

Il concetto del rischio – un confronto tra patto fiduciario e contratto di compravendita nel diritto romano

Ghenka Mozzhuhina¹

SUMMARY

The given paper observes the evolvement of risk concept within the institution of *fiducia*. The main questions set here regard the impact of *pactum fiduciae* (in the context of *mancipatio*) on the relations between the settlor (fr. fiduciant, it. fiduciante, germ. fiduziant) as *mancipium dans* and fiduciary (*fiduciarius*) in cases of theft or loss of the *res fiduciaria* and the applicability in such cases of the very *actio fiduciae* or another one. If a fiduciary pact was made than the fiduciary should bear the responsibility for *custodia*, and respectively he has been granted with *actio furti*. Therefore, the settlor should bear the risk of the thing perishing.

Similar, the Roman jurisprudence constructed the risk and responsibility concepts in the sale-trade contract. The seller, holding the object, is responsible for *custodia* and in thus the purchaser bears the risk of thing theft or loss of the property and owes the price. This is logic for comparing the fiduciary pact with the sale-trade contract.

KEY WORDS

Fiducia, Roman law, pactum fiduciae, custodia, risk, actio fiduciae, actio furti

¹ Dott. Ghenka Mozzhuhina, Dipartimento di scienze civili giuridiche, Sud-Ovest Università “Neofit Rilski”, Blagoevgrad, genkafm@gmail.com.

Premessa

Il particolare carattere e struttura della fiducia, rispetto ad altri modi di stabilire un legame giuridico nel diritto romano, solleva alcune domande sui rapporti tra le parti. Una di esse è legata al rischio di perdita accidentale o furto della cosa fiduciaria.

Il problema del rischio del perimento o del furto del bene nei contratti di compravendita nel diritto romano è un problema tradizionalmente studiato dai giuristi romani. In questo contesto è famosissimo il principio *periculum est emptoris*. Tuttavia, sia a causa di un'interpolazione di alcuni testi del *Corpus iuris civilis* (nel quale il termine *fiducia* potrebbe essere stato sostituito da *pignus*), o per qualche altra ragione, non si riscontrano testi che trattino il problema del rischio riguardo all'istituto di *fiducia*.

La mancanza di testi pervenutici in questo senso, da un lato, così come l'importanza giuridica della questione dell'assunzione del rischio nei negozi traslativi in generale e in particolare in quelli fiduciari, dall'altro, premettono la necessità che la ricerca venga svolta mediante analisi e confronto con altri negozi simili ai negozi fiduciari.

Come era segnato, nel contratto di compravendita è sviluppato chiaramente il modello della ripartizione del rischio di perdita accidentale o furto della cosa. Nel diritto moderno i negozi fiduciari sono spesso associati alla compravendita con patto di riscatto² o addirittura sono confusi con essa. Tenendo conto di uno dei principali elementi caratteristici dei negozi fiduciari, vale a dire il trasferimento della proprietà del patrimonio del fiduciario indietro a quello del fiduciante e, nel caso in cui la causa atipica dei negozi fiduciari, che consenta il trasferimento della proprietà alla causa autonoma non sia accettata, quindi il modo di trasferire sarà tramite il contratto di compravendita. Inoltre, i patti aggiunti al contratto di compravendita nel diritto romano dimostrano anche somiglianze con il patto di riscatto o con la riserva di gradimento.

Considerando la mancanza di fonti relative alla questione dell'assunzione del rischio (una questione che è stata indubbiamente sollevata) e tenendo presente le comuni caratteristiche generali (anche se ovviamente ci sono anche una serie di differenze che coinvolgono i due diversi tipi di negozi) nella struttura e le conseguenze giuridiche che la compravendita e la *fiducia* dimostrano, si potrebbe fare un confronto tra

² In Bulgaria, la compravendita con patto di riscatto è vietata tra le persone fisiche (articolo 209 della Legge sulle obbligazioni e i contratti) e spesso la giurisprudenza definisce nullo un negozio, che in realtà non è una vendita con patto di riscatto, ma un negozio fiduciario. La confusione di questi due istituti è evidente anche nella dottrina bulgara.

questi due istituti in modo che si stabilisca fino a che punto le regole del rischio nella vendita sono valide anche per la fiducia e, eventualmente, fino a che punto il *pactum fiduciae* ha un'incidenza su queste regole.

Per rispondere a queste domande in primo luogo bisognerebbe comparare la fiducia e la compravendita e descrivere sia i loro tratti comuni che le differenze della loro struttura.

Struttura negoziale della compravendita e della fiducia

La fiducia consiste di un atto reale, la mancipazione, e di una convenzione di restituire la cosa trasferita che ha la forma di patto. La struttura della compravendita è leggermente diversa, in quanto consiste di un elemento consensuale (il contratto) e dell'obbligo del venditore di trasferire la cosa. Molto spesso questo trasferimento viene eseguito tramite la *mancipatio*.

