 7, 1941, p. 428; H. KRELLER, *Formula fiduciae und Pfandedikt*, in *ZSS*, 62, 1942, pp. 143-208; A. BURDESE, *La menzione degli eredi nella fiducia cum creditore*, in *Studi in onore di S. Solazzi*, Napoli 1949, p. 328; ID., *Lex commissoria*, cit., p. 9; R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit roman*, II<sup>3</sup>, Paris 1944, pp. 154-155, nota 3; A. WATSON, *The origins of fiducia*, in *ZSS*, 79, 1962, pp. 329-334; G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*<sup>3</sup>, Torino 1963, pp. 114-115; WATSON, *The Law of obligations in the Later Roman Republic*, Oxford 1965, pp. 172-179; BURDESE, *Fiducia (diritto romano)*, in *NDDI*, vol. VII, Torino 1968, p. 295; GROSSO, *Fiducia (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, vol. XVII, Milano 1968, p. 295; J. MACQUERON, *Histoire des obligations*<sup>2</sup>, Aix-En-Provence 1975, p. 85; BISCARDI, *Appunti sulle garanzie reali*, cit., p. 43; BURDESE, *Recensione a N. BELLOCCI, La struttura della fiducia*, II, *Riflessioni intorno alla forma del negozio dall'epoca arcaica all'epoca classica del diritto romano*, Napoli 1983, in *Iura*, 34, 1983, pp. 182-183; G. DIURNI, *Fiducia e negozio fiduciario (storia)*, in *Dig. disc. priv. Sez. civ.*, vol. VIII, Torino 1992, p. 291; J.PH. DUNAND, *Le transfert fiduciaire: donner pour reprendre. Mancipio dare ut remancipetur. Analyse historique et comparatiste de la fiducie gestion*, Bâle-Genève-Munich 2000, p. 119; L. SANTORO, *Il negozio fiduciario*, Torino 2002, 10; V. CARRO, *Ut inter bonos agier oportet et sine fraudatione: una riflessione sul fenomeno fiduciario nel mondo romano e moderno*, in AA.VV., *Riflessioni sulla negoziabilità*, a cura di A. PALMA, Napoli 2013, p. 37; P. LAMBRINI, *Il negozio fiduciario e la sua causa*, in *Studi Urbinati*, 83, 2015, pp. 41-43.; MILANI, *La fiducia*, cit., pp. 290-306; D. SCHANBACHER, *Treuhand (fiducia)*, in AA. VV., *Handbuch des Römischen Privatrechts*, Tübingen 2023, 1161.

<sup>97</sup> Sulla locuzione *'fidi fiduciae causa'* v. di recente: L. PEPPE, *Alcune considerazioni circa la fiducia romana nei documenti della prassi*, in AA.VV., *Fides, fiducia, fidelitas*, a cura di L. Peppe, Padova 2008, p. 175; LAMBRINI, *Le cause del negozio fiduciario*, in *Scritti per A. Corbino*, vol. IV, Lecce 2016, pp. 217-218; M.L. BICCARI, *Fiducia e trust: dai documenti della prassi e dalle fonti giurisprudenziali del diritto romano alle prospettive attuali del negozio fiduciario*, in *Minima epigraphica et papirologica*, 16-17, 2013-2014, pp. 105-117; P. MARRA, *Fiducia e causa*, in *Dig. disc. priv. Sez. civ. Aggiornamento*, vol. XII, Milano 2019, pp. 223-225.

il contenuto dell'atto legittimo che non può essere fatto che in un certo modo, non ammettendo né termini né condizioni.

Quindi da quanto detto non è ammissibile sostenere che nella *fiducia cum creditore* l'atto di trasferimento faccia sorgere a favore del fiduciario una proprietà temporanea.

Assai più aderente alle fonti è quindi l'altra impostazione<sup>98</sup>, secondo la quale l'obbligo di restituzione deriva dal *pactum fiduciae*, vale a dire un atto bilaterale autonomo che riguarda gli obblighi dell'acquirente. L'operazione fiduciaria è composta di due elementi distinti: la *datio* solenne e il *pactum fiduciae*: dal primo nasce un diritto di proprietà a profitto del fiduciario; proprietà piena e assoluta, nonostante il fiduciario sia tenuto all'osservanza del *pactum*. Il fiduciario grazie alla *mancipatio* è titolare di tutte le facoltà attribuite a un *dominus*. Dal secondo si genera un diritto di credito a profitto del *fiduciae dans*. L'obbligo di restituzione non fa parte del regime della proprietà.

Ci si domanda se il patto necessiti di una forma solenne. Essendo un atto separato dalla *mancipatio*, esso non richiede una forma determinata. Il *pactum fiduciae* è un semplice *pactum conventum* e come tale senza forme prescritte. Dunque il *pactum fiduciae* è un patto accessorio e senza forma.

<sup>98</sup> A. BECHMANN, *Der Kauf nach gemainem Recht*, I, *Geschichte des Kauf im römischen Recht*, Deichert, Erlangen 1876, pp. 290-294; F. GENY, *Étude sur la fiducia*, Lorraine, Nancy 1885, p. 13; R. NOUËL, *De l'aliénation fiduciaire*, Paris 1890, p. 30; R. JACQUELIN, *De la fiducia*, Paris 1891, p. 86-87; 168; C. LONGO, *Corso di diritto romano. La fiducia*, Milano 1933, pp. 20-21.; G. SEGRÉ, *Corso di diritto romano, Le garanzie personali e reali delle obbligazioni*, vol. II, *Le garanzie reali*, Torino 1935, p. 46; W. ERBE, *Die Fiduzia im römischen Recht*, Weimar 1940, pp. 5-6; 31; FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, II, cit., p. 9; M. KASER, *Studien zum römischen Pfandrecht*, Napoli 1982, p. 2, nota 7; A. MAGDELAIN, *Le consensualisme dans l'édit du prêteur*, Paris 1958, pp. 101-103; CANNATA, *Sulla divisio obligationum nel diritto romano repubblicano e classico*, in *Iura*, 21, 1970, p. 67; J. MACQUERON, *Contractus scripturae. Contracts et quittance dans la pratique romaine*, Camerino-Nizza 1982, p. 147; DIURNI, *Fiducia. Tecniche e principi negoziali nell'alto Medioevo*, I, Torino 1992, p. 40; P. APATHY, *Die Entwicklung und Gestaltung von Rechtsinstituten durch die Kautelarjurisprudenz am Beispiel der Treuhand im römischen und im österreichisches Recht*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate a F. Gallo*, III, Napoli 1997, p. 376; J.W. TELLEGEN, *Fiducia cum amico contracta dans Pline le Jeune 10.4*, in *Labeo*, 43, 1997, pp. 238-239; B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia im römischen Recht*, (trad. ted.), Amsterdam 1999, p. 138; J. BELDA MERCADO J., *Perspectiva histórica de la fiducia romana*, Granada 2002, p. 35; ID., *La mancipatio fiduciae causa como garantía crediticia*, in *Revista General de Derecho Romano*, 9, 2007, pp. 9-16; I. HERNANDO AGUAYO, *Fiducia. Estudios de derecho romano*, Pamplona 2020, pp. 112-113. Cfr. pure di recente: M. FUENTESECA, *El negocio fiduciario en Roma*, Madrid 2016, pp. 9; 66-71; P. MARRA, *Fiduciae causa*, Milano 2018, pp. 126; 136.

È questo patto che dà senso all'intero atto, che fa dell'alienazione una garanzia reale e che favorisce lo sviluppo dell'istituto.

Il patto non ha quindi effetto reale, ma solo obbligatorio, quindi non è opponibile ai terzi, perché la proprietà appartiene interamente al fiduciario. Di conseguenza il patto, quanto al suo contenuto, era regolato dalla volontà delle parti. L'accordo doveva vertere principalmente sui modi e il tempo della restituzione, perché il *pactum fiduciae* tendeva essenzialmente a obbligare l'acquirente a restituire la cosa.

Il *pactum* doveva poi contenere la menzione del debito garantito. Esso doveva essenzialmente comprendere l'obbligazione imposta al creditore di ritrasferire la cosa, una volta pagato il debito alla scadenza.

Concludendo, l'operazione fiduciaria si componeva di due elementi: una *datio* solenne e un *pactum fiduciae*. Il trasferimento di proprietà avveniva dal *fiduciae dans* al *fiduciae accipiens*; mentre il diritto di credito nasceva a profitto del *fiduciae dans*, avente ad oggetto la restituzione della cosa alienata.

## 7. L'usureceptio'

Gaio vuole occuparsi di quella particolare applicazione della *usucapio* che era l'*usureceptio*<sup>99</sup>. Egli, infatti, nella sua analisi dell'*usucapio*, tratta di questa speciale forma di usucapione che si verifica quando il fiduciante si trova di nuovo nel possesso della cosa:

Gai 2.59: *Adhuc etiam ex aliis causis sciens quisque rem alienam usucapit. Nam qui rem alicui fiduciae causa mancipio dederit vel in iure cesserit, si eandem ipse possederit, potest usucapere, anno scilicet, <etiam> soli si sit. Quae species usucapionis dicitur usureceptio, quia id, quod aliquando habuimus, recipimus per usucapionem.*

Secondo Gaio (oltre ai casi che aveva descritto in precedenza) si usucapisce *sciens* la cosa altrui *ex aliis causis*. Chi infatti a titolo di fiducia abbia mancipato o ceduto *in iure* una cosa ad alcuno, se egli stesso la possiede, può acquistarne la proprietà mediante il possesso esercitato in un solo anno anche se si tratti di un fondo<sup>100</sup>. Tale specie di usucapione è detta *usureceptio*, perché

<sup>99</sup> V.: F. LA ROSA, *Alla ricerca dell'usureceptio*, in *LR*, 1, 2012, p. 121 s.

<sup>100</sup> V. da ultimo I. HERNANDO AGUAYO, *Usucapio lucrativa*, in *Legal History Review*, 16, 2013, p. 15; ID., *Fiducia*, cit., p. 126 ss.

si riacquista (*recipere*) per usucapione ciò di cui un tempo si era proprietari.

Il fiduciante può possedere ed usucapire la cosa che aveva mancipato o ceduto *in iure* al creditore a titolo di fiducia. In alcuni casi, pertanto, il debitore trasferiva la proprietà del bene fiduciato al creditore senza traferire anche il possesso, mantenendo il bene a titolo di precario o locazione e ciò avveniva per impedire che maturasse l'*usureceptio*<sup>101</sup>.

Questa era dunque una forma particolare di *usucapio* creata a vantaggio del fiduciante che avesse conservato o comunque avesse riacquistato il possesso della cosa trasferita in proprietà del fiduciario. Da quanto detto sembrerebbe che l'*usureceptio* dovesse essere la regola e non l'eccezione. Essa sembra nata dalle esigenze della società agraria. Si doveva spesso verificare il caso del contadino che non avesse soldi per le sementi, trasferisse il fondo in fiducia, rimanendo possessore del fondo. Grazie alla *usureceptio fiduciae*, il fiduciante, che riusciva a mantenere il possesso della cosa trasferita poteva riacquistarne la proprietà, anche se il fiduciario si rifiutava di eseguire il *pactum fiduciae*. Con l'estinzione del debito si estinguevano automaticamente il precario e la locazione, permettendo al debitore di usucapire la cosa<sup>102</sup>.

L'*usureceptio* comportava due grossi vantaggi. Per facilitare il recupero della cosa il fiduciante usucapiva nonostante la consapevolezza dell'alienità della *res*<sup>103</sup> e in un solo anno<sup>104</sup>.

Pertanto, spesso il fiduciante rimaneva possessore dell'immobile, concessogli in locazione o concessione precaria. Infatti nella pratica era molto frequente la clausola di *precarium* e di *locatio*, in virtù della quale il creditore, divenuto proprietario della cosa, attribuiva al debitore il godimento della cosa a locazione o precario.

Una volta pagato il debito, l'immobile era già in possesso del fiduciante, il quale, grazie all'usucapione abbreviata (*usureceptio*), diventava proprietario dopo un anno. Infatti in seguito al pagamento del debito dovuto si risolveva automaticamente il rapporto di precario e di locazione<sup>105</sup>.

<sup>101</sup> MARRA, *Fiducia causa*, cit., p. 200.

<sup>102</sup> BERTOLDI, *Il negozio fiduciario*, cit., p. 117.

<sup>103</sup> È necessario precisare che la consapevolezza dell'alienità della cosa non produce mala fede. Inoltre siamo sempre in presenza di una usucapione titolata, consistendo il titolo nell'atto fiduciario.

<sup>104</sup> BERTOLDI, *Il negozio fiduciario*, cit., pp. 118-119.

