

A proposito di D. 13.7.22 pr.: profili dell'*actio furti* nella *fiducia cum creditore*

Abstract – The analysis of D. 13.7.22 pr. supports a new reconstruction of the relationship between the *actio furti* and the *condictio ex causa furtiva* within the framework of the *fiducia cum creditore*. The reference to the *condictio* suggests, first of all, that Ulpian's text originally concerned not the *pignus* but the *fiducia*, since such a remedy is difficult to reconcile with the position of a pledgee creditor, whereas it fits naturally with that of a fiduciary who had acquired ownership of the *res*. A comparative examination of the sources concerning *furtum pignoris* and *furtum fiduciae* further points to the need for a clear distinction between the two institutions. While the sources on pledge appear to presuppose a concurrence between the interests of the creditor and those of the owner, in the case of *fiducia* the fiduciary's ownership of the *res* seems capable of justifying more extensive protection. As for the second part of the fragment, the absence of any reference to the *condictio* in Ulpian's response may be explained either by a compilers' abridgement of the original text or, more plausibly, by the post-classical origin of the reference to that remedy. Finally, the investigation suggests that the *actio furti* brought by the fiduciary against the debtor who committed the theft was measured not by the full value of the thing, but by the amount of the claim secured by the *fiducia*. Since the debtor was ultimately entitled to recover the *res* upon performance of the obligation, the proprietary aspect tended to recede in favour of the creditor's interest in the security, which constituted the essential function of the fiduciary relationship.

1. La struttura di D. 13.7.22 pr. – 2. La riferibilità di D. 13.7.22 pr. alla *fiducia cum creditore* – 3. L'inciso *et est verum, etiamsi culpa creditoris furtum factum sit* – 4. D. 47.2.14.5-7 e il quantum dell'*actio furti* del fiduciario – 5. D. 47.2.14.5-7: una rilettura in chiave *pignoratizia* – 6. Le testimonianze di Paolo e la commisurazione dell'*actio furti* – 7. Il furto commesso dal fiduciante – 8. Il quantum dell'*actio furti* contro il fiduciante – 9. Conclusioni.

1. Tra i testi più complessi e controversi in materia di rapporti tra garanzie reali e tutela contro il furto si colloca D. 13.7.22 pr. (Ulp. 30 ad ed.), nel quale Ulpiano, sulla base di un'opinione di Papiniano, affronta il problema delle conseguenze patrimoniali del furto della cosa costituita in garanzia:

D. 13.7.22 pr. (Ulp. 30 ad ed.): Si pignore subrepto furti egerit creditor, totum, quidquid percepit, debito eum imputare Papinianus confitetur, et est verum, etiamsi culpa creditoris furtum factum sit. Multo magis hoc erit dicendum in eo, quod ex condictione consecutus est. Sed quod ipse debitor furti actione praestitit creditori vel condictione, an debito sit imputandum videamus: et quidem non oportere id ei restitui, quod ipse ex furti actione praestitit, peraeque relatum est et traditum, et ita Papinianus libro nono quaestionum ait.

Ulpiano riferisce il parere di Papiniano, secondo il quale, se il creditore pignoratizio avesse agito per il furto della *res* pignorata, tutto ciò che avesse ricevuto avrebbe dovuto essere imputato al debito, anche se il furto fosse stato commesso con la sua colpa. La medesima soluzione viene estesa, con maggiore evidenza (*multo magis*), a quanto ottenuto mediante *condictio*¹. Ulpiano, poi, si domanda se quanto il debitore avesse dato al creditore, a seguito dell'esperimento dell'*actio furti* o della *condictio*, fosse da imputare al debito. Sul punto egli afferma che certamente (*quidem*) non avrebbe dovuto restituire al debitore ciò che questi avesse pagato a seguito dell'*actio furti*, come viene concordemente riferito e tramandato, e come afferma anche Papiniano² nel suo libro nono delle *quaestiones*.

Il testo è tratto dal trentesimo libro del commentario di Ulpiano all'editto ed è inserito nel titolo *De pigneraticia actione vel contra* dei *Digesta*. Secondo la ricostruzione di Lenel³, il libro XXX del commentario ulpiano conterrebbe la sezione *Fiducia vel contra*, in cui appunto sarebbe inserito il nostro frammento.

Prima di affrontare le questioni sostanziali poste da D. 13.7.22 pr., appare opportuno soffermarsi sulla struttura del testo, la quale riveste un'importanza non secondaria ai fini dell'interpretazione.

Una prima lettura mostra come il frammento non costituisca un discorso unitario riconducibile integralmente a Papiniano. Ulpiano costruisce, infatti, la propria esposizione alternando richiami all'autorità del giurista severiano a considerazioni formulate direttamente in prima persona. Il testo presenta, una struttura composita, nella quale si distinguono quattro momenti argomentativi.

In apertura, Ulpiano riferisce un'opinione di Papiniano (*Papinianus confitetur*), secondo la quale il creditore che avesse esperito l'*actio furti* doveva imputare al debito quanto conseguito mediante tale azione. Il commentatore aderisce immediatamente alla soluzione prospettata (*et est verum*), ritenendo che essa trovasse applicazione anche nell'ipotesi in cui il furto fosse avvenuto per colpa del creditore

¹ Secondo H. ANKUM, *Furtum pignoris und furtum fiduciae im Klassischen römischen Recht*, 2, in *RIDA*, 27, 1980, p. 130, piuttosto che estendere quanto detto sull'*actio furti* alla *condictio ex causa furtiva*, la regola più antica – come si evincerebbe da *multo magis* – sarebbe quella di restituire quanto ottenuto da quest'ultima, che Papiniano avrebbe poi esteso all'*actio furti*.

² Il passo di Papiniano è verosimilmente D. 47.2.80. Vd. *infra*, par. 7.

³ O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, 2, Leipzig, 1889, col. 618.

(*etiamsi culpa creditoris furtum factum sit*).

Segue quindi un'osservazione che, almeno sul piano letterale, appartiene a Ulpiano.

L'espressione *multo magis hoc erit dicendum in eo, quod ex condictioe consecutus est* non viene infatti introdotta come una citazione di Papiniano, bensì come un'estensione del principio appena richiamato. Il ricorso a '*multo magis*' mostra chiaramente che il giurista sta sviluppando il ragionamento precedente, ritenendo che la regola dell'imputazione al debito trovasse applicazione, a maggior ragione, nell'ipotesi in cui il creditore avesse conseguito una somma mediante la *condictio ex causa furtiva*.

La terza parte del frammento si apre con una nuova questione (*videamus*), attraverso la quale Ulpiano introduce un diverso profilo della medesima vicenda. L'attenzione non è più rivolta a quanto il creditore avesse ottenuto dal ladro, bensì alle conseguenze del pagamento eventualmente effettuato dal debitore in seguito all'esercizio dell'*actio furti* o della *condictio*. Anche in questo caso, tuttavia, la questione rimane strettamente collegata al principio dell'imputazione al debito affermato nella prima parte del testo.

Il passo si conclude con un nuovo richiamo all'autorità di Papiniano (*ita Papinianus libro nono quaestionum ait*), mediante il quale Ulpiano conferma che la soluzione accolta trova fondamento nel nono libro delle *quaestiones*.