Così, il risultato di entrambi i negozi (la compravendita e la fiducia) viene ottenuto dopo il compimento di un atto reale, quindi il loro effetto giuridico si esprime nel trasferimento di un bene dal patrimonio di un soggetto a quello di un altro. Ciò significa che tutti i due tipi di negozi sono caratterizzati dal loro esito traslativo. In questo senso, sia nel caso della fiducia che in quello della compravendita, sorge un certo obbligo di compimento dell'atto reale di trasferimento che si basa su un accordo informale, ma la differenza sta nel fatto che nel caso della compravendita questa clausola è aggiunta a un contratto consensuale formalmente vincolante. Pensando sempre all'atto traslativo, si vede bene che l'unica differenza tra i due negozi sta nel fatto che alla compravendita sono applicabili tutti i tre mezzi di trasferimento della proprietà (*mancipatio*, *in iure cessio* e *traditio*, a seconda della tipologia dell'oggetto della proprietà), mentre per la fiducia, come scrive Gaio (Gai. 2.59), il trasferimento è possibile solamente tramite *mancipatio* o *in iure cessio*: "... ***nam qui rem alicui fiduciae causa mancipio dederit vel in iure cesserit...***"³. Quindi, l'oggetto della fiducia può essere soltanto la proprietà quiritaria, riconosciuta e sistemata dallo *ius civile*, e non la proprietà bonitaria, nel caso della quale il trasferimento viene attuato tramite la *traditio*.

La conseguenza del trasferimento della proprietà in tutti i due negozi consiste nel fatto che l'alienante si priva volontariamente dal suo diritto,

³ Il testo riguarda l'istituto di *usureceptio*: Gai. 2.59: *Adhuc etiam ex aliis causis sciens quisque rem alienam usucapit: nam qui rem alicui fiduciae causa mancipio dederit uel in iure cesserit, si eandem ipse possederit, potest usucapere, anno scilicet, <si mobilis sit, biennio>, soli si sit. quae species usucapionis dicitur usureceptio, quia id, quod aliquando habuimus, recipimus per usucapionem.*

trasferendolo all'acquirente, il quale quindi diviene unico proprietario e titolare di tutti i diritti. Come titolare del diritto assoluto reale, l'acquirente o il fiduciario possono disporre di esso o costituire diritti reali a favore di terzi. La proprietà può essere oggetto di testamento e anche di esecuzione dai creditori dell'acquirente.

Tuttavia, a differenza della compravendita, in cui l'obiettivo delle parti è il trasferimento finale del diritto da un soggetto all'altro, l'effetto della fiducia non viene esaurito da quell'elemento traslativo. La sua struttura include anche un altro elemento – l'accordo non formale *pactum fiduciae*. In virtù di questo patto i soggetti si accordano che lo stesso diritto venga restituito dal fiduciario nel patrimonio del fiduciante in caso di realizzazione di determinate condizioni o dopo un certo periodo di tempo.

La modificazione che il *pactum fiduciae* comporta al trasferimento potrebbe essere osservata in due direzioni. Da un lato, la fiducia si applica con uno scopo diverso dal semplice trasferimento della proprietà, in cui le parti vogliono ottenere solo l'acquisto del diritto e così il negozio viene fatto *acquirendi causa* (o nel caso di donazione *donandi causa*). L'accordo fiduciario comporta uno scopo specifico (atipico secondo Nicla Bellocci per il diritto romano⁴ e per i sistemi giuridici moderni), espresso dalla frase *fiduciae causa*⁵. Il desiderio delle parti in questo negozio sia di restituire all'alienatore la cosa da lui stesso precedentemente trasferita. In questo senso la causa della *fiducia* si può esprimere con la formula, come scrive Nicla Bellocci in "La struttura della fiducia": "*mancipio dedit, ut sibi remancipetur*"⁶.

La seconda differenza tra conseguenze giuridiche della fiducia e di un atto trasferente tipico, è che il detto *pactum fiduciae* comporta un carattere molto particolare della proprietà fiduciaria. Nella compravendita (o nella donazione) l'acquirente acquista il diritto in un modo conclusivo e incondizionato. Con l'inclusione del *pactum fiduciae* nel contratto, però, si osserva un certo cambio del carattere assoluto del diritto di proprietà. Il fiduciario, come acquirente nella compravendita, diviene unico e assoluto proprietario nei confronti di terze persone. Lui si presenta come proprietario anche nei rapporti con il fiduciante. A differenza del proprietario ordinario, però, il quale può liberamente decidere come di esercitare il suo diritto, il proprietario fiduciario, con la conclusione dell'accordo non formale, da un lato si obbliga nei confronti del fiduciante

⁴ Bellocci, N. (1983) 125.

⁵ Per casi diversi dell'uso della *fiduciae causa* nel diritto romano, v. Marra, P. (2018).

⁶ Per questo v. anche Dunand, J.P. (2000).

che eserciterà il diritto in un modo precedentemente determinato dalle parti, e dall'altro che la sua proprietà sarà limitata nel tempo.