<sup>105</sup> V.: Iul. 13 dig. D. 41.2.36: *Qui [pignoris causa] <fiduciae causa> fundum creditori [tradit.] <mancipio dedit, pecunia soluta> intellegitur possidere. sed et si eundem precario rogaverit, aequae [per diutinam possessionem] <usu>capiet: nam cum possessio creditoris non impediatur capionem, longe minus precarii rogatio impedimento esse [non] debet, cum plus iuris*

8. *Il regime in caso di inadempimento del debitore*

L'alienazione fiduciaria perde la sua ragion d'essere se il debito è pagato: il debitore ha diritto alla restituzione della cosa e quindi, in caso di mancata *remancipatio*, avrà il diritto di intentare l'*actio fiduciae*.

Se il debitore non paga in tempo utile, sono pensabili due diverse possibilità: o la proprietà si trasformava in proprietà piena non limitata dal *pactum fiduciae*; oppure il creditore poteva vendere la cosa e soddisfarsi sul ricavato<sup>106</sup>.

In difetto di pagamento, la situazione può essere assai semplice se le parti avevano inserito nel *pactum* una *lex commissoria*. Infatti un aspetto tipico della fiducia più antica è appunto l'uso della *lex commissoria*<sup>107</sup>. Si conveniva che, in mancanza di pagamento alla scadenza, il creditore diventava proprietario definitivo della cosa data a fiducia, libero dall'obbligazione di restituire la cosa e l'eventuale eccedenza tra il valore della cosa stessa e l'ammontare del debito. Per effetto di tale clausola, la cosa apparteneva al creditore, che però perdeva contemporaneamente il suo credito, a seguito di annullamento del *pactum fiduciae*. Di conseguenza il debitore non avrebbe più potuto domandare il trasferimento della cosa.

Questa clausola dovette essere, almeno in origine, piuttosto frequente, se non addirittura la regola, essendo parte integrante della fiducia.

Il debitore è posto di fronte a questa alternativa: o pagare e chiedere la restituzione o non pagare e lasciare la cosa al creditore<sup>108</sup>.

Nella *lex commissoria*, se la cosa ha un valore superiore al valore del debito, il debitore viene leso nel suo diritto e il creditore avrà fatto un buon affare; se il valore è inferiore, il creditore perde il *surplus* del suo credito<sup>109</sup>. Di conseguenza nel corso del periodo classico nasce l'uso di inserire nel patto una clausola che permetta al creditore di vendere la cosa ricevuta in fiducia, in caso di mancato pagamento del debito. Questa clausola diventa la regola, nel diritto classico, malgrado anche una convenzione contraria<sup>110</sup>.

Tale clausola concilia due diversi interessi: il debitore avrà diritto all'eccedenza del prezzo sul debito e al contrario il prezzo non sufficiente a

*in possessione habeat qui precario rogaverit quam qui omnino non possidet.* Sul passo cfr.: BERTOLDI, *Il negozio fiduciario*, cit., pp. 96-98; MARRA, *Fiduciae causa*, cit., pp. 176-179.

<sup>106</sup> BERTOLDI, *Il negozio fiduciario*, cit., p. 78.

<sup>107</sup> B. RODRÍGUEZ-ROSADO, *Fiducia y pacto de retro en garantía*, Madrid-Barcelona 1998, p. 17.

<sup>108</sup> BERTOLDI, *Il negozio fiduciario*, cit., pp. 78-80.

<sup>109</sup> BERTOLDI, *Il negozio fiduciario*, cit., pp. 79-80; MARRA, *Fiduciae causa*, cit., p. 207.

<sup>110</sup> BERTOLDI, *Il negozio fiduciario*, cit., p. 80.

soddisfare il creditore fa permanere il debito del fiduciante nel *surplus* nei confronti del fiduciario<sup>111</sup>.

L'esistenza del *ius vendendi* nel *pactum fiduciae* è testimoniata non solo da documenti provenienti dalla prassi, ma anche da altre fonti come le *Pauli Sententiae*<sup>112</sup>:

Paul. Sent. 2.13.5: *Si inter creditorem et debitorem convenerit, ut fiduciam sibi vendere non liceat, non solvete debitore creditor denuntiare ei sollemniter potest et distrahere: nec enim in tali conventione fiduciae actio nasci potest.*

Se si è convenuto tra il creditore e il debitore che il primo non potrà vendere il bene fiduciato, se il debitore non paga, può farne annunzio solenne e vendere il bene: in effetti il debitore non potrà in questo caso esercitare l'*actio fiduciae*<sup>113</sup>.

Per spiegare l'apparente contraddizione bisogna ritenere che per Paolo il *pactum de non vendendo* non poteva evidentemente inficiare quello che era il contenuto consueto del *pactum fiduciae*, nel quale il *ius vendendi* era parte integrante dell'obbligo di restituzione. Il creditore fiduciario ha il potere di alienare validamente il bene fiduciato, *ius vendendi* previsto nel *pactum fiduciae*. Bisogna poi sottolineare che viene ammesso il dovere di restituzione del *superfluum* al debitore fiduciante<sup>114</sup>.

Quindi divenne consuetudine che le parti si accordassero di mettere all'asta la cosa. Le fonti giuridiche in nostro possesso testimoniano come fosse ben regolata la prassi delle aste, per vendere la cosa data a fiducia<sup>115</sup>.

<sup>111</sup> *Ivi*, p. 80.

<sup>112</sup> MARRA, *Fiduciae causa*, cit., p. 214; HERNANDO AGUAYO, *Fiducia*, cit., p. 149. Cfr. pure: D. LIEBS, *Die pseudopaulinischen Sentenzen II. Versuch einer neuen Palinegenese. Ausführung*, in *ZSS*, 126, 1996, 156.

<sup>113</sup> BERTOLDI, *Il negozio fiduciario*, cit., p. 172.

<sup>114</sup> Paul. Sent. 2.13.1: *Debitor distractis fiduciis a creditore de superfluo adversus eum habet actionem*. Il debitore dispone di un'azione contro il creditore fiduciario per recuperare l'ecedente allorché questi, in difetto del pagamento, abbia venduto il bene fiduciato e abbia ricavato più che l'ammontare del credito.

<sup>115</sup> BERTOLDI, *Il negozio fiduciario*, cit., pp. 82-86. Sull'argomento v. principalmente: TALAMANCA, *Contributo allo studio delle vendite all'asta nel mondo classico*, in *Atti della Accademia nazionale dei Lincei. Classe di Scienze morali, storiche e filologiche*, 351, 1954, pp. 114-152; L. BOVE, *Proscriptiones nelle nuove tavolette Pompeiane (Tab. Pomp. 19-22)*, in *Rendiconti dell'Accademia di Archeologia lettere e belle arti*, 47, 1972, pp. 167-186 (ora in *Labeo*, 19, 1973, pp. 7-25); F. COSTABILE, *L'auctio della fiducia e del pignus nelle tabelle dell'agro Murecine*, Messina 1992, pp. 59-66; A. RICCELLI, *La procedura di redazione delle testationes per l'escussione della garanzia reale nelle tabulae cerate di Murecine (Pompei)*, in *Minima epigraphica et papyrologica*, 2, 1999, pp. 251-260. Cfr. di recente: MARRA, *Nuove*

## 9. L'actio fiduciae'

Sulla formula a tutela del debitore fiduciante la dottrina è divisa, ipotizzando alcuni una *formula in factum*, altri una *in ius* ed infine altri ancora una duplicità formulare<sup>116</sup>. Questa divergenza di opinioni ha ragioni lontane e risale al XIX secolo.

L'*actio fiduciae* era già conosciuta ai tempi di Quinto Mucio Scevola, *pontifex*, verso la fine del II secolo a.C., ma era già divenuta di difficile interpretazione ai tempi di Cicerone. Essa è inoltre accostata alle azioni di buona fede e conteneva la clausola '*UT INTER BONOS BENE AGIER OPORTET ET SINE FRAUDATIONE*' (come si conviene agire onestamente fra onesti e senza frode). Che l'*actio fiduciae* fosse poi in seguito considerata di buona fede risulta in una fonte successiva delle Istituzioni gaiane, dove l'*actio fiduciae* viene ricompresa tra i *bonae fidei iudicia*, *actio* che però scompare per note ragioni nel periodo giustiniano.

Certamente si trattava di un'*actio in personam*, che si basava sul *pactum fiduciae*. La dottrina si è poi posta il problema di stabilire se si trattasse di un'azione *in ius* o *in factum* o se sia avvenuta un'evoluzione simile a quella che è avvenuta per il comodato e il deposito, dove l'azione *in factum* aprì la via a quella civile di buona fede.

L'*actio fiduciae* sembrerebbe unica e a prima vista assai antica a giudicare dall'infinito '*agier*' che sta in luogo di '*agi*':

Cic. *ad fam.* 7.12.2: *Sed quonam modo ius civile defendes, cum omnia tua causa facias, non civium? Ubi porro illa erit formula fiduciae, UT INTER BONOS BENE AGIER OPORTET? [...]*

Cic. *de off.* 3.17.70: *Nam quanti verba illa UTI NE PROPTER TE FIDEMVE TUAM CAPTUS FRAUDATUSVE SIM! quam illa aurea UT INTER BONOS BENE AGIER OPORTET ET SINE FRAUDATIONE! Sed, qui sint boni et quid sit bene agi magna quaestio est. Q. quidem Scaevola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus iis arbitriis in quibus adderetur EX FIDE BONA, fideique bonae nomen existimabat manare latissime, idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis, venditis, conductis, locatis, quibus vitae societas contineretur; in iis magni esse iudicis statuere, praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria, quid quemque cuique praestare oporteret.*

---

osservazioni sulle *auctiones puteolane del pignus di purpurae laconicae*, in *Iuris Antiqui historia an international Journal on Ancient Law*, 14, 2022, pp. 153-169.

<sup>116</sup> Sulla letteratura relativa all'*actio fiduciae* v.: BERTOLDI, *Il negozio fiduciario*, cit., pp. 30-39; HERNANDO AGUAYO, *Fiducia*, cit., pp. 69-84.

L'arpinate spiega che il pontefice massimo Quinto Scevola attribuiva<sup>117</sup> un'ampia portata<sup>118</sup> al concetto di buona fede, precisando che quest'ultima trovava impiego concreto<sup>119</sup> anche nella *fiducia*; egli diceva poi che il giudice doveva stabilire gli obblighi reciproci delle parti, specialmente quando, nella maggior parte dei casi, avevano luogo i *iudicia contraria*<sup>120</sup>.

Questo passo consente, in particolare, di ricostruire la formula dell'*actio fiduciae*, che sarebbe stata già utilizzata a metà del I secolo a.C. Anzi, l'*actio fiduciae* sembrerebbe unica e a prima vista più antica a giudicare dall'infinito 'agier' che sta in luogo di 'agi'<sup>121</sup>. Come ha osservato il Longo<sup>122</sup>, la forma 'agier' sembra peraltro appartenere allo stile edittale dell'ultimo scorcio di età repubblicana, nella quale il linguaggio ufficiale era assai più rozzo e arcaico di quello letterario. Di conseguenza si deve ipotizzare l'esistenza di questa locuzione solo nella formula dei tempi di Cicerone, non in quella successiva.

Considerato il richiamo a Quinto Mucio Scevola, *pontifex*, nello stesso contesto dell'*actio fiduciae*, si può dedurre che l'*actio fiduciae* fosse già conosciuta ai tempi di Quinto Mucio Scevola<sup>123</sup>, verso la fine del II secolo a.C.<sup>124</sup>, ma era già, seguendo il ragionamento del testo, divenuta di difficile interpretazione ai tempi di Cicerone<sup>125</sup>. Più nello specifico, il richiamo alle parole 'quam illa aurea'<sup>126</sup> sembrerebbe, come aveva già osservato l'Oertmann<sup>127</sup>, contrastante con un'*actio fiduciae* pretoria.

L'*actio fiduciae* è inoltre accostata alle azioni di buona fede e conteneva la clausola 'ut inter bonos bene agier oportet et sine frudatione'. Tale clausola, essendo riportata anche nella lettera a Trebazio Cic. *ad fam.* 7.12.2, e indi-

<sup>117</sup> L'uso dell'imperfetto nei verbi 'dicebat' ed 'aestimabat', secondo il NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., p. 304, rende evidente che Cicerone si riferiva ad un'opinione consolidata e conosciuta.

<sup>118</sup> E. COSTA, *Cicerone giureconsulto*, vol. I, Bologna 1927, p. 179; NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., pp. 302-303.

<sup>119</sup> Cfr. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., p. 304.

<sup>120</sup> BERTOLDI, *La lex Iulia iudiciorum privatorum*, Torino 2003, p. 96; L. FRANCHINI, *Osservazioni in merito alla recezione nel ius civile dei iudicia bonae fidei*, in *Actio in rem e actio in personam*, a cura di L. Garofalo, vol. II, Padova 2011, p. 140.