Da questa articolazione discendono tutti i principali problemi interpretativi del frammento. Occorre infatti stabilire se il rapporto considerato sia il pegno o la *fiducia*, quale significato debba attribuirsi all'inciso *etiamsi culpa creditoris furtum factum sit*, quale fosse il *quantum* dell'*actio furti* spettante al creditore, quale rapporto intercorresse tra *actio furti* e *condictio ex causa furtiva* e, infine, come spiegare l'assenza del riferimento alla *condictio* nella soluzione conclusiva.

2. Il primo problema interpretativo posto dal frammento riguarda la menzione della *condictio ex causa furtiva* ⁴.

Tale *condictio* aveva carattere reipersecutorio ed era diretta al conseguimento del valore della cosa sottratta. La legittimazione ad esercitarla spettava, nel diritto classico, al proprietario della *res* sottratta ⁵. Ne consegue che il riferimento alla *con-*

⁴ Per l'interpolazione del riferimento a tale *condictio*, vd., tra gli altri, E. LEVY, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, 2.1, Berlin, 1922, p. 166 nt. 2 e W. ERBE, *Die Fiduzia im römischen Recht*, Weimar, 1940, p. 54.

⁵ Questo risulta evidente in un passo di Ulpiano: D. 47.2.14.16 (Ulp. 29 ad Sab.): *Qualis ergo furti actio detur ei, cui res commodata est, quaesitum est. Et puto omnibus, quorum periculo res alienae sunt, veluti commodati, item locati pignorisve accepti, si hae subreptae sint, omnibus furti actiones competere: condictio autem ei demum competit, qui dominium habet. Sulla condictio ex causa furtiva vd. Gai 4.4: Sic itaque discretis actionibus certum est non posse nos rem nostram ab alio ita petere: SI PARET EVM DARE OPORTERE; nec enim quod nostrum est, nobis dari potest, cum scilicet id dari no-*

dictio impone di stabilire preliminarmente chi fosse, nel caso esaminato, il titolare della proprietà della cosa sottratta.

Se il rapporto sottostante fosse quello del *pignus*, la menzione della *condictio ex causa furtiva* risulterebbe problematica. Nel pegno, infatti, la proprietà della cosa rimaneva al debitore, mentre il creditore acquistava soltanto una situazione giuridica di garanzia.

Diversamente, nella *fiducia cum creditore* il trasferimento della proprietà al creditore fiduciario renderebbe immediatamente comprensibile il riferimento alla *condictio*, poiché quest'ultimo rivestirebbe la qualità di *dominus* della cosa sottratta⁶.

Tale considerazione induce a ritenere che il frammento si riferisse originariamente non al *pignus*, bensì alla *fiducia cum creditore*⁷, anche alla luce del fatto che Giustiniano, pur senza abolire formalmente la *fiducia*⁸, ne eliminò sistemati-

bis intellegatur, quod ita datur, ut nostrum fiat; nec res, quae nostra iam est, nostra amplius fieri potest. Plane odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur, receptum est, ut extra poenam dupli aut quadrupli rei recipiendae nomine fures etiam hac actione teneantur: SI PARET EOS DARE OPORTERE, quamvis sit etiam aduersus eos haec actio, qua rem nostram esse petimus.

⁶ A quanto affermato si collega l'annosa questione circa il *dominium* nascente in capo al fiduciario: se fosse perpetuo o temporaneo, pieno oppure limitato, se ammettesse condizioni e/o termini. Per il dibattito dottrinale sul punto rimando a F. BERTOLDI, *Il negozio fiduciario nel diritto romano classico*, Modena 2012, p. 73 ss. A mio avviso, esso non poteva essere limitato ed era caratterizzato da alcuni connotati, tra cui l'assolutezza e la pienezza; inoltre non poteva essere sottoposto a condizione e/o a termine. La illimitatezza delle facoltà del *dominus* ha indotto a parlare di un suo *ius utendi, fruendi et abutendi*, cioè di un diritto non solo di usare e sfruttare la cosa ma persino di abusarne, cioè distruggerla. Anche se apparentemente non sembra che questo diritto potesse rilevare in materia di *fiducia*, quantomeno perché con il *pactum fiduciae* il fiduciario si obbligava alla rialienazione, in realtà, mi preme evidenziare, come lo *ius utendi, fruendi et abutendi* valesse nei limiti di quanto fosse ragionevolmente ammissibile sul piano delle esigenze superiori dell'ordinamento (*quatenus iuris ratio patitur*). Da qui ne discende che l'obbligo della rialienazione si poteva spiegare in ragione dell'esigenza, per il fiduciante, di riappropriarsi del bene in caso di adempimento dell'obbligazione che egli aveva voluto garantire attraverso il meccanismo fiduciario. Inoltre, concedere una garanzia reale al debitore rappresentava un vantaggio anche per il creditore, il quale o avrebbe ottenuto il credito che gli spettava oppure, in caso di inadempimento, trattenuto la *res* che gli era stata alienata.

⁷ Vd., tra gli altri, H.H. PFLÜGER, *Zur Lehre von der Haftung des Schuldners nach römischem Rechts*, in ZSS, 65, 1947, p. 146 ss.; P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano. Le garanzie reali*, 2, Padova, 1963, p. 20; H. ANKUM, *Furtum pignoris und furtum fiduciae im klassischen römischen Recht*, 1, in RIDA, 26, 1979, p. 150 ss.; ID., *Furtum pignoris*, 2, cit., p. 123 ss.; M. KASER, *'Furtum pignoris' und 'furtum fiduciae'*, in ZSS, 99, 1982, p. 266 ss.; B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia im Römischen Recht*, Amsterdam, 1999, p. 208 ss.; J.PH. DUNAND, *Le transfert fiduciaire: <<donner pour reprendre>>. Mancipio dare ut remanipetur. Analyse historique et comparatiste de la fiducia-gestion*, Bâle-Genève-Münich, 2000, p. 205; BERTOLDI, *Il negozio fiduciario*, cit., p. 193 ss.