In questo senso, l'inclusione del patto fiduciario (*pactum fiduciae*) nel contratto porta a un cambiamento nell'obiettivo finale del vincolo giuridico abituale, proveniente dalla compravendita e la conseguente *mancipatio*. Entrambi i negozi hanno una struttura simile: elemento consensuale ed elemento reale, però con uno scopo ben diverso. Nella compravendita lo scopo è un trasferimento della proprietà permanente, mentre nella fiducia lo scopo è legato all'obbligo dell'acquirente a restituire la cosa, già trasferita, all'alienante, secondo la loro convenzione. Questa caratteristica della fiducia determina anche la natura temporale del potere del proprietario (il fiduciario). Sebbene il fiduciario acquisisca la proprietà del fiduciante nella sua interezza, il fiduciante può determinare come debba essere esercitato il potere su di essa. Quindi, i rapporti stabiliti dalla fiducia tra le parti sono temporanei, dipendente dalla causa dell'obbligo assunto dal fiduciario.

Se la conclusione del patto aggiuntivo (*pactum fiduciae*) cambia le conseguenze tipiche dell'effetto dell'atto traslativo (la *mancipatio*) a confronto della compravendita, lo stesso cambiamento potrebbe succedere quando si pensa al rischio per il perimento del bene nella fiducia stessa.

Il concetto del rischio nella compravendita

I testi principali che vengono esaminati nella storiografia in relazione al rischio nella compravendita sono due. Il primo è di Paolo dal suo Commento dell'Editto (*D. 18.6.8 pr., Paul. 33 ad ed.*):

Necessario sciendum est, quando perfecta sit emptio: tunc enim sciemus, cuius periculum sit: nam perfecta emptio periculum ad emptorem respiciet.

L'altro è dalle "Istituzioni" di Giustiniano (*Inst. 3.23.3*):

Cum autem emptio et venditio contracta sit (quod effici diximus, simulatque de pretio convenerit, cum sine scriptura res agitur), periculum rei venditae statim ad emptorem pertinet, tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit.

Secondo la norma di Paolo per il rischio nella compravendita, comprovata finalmente anche da Giustiniano, il pericolo passa dall'alienante all'acquirente nel momento del consenso (determinante dell'oggetto ed del prezzo), quando il negozio è completo (*emptio perfecta*). Sin da questo momento il perimento del bene (a causa di forza maggiore e *casus fortuitus*), successo prima del *traditio*, in *iure cessio* o *mancipatio*, non è imputabile al venditore, ed in conseguenza il rischio è

come regola per il compratore. Lo stesso compratore è ancora tenuto a pagare il prezzo, anche se non riceverà la cosa – la regola *periculum est emptoris*.

Reinhard Zimmermann sottolinea il risultato finale della lunga ben nota discussione, nella quale questo principio è stato criticato da alcuni autori come Samuel von Pufendorf (il quale sostiene che esso è contrario alla regola di base *res perit domino*), ma oggi l'opinione prevalente è che *periculum est emptoris* fosse la regola non solo nel diritto Giustiniano ma anche nella età classica⁷.

Al fine di rientrare nell'ipotesi del pericolo nella compravendita, il perimento del bene deve essere dovuto o *vis maior* o a *casus fortuitus*. Nel primo caso, a causa di circostanze peculiari, che hanno comportato l'impossibilità di consegnare l'oggetto venduto, il venditore è stato liberato da ogni responsabilità. In questo senso qui si può osservare in forma pura la regola che *periculum est emptoris*.

Si potrebbe presumere che ci sia uno sviluppo analogo anche nel caso della fiducia, quando il bene perisce a causa di circostanze straordinarie e insormontabili. Così, l'impossibilità del fiduciario di trasferire indietro la cosa sarebbe dovuta a forza maggiore, che avrebbe dovuto esentarlo dal suo dovere verso fiduciante. Di conseguenza, il rischio di forza maggiore è per il fiduciante.

Nella seconda ipotesi di compravendita, cioè quando l'impossibilità di consegnare l'articolo venduto è dovuta solo a un caso fortuito come per esempio il furto, il venditore sarà responsabile del rischio di perderlo, pagando il prezzo, perché era lui responsabile anche per la *custodia* fino alla consegna del bene al compratore. Solo se l'oggetto fosse stato rubato dal venditore con una violenza insormontabile ed inaspettata, lui sarebbe stato esentato dall'obbligo di custodire il bene. Data questa regola di rischio nel contesto di compravendita è necessario analizzare se lo stesso sarebbe applicabile anche alla fiducia.

Il rischio nella fiducia in confronto del rischio nella compravendita

L'applicazione diretta alla fiducia della regola alla responsabilità del venditore per la custodia significherebbe far equivalere lo stato giuridico del fiduciario a quello del venditore. Nonostante la somiglianza del risultato giuridico di entrambe le transazioni (cioè il trasferimento di proprietà del bene), si deve tener conto delle differenze nelle prestazioni delle parti nei due negozi. Mentre nella compravendita il venditore è

⁷ Zimmermann, R. (1992) 282–283.

obbligato a trasferire la *vacua possessio* e il compratore a pagare il prezzo, nella fiducia contro il dovere del fiduciante di consegnare l'oggetto si trova l'obbligo del fiduciario non di pagare il prezzo, ma di restituire l'oggetto al fiduciante. Questo secondo atto di trasferimento, tuttavia, non è un contratto separato, ma è il modo di adempiere l'obbligo di fiduciario. Per questa ragione alle parole *mancipium dedit*, che descrivono nella fiducia l'atto iniziale del fiduciante, corrisponde la controprestazione del fiduciario, la *remancipatio*. In questo senso non sarebbe corretto applicare direttamente alla fiducia la regola dalla compravendita, secondo la quale che il rischio spetta all'acquirente.