<sup>121</sup> Cfr. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., p. 288.

<sup>122</sup> LONGO, *Corso*, cit., p. 27; NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., p. 288. Cfr.: A. CARCATERA, *Intorno ai bonae fidei iudicia*, Napoli 1964, p. 5.

<sup>123</sup> Quinto Mucio Scevola visse tra il 140 e l'80 a.C. come scrive il NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., p. 302.

<sup>124</sup> N. BELLOCCI, *La tutela della fiducia nell'epoca repubblicana*, Milano 1974, p. 41; NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., p. 302.

<sup>125</sup> Cfr. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., pp. 302-303.

<sup>126</sup> Non si sa se le parole 'illa aurea' richiamino un'epoca antica; cfr.: *Ivi*, pp. 288-289.

<sup>127</sup> OERTMANN, *Die Fiducia*, cit., p. 221.

cando chiaramente l'*oportere*, faceva riferimento sicuramente alla formula dell'*actio fiduciae*.

Analizzando la formula in se stessa, la locuzione '*sine fraudatione*' si riferisce all'atto che viola la *fides* su cui riposa il *pactum fiduciae*. Mentre l'espressione '*bene agier ut inter bonos*' richiama i doveri di onestà e correttezza, i quali sono propri di un uomo per bene nei rapporti fiduciari.

Questa azione sanzionava ogni comportamento doloso di chi non rispettava la *fides*. L'*actio fiduciae* era principalmente finalizzata all'adempimento del *pactum fiduciae* e quindi alla *restitutio* della cosa.

Tale azione veniva considerata dai giuristi un'azione di buona fede, per il rapporto che essa proteggeva esternandosi nella clausola '*ut inter bonos bene oportet et sine fraudatione*' e che rimase nella formula in tutta l'età classica.

Dai passi visti possiamo comunque desumere che esisteva un'*actio fiduciae*, con una clausola particolare, che venne in seguito inserita nei giudizi di buona fede.

Problema diverso da quello sinora trattato è quello dell'esistenza di un'azione diretta e una contraria, vale a dire un'azione diretta a riottenere la proprietà della cosa trasferita e un'azione diretta invece ad ottenere il risarcimento delle spese affrontate quando si aveva la proprietà della cosa. Solo secondo il Biondi non esiste una simile azione, considerando che il fiduciario non può far valere le sue pretese che per la via della compensazione e il diritto di *retentio*.

Dunque anche in questo caso due formule, una diretta a riottenere la cosa mancata, azione che si basava sull'avvenuto trasferimento e sull'esistenza del *pactum*; la seconda diretta ad ottenere il rimborso delle spese affrontate a causa del trasferimento, da parte del fiduciario.

La formula di questa azione doveva essere identica a quella *directa*, salvo la modifica delle parti del processo. Questo è detto chiaramente nelle Pauli Sententiae<sup>128</sup>:

Paul. Sent. 2.13.7: *Si creditor rem fiduciarium fecerit meliorem, ob ea recuperanda quae impendit iudicio fiduciae debitorem habebit obnoxium.*

Quando il creditore fiduciario abbia fatto spese di miglioramento sulla cosa fiduciata, il suo diritto al rimborso può essere fatto valere contro il fiduciante con un'azione nascente dalla fiducia.

<sup>128</sup> M. SIČ, *Fiducia and pignus in sources of post-classical Roman law – Synonyms or terms utilized for different kinds of Pledges?*, in *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novum Sadu*, 42, 2008, pp. 481; 491.

10. *Il 'pignus datum'*

Se la fiducia è un istituto antichissimo, anche il *pignus*, sebbene successivo, affonda le sue radici in un'epoca assai remota<sup>129</sup>. Il diritto di pegno<sup>130</sup> fornisce una garanzia reale senza trasferire la proprietà del bene dal

<sup>129</sup> BISCARDI, *La dottrina romana*, cit., p. 48.

<sup>130</sup> La letteratura sul pegno (e l'ipoteca) è vastissima; v. principalmente: Ph.E. HUSCHKE, *De pignore nominis eius natura et effectus; speciatim an et quo effectu sub hypotheca generali nomina quoque comprehensa sint*, Göttingen 1820; G.F. PUCHTA, *System des gemeinen Civilrechts zum Gebrauch den Pandektenvorlesungen*, München 1832, pp. 99-115; K.F.F. SINTENIS, *Handbuch des gemeinen Pfandrechts*, Halle 1836; MÜHLENBRUCH, *Lehrbuch des Pandekten-Rechts*, II<sup>3</sup>, Halle 1840, pp. 198-200; A.A.F. RUDORFF, *Ueber die Pfandklagen*, in *Zeitschrift für geschichtlicher Rechtswissenschaft*, 13, 1845, pp. 181-246; J.J. BACHOFEN, *Das römische Pfandrecht*, Basel 1847; C.O. MÜLLER, *Lehrbuch der Institutionen*, Leipzig 1858, pp. 485-516; H. DERNBURG, *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts*, I-II, Leipzig 1860-1864; L. ARNDTS, *Lehrbuch der Pandekten*<sup>6</sup>, München 1865, pp. 579-624; KELLER, *Pandekten*, I<sup>2</sup>, Leipzig 1867, pp. 422-426; PUCHTA, *Vorlesungen über das heutige römische Recht*, Leipzig 1873, pp. 424-428; JOURDAN, *L'hypothèque*, cit.; Th. MAREZOLL, *Lehrbuch der Institutionen*, Leipzig 1875, pp. 284-287; C.G. WÄCHTER, *Pandekten*, Leipzig 1881, pp. 514-518; J. KOHLER, *Pfandrechtlche Forschungen*, Iena 1882, pp. 63-79; ASCOLI, *Le origini dell'ipoteca*, cit., pp. 20-31; O. WENDT, *Lehrbuch der Pandekten*, Jena 1888, pp. 395-401; F. SCHULIN, *Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechtes*, Stuttgart 1889, pp. 424-431; N. HERZEN, *Origine de l'hypothèque romaine*, Paris 1899; CUQ, *Hypotheca*, in *Dictionnaire des Antiquités grecques et romaines*, III, Paris 1900, pp. 354-358; T. BRUNO, *Ipoteca*, in *Dig. it.*, vol. XIII, Torino 1901-1904, pp. 274-612; A. MANIGK, *Pfandrechtlche Untersuchungen*, vol. I, *Zur Geschichte der römischen Hypothek*, Breslau 1904; A. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I<sup>2</sup>, Frankfurt 1906 (rist. 1963), pp. 1125-1129; E. WEISS, *Pfandrecht Untersuchungen*, vol. I, Weimar 1909; WETTER, *Pandectes*, II, Paris 1909, p. 319; R. DE RUGGIERO, *Il divieto d'alienazione del pegno*, Cagliari 1910; M. FEHR, *Beiträge zur Lehre vom römischen Pfandrecht in der klassischen Zeit*, Upsala 1910; H. ERMAN, *Pignus hypothecave*, in *Mélanges P.F. Girard*, vol. I, Paris 1912, pp. 419-455; Th. THALHEIM, *Hypotheca*, in *RE*, vol. IX,1, Stuttgart 1914, pp. 343-414; A. MANIGK, *Pfandrecht*, in *Handwörterbuch der Rechtswissenschaft*, vol. IV, Berlin-Leipzig 1927, pp. 455-467; U. RATTI, *Sull'accessorietà del pegno e sul ius vendendi del creditore pignoratizio*, Macerata 1927; H. SIBER, *Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung*, II, *Römisches Privatrecht*, Berlin 1928, pp. 119-130; G.P. CHIRONI, *Trattato dei privilegi delle ipoteche e del pegno*, I<sup>2</sup>, Milano-Torino-Roma 1917, pp. 1-44; SEGRÉ, *Corso di diritto romano*, cit., vol. II, pp. 203-241; E. CARRELLI, *Sulla accessorietà del pegno nel diritto romano*, Roma 1934; A. MANIGK, *Pignus*, in *RE*, vol. XX,1, Stuttgart 1941, pp. 1239-1284; M. BARTOŠEK, *La responsabilità del creditore e la liberazione del debitore nella vendita pignoratizia secondo il diritto romano*, in *BIDR*, 51-52, 1948, pp. 238-280; BURDESE, *Lex commissoria*, cit., pp. 95-223; S. SOLAZZI, *Sull'obbligazione garantita del pegno corporale*, in *SDHI*, 23, 1957, pp. 311-323; M. SARGENTI, *Il de agri cultura di Catone e le origini dell'ipoteca romana*, in *SDHI*, 22, 1956, pp. 158-184; S. TONDO, *Pignus e precarium*, in *Labeo*, 5, 1959, pp. 157-210; FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, cit., II, pp. 79-111; A. WATSON, *The*

debitore al creditore<sup>131</sup>, il quale ne acquistava pertanto solo il possesso<sup>132</sup>.

Come sostenuto dall'Arangio Ruiz<sup>133</sup> dalla prassi di concedere a titolo precario al debitore il godimento del bene concesso in garanzia sarebbe nato il pegno<sup>134</sup>.

Secondo la De Iuliis, la parola *pignus* deriva dal verbo greco 'πήγνυμι e dal verbo latino *pangere*<sup>135</sup>. Il termine *pignus*, dal senso originario di 'pianare in terra', come aggettivo sostantivato, dapprima avrebbe assunto il significato materiale di 'ciò che è stato fissato' e in seguito a un processo di astrazione avrebbe designato 'ciò che è sicuro', quindi una garanzia<sup>136</sup>.

Non bisogna però trascurare un testo di Gaio che prospetta una diversa derivazione:

---

*law of obligations*, cit., pp. 179-184; W. KUNKEL, *Hypothesen zur Geschichte des römischen Pfandrechts*, in *ZSS*, 90, 1973, pp. 150-170; BOVE, *Pegno*, cit., pp. 763-766; H. ANKUM, *Pignus und novatio im klassischen römischen Recht*, in *Festschrift für E. Seidl*, Köln 1975, pp. 1-14.; C. RASCON, *Pignus y custodia en el derecho clasico*, Oviedo 1976; J. DE CHURRUCA, *La pignoración tácita de los invecna et illata en los arrendamientos urbanos en el derecho romano clásico*, in *RIDA*, 24, 1977, pp. 189-231; A. BURDESE, *Pegno (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXII, Milano 1982, pp. 662-674; KASER, *Studien zum römischen Pfandrecht*, cit.; H. ANKUM, *La responsabilità del creditore pignoratizio nel diritto romano classico*, in *Studi in onore di A. Biscardi*, vol. IV, Milano 1983, pp. 587-630; R. ROBAYE, *Sanction judiciaire du contract de gage en droit romain classique*, in *RIDA*, 34, 1987, pp. 311-326; F. LA ROSA, *La protezione interdittale del pignus e l'actio Serviana*, in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, vol. VII, Milano 1987, pp. 281-316; EAD., *Ricerche sull'origine del pignus*, in *Scritti in onore di G. Auletta*, vol. III, Milano 1988, pp. 61-94; DE CHURRUCA, *Pignus*, cit., pp. 333-386; G. HANARD, *Interdit salvien et action servienne. La genèse de l'hypothèque romaine*, in *RIDA*, 41, 1994, pp. 239-286; G. KRÄMER, *Das Besitzlose Pfandrecht*, Köln-Weimar-Wien 2007, pp. 21-37; CANNATA, *Corso di istituzioni*, cit., vol. I, pp. 320-340; DE IULIIS, *Pignus appellatum a pugno. Una questione etimologica e di palingenesi decemvirale*, in *LR*, 2, 2013, pp. 245-319; EAD., *Studi sul pignus conventum. Le origini. L'interdictum Salviano*, Torino 2017; M. FUENTESECA, *Pignus e hypotheca en su evolution historica*, Santiago de Compostela 2013; R. PERANI, *Pignus distrahere. La vendita del pegno da parte del creditore pignoratizio*, Milano 2021, pp. 35-49; D. SCHANBACHER, *Pfandrechts (pignus, hypotheca)*, in *AA. VV., Handbuch des Römischen Privatrechts*, vol. I, Tübingen 2023, pp. 1179-1234.

<sup>131</sup> CANNATA, *Corso di istituzioni*, cit., I, p. 320.

<sup>132</sup> G. NICOSIA, *Possessio pignori dantis, possessio precario dantis, possessio in solidum*, in *Iura*, 64, 2016, p. 257.

<sup>133</sup> V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*<sup>14</sup>, Napoli 1987, p. 263.