⁸ Sulla *fiducia* in generale vd., tra gli altri, vd. C. BÜCHEL, *De fiducia*, Marburg, 1828; H.A. ZACHARIE, *Commentatio de fiducia*, Gotha, 1830; O. LENEL, *Quellenforschung in den Edictcommen-*

camente i riferimenti dalla compilazione⁹.

taren, 1-2, in ZSS, 3, 1882; F. GENY, *Étude sur la fiducie*, Nancy, 1885; O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, 1, Leipzig, 1889; ID., *Palingenesia*, 2, cit.; P. OERTMANN, *Die Fiducia im römischen Privatrecht. Eine rechtsgeschichtliche Untersuchung*, Berlino, 1890; J. COULAZOU, *De la fiducie*, Montpellier, 1890; R. NOUËL, *De l'aliénation fiduciaire*, Parigi, 1890; R. JACQUELIN, *De la fiducie*, Paris, 1891; I. GLARD, *De la fiducie*, Parigi, 1894; F. BAUDY, s.v. "Fiducia", in *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, Granz, 1896, p. 1117 ss.; A. MANIGK, *Fiducia*, in *PWRE*, 6, 2, Stuttgart, 1909; O. LENEL, *Das edictum perpetuum: Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*², Leipzig, 1907; G. ROTONDI, in *Scritti Giuridici*, 1, Milano, 1922, p. 137 ss.; G. GROSSO, *Sulla fiducia a scopo di "manumissio"*, in *RISG*, 4, 1929, p. 251 ss.; C. LONGO, *Corso di diritto romano. La "fiducia"*, Milano, 1933; G. SEGRÈ, *Corso di diritto romano. Le garanzie reali e personali delle obbligazioni*, 2, *Le garanzie reali*, Torino, 1935; E. CARRELLI, s.v. "Fiducia", in *NDI*, 16, Torino, 1938, p. 1131 ss.; ERBE, *Die Fiduzia*, cit.; G. MESSINA, *I negozi fiduciari*, in *Scritti giuridici*, 1, Milano, 1948; A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, Torino, 1949; ID., s.v. "Fiducia", in *ED*, 7, Milano, 1961, p. 294 ss.; B. KÜBLER, s.v. "Fiducia", in *DE*, 3, Roma, 1962, p. 82 ss.; FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, 2, cit.; G. GROSSO, s.v. "Fiducia" (dir. rom.), in *ED*, 17, 1968, p. 384 ss.; N. BELLOCCI, *La tutela della fiducia nell'epoca repubblicana*, Milano, 1974; A. BISCARDI, *Appunti sulle garanzie reali in diritto romano*, Milano, 1976; N. BELLOCCI, *La struttura del negozio della fiducia nell'epoca repubblicana. I. Le nuncupationes*, Napoli, 1979; EAD., *La struttura della fiducia. II. Riflessioni intorno alla forma del negozio dall'epoca arcaica all'epoca classica del diritto romano*, Napoli, 1983; B. KEMENES, *Das fides-Prinzip und sein Zusammenhang mit der fiducia*, in *Studi in onore di V. Pólay*, Szeged, 1985, p. 245 ss.; B. NOORDRAVEN, *Die fiducia im römischen Recht*, in *Index*, 18, 1990, p. 229 ss.; ID., *Die Fiduzia*, cit.; DUNAND, *Le transfert fiduciaire*, cit.; L. SANTORO, *Il negozio fiduciario*, Torino, 2002; J. BELDA MERCADO, *Perspectiva historica de la fiducia romana*, Granada, 2002; J. WOLFF, *Trust, Fiducia und fiduziarische Treuhand*, Frankfurt am Main, 2005, p. 220 ss.; F. BERTOLDI, *Alcune osservazioni sulla fiducia nella letteratura romanistica*, in *Le situazioni affidanti* (cur. M. LUPOI), Torino, 2006, p. 101 ss.; EAD., *Il negozio fiduciario*, cit.; R. FERCIA, <<Fiduciam contrahere>> e <<contractus fiduciae>>. *Prospettive di diritto romano ed europeo*, Napoli, 2012; M. FUENTESECA, *El negocio fiduciario en Roma*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2016; P. MARRA, *Fiduciae causa*, Milano, 2018; AAVv., *I rapporti fiduciari: temi e problemi*, Torino, 2020; I. HERNANDO AGUAYO, *Fiducia. Estudio de derecho romano*, Pamplona, 2020; R. LAMBERTINI, *L'archetipo negoziale e la versione fiduciaria*, in *Tesserae Iuris*, 1,2, 2020, p. 181 ss.; AAVv., *Römisches Privatrecht*¹⁹, München, 2021, p. 229 ss.; M. MILANI, *La 'Fiducia' in diritto romano. Atti costitutivi, causa, oggetto*, Napoli, 2022; I. MARRA, *Garanzie reali dei mutui ed escussione del debitore in diritto romano. Atti negoziali, giurisprudenza e fonti normative*, Torino 2024, p. 26 ss.

⁹ Nella compilazione giustiniana la menzione della *fiducia* e dell'*actio fiduciae* scomparve, essendo stata accuratamente cancellata da tutti i testi che, originariamente, la riguardavano. LENEL, *Quellenforschung* 1, cit., p. 104 ss.; ID., *Palingenesia*, 1-2, cit.; ID., *Das edictum perpetuum*², cit., p. 291 ss., studiando l'*actio pigneraticia* nelle Pandette, capi come essa fosse trattata in una serie di frammenti, contenuti nei libri 28-29-30 (D. 28 Ulp. ad ed. [fr. 9,11,13,15]; D. 29 Paul. ad ed. [fr.14,16,18,20] e D. 30 Ulp. ad ed. [fr. 22 e 24]). Per lo studioso era curioso che Ulpiano avesse trattato due volte l'*actio pigneraticia* nello stesso luogo del suo commentario, in sezioni riguardanti materie diverse, considerando la metodologia dei giuristi. Questa circostanza sarebbe confermata, a suo dire, anche nell'*actio depositi*, dal momento che essa sarebbe trattata, da Paolo e Giuliano (Paul. 31 comm. ad ed., Iul. 13 dig.) assieme a passi che non la riguarderebbero. Pertanto arrivò alla conclusione che oltre al deposito, nei passi menzionati, era trattata una materia non più utilizzata nella pratica giustiniana: la *fiducia*. Sulla *fiducia* in età postclassica vd. E. LEVY, *Weströmisches Vulgarrecht. Das*

Se il riferimento alla *condictio* è fondamentale per l'esatta individuazione del tipo di garanzia oggetto di analisi, resta da chiarire la *ratio* dell'estensione della soluzione papiniana a quanto ottenuto con essa. Il ragionamento seguito da Ulpiano appare lineare.

Se il creditore era tenuto a imputare al debito quanto avesse ottenuto mediante l'*actio furti*, nonostante la natura penale dell'azione e persino nell'ipotesi in cui il furto fosse avvenuto per sua colpa, tale obbligo doveva valere, *a fortiori*, anche quando egli avesse conseguito l'equivalente patrimoniale della *res* attraverso la *condictio ex causa furtiva*, azione di natura reipersecutoria.

La diversa funzione delle due azioni spiega, pertanto, il ricorso al '*multo magis*'.

Mentre l'*actio furti* attribuiva al creditore una prestazione che assolveva anche una funzione sanzionatoria, la *condictio ex causa furtiva* era diretta al recupero del valore della cosa sottratta. Se anche il risultato economico dell'azione penale doveva essere imputato al debito, la medesima conclusione si imponeva con ancora maggiore evidenza nel caso della *condictio*, il cui oggetto coincideva con l'equivalente patrimoniale della *res*.

Una volta ottenuto tale equivalente, il creditore non poteva conservarne che la parte corrispondente al credito garantito, mentre l'eventuale eccedenza avrebbe dovuto essere riversata nella sfera patrimoniale del debitore.

L'intervento di Ulpiano non si risolve, dunque, in una semplice precisazione marginale, ma sviluppa coerentemente il principio affermato da Papiniano. Il giurista severiano amplia progressivamente la portata della *regula*: dapprima chiarisce che essa vale anche quando il furto fosse avvenuto per colpa del creditore; successivamente ne estende l'applicazione, *a fortiori*, alle somme conseguite mediante la *condictio ex causa furtiva*.