È importante, per chiarire siffatta questione, analizzare un brano Ulpiano, dai suoi commenti *Ad Sabinum*. Il testo è conservato nei Digesta di Giustiniano ed esamina un caso con uno schiavo rubato, che viene dato come garanzia a un creditore per un prestito di denaro (*D. 47.2.14.6 Ulp. 29 ad sab.*):

Idem scribit, si, cum mihi decem deberentur, servus pignori datus subtractus sit, si actione furti consecutus fuero decem, non competere mihi furti actionem, si iterum subripiatur, quia desiit mea interesse, cum semel sim consecutus. Hoc ita, si sine culpa mea subripiatur: nam si culpa mea, quia interest eo quod teneor pigneraticia actione, agere potero. Quod si culpa abest, sine dubio domino competere actio videtur, quae creditoribus non competit. Quam sententiam Pomponius quoque libro decimo ad Sabinum probat.

Anche se nella versione triboniana del testo si usa il termine *pignus*, sembra più probabile che nel suo originale classico venisse adoperato invece il termine *fiducia*, come si conferma dalla storiografia attuale (una domanda che tratteremo dopo)⁸. Dato che nel testo viene rappresentato un caso dove lo schiavo è stato rubato due volte, conviene ricostruire le circostanze delle ipotesi di entrambi i furti.

Dopo il primo furto, il creditore ha intentato l'*actio furti* contro il ladro ed è riuscito a recuperare dieci. In seguito in qualche modo lo schiavo è tornato di nuovo dallo stesso padrone e poi è stato rubato per la seconda volta. In questo caso Sabino rifiuta questa azione a causa della mancanza dell'interesse: perché il creditore è già stato soddisfatto della prima implementazione del rimedio legale (*quia desiit mea interesse, cum semel sim consecutus*).

⁸ Karlović, T. (2010) 105, anche il riferimento fatto dall'autore in una annotazione in fondo alla pagina alla discussione tra Hans Ankum e Max Kaser sul fatto che il testo citato sia interpolato, rispettivamente in: Ankum, H. (1979) 127-161; (1980), 95-143; Kaser, M. (1982), 272; v. così anche Marra, P. (2018) 197-199, n. 345.

In ogni caso di furto della cosa (sia essa data in pegno, per essere custodita dal *pigneratarius*, o in fiducia, finché il fiduciario ne diventi proprietario) indubbiamente lo *ius civile* concederebbe al creditore un potere di recuperare il bene da qualsiasi sottraente. Ulpiano invece comprova l'opinione di Sabino (citato anche di Pomponio), secondo la quale dopo il secondo furto, il creditore non disponga di questa azione, se il furto viene fatto senza sua colpa. Altrimenti, se il reato fosse accaduto per colpa del creditore, l'*actio pigneraticia* contro di lui e rispettivamente l'*actio furti* dovrebbero essere comunque ammissibili.

La domanda è chiara se il creditore pignoratizio dovrebbe *praestare* la *custodia* fin dal momento di restituzione del pegno, perché per il secondo furto, non avrebbe ricevuto lo stesso rimedio. Si deve tener conto che il creditore dovrebbe custodire la cosa nonostante il pagamento del debito. Invece il potere del fiduciario e rispettivamente la possibilità a intentare l'azione per la cosa rubata dipenderebbe dalle condizioni di *pactum fiduciae*, dunque dall'esistenza del debito principale.

Nel caso, in cui il medesimo bene è rubato due volte Ulpiano fornisce due risposte alla domanda riguardo il momento nel quale il creditore potrebbe intentare un'*actio furti* contro il ladro (per il primo e per il secondo furto).

È importante per l'impostazione del rischio nella fiducia (percepito come rigorosa impossibilità di adempire il dovere senza la colpa del debitore) osservare la soluzione Ulpiana al problema dell'ipotesi di secondo furto. Secondo lui il creditore che ha già ricevuto dieci con la prima *actio furti*, non avrebbe la possibilità di intentarla per la seconda volta, se lo schiavo venisse sottratto di nuovo, magari **senza la sua colpa**. Ulpiano sostiene che il creditore **abbia già perso l'interesse**, in quanto già una volta soddisfatto della stessa azione: *si iterum subripiatur, quia desiit mea interesse, cum semel sim consecutus. Hoc ita, si sine culpa mea subripiatur.*

L'altra domanda riguarda il problema del ladro. Essa è strettamente collegata con il livello della responsabilità. Di solito nel caso di pegno si pensa a *custodia*, ma nel testo di Ulpiano è menzionata esplicitamente la colpa (... *si sine culpa mea subripiatur: nam si culpa mea... Quod si culpa abest...*). Allora, forse questa riduzione? è un risultato della caratteristica del ladro: se il furto è fatto da una terza persona, differente dalle parti del contratto, Si potrebbe pensare alla piena responsabilità per la custodia, invece se è lo stesso debitore a rubare la cosa, data in pegno, è sia molto probabile che responsabilità del creditore sia ridotta alla semplice colpa. Da altro lato, sembra difficile immaginare come un debitore, che ha dato la

sua cosa in pegno, senza trasferirne la proprietà, la possa rubare al suo creditore. Dunque, l'unica soluzione al problema sarebbe ipotizzare che nel testo classico si trattasse di una fiducia piuttosto che di pegno nel caso, in cui il creditore sia ritenuto responsabile per la colpa.