<sup>134</sup> Sul tema a titolo esemplificativo v. di recente P. FERRETTI, *Recensione a DE IULIIS, Studi sul pignus conventum*, cit., in *SDHI*, 34, 2018, p. 506.

<sup>135</sup> RASCON, *Pignus y custodia*, cit., 15-16; DE IULIIS, *Studi sul pignus conventum*, cit., p. 32.

<sup>136</sup> DE IULIIS, *Pignus appellatum a pugno*, cit., pp. 248-249; EAD., *Studi sul pignus conventum*, cit., p. 34.

Gai. 6 *ad leg. XII tab.* D. 50.16.238.2: *'Pignus' appellatum a pugno, quia res, quae pignori dantur, manu traduntur. unde etiam videri potest verum esse, quod quidam putant, pignus proprie rei mobilis constitui.*

*Pignus* è chiamato così *a pugno*; perché le cose che vengono date in pegno si consegnano con la mano<sup>137</sup>. Da ciò sembra corretto che alcuni ritengano che il pegno propriamente si costituisca su una cosa mobile di cui si fa la consegna manuale al creditore<sup>138</sup>.

Questa definizione sembra evocare l'immagine di 'un pugno stretto su qualcosa', al quale si collega la spiegazione che delinea il passaggio di mano in mano di *res* destinate a garanzia, attuato mediante semplice consegna. Gaio ha inteso far emerge dal brano l'elemento della concreta traslazione della *res* quale tratto distintivo dell'origine dell'istituto<sup>139</sup>. Non meraviglia che la prima forma di pegno si costituisca trasferendo al creditore il possesso della cosa pignorata; in questo caso si parla di pegno manuale o *pignus datum*<sup>140</sup>, che è la forma di pegno che si è costituita successivamente alla creazione della *fiducia cum creditore*.

Pertanto, il pegno è un diritto attribuito a un soggetto su di una cosa altrui, che gli permette di disporre di tale cosa a garanzia di un proprio credito. Quindi al creditore è attribuito il diritto, se il debito non venga pagato, di soddisfarsi sulla cosa ricevuta in pegno. La peculiarità del diritto di pegno sta nel fatto che la cosa oggetto del pegno è in qualche modo riservata al creditore e, in caso di inadempimento, diventerà di proprietà del creditore a svantaggio di tutti gli altri creditori del debitore.

Durante il periodo in cui la cosa è nelle mani del creditore, questi deve essere in grado di recuperarla se altri gliela sottraggano: pertanto il creditore è considerato possessore *ad interdicta* e la consegna della cosa fatta dal debitore pare essere una *traditio possessionis*, avendo generato un trasferimento del possesso<sup>141</sup>; essendo però tale *traditio* stata fatta a scopo di garanzia essa non è fornita di *iusta causa* e quindi è inidonea al trasferimento della proprietà o all'usucapione<sup>142</sup>.

Il pretore riconobbe in un primo tempo una tutela interdettale (attraverso

<sup>137</sup> BISCARDI, *Appunti sulle garanzie reali*, cit., p. 146; ID., *La dottrina romana*, cit., p. 52.

<sup>138</sup> SEGRÉ, *Corso di diritto romano*, cit., vol. II, p. 205.

<sup>139</sup> DE IULIIS, *Studi sul pignus conventum*, cit., p. 43.

<sup>140</sup> CANNATA, *Corso di istituzioni*, cit., vol. I, pp. 321-322.

<sup>141</sup> BISCARDI, *Appunti sulle garanzie reali*, cit., p. 143.

<sup>142</sup> BISCARDI, *Appunti sulle garanzie reali*, cit., p. 143; CANNATA, *Corso di istituzioni*, cit., vol. I, p. 322.

gli interdetti possessori), in seguito, nell'ultima età repubblicana<sup>143</sup>, concesse l'*actio pigneraticia in personam in factum* a tutela del debitore che, avendo adempiuto, intendesse riottenere il bene. Come è stato autorevolmente notato, «l'accordo sul pegno, che aveva permesso la consegna della cosa al creditore, era comunque una convenzione che creava obbligazioni tra le parti, sanzionate con un'azione *in personam*, detta *actio pigneraticia*»<sup>144</sup>. Tale azione tutelava il debitore che, una volta adempiuto al debito garantito, intendesse riavere indietro il bene trattenuto dal creditore già soddisfatto<sup>145</sup>. Pertanto il pegno si presenta come un contratto reale che fonda l'obbligo del creditore pignoratizio quando sia stato soddisfatto il debito garantito<sup>146</sup>.

Concludendo l'indagine sul *pignus datum*, tale azione tutelava l'accordo di pegno con carattere contrattuale ed era diretta alla restituzione del bene.

In un primo tempo il pegno non adempiva di per sé a 'funzione soddisfattiva' del creditore, risolvendosi da parte di questi nel diritto di tenersi il bene del debitore: ciò implica la sua accessorietà rispetto all'obbligazione garantita<sup>147</sup>. Funzione satisfattiva diretta sulla cosa pignorata sarebbe assicurata in base a convenzioni particolari; ci si riferisce alla *lex commissoria*, per la quale il creditore può trattenersi la cosa in proprietà a titolo di soddisfazione del credito, e al *pactum vendendi*, che diviene, con la fine dell'età classica, elemento implicito del regime pignoratizio<sup>148</sup>.

## 11. Il 'pignus conventum'

Al di là del problema strettamente filologico, il termine *pignus* era già presente nel *De agri cultura* di Catone<sup>149</sup> (console nel 195 e morto nel 149)<sup>150</sup>, in formulari relativi alla vendita di prodotti di coltivazione e

<sup>143</sup> BISCARDI, *Appunti sulle garanzie reali*, cit., p. 142.

<sup>144</sup> CANNATA, *Corso di istituzioni*, cit., vol. I, p. 324.

<sup>145</sup> BURDESE, *Pegno*, cit., p. 665.

<sup>146</sup> *Ivi*, p. 671.

<sup>147</sup> *Ivi*, p. 665.

<sup>148</sup> BURDESE, *Pegno*, cit., p. 665; DE CHURRUCA, *Pignus*, cit., pp. 355-360.

<sup>149</sup> Si veda: M. LAURIA, *Cato de agri cultura*, in *SDHI*, 44, 1978, pp. 9-44.

<sup>150</sup> Nei capitoli 146-150 del *De agri cultura* di Marco Poercio Catone «sono conservati i formulari relativi alla vendita di prodotti della coltivazione e dell'allevamento del bestiame di un fondo rustico, nei quali compaiono clausole che prevedono la costituzione di un pegno: si tratta della testimonianza più antica a noi pervenuta direttamente di un pegno stabilito a garanzia di relazioni fra privati ...» (DE IULIIS, *Studi sul pignus*

dell'allevamento del bestiame di un fondo rustico<sup>151</sup>. In particolare, vengono descritte varie forme di contratti agrari che servivano da modello per i proprietari che volevano sfruttare le loro terre e che venivano utilizzati nella pratica del tempo<sup>152</sup>. Si tratta di tre *leges venditionis*, cioè formulari in cui si stabiliscono le condizioni per la vendita dei diversi prodotti agricoli<sup>153</sup> (vendite delle olive dalla pianta, vendita del pascolo invernale, vendita dei frutti di un gregge). I casi descritti da Catone hanno in comune l'esistenza di un debito; ma il modello più interessante è il primo (Cat. agr. 146.2). Il contratto di compravendita prevede che il compratore sia tenuto a promettere di eseguire i pagamenti dovuti e a fornire garanzie di tale specifica *stipulatio*; finché il pagamento non sia avvenuto o le garanzie non siano state fornite, i beni che sono stati portati nel fondo dal compratore costituiscono pegno<sup>154</sup>. Ma se una cosa venga sottratta, il venditore diventerà proprietario del bene (*dominus esto*) e potrà rivendicarlo contro chiunque lo possedeva<sup>155</sup>.

La aggiornata della dottrina romanistica<sup>156</sup>, soffermandosi soprattutto sul formulario relativo alla vendita di olive, lo ha considerato come il più antico caso di *pignus conventum*, poiché l'acquirente del raccolto conserverebbe il possesso di tutto ciò che ha introdotto nel fondo. Tuttavia qui non è chiaro se l'acquirente del raccolto conservi il possesso dei beni cosiddetti pignorati.

In realtà esiste un elemento importante che caratterizza la fattispecie illustrata da Catone: c'è l'introduzione nel fondo del venditore degli

*conventum*, cit., p. 76). V. soprattutto: Cat. agr. 146.2: [...] *Recte haec dari fierique satisque dari domino, aut cui iusserit promittito, satisque dato arbitrato domini; donicum solutum erit aut ita satis datum erit, quae in fundo inlata erunt, pigneri sunt; ne quid eorum de fundo deportato; si quid deportaverit, domini esto; Cat. agr. 149.2: [...] donicum pecuniam <solverit aut> satisfecerit aut deligarit, pecus et familia, quae illic erit, pigneri sunt. Si quid de iis rebus controversiae erit, Romae iudicium fiat. Cat. agr. 150: Fructum ovium hac lege venire oportet: [...] 2. [...] Conductor duos menses pastorem praebeat; donec domino satisfecerit aut solverit, pignori esto.*

<sup>151</sup> BURDESE, *Lex commissoria*, cit., pp. 98-109; DE IULIIS, *Studi sul pignus conventum*, cit., p. 77.

<sup>152</sup> FUENTESECA, *Pignus e hypotheca*, cit., p. 19.

<sup>153</sup> FUENTESECA, *Pignus e hypotheca*, cit., p. 20.

<sup>154</sup> *Ivi*, cit., p. 22. Ciò che rileva è che l'espressione 'pigneri sunt' o 'pigneri esto' compare in tutti i testi di Catone.

<sup>155</sup> *Ivi*, pp. 22-23.

<sup>156</sup> Su questo dibattito cfr. in particolare: SARGENTI, *Il de agri cultura di Catone*, cit., pp. 161-164; FREZZA, *I formulari catoniani e le forme della protezione del creditore pignoratizio*, in *Studi Betti*, II, Milano 1962, pp. 435-444; BURDESE, *Pegno*, cit., p. 664; DE CHURRUCA, *Pignus*, cit., p. 360; FUENTESECA, *Pignus e hypotheca*, cit., pp. 19-24; DE IULIIS, *Studi sul pignus conventum*, cit., pp. 91-97.

attrezzi agricoli dell'acquirente, che sono lo strumento indispensabile per ottenere l'oggetto della vendita. Si è pensato a un trasferimento del possesso mediato a favore del venditore (e proprietario dell'immobile) sui beni<sup>157</sup>, ma in realtà nel contesto di Catone il pegno non è un diritto reale su cosa altrui, perché esso, per essere tutelato deve trasformarsi in proprietà<sup>158</sup>.

Per questi motivi, il pegno di cui parla Catone pare rappresenti una fase iniziale e ancora primitiva dell'istituto del pegno<sup>159</sup>.

Solo più tardi, sotto la spinta di nuove istanze<sup>160</sup>, si conobbe anche il pegno costituito con un semplice accordo<sup>161</sup>, senza trasferirne al creditore il possesso<sup>162</sup>; e allora si parla di *pignus conventum*; già i Romani usarono per il pegno convenzionale, nella sua valenza generalizzata, il termine greco latinizzato *hypotheca*<sup>163</sup>, che resta nel linguaggio giuridico moderno; che sta a indicare un diritto che può essere costituito solo sugli immobili o sui mobili iscritti nei registri pubblici.

Il *pignus conventum* importava che una cosa determinata rimanesse vincolata a garanzia del creditore, pur restando nella disponibilità del debitore e, quindi senza alcun trasferimento non soltanto del *dominium*, ma anche del possesso, dal debitore al creditore<sup>164</sup>. Il *pignus conventum* pertanto era realizzato senza trasferire al creditore pignoratizio il possesso della cosa, essendo imperniato su una mera convenzione priva di formalità<sup>165</sup>. Qui il trasferimento non c'era, ma esisteva un effetto obbligatorio che attribuiva l'effetto reale solo quando serviva.

In concomitanza con l'impiego di locazioni dei fondi rustici, nell'ultimo secolo della Repubblica, è verosimile che si diffondesse l'uso di costituire un pegno fra locatore e conduttore avente ad oggetto i beni, come gli strumenti

<sup>157</sup> FUENTESECA, *Pignus e hypotheca*, cit., p. 23.

<sup>158</sup> CANNATA, *Corso di istituzioni*, cit., vol. I, p. 321. *Contra*: MANIGK, *Pignus*, cit., p. 1247; BURDESE, *Lex commissoria*, cit., p. 99.

<sup>159</sup> BURDESE, *Pegno*, cit., p. 664.

<sup>160</sup> DE IULIIS, *Studi sul pignus conventum*, cit., p. 113.