3. Il primo sviluppo argomentativo introdotto da Ulpiano dopo l'adesione all'opinione di Papiniano è rappresentato dall'affermazione *et est verum, etiamsi culpa creditoris furtum factum sit*. Proprio questo passaggio ha suscitato i maggiori dubbi interpretativi, tanto da indurre parte della dottrina a ritenerlo interpolato¹⁰.

Obligationenrecht, Weimar, 1956, p. 183 (la menzione della *fiducia* è per lo studioso «In solchen Fällen sah sich die *fiducia* zu einem unschädlichen, aber leeren Pleonasmus degradiert»).

¹⁰ Vd., tra gli altri, LENEL, *Quellenforschung* 1, cit., p. 109 ss.; F. HAYMANN, *Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht*, in ZSS, 40, 1919, p. 230; J. VÁŽNÝ, *Custodia*, Cortona, 1926, p. 139 (che ritiene l'inciso interpolato, non potendo in alcun modo riferirsi alla *fiducia*, in quanto il creditore – a suo avviso – non rispondeva che per dolo e quindi la sua *culpa*, in tema di responsabilità verso il debitore, sarebbe stata quindi irrilevante. Il creditore avrebbe potuto utilizzare l'*actio furti* solo per il proprio interesse di garanzia e non anche per la responsabilità verso il debitore. Diversamente, egli sostiene, avveniva in materia di pegno, dove i compilatori hanno ricondotto D. 13.7.22 pr., e stabilito la regola che l'imputazione avesse luogo non solamente riguardo all'*actio furti* sulla base del

La difficoltà interpretativa deriva dal fatto che il riferimento alla colpa del creditore sembra, almeno a una prima lettura, privo di una funzione autonoma. Se, infatti, il principio dell'imputazione al debito opera già nel caso ordinario, non è immediatamente chiaro quale ulteriore significato assuma la precisazione introdotta mediante '*etiamsi*'. È proprio questa apparente ridondanza che ha indotto parte della dottrina a ritenere l'inciso il risultato di un intervento successivo. Nel tentativo di attribuire un significato al passo, il Frezza¹¹ ha proposto di integrare il testo con l'inserzione di *sine* prima di *culpa*, così da leggere: *etiamsi <sine> culpa creditoris furtum factum sit*. Secondo lo studioso, l'innovazione introdotta da Papiniano sarebbe consistita proprio nell'estendere l'obbligo di imputare al debito *totum quidquid percepit* anche all'ipotesi in cui il furto fosse avvenuto senza colpa del creditore. In precedenza, infatti, tale obbligo avrebbe operato soltanto nel caso di responsabilità del creditore per la perdita della cosa. La soluzione verrebbe così giustificata dall'idea che, analogamente al *periculum rei*, anche i *commoda* conseguiti *ob rem* dovessero spettare al debitore, secondo un criterio di equa distribuzione dei rischi e dei vantaggi derivanti dal rapporto fiduciario¹².

diretto interesse di garanzia ma anche sulla base della responsabilità del creditore pignoratizio per colpa. Non credo però che il creditore fiduciario rispondesse solo per dolo. La responsabilità per colpa non solo viene attestata nell'inciso su cui si discorre, ma si ricava anche dallo stesso sinallagma fiduciario. L'alienazione da parte del debitore, infatti, era realizzata anche nell'interesse del creditore, il quale, da un lato, si ritrovava il bene a garanzia del suo credito, dall'altro, avrebbe dovuto custodirlo in vista di una rialienazione nel caso di pagamento del debito. Risulta pertanto plausibile che il creditore rispondesse nei confronti del debitore non solo per dolo ma anche per colpa); LONGO, *Corso di diritto romano*, cit., p. 61 ss.; SEGRÈ, *Corso di diritto romano*, 2, cit., p. 127 ss.; H. KRELLER, *Formula fiduciae und Pfandedikt*, in ZSS, 62, 1942, p. 198 (il quale inserisce, prima della frase in questione, *negat autem quod supererit debitori restitui oportere*, eliminando *et est verum*); FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, 2, cit., p. 48 ss.; BISCARDI, *Appunti sulle garanzie reali*, cit., p. 93 ss. (il quale reputa probabile che il testo originario distinguesse tra le conseguenze di un furto avvenuto prima e quelle di un furto avvenuto dopo la data di scadenza del termine: prima di tale data sarebbe stato giustificato l'intero obbligo di imputazione, dopodiché il contrario. A suo avviso, era logico che il fiduciario derubato potesse trattenere quanto ricevuto per il furto, se questo fosse avvenuto «dopo che il debitore era già inadempiente» [p. 94]; era altresì logico che, se il furto fosse stato commesso per colpa del creditore, questi restituisse al debitore quanto ricevuto a titolo di risarcimento perché non era degno di un trattamento così favorevole. Tale tesi tuttavia, per quanto suggestiva, non convince: resterebbe infatti senza risposta la domanda sul perché i compilatori avrebbero cancellato questa doppia fattispecie ipotizzata dallo studioso italiano: in tal senso, vd. ANKUM, *Furtum pignoris*, 2, cit., p. 127 ss., il quale ritiene che tale tesi sia tanto arguta quanto superflua); F.M. DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale nel sistema della grande compilazione*, 2, Bari, 1982, p. 694 nt. 83; A.L. DE PETRIS, *Ricerche sul servus pignori datus*, Milano, 2025, p. 48 e p. 50 nt. 38. A favore della genuinità dell'inciso, vd., per tutti, ANKUM, *Furtum pignoris*, 2, cit., p. 127 ss. e NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., p. 208 ss., spec. p. 209 nt. 169 e nt.171.

¹¹ FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, 2, cit., p. 48 ss. La tesi del Frezza è accolta di recente da DE PETRIS, *Ricerche sul servus*, cit., p. 48 e p. 50 nt. 38.

¹² Secondo FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, 2, cit., p. 49 nt. 1, vi sarebbe stata

La proposta di Frezza non sembra, però, necessaria. Essa presuppone infatti che la lezione tramandata sia irrimediabilmente priva di significato e richieda, pertanto, un'integrazione congetturale. Tale presupposto, tuttavia, non appare condivisibile, poiché il testo può essere interpretato in modo coerente anche senza ricorrere ad alcuna correzione.

Occorre anzitutto osservare che l'inciso *et est verum, etiamsi culpa creditoris furtum factum sit* sembra appartenere non già all'opinione di Papiniano, ma al successivo commento di Ulpiano¹³. In tal senso depongono sia la struttura del periodo, sia il ricorrente impiego, da parte del giurista severiano, della formula *et est verum*¹⁴, mediante la quale egli manifesta adesione alla soluzione appena riferita e, al tempo stesso, ne sviluppa le implicazioni. Se così è, l'inciso non costituisce parte della *regula* papiniana, bensì un'autonoma precisazione introdotta da Ulpiano.