Probabilmente la posizione di Ulpiano che il creditore perdesse l'interesse con l'intentare l'*actio furti*, è collegata all'azione fiduciaria. Magari se lo schiavo fosse stato rubato senza colpa del creditore, lui non avrebbe avuto *actio furti*, perché il fiduciante non avrebbe nessun rimedio contro lui.

Così, tornando al paragone con la compravendita, la posizione del fiduciario in caso d'impossibilità dell'adempimento non imputabile a lui è uguale a quella del venditore – egli si libera dal suo obbligo, quindi il bene perisce per il fiduciante (ugualmente il compratore dovrà pagare il prezzo, nonostante il perimento della cosa). La differenza con la fiducia viene di nuovo dal carattere delle prestazioni. Per questo il rischio per il fiduciante consiste nel fatto che la sua voglia di ricevere indietro il diritto non si possa realizzata, cioè che lui definitivamente perda il bene.

In questo caso per uguagliarsi le conseguenze dell'impossibilità oggettiva, sul venditore nella compravendita grave *custodiam praestare*, cioè il venditore ha l'obbligo di custodire il bene. Anche per la fiducia si può porre lo stesso problema – se il fiduciario sia responsabile per *custodia*⁹.

In uno dei frammenti è conservato nella *Mosaicarum et romanarum legum collatio* (*Coll. 10.2*), Modestino¹⁰, distinguendo il deposito dal prestito, (*Mod. libro differentiarum secundo sub titulo de deposito vel commodato*) scrive che, di regola, quando entrambe le parti hanno interesse nella stipulazione del negozio, esista responsabilità sia in caso *dolus* che in caso di *culpa*. Ciò significa che la responsabilità è ridotta a causa dell'esistenza di un interesse reciproco, il che è una caratteristica dei contratti di *buona fede*. Uno degli esempi di un tale contratto in cui entrambe le parti hanno un interesse, alla pari del prestito, è proprio la fiducia. In questo senso, se il negozio serve entrambe le parti, il fiduciario sarà responsabile per *dolus* e per *culpa*¹¹.

⁹ Talamanca, M. (1990) 588.

¹⁰ Erenio Modestino è un giurista romano di III sec. AD, uno studente di Ulpiano. Tra le opere da lui scritte ci sono le "Differenze" (*Libri diferentiarum*), da cui è anche il testo menzionato qui, "Pandectarum" (*Libri pandectarum*), "Regoli" (*Libri regularum*). v. di più: Tanev, K. (2009) 70.

¹¹ La questione se il fiduciario fosse responsabile sia del *dolus* sia del *culpa*, o che la sua responsabilità fosse limitata fino al *dolus*, fu ampiamente discussa nella letteratura

Coll. 10.2 1. Commodati iudicio conuentus et culpam praestare cogitur qui uero depositi conuenitur, de dolo, non etiam de culpa condemnandus est. commodati enim contractu, quia utriusque contrahentis utilitas interuenit, utrumque praestatur: in depositi uero causa sola deponentis utilitas uertitur et ibi dolus tantum praestatur. 2. sed in ceteris quoque partibus iuris ista regula custoditur: sic enim et in fiduciae iudicium et in actionem rei uxoriae dolus et culpa deducitur, quia utriusque contrahentis utilitas interuenit.

All'inizio di questa analisi, dobbiamo richiamare l'attenzione sul fatto che il parallelo di Modestino tra le azioni "per la fiducia" e per "le cose della moglie" (si pensa soprattutto alla sua dote) non è casuale. Secondo Noordraven, entrambe avevano una struttura che conteneva le clausole di buona fede. Nella ricostruzione della formula di *actio rei uxoriae*, l'autore olandese presume con ragione che fosse inclusa la formula *quod eius melius aequis erit*, la quale, secondo una testimonianza di Cicerone¹², è tipica delle azioni di questa categoria (*Cic. Top. 17.66: in omnibus igitur eis iudiciis, in quibus EX FIDE BONA est additum, ubi uero etiam VT INTER BONOS BENE AGIER OPORTET in primisque in arbitrio rei uxoriae, in quo est QVOD EIVS AEQVIVS MELIUS, parati eis esse debent*)¹².