<sup>161</sup> Ulp. 40 *ad Sab. D.* 13.7.1 pr.: *Pignus contrahitur non sola traditione, sed etiam nuda conventione, etsi non traditum est.*

<sup>162</sup> MANIGK, *Pignus*, cit., p. 1246; FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, cit., II, p. 88; BOVE, *Pegno*, cit., p. 764; BISCARDI, *Appunti sulle garanzie reali*, cit., p. 150.

<sup>163</sup> BISCARDI, *Appunti sulle garanzie reali*, cit., p. 171; CANNATA, *Corso di istituzioni*, cit., vol. I, p. 324. Questa forma di garanzia pertanto era identificabile «con una duplice denominazione di matrice linguistica eterogenea». Cfr.: Marc. D. 20.1.5.1. V.: DE IULIIS, *Studi sul pignus conventum*, cit., p. 7.

<sup>164</sup> BOVE, *Pegno*, cit., p. 764.

<sup>165</sup> DE IULIIS, *Studi sul pignus conventum*, cit., p. 2.

di lavoro e gli animali, che l'affittuario portava con sé nel fondo<sup>166</sup>. Si tratta di tutte quelle cose delle quali il colono non potrà privarsi, perché senza di esse egli non sarebbe in grado di provvedere alla coltivazione del terreno, da cui trarrà poi il denaro per pagare i canoni d'affitto<sup>167</sup>. Quindi, nel momento della conclusione del contratto di locazione del fondo, locatore e conduttore si accordavano affinché gli strumenti di lavoro e gli animali fossero da considerare come pegno a garanzia del pagamento del canone.

Pertanto anche il pegno convenzionale si conclude con un accordo delle parti, solo che il possesso della cosa resta al pignorante (che è normalmente il debitore, ma può essere anche un terzo<sup>168</sup>), poiché altrimenti il conduttore avrebbe perso i suoi strumenti di lavoro<sup>169</sup>.

Ne consegue che l'*actio pigneraticia in personam* non è più necessaria, ma che d'altra parte si pone il problema di fornire al creditore, quando questi risulti insoddisfatto, un mezzo per conseguire il possesso della cosa di modo che egli la possa vendere per soddisfarsi sul ricavato o magari appropriarsene<sup>170</sup>.

L'oggetto del pegno viene definito come l'insieme delle cose che il colono ha portato nel fondo o dei beni di pertinenza di un inquilino: *invecta, illata, importata, inducta*, "le cose portate nel fondo", cioè quelle cose portate nell'immobile, affinché vi rimanessero in modo permanente<sup>171</sup>; questi termini indicano l'atto del "portare qualcosa dentro"<sup>172</sup>: nelle locazioni rustiche si tratta soprattutto degli strumenti di lavoro; pertanto, il conduttore restava in possesso degli utensili e attrezzi portati nel fondo, animali e schiavi che servivano per la coltivazione, col patto, però, che, in caso di mancanza di pagamento, il locatore avrebbe potuto ottenere quei beni mobili<sup>173</sup>:

<sup>166</sup> BISCARDI, *Appunti sulle garanzie reali*, cit., p. 150; DE IULIIS, *Studi sul pignus conventum*, cit., p. 114.

<sup>167</sup> BISCARDI, *Appunti sulle garanzie reali*, cit., p. 151; CANNATA, *Corso di istituzioni*, cit., vol. I, pp. 326-327; DE IULIIS, *Studi sul pignus conventum*, cit., pp. 114-115.

<sup>168</sup> CANNATA, *Corso di istituzioni*, cit., vol. I, pp. 325-326.

<sup>169</sup> BISCARDI, *Appunti sulle garanzie reali*, cit., p. 151.

<sup>170</sup> CANNATA, *Corso di istituzioni*, cit., vol. I, p. 326.

<sup>171</sup> Pomp. D. 20.2.7; Scaev. D. 20.1.32. Su passi v.: DE IULIIS, *Studi sul pignus conventum*, cit., pp. 135-136.

<sup>172</sup> DE IULIIS, *Studi sul pignus conventum*, cit., p. 117; EAD., *Invecta et illata: una categoria di beni meritevoli di tematizzazione fra passato, presente e futuro*, in *A New Role for Roman Taxonomies in the Future of Goods?*, Atti del convegno internazionale di Padova (19 maggio 2022), a cura di M. Falcon, M. Milani, Napoli 2022, p. 246.

<sup>173</sup> BRUNO, *Ipoteca*, cit., p. 283; LA ROSA, *La protezione interdittale del pignus*, cit., pp. 290-291.

C. 4.65.5 (a. 223): *Certi iuris est ea, quae voluntate dominorum coloni in fundum conductum induxerint, pignoris iure dominis praediorum teneri. [...]*

Quindi, interverrà un unico accordo informale al momento della conclusione del contratto d'affitto, col quale il colono darà in pegno al locatore tutti i beni che porterà nel fondo durante il rapporto d'affitto<sup>174</sup>. Tale accordo risulta implicito se si tratta di locazioni urbane:

Nerat. 1 membr. D. 20.2.4: *Eo iure utimur, ut quae in praedia urbana inducta illata sunt pignori esse credantur, quasi id tacite convenerit: in rusticis praediis contra observatur.*

Mentre nel *pignus datum* il creditore aveva il possesso del bene e quindi poteva servirsi degli interdetti possessori, il creditore che aveva il *pignus* sugli *invecta et illata*, non avendo il possesso degli stessi, era privo della normale tutela interdittale. Pertanto il pretore introdusse a favore del *locator*, in quanto creditore insoddisfatto dei canoni, un interdetto per ottenere il possesso dei beni pignorati a suo favore<sup>175</sup>: l'*interdictum Salvianum*<sup>176</sup>, interdetto<sup>177</sup> rientrante nel gruppo degli interdetti *adipiscendae*

<sup>174</sup> CANNATA, *Corso di istituzioni*, cit., vol. I, p. 327.

<sup>175</sup> LA ROSA, *La protezione interdittale del pignus*, cit., pp. 284-285; CANNATA, *Corso di istituzioni*, cit., vol. I, pp. 328-329.

<sup>176</sup> Il testo è stato ricostruito dal JOURDAN, *L'hypothèque*, cit., p. 104, nel modo seguente: *Si is homo quo de agitur est ex his rebus de quibus inter te et conductorem convenit ut quae in eum fundum quo de agitur, inducta, illata, ibi nata factave essent, ea pignori tibi pro mercede eius fundi essent, neque ea merce tibi soluta, eove nomine sadisfactum est, aut per te stat quominus solvatur, ita quominus eum ducas, vim fieri veto.* In relazione a questo interdetto, non si sa chi fosse il *Salvius* che gli diede il nome.

<sup>177</sup> In materia di locazioni urbane, il locatore insoddisfatto è autorizzato a impedire con la forza al conduttore l'asportazione dei mobili tramite la *perclusio* (atto di autodifesa privata), mentre è concesso al conduttore l'*interdictum de migrando* per ottenere, a pagamento avvenuto, il venir meno della *perclusio* stessa. Sul punto v.: BURDESE, *Pegno*, cit., 665; LA ROSA, *La protezione interdittale del pignus*, cit., pp. 290-291.

*possessionis*<sup>178</sup>, concesso al *dominus fundi*, *locator* di un fondo rustico<sup>179</sup>, contro il conduttore/debitore<sup>180</sup> per impossessarsi degli *invecta et illata*, quando non sia stato pagato il canone dovuto<sup>181</sup>:

Gai 4.147: *Interdictum quoque quod appellatur Salvianum adipiscendae possessionis <causa> comparatum est, eoque utitur dominus fundi de rebus coloni, quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepigisset.*

L'interdetto era esercitabile nel caso in cui il colono non pagasse l'affitto o sottraesse i beni dallo *status loci*<sup>182</sup>. In virtù di tale interdetto il locatore poteva impadronirsi degli *invecta et illata*, che il conduttore volesse asportare dal fondo<sup>183</sup>: si trattava per il creditore di acquisire il possesso di cose che non aveva mai posseduto<sup>184</sup>.

La dottrina è ancora divisa sulla tipologia dell'interdetto: per alcuni è proibitorio, per altri è restitutorio<sup>185</sup>. Probabilmente si configurava come un interdetto proibitorio, attraverso il quale il pretore ordinava al colono di non impedire al *dominus fundi* di appropriarsi degli strumenti di lavoro, in caso di mancato pagamento o della loro sottrazione dallo *status loci*.

<sup>178</sup> Gai 4.147: *Interdictum quoque, quod appellatur Salvianum, adipiscendae possessionis <causa> comparatum est, eoque utitur dominus fundi de rebus coloni, quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepigisset*; Paul. 63 ad ed. D 43.1.2.3: *Haec autem interdicta, quae ad rem familiarem spectant, aut adipiscendae sunt possessionis aut recipiendae aut retinendae. adipiscendae possessionis sunt interdicta, quae competunt his, qui ante non sunt nacti possessionem. sunt autem interdicta adipiscendae possessionis 'quorum bonorum': Salvianum quoque interdictum, quod est de pignoribus, ex hoc genere est: et 'quo itinere venditor usus est, quo minus emptor utatur, vim fieri veto'. [...]; I. 4.15.3: [...] interdictum quoque, quod appellatur Salvianum, adipiscendae possessionis causa comparatum est eoque utitur dominus fundi de rebus coloni, quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepigisset.*

<sup>179</sup> DE IULIIS, *Studi sul pignus conventum*, cit., pp. 169; 235.

<sup>180</sup> C. 8.9.1 (238): *Si te non remittente pignus debitor tuus ea quae tibi obnoxia sunt venundedit, integrum tibi ius est ea persequi, non interdicto Salviano (id enim tantummodo adversus conductorem debitoremve competit), sed Serviana actione vel quae ad exemplum eius instituitur utilis adversus emptorem exercenda.*

<sup>181</sup> BISCARDI, *Appunti sulle garanzie reali*, cit., pp. 144; 155; FUENTESECA, *Pignus e hypotheca*, cit., p. 37; DE IULIIS, *Studi sul pignus conventum*, cit., p. 242.

<sup>182</sup> FUENTESECA, *Pignus e hypotheca*, cit., p. 38.

<sup>183</sup> Gai 4.147. V. BOVE, *Pegno*, cit., p. 764.

<sup>184</sup> JOURDAN, *L'hypothèque*, cit., p. 106; BISCARDI, *Appunti sulle garanzie reali*, cit., p. 152.

<sup>185</sup> Sul dibattito in dottrina v.: LA ROSA, *La protezione interdittale del pignus*, cit., pp. 307-312; DE IULIIS, *Studi sul pignus conventum*, cit., pp. 238-255.

12. *Il pegno come garanzia reale*

Il pegno si discosta dalla fiducia perché il fiduciario è titolare di un diritto di proprietà, mentre il regime del pegno è stato costruito evitando appunto la proprietà del creditore pignoratizio<sup>186</sup>.

Per superare questa situazione è stato necessario creare un'*actio in rem* che tutelasse il creditore pignoratizio, visto l'insufficienza in questo senso dell'*interdictum Salvianum*<sup>187</sup>. Solo così il creditore pignoratizio può divenire titolare di un diritto su cosa altrui e il pegno divenire realmente un diritto reale frazionario<sup>188</sup>.

Il passo decisivo viene compiuto da Servio Sulpicio Rufo verso la metà del I secolo a.C. con l'*actio Serviana*<sup>189</sup>. Con la concessione di questa azione reale a tutela del creditore pignoratizio in ordine alla cosa pignorata può ritenersi concluso lo sviluppo storico che porta a configurare il pegno da istituto meramente possessorio a diritto reale limitato<sup>190</sup>: ciò avviene prima per ipotesi di pegno convenzionale del colono per il pagamento dei canoni d'affitto e in seguito per il pegno manuale e per ogni altra forma di pignoramento con l'*actio quasi Serviana* o *hypothecaria*<sup>191</sup>:

I. 4.6.7: *Item Serviana et quasi Serviana, quae etiam hypothecaria vocatur, ex ipsius praetoris iurisdictione substantiam capit. Serviana autem experitur quis de rebus coloni, quae pignoris iure pro mercedibus fundi ei tenentur: quasi Serviana autem qua creditores pignora hypothecasve persequuntur. inter pignus autem et hypothecam quantum ad actionem hypothecariam nihil interest: nam de qua re inter creditorem et debitorem convenerit ut sit pro debito obligata, utraque hac appellatione continetur. sed in aliis differentia est: nam pignoris*

<sup>186</sup> CANNATA, *Corso di istituzioni*, cit., vol. I, p. 330.

<sup>187</sup> JOURDAN, *L'hypothèque*, cit., p. 115-116.

<sup>188</sup> CANNATA, *Corso di istituzioni*, cit., vol. I, p. 330.