Ciò posto, non vi è alcuna necessità di correggere il testo mediante l'inserimento di *sine*. L'inciso, infatti, può essere spiegato in modo soddisfacente quale precisazione diretta a chiarire che il principio dell'imputazione al debito continua a operare anche nell'ipotesi in cui il creditore sia chiamato a rispondere della perdita della *res*.

Esclusa la necessità di correggere il testo, non sembra condivisibile neppure

l'*'haplographia'* *etiamsi* invece di *etiamsi si(ne)*.

¹³ Attribuisce l'inciso ad Ulpiano anche ANKUM, *Furtum pignoris*, 2, cit., p. 129 nt. 18, ove l'autore afferma: «M.E. hat Papinian sich ohne Unterschied zwischen An- oder Abwesenheit der *culpa* für die Anrechnungspflicht geäußert. Erst Ulpian hat die neheliegende Behauptung, dass der Fiduziar, der den Diebstahl verschuldet hat, nicht zur Anrechnung verpflichtet sei, abgelehnt. Von einem Zugestehen gegenüber dem schuldhaften Fiduziar ist m.E. überhaupt nicht die Rede. Man muss *confitetur* auch nicht durch er gesteht zu, sondern – mit H.G. HEUMANN, E. SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des Römischen Rechts*, Jena, 1926, p. 92, *sub voce* '*confiteri*' unter 2- durch er behauptet übersetzen». Non chiara è la posizione di DE PETRIS, *Ricerche sul servus*, cit., p. 49 ss. nt. 38: infatti, se da un lato sembrerebbe attribuire la frase ad Ulpiano («Questa precisazione, che pare doversi attribuire a Ulpiano, ...»: p. 49 nt. 38), dall'altro, ritenendo che la posizione del Frezza risulti 'la più verosimile' (p. 50 nt. 38), il quale attribuiva la frase in questione a Papiniano e non ad Ulpiano, sembra abbracciare l'ipotesi contraria.

¹⁴ Su 18 riferimenti che troviamo nelle fonti giuridiche, 15 appartengono ad Ulpiano (D. 4.8.7 pr. [Ulp. 13 ad ed.]; D. 7.8.4.1 [Ulp. 17 ad Sab.]; D. 12.1.9.9 [Ulp. 26 ad ed.]; D. 12.4.3 pr. [Ulp. 26 ad ed.]; D. 13.5.3.1 [Ulp. 27 ad ed.]; D. 13.7.22 pr. [Ulp. 30 ad ed.]; D. 17.1.10.7 [Ulp. 31 ad ed.]; D. 23.3.5.2 [Ulp. 31 ad Sab.]; D. 26.10.4.2 [Ulp. 1 de omn. trib.]; D. 27.3.13 [Ulp. 35 ad ed.]; D. 33.8.8.3 [Ulp. 25 ad Sab.]; D. 33.9.3.11 [Ulp. 22 ad Sab.]; D. 34.3.3.4 [Ulp. 23 ad Sab.]; D. 38.5.1.27 [Ulp. 44 ad ed.]; D. 38.16.1.10 [Ulp. 12 ad Sab.]), 2 a Paolo (D. 9.4.31 [Paul. 7 ad Plaut.]; D. 39.3.17.2 [Paul. 15 ad Plaut.]) e uno a Pomponio (D. 19.1.6.4 [Pomp. 9 ad Sab.]). Anche incisi simili, come *est verum* o *verum est* vengono utilizzati spesso da Ulpiano, anche se non in via quasi esclusiva come *et est verum*. Vd. ad es., tra i numerosi passi del Digesto, per il primo, D. 5.1.2.5 (Ulp. 3 ad ed.); D. 7.8.10.2 (Ulp. 17 ad Sab.); per il secondo, D. 1.14.3 (Ulp. 38 ad Sab.); D. 2.14.7.18 (Ulp. 4 ad ed.).

l'interpretazione proposta da Kaser¹⁵. Secondo lo studioso, che attribuisce l'inciso a Papiniano, il passo mirerebbe ad affermare che anche il creditore responsabile del furto potesse trattenere quanto corrispondesse all'ammontare del proprio credito, senza subire, sotto tale profilo, alcuna conseguenza pregiudizievole. Una simile lettura, tuttavia, sembra spostare l'attenzione sul trattamento del creditore colpevole, mentre il punto sul quale insiste Ulpiano non è la misura della responsabilità del creditore, bensì la persistente operatività del principio dell'imputazione al debito. L'inciso non introduce una deroga a tale principio, ma chiarisce che esso continuava a valere anche quando il creditore fosse chiamato a rispondere della perdita della *res*.

La precisazione sembra infatti diretta a risolvere il dubbio se il creditore fiduciario, pur essendo responsabile del furto per propria colpa e quindi esposto all'*actio fiduciae* del debitore, dovesse comunque imputare al debito quanto avesse conseguito mediante l'*actio furti*. In tale situazione, infatti, il creditore non subiva soltanto la perdita della garanzia, ma era altresì esposto alla responsabilità nei confronti del debitore per la perdita della *res*.

Ulpiano chiarisce, tuttavia, che i due punti restavano distinti: da un lato, l'imputazione al debito delle somme conseguite mediante l'*actio furti*; dall'altro, l'obbligo del creditore di risarcire il debitore per la perdita della *res*.

La circostanza che egli fosse esposto all'*actio fiduciae* non lo autorizzava, pertanto, a trattenere una parte maggiore di quanto gli spettasse in ragione del credito garantito¹⁶.

La soluzione appare coerente. Diversamente opinando, si giungerebbe al risultato, difficilmente giustificabile, che il creditore responsabile del furto avrebbe potuto conservare una somma superiore a quella che gli sarebbe spettata qualora il furto non fosse stato determinato da una sua condotta colposa.

¹⁵ M. KASER, *Studien zum römischen Pfandrecht, 2. Actio pignoratitia und actio fiduciae*, in *TR*, 47, 1979, p. 324 nt. 254. Lo studioso afferma che il fiduciario, nonostante la sua colpa, non perdeva quanto ricevuto per il furto attraverso la rinuncia o decadenza (cd. *Verwirkung*) del fiduciante, verso il quale era responsabile mediante l'*actio fiduciae*. Egli poteva trattenere, di quanto ricevuto, l'ammontare del credito perché quanto ottenuto per il furto si imputava al credito, come ammetteva anche Papiniano. L'importo per il furto (probabilmente il doppio) rimaneva al fiduciario, anche se era commesso senza sua colpa. Vd. ANKUM, *Furtum pignoris*, 2, cit., p. 129 nt. 17: «Ich vermute, dass Kaser hier statt 'der Bussbetrag' gemeint hat 'der Forderungsbetrag'. Lo studioso sospetta che Kaser abbia pensato invece che a quanto ottenuto dal furto (Bussbetrag), all'importo del credito (Forderungsbetrag).

¹⁶ In tal senso, vd. ANKUM, *Furtum pignoris*, 2, cit., p. 129, il quale, sostiene che la frase debba intendersi in tal modo: nonostante la colpa del fiduciario, che è la ragione per cui deve risarcire al fiduciante il valore della cosa rubata, egli non può trattenere quanto ricevuto dal furto ma deve consegnarlo al debitore, dopo aver detratto l'importo del credito. Il fiduciario senza colpa, che non è responsabile per il furto verso il fiduciante, ha solo un Sicherungsinteresse e non un Haftungsinteresse per la cosa rubata; dovrebbe, quindi, a maggior ragione, detrarre quanto ricevuto dal debito.