Dato che il tipo di negligenza non è specificato nel testo citato, ma è utilizzato solo il termine generale *culpa*, deve essere intesa la negligenza nella sua totalità – sia *lata* che *levis*. Questo perché, nella fiducia (come nel contratto di prestito), entrambe le parti hanno un interesse nel contratto (*quia utriusque contrahentis utilitas interuenit*), a differenza del deposito in cui la responsabilità è solamente per *dolus*, poiché solo il depositario ha un interesse nella stipulazione del contratto.

romanistica. Una parte della dottrina, analizzando il collegamento di responsabilità con la natura dell'*actio fiduciae* come una delle categorie dell'*actio infamante* è dell'opinione che la responsabilità del fiduciario era limitata al *dolus*. Un'altra parte dei ricercatori sostiene che il fiduciario era responsabile sia del *domus* sia del *culpa* indicando i testi in questo senso dei giuristi romani, che, a loro avviso, sebbene nella versione che ha raggiunto da noi di riferirsi al *pignus*, sono interpolati e sono connessi con l'istituto della fiducia. Invece di tutti, v.: Bertoldi, F. (2012), 144–146. Per analisi di testo di Modestino v. così Marra, P. (2018), 273–281, dove lui sostiene la tesi che la responsabilità del fiduciario non si deve limitata solo al dolo.

¹² Noordraven, B. (1999) 340 ss., dove alla pagina 352 lui offre la seguente ricostruzione della formula: *Quod Aa Aa No No dotem dedit posteaque inter Nm Nm et Am Am matrimonium solutum est, quam ob rem Nm Nm Aae Aae dotem vel quod eius melius aequius est solvere debet, quidquid ob eam rem, Nm Nm Aae Aae praestare oportet, eius iudex Nm Nm Aae Aae c.s.n.p.a.*

Dunque, nel testo di Ulpiano riguardo il furto dello schiavo (*vedi sopra – D. 47.2.14.6 Ulp 29 ad sab.*), dopo che il creditore doveva sia per *dolus* e per *culpa*, il suo impegno sarebbe caduto nel caso del nuocere senza la sua colpa e soprattutto in casi di *vis maior*. Il furto però non ricade tra i casi di forza maggiore, ma viene considerato un evento casuale (*casus fortuitus*). Questo, nell'ipotesi di Modestino, dove si mettono a confronto la fiducia e l'azione per il furto delle proprietà della moglie da parte del marito, ha portato ad una riduzione della responsabilità del fiduciario, in quanto il beneficio era per entrambe le parti (*sic enim et in fiduciae iudicium et in actionem rei uxoriae dolus et culpa deducitur, quia utriusque contrahentis utilitas interuenit*). In questo senso, secondo Ulpiano, il creditore (il fiduciario nel contratto fiduciario) dovrebbe garantire *custodia* come un tipo speciale di responsabilità oggettiva visto che è lui e non il fiduciante quello a cui spettava l'azione di furto (*Quod si culpa abest, sine dubio domino competere actio videtur, quae creditori non competit*). Questo però non era il caso se il creditore non fosse stato ancora soddisfatto perché aveva ancora un interesse personale nel riportare indietro il prestito di 10 (probabilmente – migliaia di *sestertiis*), e secondo la regola dell'interesse di entrambe le parti, era responsabile in caso sia di *dolus* che di *culpa*. Deve essere notato che la responsabilità del ladro per l'azione di furto è pari al doppio valore della cosa. Tenendo conto dell'interpretazione della situazione fattuale, è importante notare chi fosse il ladro, cioè se il fiduciante stesso o una terza persona, perché se è il fiduciante, allora ha senso dall'ipotesi dell'interpolazione il termine fiducia con quello del pegno. Il creditore pignoratizio non può rubare la sua stessa cosa, mentre con il fiduciante le cose sono diverse, e solo allora ha senso la riduzione dell'obbligo solo a *dolus* e *culpa*, a causa dell'interesse reciproco.

Conviene notare che il carattere specifico della fiducia riflette anche questa conclusione. Se si accetta senza riserve che il fiduciario abbia l'obbligo di custodire la proprietà fino alla consegna al fiduciante e, rispettivamente, che egli sia responsabile in caso d'inadempimento, poiché entrambe le parti hanno interesse alla fiducia, in alcune ipotesi di questo istituto ciò comporterebbe un ingiusto gravare sul fiduciario di un obbligo che non corrisponde all'interesse che egli ha dalla conclusione della fiducia.

Nel diritto romano i principali tipi di fiducia erano due – *fiducia cum amico* e *fiducia cum creditore*. Benché nel testo di Modestino non sia esplicitamente affermato di che tipo di fiducia si tratta, osservando la regola che entrambe le parti hanno interesse per la sua conclusione, si dovrebbe presumere che il testo riguardi piuttosto la fiducia conclusa con un creditore alla fine di garantire suo credito. Nella prima parte del brano

citato, il giurista romano parla delle differenze tra il contratto di deposito e quello di prestito – gli istituti di diritto romano delle obbligazioni legati alla conservazione e alla gestione della proprietà delle persone. A questa area del diritto romano si può aggiungere la fiducia con amico il cui scopo principale è quello di preservare la proprietà di una persona che non sarà in grado di gestirla per un lungo periodo di tempo. Modestino però non include la fiducia in questa parte del testo, il che significa che l'autore non considera questo suo aspetto¹³. La menzione della fiducia, invece, è presente nella seconda parte, che inizia con la precisazione che "*in altre aree del diritto si osserva anche questa regola*". In questo senso, si dovrebbe presumere che il giurista volesse distinguere il deposito e il contratto di prestito (e insieme a loro la fiducia con un amico), come rappresentanti di un ambito di diritto, dall'elenco che segue, dedicato ad un ambito diverso.