<sup>189</sup> *Si paret inter Aulum Agerium et Lucium Titium convenisse ut ea res qua de agitur Aulo Agerio pignori esset propter pecuniam debitam, eamque rem tunc, cum conveniebat, in bonis Lucii Titii fuisse, eamque pecuniam neque solutam, neque eo nomine satisfactum esse neque per Aulum Agerium stare quo minus solvatur, nisi ea res arbitrio iudicis restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato; si non paret, absolvito*. V. O. LENEL, *Das edictum perpetuum*<sup>3</sup>, Leipzig 1927, 494. Cfr. pure: P. PICHONNAZ, F. WUBBE, *L'action servienne dans l'édit du prêteur*, in *Mélanges de droit romain et d'histoire ancienne. Hommage à la mémoire de A. Magdelain*, Paris 1998, pp. 366-372.

<sup>190</sup> BURDESE, *Pegno*, cit., p. 665.

<sup>191</sup> V. JOURDAN, *L'hypothèque*, cit., p. 127.

*appellatione eam proprie contineri dicimus quae simul etiam traditur creditori, maxime si mobilis sit: at eam, quae sine traditione nuda conventionem tenetur, proprie hypothecae appellatione contineri dicimus.*

Con la versione ampliata che Salvio Giuliano contribuì a fissare nell'editto, il pegno, con la duplice denominazione<sup>192</sup>, si configura come diritto reale di garanzia: il diritto corrispondente è valevole *erga omnes* ed il creditore pignoratizio può perseguire qualsiasi soggetto che, verificatosi l'inadempimento, gli sottragga il possesso della cosa costituita in garanzia.

Quel che introdusse Servio fu un'*actio* reale *in factum*<sup>193</sup>. Essa spetta in origine al locatore di un fondo rustico che, insoddisfatto, intendesse valersi della garanzia ipotecaria sugli strumenti di lavoro portati dal colono nel fondo, per ottenere il possesso di tali beni, ovunque si trovassero; ma ben presto quest'azione fu concessa in generale e divenne il modello per ogni caso di pegno, venendo denominata *vindicatio pignoris*, *formula hypoyhecaria*, *persecutio pignoris* e *actio pigneraticia in rem*. Essa assicurava al creditore pignoratizio la sequela dei beni pignorati, e cioè l'opponibilità *erga omnes* del suo diritto: che prendeva così la consistenza di un diritto reale su cosa altrui<sup>194</sup>:

*Marc. l. sing. ad form. Hypoth. D. 20.1.16,3: In vindicatione pignoris quaeritur, an rem, de qua actum est, possideat is cum quo actum est. nam si non possideat nec dolo fecerit quo minus possideat, absolvi debet: si vero possideat et aut pecuniam solvat aut rem restituat, aequè absolvendus est: si vero neutrum horum faciat, condemnatio sequetur. [...]*

L'*actio Serviana* con la sua nuova formula non fu soltanto impiegata per ogni caso di *pignus conventum*: anche nel caso di pegno con trasferimento di possesso, se il creditore pignoratizio avesse perduto il possesso del bene mobile, egli poteva recuperarlo contro qualunque terzo cui la cosa fosse eventualmente pervenuta<sup>195</sup>.

La costituzione del diritto avveniva mediante *conventio*:

*Gai. l. sing. de form. Hypoth. D. 20.1.4: Contrahitur hypotheca per pactum conventum, cum quis paciscatur, ut res eius propter aliquam obligationem sint hypothecae nomine obligatae: nec ad rem pertinet,*

<sup>192</sup> DE IULIIS, *Studi sul pignus conventum*, cit., p. 7.

<sup>193</sup> JOURDAN, *L'hypothèque*, cit., p. 123.

<sup>194</sup> CANNATA, *Corso di istituzioni*, cit., vol. I, p. 333.

<sup>195</sup> *Ivi*, p. 333.

*quibus fit verbis, sicuti est et in his obligationibus quae consensu contrahuntur. et ideo et sine scriptura si convenit ut hypotheca sit et probari poterit, res obligata erit de qua conveniunt. fiunt enim de his scripturae, ut quod actum est per eas facilius probari poterit: et sine his autem valet quod actum est, si habeat probationem: sicut et nuptiae sunt, licet testationes in scriptis habitae non sunt.*

L'accordo di pegno era dunque essenziale: come ci informa Gaio, l'ipoteca si costituisce per *pactum conventum*, espressione che di per sé allude a un accordo puro e semplice, cioè senza requisiti e senza che, per la sua perfezione, sia necessaria la consegna della cosa o di uno scritto<sup>196</sup>. Quest'ultimo viene impiegato solamente *ad probationem*.

È chiaro che in pratica l'accordo a effetto reale (costitutivo del diritto di pegno e generatore dell'*actio Serviana*) e il contratto di pegno (a effetto obbligatorio e protetto con l'*actio pigneraticia in personam* diretta e contraria) coincidono: le parti si accordano una sola volta, e da questo unico accordarsi nascono il diritto reale e le obbligazioni del caso. Pertanto il pegno nasce dall'accordo di pegno (*conventio, pactum conventum*)<sup>197</sup> tra le parti.

Il pegno pertanto si costituisce per mera convenzione priva di forma, accompagnata o meno dalla consegna della *res* dal debitore pignorante al creditore pignoratizio, a seconda che si tratti di *pignus datum* o di *pignus conventum*<sup>198</sup>; solo in seguito verrà ammesso il *pignus tacitum*, in mancanza di un patto espresso, a garanzia del pagamento del canone nelle abitazioni urbane<sup>199</sup>.

### 13. Oggetto del pegno

Nella forma originaria del pegno, il *pignus datum*, il possesso della cosa oggetto di pegno passava al creditore. Come abbiamo visto, il contenuto del pegno si configura a vantaggio del creditore pignoratizio come diritto al possesso della cosa pignorata, tutelato da *actio pigneraticia in rem* per

<sup>196</sup> JOURDAN, *L'hypothèque*, cit., p. 344; CANNATA, *Corso di istituzioni*, cit., vol. I, p. 335.

<sup>197</sup> CANNATA, *Corso di istituzioni*, cit., vol. I, p. 335.

<sup>198</sup> BURDESE, *Pegno*, cit., p. 666.

<sup>199</sup> Ner. D. 20.2.4 pr. Sul testo v.: LA ROSA, *La protezione interdittale del pignus*, cit., pp. 296-297.

la realizzazione dei fini di garanzia cui esso è preordinato<sup>200</sup>. Il possesso del creditore pignoratizio tuttavia non sembra ostacolare il decorso dell'usucapione a favore del debitore pignorante<sup>201</sup>.

Il possesso doveva essere restituito al debitore al momento dell'estinzione del debito o del compimento di un atto ritenuto equivalente<sup>202</sup>.

Il creditore pignoratizio non può usare e non può disporre della cosa pignorata, altrimenti commette furto<sup>203</sup>. Questo principio apparentemente generale doveva cedere il posto alla prassi di imputare i frutti o i profitti della cosa al pagamento degli interessi sul debito garantito, del capitale o di entrambi<sup>204</sup>; pertanto i Romani avvicinarono la pratica dell'*ἀντίχρησις* greca utilizzando il patto per cui i frutti sono interamente lucrati dal creditore<sup>205</sup>. Tale patto in pratica era spesso una clausola della *conventio pignoris*, ma poteva essere stipulato anche successivamente alla costituzione del pegno<sup>206</sup>.

Se insoddisfatto alla scadenza, il creditore pignoratizio doveva limitarsi a conservare il possesso della cosa pignorata. Appaiono usuali in età classica convenzioni particolari, che abbiamo già incontrato nella *fiducia cum creditore*, che assicurano al creditore pignoratizio la facoltà di soddisfarsi sulla cosa pignorata: così la *lex commissoria*, secondo la quale se l'obbligazione non viene adempiuta il bene dato in pegno diveniva di proprietà del creditore, e il *pactum vendendi*, che da patto espresso<sup>207</sup>, divenne, in età classica avanzata, elemento implicito del pegno<sup>208</sup>.

Quando il creditore incassava il prezzo della vendita, l'obbligazione garantita si considerava estinta. Con il ricavato della vendita il creditore poteva soddisfarsi del mancato pagamento del debito e degli eventuali interessi dovuti, ma era tenuto a consegnare al debitore l'eventuale eccedenza (*superfluum* o *hyperocha*). Se invece il prezzo ottenuto nella vendita non fosse sufficiente a coprire il mancato pagamento dell'obbligazione, il

<sup>200</sup> BURDESE, *Pegno*, cit., p. 669.

<sup>201</sup> Iav. D. 41.3.16.

<sup>202</sup> DE CHURRUCA, *Pignus*, cit., p. 349.

<sup>203</sup> Gai. D. 47.2.55 pr. V. pure: BISCARDI, *Appunti sulle garanzie reali*, cit., p. 146; DE CHURRUCA, *Pignus*, cit., p. 349.

<sup>204</sup> DE CHURRUCA, *Pignus*, cit., p. 349.

<sup>205</sup> JOURDAN, *L'hypothèque*, cit., pp. 503-504; BURDESE, *Pegno*, cit., p. 670; DE CHURRUCA, *Pignus*, cit., p. 350.

<sup>206</sup> DE CHURRUCA, *Pignus*, cit., pp. 349-350.

<sup>207</sup> Iav. 15 ex Cass. D. 47.2.74: *Si is, qui pignori rem accepit, cum de vendendo pignore nihil convenisset, vendidit, aut ante, quam dies venditionis veniret pecunia non soluta, id fecit, furti se obligat.*

<sup>208</sup> Ulp. D. 13.7.4. V.: BURDESE, *Pegno*, cit., p. 670; DE CHURRUCA, *Pignus*, cit., p. 358.

creditore avrebbe potuto esigere l'eventuale credito residuo (*residuum*)<sup>209</sup>:

Tryphn. 8 *disputat.* D. 20.4.20: *Quaerebatur, si post primum contractum tuum, antequam aliam pecuniam tu crederes, eidem debitori Seius credidisset quinquaginta et hyperocham huius rei, quae tibi pignori data esset, debitor obligasset, dehinc tu eidem debitori crederes forte quadraginta: quod plus est in pretio rei quam primo credidisti utrum Seio ob quinquaginta an tibi in quadraginta cederet pignoris hyperocha. finge Seium paratum esse offerre tibi summam primo ordine creditam. dixi consequens esse, ut Seius, potior sit in eo quod amplius est in pignore, et oblata ab eo summa primo ordine credita usurarumque eius postponatur primus creditor in summam, quam postea eidem debitori credidit.*

Con la vendita il *dominium* della cosa si trasferiva al compratore e ciò era possibile perché il creditore pignoratizio agiva *ex pacto*, in virtù del patto intercorso con il debitore o il terzo costituente il pegno.

L'altra convenzione è, come si è detto, la *lex commissoria*, per la quale si riconosceva al creditore la facoltà di trattenersi la cosa in proprietà a titolo di soddisfazione del credito, senza dover restituire al debitore la differenza eventuale di valore<sup>210</sup>. Tuttavia, come ha messo in luce il Bove<sup>211</sup>, «Costantino abolì tale patto, oltremodo gravoso per il debitore, consentendo soltanto che il creditore – in virtù della pattuizione – potesse trattenerne la cosa dopo un certo periodo di tempo dall'inadempimento, pagandone il giusto prezzo»<sup>212</sup>.

Nel contesto di regime di vendita, nel caso in cui non si trovi un compratore, il creditore pignoratizio può chiedere all'autorità imperiale di trattenersi il bene a titolo di soddisfacimento del credito garantito (*impetratio domini*): tale istituto di epoca tarda trova un nuovo regolamento nel diritto giustiniano<sup>213</sup>.

<sup>209</sup> BURDESE, *Pegno*, cit., p. 670; DE CHURRUCA, *Pignus*, cit., p. 359.

<sup>210</sup> BURDESE, *Pegno*, cit., p. 671.

<sup>211</sup> BOVE, *Pegno*, cit., p. 765.

<sup>212</sup> CTh. 3.2.1 (= C. 8.34.3). Sulla costituzione V. A. CENDERELLI, *Divieto della lex commissoria: principio generale o regola occasionale?*, in *Atti del Seminario sulla Problematica contrattuale in diritto romano*, (Milano, 7-9 aprile 1987), vol. I, Milano 1988, pp. 254-259; J.L. ZAMORA MANZANO, *Algunas reflexiones sobre la lex commissoria y su prohibición ulterior en el pignus*, in *RIDA*, 54, 2007, pp. 526-529.

<sup>213</sup> BURDESE, *Pegno*, cit., p. 671; DE CHURRUCA, *Pignus*, cit., p. 360.