Neppure tale conclusione comporta, tuttavia, che il creditore avrebbe sopportato necessariamente un pregiudizio economico ulteriore. Le somme imputate al debito e riversate al debitore erano infatti destinate a incidere direttamente sulla misura dell'eventuale responsabilità fatta valere mediante l'*actio fiduciae*. Nei limiti in cui il debitore avesse già recuperato, attraverso l'imputazione, il valore economico della *res* eccedente il credito garantito, la sua ulteriore pretesa risarcitoria sarebbe risultata corrispondentemente ridotta, se non addirittura integralmente soddisfatta.

4. Un ulteriore profilo problematico riguarda il *quantum* dell'*actio furti* spettante al creditore¹⁷. La questione assume particolare rilievo ai fini dell'interpretazione di D. 13.7.22 pr., poiché dall'entità dell'interesse tutelato dipende anche la corretta comprensione del principio dell'imputazione al debito affermato da Papiniano e sviluppato da Ulpiano.

Le fonti distinguono tradizionalmente due ipotesi di legittimazione all'*actio furti*.

Accanto all'azione spettante al proprietario (o a chi rispondeva verso di lui della perdita della cosa), si collocava quella riconosciuta al soggetto che avesse un autonomo interesse alla conservazione della *res* (*cuius interest rem salvam fore*). In quest'ultima categoria rientravano, tra gli altri, il creditore pignoratizio, l'usufruttuario e il titolare di un diritto di ritenzione¹⁸. Ne consegue che, in presenza di

¹⁷ La letteratura romanistica è divisa sul punto. M. KASER, *Besitzpfand und Besitzloses Pfand. Studien zum römischen Pfandrecht*, 3, in *SHDI*, 45, 1979, p. 76 (= *Studien*, 3), afferma, in base a quanto si apprende da D. 47.2.14.7, che l'azione per il furto spetterebbe solo al creditore fiduciario, perché, dopo che gli è stata trasferita la proprietà, il fiduciante non ha, a differenza del pegno, alcun interesse reale o 'quasi reale' per la cosa. Diversamente ANKUM, *Furtum pignoris*, 2, cit., p. 138 ss., pensa che anche il fiduciante abbia la legittimazione all'esercizio dell'azione di furto. Questo perché per la legittimazione attiva non è necessario che l'attore abbia un diritto reale o 'quasi reale' sulla cosa. A suo dire, lo dimostrerebbero i casi del *fullo*, del *sarcinator*, del commodatario e del locatario sulla scorta di Gai 3.205-206 e D. 47.2.14.12 (Ulp. 29 ad Sab.): *Quod si conduxerit quis, habebit furti actionem, si modo culpa eius subrepta sit res*. Il secondo motivo risiederebbe nel fatto che, quando il fiduciario non era responsabile per il furto, era il fiduciante, in base al suo interesse a che la cosa non fosse rubata, a poter agire con l'*actio furti* per il doppio del valore eccedente. La legittimazione del fiduciante emergerebbe anche in D. 47.2.14.6. Se la cosa viene rubata e il fiduciario riceve un ristoro, egli perde il suo interesse di garanzia sulla cosa. Pertanto, se la cosa viene rubata una seconda volta, non è legittimato ad agire con l'*actio furti*, la quale compete solo al fiduciante per il doppio del valore della cosa.

¹⁸ Nelle fonti non mancano casi in cui la legittimazione ad agire con l'*actio furti* è riconosciuta a due soggetti ma si tratta di ipotesi particolari. La doppia legittimazione è riscontrabile in caso di responsabilità solidale dei soggetti o nell'ipotesi in cui il furto avesse leso anche il diritto a possedere o a ritenere di un terzo. In particolare vd. l'azione del creditore pignoratizio e del *dominus*/debitore (D. 47.2.46.4); dell'usufruttuario e del proprietario (D. 47.2.46.1), e del compratore/possessore in buona fede e del proprietario (D. 47.2.75). In tutti questi casi, le azioni (cd. 'principale' del propieta-

interessi distinti, le due azioni potevano concorrere, pur avendo un diverso fondamento e un differente criterio di determinazione del relativo *quantum*¹⁹.

Muovendo da tali premesse, occorre distinguere due diverse situazioni.

Qualora il furto fosse avvenuto per colpa del creditore fiduciario, il suo interesse non sarebbe più coinciso soltanto con quello alla conservazione della garan-

rio, 'secondaria' del titolare del diritto a possedere) non erano alternative ma cumulative, con il limite a quanto pare (vd. D. 47.2.46.4, a parte forse quello del compratore/possessore in buona fede e del proprietario, come sembra evincersi da D. 47.2.74) del valore della *res*. In pratica, il titolare del diritto a possedere avrebbe esperito l'*actio furti* commisurata al *duplum* (ovvero al *quadruplum* nel *furtum manifestum*) dell'*id quod interest* mentre il proprietario avrebbe conseguito la restante parte della pena, anch'essa commisurata al *duplum* (ovvero al *quadruplum*) del valore della *res*, previa detrazione dell'*id quod interest* spettante all'altro soggetto. Sull'esistenza di questa duplice azione e sulla sua doppia denominazione, vd., per tutti, M. PAMPALONI, *Furto di possesso e furto d'uso*, in *Studi Senesi*, 11, 1894, p. 673 ss., ora in – con la diversa denominazione *Studi sopra il delitto di furto (Furto di possesso e furto d'uso)* – *Scritti Giuridici*, 1, Pisa-Roma, 1941, p. 676 ss. e più recentemente L. PARENTI, *Notazioni sulla legittimazione attiva all'actio furti per i frutti del fondo dato in locazione al colono*, in *Seminarios Complutenses de derecho romano* 28, 2015, p. 790 ss. Riguardo al furto dei frutti *percepti*, vd. D. 47.2.26.1 (Paul. 2 ad Sab.): *Item constat colonum, qui nummis colat, cum eo, qui fructus stantes subripuerit, acturum furti, quia, ut primum decerptus esset, eius esse copeisset.* e Paul. Sent. 2.31.30= D. 47.2.83.1 (Paul. 2 sent.): *Frugibus ex fundo subreptis tam colonus quam dominus furti agere possunt, quia utriusque interest rem persequi.* Su questo secondo passo vd., seppur con qualche lieve differenza, Ed. Theod. 146: *De frugibus al aliquo cuiuslibet sublatis, tam colonus, quam dominus, quia utriusque interest, agere potest.* Sulle differenze tra i due passi vd. S.D.W. LAFFERTY, *Law and Society in the Age of Theoderic the Great. A Study of the Edictum Theodorici*, Cambridge, 2013, p. 74 ss. Mentre nel primo testo viene attribuita l'*actio furti* al *colonus* per i frutti pendenti, perché si supposeva che egli sarebbe divenuto *dominus* con la semplice *perceptio*, la doppia legittimazione *dominus-colonus* che troviamo nelle *Sententiae* trova la sua giustificazione nel fatto che il *dominus* faceva valere il suo diritto di pegno (*conventum*) sui frutti, la cui costituzione, già all'epoca di Pomponio (D. 20.2.7 pr. [Pomp. 13 ex var. lect.]: *In praedius rusticis fructus qui ibi nascuntur tacite intelleguntur pignori esse domino fundi locati, etiamsi nominatim id non convenerit.*) era considerata effetto naturale dell'affitto di un fondo del colono. Con la conseguenza, che nel secondo testo, i frutti erano verosimilmente solo quelli *percepti*, oppure, volendo riconoscere una sorta di diritto di pegno del *dominus* pure per i frutti ancora pendenti, anche questi ultimi. Legittimazione attiva all'azione per il furto che il *dominus fundi* avrebbe avuto, quindi, al pari di tutti i creditori pignoratizi, nei confronti di chiunque – anche dello stesso proprietario debitore (Gai 3.204; D. 47.2.12.2 e D. 47.2.19.6 [Ulp. 40 ad Sab.]: *Furtum autem rei pigneratae dominus non tantum tunc facere videtur, cum possidenti sive tenenti creditori aufert, verum et si eo tempore abstulerit, quo non possidebat, ut puta si rem pigneratam vendidit: nam et hic furtum eum facere constat. Et ita et Iulianus scripsit.*) – avesse rubato le *res* sottoposte a garanzia. Si trattava di due differenti azioni di furto ('principale' e 'secondaria'), cumulative tra loro, aventi ad oggetto l'una, quella del creditore pignoratizio/*dominus fundi*, il doppio del valore del debito garantito (cioè nella fattispecie il canone del colono), l'altra, quella del proprietario della *res/colonus*, il doppio del valore della *res subrepta* (più precisamente l'importo corrispondente alla differenza tra il valore del bene e quello del debito garantito).