La fiducia con creditore, d'altra parte, è applicabile nell'area delle garanzie per i crediti, e la dote, indicata nel testo di Modestino immediatamente dopo la fiducia, è un istituto del diritto romano della famiglia. Perciò sarebbe giustificato presumere che, quando Modestino parla della responsabilità dell'intenzione e della negligenza nella fiducia, visto che entrambe le parti hanno interesse nella conclusione, l'autore consideri la *fiducia cum creditore*. La responsabilità, da parte sua, è collegata al rischio di subire le conseguenze negative della scomparsa della proprietà a causa di un evento casuale o dell'impossibilità della sua trasmissione dovuta a furto. Nella fiducia con creditore il cui scopo è quello di garantire il credito del creditore, l'interesse nel rapporto giuridico, sebbene di regola per entrambe le parti, è in qualche modo maggiore per il fiduciario. Tramite la fiducia lui si assicura che anche se non riceve un pagamento dal fiduciante nel contratto di prestito, sarà in grado di rimanere proprietario del bene trasferito a lui come garanzia o di essere soddisfatto del suo valore una volta che è stato autorizzato a venderlo. Se si suppone che il fiduciario non sia responsabile per la custodia, allora nell'ipotesi in cui il fiduciante (debitore) estingua il suo obbligo di pagare al fiduciario (creditore), si avrebbe una situazione di estrema dipendenza del debitore dal creditore e casi di abuso da parte del creditore. Pertanto, a causa del maggiore interesse di garantire il suo credito tramite la fiducia, nei casi di *fiducia cum creditore*, sarebbe logico equiparare la situazione del

¹³ L'abbandono dell'istituto della *fiducia cum amico* nel diritto romano è associato all'uso sempre più frequente d'istituti come il deposito e comodato. In questo senso, sarebbe anche giustificabile supporre che Modestino non abbia considerato questo tipo di fiducia quando ha parlato della responsabilità di *dolus* e *culpa in actio fiduciae*.

fiduciario con quella del venditore che è responsabile della conservazione della proprietà, anche in caso della sua perdita accidentale¹⁴.

Nell'altro tipo di fiducia – *fiducia cum amico*, tenendo conto dello scopo di sua conclusione, l'interesse del fiduciante è più dominante rispetto a quello del fiduciario. L'obiettivo del fiduciante in questo caso dipende dal suo desiderio di mantenere la sua proprietà quando parte per un lungo periodo di tempo. Questo potrebbe succedere tramite un negozio fiduciario con il quale il fiduciante trasferisce la sua proprietà a un suo amico fidato, il quale dovrà prendersi cura delle sue cose. È importante notare che, a differenza della compravendita, la fiducia si compie tramite una vendita gratuita "*nummo uno*"¹⁵ – espressione che si riscontra nella *Formula Baetica* del III s. d.C.¹⁶. Visto che il fiduciario non ha dato nessun prezzo per ricevere il diritto dal fiduciante, non sarebbe giusto che egli sia responsabile per custodia. Il carattere del suo obbligo secondo il patto fiduciario consiste in questo: nonostante che il fiduciario sia proprietario, egli deve esercitare il suo diritto in un modo determinato dal fiduciante. E anche se il negozio fiduciario viene concluso nell'interesse delle due parti, il *pactum fiduciae* comporta un interesse più grande per il fiduciante e non per il fiduciario. In questo senso il fiduciario dovrebbe essere colui che è responsabile per le conseguenze negative solo dell'impossibilità oggettiva per la prestazione e dovrebbe essere liberato dall'obbligo di custodire. Però questa soluzione si potrebbe avere solo nei casi di fiducia a scopo di deposito, cioè una dei due tipi di *fiducia cum amico*. D'altronde, quando si pensa alla fiducia a scopo di comodato (l'altro tipo di *fiducia cum amico*) o di garanzia (cioè la *fiducia cum creditore*), in cui l'interesse del fiduciario è più grande di quello di fiduciante, la situazione dovrebbe essere cambiata. Così, il fiduciario sarà responsabile per *custodia*, come anche nel caso del deposito, menzionato nel testo di Modestino.

¹⁴ V. Talamanca, M. (1990) 665. L'autore indica che per *custodia* è responsabile colui che ha non solo un interesse nel concludere il contratto ma colui che ha l'interesse esclusivo da questo.

¹⁵ *A causa del modo di concludere della fiducia tramite mancipatio, dove l'elemento obbligatorio del rituale era la menzione di un prezzo, non era possibile questa parte di essere assente perché altrimenti non sarebbe stata rispettata la forma che il diritto civile aveva prescritto. Pertanto, una moneta è stata negoziata simbolicamente.*

¹⁶ Per questo prezzo simbolico nella *fiducia* e la *Tabula Baetica* v. Fuenteseca, M. (2016) 27–32. Per trasferimento tramite *venditio* con prezzo *nummo uno* v. di più Scevola, R. (2007) 414–595.