## 14. Conclusioni sulle garanzie reali

Da quanto esposto finora possiamo affermare che nell'epoca classica la fiducia conosce la concorrenza del pegno e dell'ipoteca<sup>214</sup>.

Garanzie reali sono: la *fiducia*, il pegno e l'ipoteca; le differenze tra le varie figure vengono sintetizzate in un passo di Isidoro:

Isid., *Originum sive Etymologiarum libri*, 5,25,21: [...] *Item inter pignus, fiduciam et hypothecam hoc interest. 22. Pignus enim est quod propter rem creditam obligatur, cuius rei possessionem solam ad tempus consequitur creditor. Ceterum dominium penes debitorem est. 23. Fiducia est, cum res aliqua sumendae mutuae pecuniae gratia vel mancipatur vel in iure ceditur. 24. Hypotheca est, cum res commodatur sine depositione pignoris, pacto vel cautione sola interveniente.*

In questo testo, Isidoro pare ispirato da un passo di Ulpiano ritenuto interpolato dalla dottrina dell'800:

Ulp. 28 *ad ed. D.* 13.7.9.2<sup>215</sup>: *Proprie pignus dicimus, quod ad creditorem transit, hypothecam, cum non transit nec possessio <nec proprietas, ut in fiducia,> ad creditorem.*

Le parole '*nec possessio*' lasciano intravedere una sicura alternativa: nella fiducia, la proprietà passa al creditore, il pegno conferisce il possesso mentre l'ipoteca né la proprietà né il possesso<sup>216</sup>.

L'alienazione fiduciaria sacrifica in maniera eccessiva il debitore fiduciario e questo fatto ha sicuramente favorito lo sviluppo del pegno che prevedeva solo il trasferimento del possesso<sup>217</sup>, lasciando la proprietà al debitore. Inoltre malgrado la costituzione del pegno, il debitore conserva il diritto di alienare, facilitando l'adempimento del debito al creditore<sup>218</sup>.

L'ipoteca realizza poi un nuovo progresso, in quanto consente di

<sup>214</sup> R. NOUËL, *De l'aliénation fiduciaire*, Paris 1890, p. 90.

<sup>215</sup> F.C. CONRADI, *De pacto fiduciae exercitatio*, vol. II, Helmstädt 1733, p. 24; BACHOFEN, *Das römische Pfandrecht*, cit., p. 25, nota 1; F. BASSEWITZ, *De Romanorum fiducia eiusque vestigiis in libris iuris civilis addita Germanorum iuris pignoratitici adumbratione*, Halle 1858, pp. 30-31; OERTMANN, *Die Fiducia*, cit., pp. 45-46; JACQUELIN, *De la fiducia*, cit., p. 206; I. GLARD, *De la fiducia*, Paris 1894, p. 141, nota 2.; cfr.: H.A. ZACHARIAE, *Commentatio de fiducia*, Gotha 1830, p. 31, nota 120.

<sup>216</sup> GENY, *Étude sur la fiducia*, cit., 82.

<sup>217</sup> NOUËL, *De l'aliénation fiduciaire*, cit., p. 90.

<sup>218</sup> *Ivi*, p. 91.

destinare un bene a garanzia di una obbligazione senza la perdita né della proprietà né del possesso. Nell'ipoteca viene eliminata la *mancipatio* e quindi il trasferimento di proprietà. Nell'ipoteca dunque c'è un meccanismo obbligatorio che attribuisce l'effetto reale solo quando serve. Infatti grazie prima all'*interdictum Salvianum* e poi all'*actio Serviana* viene attribuita all'ipoteca una tutela reale. Quindi con il *pignus conventum* si riesce ad evitare il trasferimento fiduciario che renderebbe il sistema troppo gravoso per il debitore.

Mentre nel *pignus* la cosa resta in proprietà del debitore, nella *fiducia* il debitore trasferisce la proprietà rendendo necessario un altro trasferimento dopo l'adempimento. Inoltre in caso di offerta di pagamento del debito, può succedere che il creditore non abbia interesse a ricevere il pagamento. Ora nel caso del pegno e della ipoteca è possibile fare un deposito, cosa che invece non può avvenire nella *fiducia*<sup>219</sup>.

I vantaggi dell'ipoteca sulla *fiducia* avrebbero favorito il declino di questa<sup>220</sup>; tuttavia ciò pare contraddetto da una costituzione di Arcadius e Honorius del 395 d.C.:

CTh. 15.14.9<sup>221</sup>: [...]; *pignoris adque fiduciae obligatio perseveret*.

Questo testo prova che la *fiducia* esisteva ancora ed era praticata nel periodo in cui l'ipoteca aveva già raggiunto il suo sviluppo. Le ragioni di una tale permanenza tanto nella legislazione come nella pratica, si giustificano per alcuni vantaggi che la *fiducia* aveva rispetto all'ipoteca.

La *fiducia* infatti procurava al creditore una garanzia più energica<sup>222</sup>. Egli, essendo proprietario della cosa, era garantito da tutti gli atti di disposizione del debitore.

Come è noto, tuttavia, con Giustiniano la *fiducia cum creditore* non entra a far parte del *Corpus Iuris Civilis*, in quanto i testi dei giureconsulti

<sup>219</sup> CANNATA, *Corso di istituzioni*, cit., vol. II,1, pp. 286-288.

<sup>220</sup> R. BARBER, *Fiducia and hypothec*, in *IJ*, 13, 1978, pp. 192-196.

<sup>221</sup> CONRADI, *De pacto fiduciae exercitatio*, cit., II, p. 21, n.h; 38, n.b; I.G. VAN MUSSCHENBROECK, *De lege commissoria in pignore*, 1752, in *Thesauri novi Dissertationum iuridicarum*, vol. I, Brema 1771, p. 688; J.G.H. STAS, *De contractu fiduciae, secundum praecepta veteris iuris romani*, Lüttich 1824, pp. 14; 30; ZACHARIAE, *Commentatio de fiducia*, cit., pp. 3; 34, nota 137; GENY, *Étude sur la fiducie*, cit., pp. 84; 107; COULAZOU, *De la fiducie*, Montpellier, 1890, p. 34, nota 1; OERTMANN, *Die Fiducia*, cit., p. 69; JACQUELIN, *De la fiducie*, cit., p. 451; GLARD, *De la fiducie*, cit., p. 156, nota 2; LONGO, *Corso*, cit., p. 164; ERBE, *Die Fiduzia*, cit., p. 21, nota 4; FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, cit., II, p. 6; BISCARDI, *La dottrina romana*, cit., pp. 43; 105.

<sup>222</sup> GENY, *Étude sur la fiducie*, cit., p. 84.

relativi alla *fiducia* furono esclusi o interpolati<sup>223</sup>. La compilazione riflette quindi il diritto orientale, nel quale l'esistenza dell'ipoteca greca impediva l'introduzione della *fiducia*<sup>224</sup>. La *fiducia* infatti non si era mai realmente radicata in Oriente<sup>225</sup>. Di conseguenza si può affermare con buona probabilità che la fiducia fosse scomparsa nella prassi orientale dell'impero<sup>226</sup>. In realtà noi non siamo a conoscenza di alcun atto legislativo che abbia esplicitamente abrogato la *fiducia*<sup>227</sup>; ma, in ogni caso, se si considera che la *fiducia* necessitava di un atto solenne di trasferimento di proprietà, si potrà comprendere come la desuetudine e poi l'abrogazione definitiva di tali atti<sup>228</sup> favorirono pure la decadenza dell'istituto<sup>229</sup>.

In Occidente<sup>230</sup> la situazione è diversa, in quanto la *fiducia* sembra sopravvivere ancora sei secoli dopo le invasioni barbariche<sup>231</sup>. Soprattutto in Italia, numerosi documenti attestano l'importanza e il ruolo dell'istituto<sup>232</sup>. In particolare nella legislazione lombarda, troviamo due editti interessanti in materia<sup>233</sup>:

Roth. 174 (a. 643) (PADELLETTI, *Fontes iuris italici medii aevi*, cit.,

<sup>223</sup> GENY, *Étude sur la fiducie*, cit., p. 108; NOUEL, *De l'aliénation fiduciaire*, cit., pp. 5; 94.

<sup>224</sup> COULAZOU, *De la fiducie*, cit., p. 31.

<sup>225</sup> SEGRÉ, *Corso di diritto romano*, cit., vol. II, p. 202.

<sup>226</sup> COULAZOU, *De la fiducie*, cit., p. 17; NOUEL, *De l'aliénation fiduciaire*, cit., p. 5.

<sup>227</sup> GENY, *Étude sur la fiducie*, cit., p. 108.

<sup>228</sup> C. 7.31.

<sup>229</sup> GENY, *Étude sur la fiducie*, cit., pp. 108-109; OERTMANN., *Die Fiducia*, cit., p. 54; JACQUELIN, *De la fiducie*, cit., pp. 431-432; 435; GLARD, *De la fiducie*, cit., p. 154. *Contra*: DIURNI, *Fiducia*, cit., vol. I, p. 36, secondo il quale da Boet. in *Top.* 10.41-45 si può dedurre che in pieno secolo VI, vale a dire alla vigilia della compilazione giustiniana, «la fiducia possiede ancora una sua precisa caratterizzazione e incisività o, quanto meno, è esattamente individuata».

<sup>230</sup> Lex Burg. 13,4: *Incendii etiam vel naufragii casibus ac ruinae, si per eum casum res quae commodantur perierint, is, cui commodata res est, ad solutionem rei teneri non potest, nisi forte suam rem liberasse probatur, cum de eodem casu rem commodatam eripere potuisset, secundum sententiam Pauli libro secundo, sub titulo: De commodato et deposito, pignore et fiducia*. Si veda pure: Lex rom. Visig.: Paul. Sent. 2.4; 2.12; 2.13; Lex rom. Curiens. 23.10; 24.10.4. Cfr.: P. MUTZNER, *Geschichte des Grundpfandrechts in Graubünden*, Chur 1909, p. 9.

<sup>231</sup> COULAZOU, *De la fiducie*, cit., p. 33.

<sup>232</sup> Sul punto v. MILANI, *La fiducia*, cit., pp. 141-145.

<sup>233</sup> KOHLER, *Pfandrechtliche Forschungen*, cit., p. 83; C.G. MOR, *Cartula fiduciae nel territorio longobardo padano nei secoli VII-IX*, in *Scritti di storia giuridica altomedievale*, Pisa 1977, pp. 669-679.

vol. I, p. 87)<sup>234</sup>: [...] *Ipse autem, qui garanthinx susceperit ab illo, quicquid reliquerit donator in diebus obitus sui, habeat licentiam in suum dominium recolligere, et debitum creditoribus solvere, et aliis requirere, et quod in fiduciae nexu positum est, reddat, et requirat rem in fiduciae nexu positam.*

Liut. 58,5 (a. 724) (PADELLETTI, *Fontes iuris italici medii aevi*, cit., vol. I, p. 216)<sup>235</sup>: *Si infans, dum intra etate est, res suas cuicumque dederit aut infiduciaverit, postea, cum in legitima etate venerit, secundum legem cartolam ipsam intrumpere voluerit, et in rebus ipsis introire, non habeat pontificium, qui emit aut infiduciavit, quod dederat requirendum; quia quando comparavit aut infiduciavit, tunc debuit perspicere, quia puer ipse intra etatem erat, et contra legem faciebat: et postea constitutum est, ut qui intra etatem fuerit, menime vindere aut infiduciare possit, talem causam eum habere dicemus, qui emit aut infiduciavit, qualem et ille habere vedetur, qui de servo aut baldione emere aut infiduciare dinuscutur.*

Le espressioni ‘*in fiduciae nexu positum*’ e ‘*infiduciare*’ designano un bene dato a garanzia di un’obbligazione<sup>236</sup> quindi tanto nell’editto di Rotari come in quello di Liutprando, dove ci si occupa del caso di un minore che abbia venduto il suo bene o l’abbia dato a fiducia, si fa riferimento ad un istituto che sembra simile alla *fiducia cum creditore* romana.

Anche altri due documenti di origine lombarda<sup>237</sup>, l’uno del 748<sup>238</sup> e

<sup>234</sup> GENY, *Étude sur la fiducie*, cit., pp. 111; 118; NOUËL, *De l’aliénation fiduciaire*, cit., p. 98, nota 2; GLARD, *De la fiducie*, cit., p. 163; PH. PLANITZ, *Das deutsche Grundpfandrecht*, Wien-Köln-Graz 1982, p. 4; DIURNI, *Fiducia*, cit., vol. I, p. 87.

<sup>235</sup> GENY, *Étude sur la fiducie*, cit., pp. 111; 118-119; COULAZOU, *De la fiducie*, cit., p. 32, nota 4; NOUËL, *De l’aliénation fiduciaire*, cit., p. 98, nota 1; DIURNI, *Fiducia*, cit., vol. I, p. 108.