¹⁹ In pratica, il titolare del diritto a possedere avrebbe agito per l'*id quod interest*, mentre il proprietario avrebbe agito per il valore corrispondente a quello della *res*, sottratto l'*id quod interest* dell'altro soggetto.

zia. La responsabilità derivante dall'*actio fiduciae* avrebbe esteso infatti il suo interesse patrimoniale fino al valore della *res*, poiché egli era tenuto a rispondere nei confronti del fiduciante della perdita del bene.

In questa ipotesi, pertanto, l'interesse tutelato mediante l'*actio furti* sembra identificarsi con il valore della cosa sottratta.

Più complessa è, invece, l'ipotesi in cui il furto fosse avvenuto senza colpa del creditore. In tal caso le fonti non offrono una soluzione univoca²⁰.

Alcune sembrano infatti commisurare il *quantum* dell'*actio furti* al valore del credito garantito²¹, mentre altre sembrano assumere come parametro il valore della *res*²². È proprio tale apparente contrasto che richiede un esame più approfondito delle testimonianze.

Particolare rilievo assume, sotto questo profilo, un altro passo di Ulpiano, nel quale il giurista riferisce nuovamente un'opinione di Papiniano, generalmente at-

²⁰ In caso di *pignus datum*, parrebbe dalle fonti, nonostante la loro non uniformità (sul punto vd. J.A.C. THOMAS, *Furtum pignoris*, in *TR*, 38, 1970, p. 135 ss.; C. RASCÓN, *Pignus y custodia en el derecho Romano classico*, Oviedo, 1976, p. 160 ss.; ANKUM, *Furtum pignoris*, 1, cit., p. 143 ss.; ID., *Furtum pignoris*, 2, cit., p. 103 ss.; KASER, *Furtum pignoris* cit., p. 249 ss.; ID., *Studien zum römischen Pfandrecht*, Napoli, 1982, p. 233 ss.; J.A.C. THOMAS, *Furtum pignoris: a commentary on the commentaries*, in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, 1, Milano, 1982, p. 595 ss.; H. ANKUM, *La responsabilità del creditore pignoratizio nel diritto romano classico*, in *Studi in onore di A. Biscardi*, Milano, 1983, p. 601 ss.; ID., "*Furtum pignoris*" dans le texte d'Ulpian, *D.* 47.2.12.2, in *BIDR*, 90, 1987, p. 169 ss.; M. DE SIMONE, *Litis aestimatio e actio pigneraticia in rem. A proposito di D. 20.1.21.3*, in *AUPA*, 51, 2006, p. 111 ss.), che l'*actio furti* del creditore, nei confronti del terzo, fosse per il *duplum* dell'intero valore della cosa, escludente, quindi, quella del *dominus* (vd. però, *infra*, nel testo). Ciò, secondo l'opinione prevalente, sarebbe dovuto alla sua responsabilità per *custodia*: la sua *actio* si sarebbe fondata su un Haftungsinteresse, che si sarebbe aggiunto, fino ad assorbirlo, al suo cd. Sicherungsinteresse. In tal senso, vd., per tutti, PAMPALONI, *Furto di possesso*, cit., p. 713 ss., e ANKUM, "*Furtum pignoris*" dans le texte d'Ulpian, cit., p. 170 ss. Escludono che il creditore pignoratizio rispondesse per *custodia*, tra gli altri, THOMAS, *Furtum pignoris*, cit., p. 135 ss.; ID., *Furtum pignoris: a commentary*, cit., p. 587 ss.; G.C.J.J. VAN DEN BERG, *Custodia and furtum pignoris*, in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, 1, Milano, 1982, p. 605 ss.; M. SERRANO-VICENTE, *Custodiam praestare. La prestación de custodia en el derecho romano*, Sevilla, 2006, p. 335 ss.; DE SIMONE, *Litis aestimatio*, cit., p. 111 ss., secondo la quale l'*aestimatio litis* commisurata all'intero valore della *res* dell'*actio furti* del creditore pignoratizio sarebbe dovuta non ad una pretesa responsabilità per *custodia* ma ad una diversa opinione di Paolo, per il quale l'*actio furti* avrebbe portato alla condanna del doppio valore della *res*, rispetto a quella, nuova, di Ulpiano, che riteneva che la condanna doveva essere commisurata al debito garantito. Sul punto vd., anche, PARENTI, *Notazioni sulla legittimazione attiva all'actio furti*, cit., p. 798 ss.

²¹ Vd., ad es., D. 47.2.46.4 (Ulp. 42 ad Sab.): *Et si quis proposuerit hunc servum etiam pignertum esse, eveniet, ut etiam is qui pignori accepit habeat furti actionem: hoc amplius etiam debitor, si modo plus valeat, quam pro pignore debetur, habet furti actionem.*

²² Vd. D. 47.2.15 pr. (Paul. 5 ad Sab.); D. 47.2.88(87) (Paul. 1 decr.). Su tali testi, però, vd. *infra*, par. 6.

tribuita alla *fiducia*²³:

D. 47.2.14.5-7 (Ulp. 29 ad Sab.): 5. Papinianus tractat, si duos servos ob decem aureos pignori acceperim et alter subripiatur, cum alter quoque, qui sit retentus, non minoris decem valeret: utrum usque ad quinque tantum habeam furti actionem, quia in alio habeo salvos quinque? An vero, quia mori potest, dici debeat in decem fore actionem, etiamsi magni pretii sit is qui retinetur? Et ita putat: non enim respicere debemus pignus, quod subreptum non est, sed id quod subtractum est. 6. 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 creditori non competit²⁴. Quam sententiam Pomponius quoque libro decimo ad Sabinum probat. 7. Idem dicunt, et si duo servi subrepti sint simul, competere utriusque nomine furti actionem creditori, sed non in totum, sed pro qua parte, in singulos diviso eo quod ei debetur, eius interest: seperatim autem duobus subreptis, si unius nomine solidum consecutus sit, alterius nihil consequetur.