Conclusion

In conclusione, si può assumere che il rischio di perdita accidentale del bene nel negozio fiduciario in diritto romano è direttamente collegato all'interesse delle parti di concludere tale negozio. Pertanto, nei casi di fiducia con creditore, in cui l'interesse dalla garanzia tramite fiducia è maggiore per il fiduciario (creditore), sarà lui a sopportare il rischio della perdita accidentale, a differenza di quanto succede con l'acquirente nella compravendita in virtù della regola *periculum est emptoris*. Il fiduciario sarà incaricato della responsabilità di custodia del bene e sarà responsabile dell'impossibilità di restituire la proprietà del fiduciante. Nei casi di fiducia con amico, poiché il maggiore interesse dalla fiducia è per il fiduciante, quest'ultimo dovrà sopportare le conseguenze negative della perdita della cosa a causa di un evento accidentale o di un furto. Queste conseguenze si esprimono nell'impossibilità di ottenere l'oggetto della fiducia senza poter richiedere dal fiduciario il risarcimento in forza della responsabilità di custodia.

Letteratura citata

Ankum, Hans. *Furtum pignoris* und *furtum fiduciae* im klassischen römischen Recht (1). – In: *Revue internationale des droits de l'antiquité* (RIDA), No. 26, 1979; und *idem* (2). – In: *Revue internationale des droits de l'antiquité* (RIDA), No. 27, 1980.

Bellocci, Nicola. *La struttura della fiducia. II. Riflessioni intorno alla forma del negozio dall'epoca classica del diritto romano*. Napoli: Casa editrice Dott. Eugenio Jovene, 1983.

Bertoldi, Federica. *Il negozio fiduciario nel diritto romano classico*. Modena: Mucchi Editore, 2012.

Dunand, J.P. *Le transfert fiduciaire: donner pour reprendre. Mancipio dare ut remancipetur. Analyse historique et comparatiste de la fiducie gestion*, Bale-Geneve-Munich, Helbing & Lichtenhahn, 2000.

Fercia, Riccardo. "Fiduciam contrahere" e "contractus fiduciae". *Prospettive di diritto romano ed europeo*. Napoli: Jovene editore, 2012.

Fuenteseca, Margarita. *El negocio fiduciario en Roma*, Madrid: Marcial Pons, 2016.

Giacomelli, Umberto. *Brevi osservazioni sul negozio fiduciario*. – In: *Appunti di Diritto Commerciale, Università di Molise, Scuola di specializzazione per le professioni legali – a.a. 2006-2007*, p. 1, <https://www.docsity.com/it/>

negozio-fiduciario-brevi-osservazioni-sul-negozio-fiduciario-umberto-giacomelli/66751/, accessibile a 03.11.2019 r.;

Grassetti, Cesare. Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento. – Rivista del Diritto Commerciale, I, Cit. a Camilleri, Enrico. L'impegno unilaterale al trasferimento dei beni quale dispositivo idoneo (ed eseguibile in forma specifica) ai fini attuativi del "pactum fiduciae". – Diritto Civile Contemporaneo, gennaio/marzo 2015, Anno II, numero I.

Karlović, Tomislav. *Fiducia cum creditore* – risk management and "double ownership". – In: Annali Pravnog fakulteta u Beogradu vol. 58, No. 3, 2010.

Kaser, Max. *Furtum pignoris* und *furtum fiduciae*. – In: Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte (Romanistische Abteilung) (ZSS), 99/1982.

Lambrini, Paola. Il negozio fiduciario e la sua causa. – Studi urbinati di scienze giuridiche, politiche ed economiche, v. 66, 2015: Fiducia, trusts, affidamenti – un percorso storico-comparatistico. A cura di Maria Luisa Biccard.

Longo, Carlo. Corso di diritto romano. La *fiducia*. Milano: Dott. A. Giuffrè – Editore, 1933.

Luminoso, Angelo. Appunti sui negozi traslativi atipici. Corso di diritto civile. Giuffrè editore, 2007.

Marra, Paolo. *Fiduciae causa*, Milano-Padova: CEDAM, 2018.

Noordraven, Bert. Die Fiduzia im Römischen Recht (*Studia Amstelodamensia. Studies in Ancient Law and Society 37, Hrsg. Ankum, Sirks*), Amsterdam: Gieben, 1999.

Scevola, Roberto. *Venditio nummo uno*, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, 1.1., a cura di Luigi Garofalo, Padova, 2007, 413 ss.

Talamanca, Mario. Istituzioni di diritto romano. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1990.

Tanev, Konstantin. Diritto romano privato. Танев, Константин. Римско частно право. Manuale per i seminari. S.: Editrice universitario „Stopanstvo“, 2009.

Zimmermann, Reinhard. *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Cape town – Wetton – Johannesburg: Juta & Co, Ltd, 1992.