<sup>236</sup> GENY, *Étude sur la fiducie*, cit., p. 111.

<sup>237</sup> *Ivi*, pp. 111; 119.

<sup>238</sup> Docum. Lomb. 6 (a. 748) (A. FUMAGALLI, *Codice diplomatico Sant’Ambrosiano delle carte dell’ottavo e nono secolo*, Agnello Nobile, Milano 1805, 25): *Regnante domno nostro Rachis vero excellj rege anno quarto sub die quinta iduum aprilium indictione prima. 1. Constat te Alexandro de Sporticiana accepisse et accepi ad te Arighis de Campilioni auri solidum unum meis udilitatibus peragendo usque in caput anni pro quibus uno solido posui tibi loco pigneri seo fiducia nexo idest petiola una de prado loco quid dicitur Fassiolas de una parte prado Ussuni et de alia parte prado sancti Vecturi 2. tenente uno capide in rio et alio capide in prado sancti Vecturi in intecrum ipsa petiola abeat pro onurem de suprascripto solido usque in praescriptum constitutum Expleto vero anno reddere promitto uno solido sine onure ea recipere prado meo ad me et defendere promitto ipso prado ab omni homine defensare dum ipso solido apud me fuerit et si menime complivero de omnia quibus superius legitur conpuna tibi cui supra credituri meo ipso solido in dublo etsi in antea inducia dederis abeat ipso prado*

l'altro del 780<sup>239</sup> contengono le stesse espressioni; mentre in diverse fonti negoziali ritorna tanto il termine *fiducia*<sup>240</sup> quanto nomi da essa derivati, come *infiduciare*<sup>241</sup>, *adfeduciare*<sup>242</sup>, *affiduciatus*<sup>243</sup> e simili. Certo è difficile

*dum te legidime sanare potuero. [...]*

<sup>239</sup> Pactiones de Leburiiis cum Neapolitanis factae n. 4 (PADELLETTI, *Fontes iuris italici*, cit., I, p. 314): *Et fundora vel terras, qui in partes langobardorum venerint in sortem, nullo modo ipsi homines, qui habitant in ipsa fundora, possint infiduciare vel vendere, aut per quaecumque argumentum alienare in parte neapolitanorum; et si factum fuerit, ipsos solidos pereant et ipsas res revertatur in parte langobardorum. Similiter et parte neapolitanorum perficiatur.*

<sup>240</sup> Docum. del 1105 in Codice padovano, I, n. 16, 13 (KÖHLER, *Pfandrehtilche Forschungen*, cit., p. 353): *libras denariorum mille quingentas quas mihi dedisti - ut eas apud nos retinere debeamus amodo in antea usque ad triginta dies expletos - - . Pro majore autem firmitate ponimus tibi nexu fiducie loco pignoris totam et integram villam - . Predictam autem villam - tibi obligo et in pignore pono ut si minime fecero te ad deliberandum ad suprascriptum terminum eo hordine et racione ut supra legitur, tunc tribuat tibi potestas accedere et intromittere sive ad proprium dominare ipsa vestra pignora et tamquam legitimum documentum possidere nullo vobis homine contradicente.*

<sup>241</sup> Docum. del 1048 in Memorabilia ecclesiae Florentinae, II, 1758, 1227 (KÖHLER, *Pfandrehtilche Forschungen*, cit., p. 83, nota 1): *nullam licentiam vel potestatem habeant infiduciare aut quocumque modo locare*; Docum. del 1117 in Regni Neapolotani archivi monumenta VI, n. 571, 36 (KÖHLER, *Pfandrehtilche Forschungen*, cit., pp. 88-89): *accepi a te - - idest auri tari trideci - - - pro quibus eis infiduciabi tibi tuisque heredibus a modo et usque in memoratum constitutum - idest integra tertia mea de integra petia de terra posita in loco - - hec autem memorata integra tertia mea que superius tibi infiduciabi - in tua tuisque heredibus siat potestate illut dandi et dominandi seu frugiandi et de ipsa frugia faciendi exinde omnia que bolueritis usque in constitutum: complente vero memoratum constitutum jam dicti venturi quinque anni expleti - - ego et filiis filiabus seu heredibus meis tibi tuisque heredibus vel cui ista chartula in manus paruerit dare et rendere debeamus idest auri tari trideci - et tunc recolligamus a vobis ipsum quod superius tibi infiduciabi una cum ista chartula at nostra potestate - - et si in ipsu constitutum ipsi tari de nostrum proprium minime habere potuerimus - quod superius tibi infiduciabi - - illut venumdare debeamus pro pretium ut tunc illut atpretiatum fuerit - - .*

<sup>242</sup> Docum. del 772 in Memorie e documenti per servire all'istoria del ducato di Lucca IV, 2, n. 74, 124 (KÖHLER, *Pfandrehtilche Forschungen*, cit., p. 83, nota 1): *- - licentiam non haveas alii homini vendere nec donare nec adfeduciare.*

<sup>243</sup> Docum. del 792 in Memorie e documenti per servire all'istoria del ducato di Lucca IV, 2, n. 111, 171 (KÖHLER, *Pfandrehtilche Forschungen*, cit., p. 83, nota 1): *pro ipsos sex soledos pro quo antea eam adfeduciatam abuit*; Docum. del 813 in Memorie e documenti per servire all'istoria del ducato di Lucca V, 2, n. 389, 235 (KÖHLER, *Pfandrehtilche Forschungen*, cit., p. 85): *quia mutuum suscepimus a te - argentum solidos duodecim - . Et pro ipsos solidos opponimus tibi in affeciato unam petia de terra nostra - usque in sex anni expliti - - tu - vel heredes tuos predicta terram in affeduciato habere et possidere debeatis vobis privatam fruendum - - - - - semen ..... quod est ordeo in nostram reservavimus potestate. Oppignoratio fundi pro debito, facta Giselperto a Barundolo (a. 777) (L.A. MURATORI, *Antiquitates Italicae Medii Aevii*, III, Societas Palatina, Milano 1740, p. 1013): *In Christi nomine. Regnante piissimo**

stabilire se si tratti proprio del medesimo istituto tanto dal punto di vista funzionale quanto strutturale; in effetti le espressioni ‘*infiduciare*’, ‘*offiduciare*’, ‘*affiduciare*’, ‘*fiduciae nexu ponere*’, fanno riferimento a una forma particolare di pegno<sup>244</sup>, dove il creditore è investito della proprietà della cosa in modo condizionale, con l’obbligo di restituzione in caso di pagamento del debito, ma che è destinata a divenire immutabile, in difetto di pagamento. Ciò che caratterizza questa forma di trasferimento della proprietà condizionata è il fatto che in un primo momento essa era priva di forme e che in seguito necessitava della forma scritta redatta davanti a testimoni<sup>245</sup>. Ora è chiaro che siamo lontani da quella che era l’antica *fiducia* romana<sup>246</sup>, che, sotto l’influenza barbarica e la “volgarizzazione”<sup>247</sup>, perse la sua forma primitiva. In questo contesto culturale, bisogna richiamare anche l’uso in epoca carolingia di redigere uno scritto a garanzia

*Domno nostro Carulu viro eccellente (1) Rege, Anno Regni ejus in ..... Tertio, Mense Augustu, Inditione Quintadecima. Consta me Barundulu ..... et quia manifestu sum, eo quod divito sum, dare tibi Gisilperto filio ..... tuos, et medio boni novi sonantis expendivilis Lucan (2) ..... Unde tivi modo ipso divito persolva, proinde tivi manus mea em ..... heredes, ego aut meus heredes in affiduciato posui terram in loco ..... in fluvio Ausare, et alio capo tenente in terra mea, uno lato tenente ..... et alio lato tenente in terra Aufrid. Hec terra, sicut superius legitur, una cum omnia ad ea pertinen ..... tivi in affiduciato dedi et tradavi. Dato enim constitutu supradicti Soledi ad redendo in Sancti Stefani post isti alii proxime venientem, et dum usque ipso divito nos auveremus, pro nullo ingenio non aveamus licentia vindere nec alienare, et si vindidero aut alienavero ego aut meus heredes, tu Gisilpertu, aut tuos heredes licentia aveatis ipsa terras prindere vin ..... avire et denominare in extromento vinditionis. Unde promitto ego qui supra Barundulus, aut meus heredes tivi Gisilperti, aut ad tuos heredes, ut si suprascripti Soledi ipso capital, sicut superius legitur, in suprascripto constitutu non dederemus et non redederemus, et vos parati fuissetis recipere hic in Pisa ad casa avitationis vestre, nos ivi parati non auveremus, et non redederemus ipso capital (3) in integro, licentia aveatis tu aut tuos heredes supradicta terra avire et dominare in vestra potestate, tanquam si ea vovis da omnem hominem defendere non potueremus, alia tanta terras ab extimationem ferquide tale tivi, aut ad tuos heredes ego aut meus heredes restaurare deveamus. Et si infra quarta die restaurare neclixeremus, conpono repromitto ego Barundulu, aut meus heredes tivi Gisilperti, aut ad tuos heredes ipsa terra in duplum. Et si in suprascripto constitutu redere potueremus post divito sulutu, et fruge recolitu, hanc cartula aput me, aut aput meus heredes revertatur. Unde tivi hanc cartulam Istaipertum Notarium iscrivere rogavi. [...] In questo documento un certo Barundolo, essendo debitore di Gisilperto, garantisce l’adempimento, consegnando al creditore in fiducia un fondo di sua proprietà con ogni accessione e pertinenza. Sul testo cfr.: DIURNI, *Fiducia*, cit., vol. I, p. 128; E. CORTESE, *Le Grandi Linee della Storia Giuridica Medievale*, (rist. 2012), Roma 2000, p. 75.*

<sup>244</sup> A. CAMPITELLI, *Pegno (diritto intermedio)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXII, Milano 1982, p. 677.

<sup>245</sup> GENY, *Étude sur la fiducia*, cit., p. 112.

<sup>246</sup> DIURNI, *Fiducia*, cit., I, pp. 61-62.

<sup>247</sup> *Ivi*, p. 78.

di un credito che, sempre in ricordo della *fiducia* romana, veniva detto *scriptum fiduciationis*<sup>248</sup>.

In questa forma speciale di pegno immobiliare in uso tra i longobardi, il debitore trasferiva al creditore un fondo mediante la consegna di una *carta venditionis* e si faceva promettere contemporaneamente dal creditore con una controcarta, la restituzione del primo documento di vendita del fondo, nel caso di tempestivo soddisfacimento del debito.

La dottrina ha suggerito l'accostamento tra la fiducia romana e l'istituto di *affiduciatum*. Ci si riferisce a una forma particolare di pegno mediante la quale il debitore trasmetteva al creditore il possesso di dati suoi beni affinché questi ne usasse sino alla soddisfazione del suo credito. Con l'*affiduciatum* si trasmetteva al creditore il mero possesso dei beni mentre la proprietà restava in capo al debitore, salvo che non fosse pattuito con clausola apposita che la proprietà passasse al creditore in caso di mancato pagamento del debito.

Il pegno nel diritto longobardo e negli altri diritti di origine germanica che trovavano applicazione in Italia, aveva indole diversa da quella che ebbe nel diritto romano dove non importava il godimento della cosa: invece in essi il godimento passava al creditore e questo sembrava il mezzo più efficace per costringere il debitore ad adempiere ai suoi obblighi.

In un secondo tempo venne riconosciuta al pegno l'efficacia traslativa della proprietà del bene pignorato a favore del creditore. Sotto l'influenza della fiducia romana, si sviluppò poi un'altra forma di pegno per gli immobili, nel quale non già il possesso, ma addirittura la proprietà passava al creditore. Il debitore, a tal fine, vendeva l'immobile al creditore, ma all'atto di vendita era annessa una dichiarazione del creditore che prometteva di restituirlo, ove il debitore pagasse il suo debito.

---

<sup>248</sup> Pactum Karoli III del 880 (A. BORETIUS, V. KRAUSE, *Capitularia Regum Francorum*, II, Hannover, 1890, n. 236, p. 140): 23. *Et hoc stetit de cautionibus sive de quibuslibet commendationibus, ut, si quis aliquid dederit ad negociandum sive aliqua pignora posuerit et solidos mutuaverit, ipsi, qui scriptum fiduciationis aut pignus habuerit, ipse faciat iuramentum et tunc secundum legem et iustitiam incedat iudicium; et iustitiam faciat pars parti de his et similibus causis, de quibus in anteriori pacto continetur*; su ciò si veda: P. OURLIAC, J. DE MALAFOSSE, *Histoire du droit privé*, Paris 1961, p. 350.