Nel § 5 viene prospettata l'ipotesi di due schiavi dati in garanzia di un credito di

²³ Vd. KASER, *Studien*, 3, cit., p. 68 ss.; ANKUM, *Furtum pignoris*, 2, cit., p. 107 ss., che ritengono appunto che i passi facciano riferimento alla *fiducia* e non al *pignus*. Quest'ultimo autore, soprattutto in riferimento al paragrafo 6, ove si parla della responsabilità per colpa del creditore se la cosa a lui affidata viene sottratta per la seconda volta, ritiene che l'interpolazione sia giustificata dal fatto che il creditore era responsabile del furto. Inoltre, nei frammenti considerati l'*actio furti* spetterebbe al creditore per il valore del credito esigibile mentre al debitore fino all'importo, che varia per i diversi casi ivi trattati, del suo interesse residuo. Infine, l'autore aggiunge a questi argomenti che escluderebbero il *furtum pignoris*, il fatto che nei paragrafi 5 e 7 Ulpiano imputi quanto ricevuto alla colpa, il che alluderebbe alla *fiducia* poiché lo stesso si leggerebbe in D. 13.7.22 pr. e non sarebbe riportato nelle altre fonti. Più di recente, vd., tra gli altri, NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., p. 211 ss.; DUNAND, *Le transfert fiduciaire*, cit., p. 247 ss.; MARRA, *Fiducia causa*, cit., p. 197 ss. e DE PETRIS, *Ricerche sul servus*, cit., p. 51 ss. In senso contrario, vd., tra gli altri, LENEL, *Palingenesia*, 2, cit., col. 1125-1126; THOMAS, *Furtum pignoris*, cit., p. 142 ss.; Id., *Furtum pignoris: a commentary*, cit., p. 593 s. e PARENTI, *Notazioni sulla legittimazione attiva all'actio furti*, cit., p. 798 nt. 37.

²⁴ Ad avviso di DE SIMONE, *Litis aestimatio*, cit., p. 174, l'inciso *quod si culpa abest, sine dubio domino competere actio videtur, quae creditori non competit* va interpretato alla luce sia di D. 47.2.12.2 sia di D. 47.2.46.4, dai quali risulta chiaramente che, in caso di *furtum pignoris*, Ulpiano concedeva l'*actio furti* al creditore pignoratizio ed al debitore pignorante in concorso tra loro. L'*actio quae*, nella circostanza esaminata (*si iterum servus subripiatur e si culpa abest*) *creditori non competit* non può, dunque, essere un'*actio furti* (del creditore pignoratizio) che esclude un'altra *actio furti* (del debitore pignorante). *Sine dubio domino competere videtur* quell'*actio* che al creditore pignoratizio spetta, in caso di sua *culpa*, con un'*aestimatio* commisurata al valore del bene. Il debitore pignorante, vale a dire, nel caso in cui non si ravvisi un'interesse del creditore pignoratizio ad agire, esperirà l'*actio furti* in via esclusiva, un'*actio* nella quale al valore della cosa non verrà sottratto il valore del debito, come accade, invece, nei casi nei quali vige il concorso cumulativo nell'azione.

dieci aurei. Rubato uno dei due, pur rimanendo presso il creditore l'altro, di valore non inferiore a dieci aurei, Papiniano si domanda se l'*actio furti* dovesse essere limitata a cinque oppure potesse estendersi all'intero credito di dieci, sul rilievo che anche il secondo schiavo sarebbe potuto successivamente andare perduto. La soluzione è espressa con particolare chiarezza: *non enim respicere debemus pignus, quod subreptum non est, sed id quod subtractum est*. Il riferimento esclusivo al bene sottratto mostra che la permanenza di un'altra garanzia non eliminava l'interesse del creditore all'esercizio dell'azione.

Il § 6 sviluppa ulteriormente il ragionamento. Papiniano afferma che, qualora il creditore avesse già conseguito mediante l'*actio furti* una somma pari al proprio interesse e il medesimo schiavo venisse successivamente nuovamente sottratto, egli non avrebbe potuto esperire una seconda volta l'azione, essendo ormai venuto meno il suo interesse.

Diversamente, ove il secondo furto fosse stato determinato da una sua condotta colposa, l'azione sarebbe tornata a spettargli, poiché egli rispondeva verso il debitore mediante l'*actio pigneraticia*²⁵. Il passo distingue, dunque, nettamente le due situazioni: in assenza di colpa, l'interesse del creditore coincideva con quello di garanzia; in presenza di colpa, esso si estendeva alla responsabilità derivante dalla perdita della *res*. Non a caso Ulpiano aggiunge immediatamente che, quando la colpa fosse mancata, l'*actio furti* sarebbe stata senza dubbio di competenza del proprietario²⁶ (*sine dubio domino competere actio videtur, quae creditoribus non competit*), confermando così la coesistenza di due distinti interessi meritevoli di tutela.

Anche il § 7 sembra muoversi nella medesima direzione. Nell'ipotesi di furto contemporaneo di entrambi gli schiavi, l'interesse del creditore doveva essere determinato distribuendo il credito tra le due cose date in garanzia (*in singulos divisio eo quod ei debetur, eius interest*). Qualora, invece, il creditore avesse già conseguito l'intero importo corrispondente al proprio interesse, coincidente con l'ammontare del credito garantito, in relazione al primo furto (*si unius nomine solidum consecutus sit*), nessuna ulteriore azione gli sarebbe spettata in relazione al secondo. Entrambe le espressioni rinviano chiaramente al credito garantito quale parametro di commisurazione dell'interesse del creditore.

L'esame complessivo del frammento sembra quindi presupporre una duplice legittimazione all'esercizio dell'*actio furti*. In assenza di colpa del creditore, il *quantum* dell'*actio furti* sembra fosse commisurato al valore del credito garantito²⁷ e non a quello della *res*. I valori di cinque e di dieci richiamati da Papiniano sembrano infatti riferirsi non al valore economico degli schiavi, ma alla distribuzione dell'interesse creditorio, parametrato all'ammontare del credito garantito. Nella me-

²⁵ Sul punto, vd. MARRA, *Fiduciae causa*, cit., p. 197 ss.

²⁶ ANKUM, *Furtum pignoris*, 2, cit., p. 139 ss. e MARRA, *Fiduciae causa*, cit., p. 198 ss.

²⁷ Sul punto, vd. ANKUM, *Furtum pignoris*, 2, cit., p. 140 ss.

desima direzione depongono le espressioni *in singulos divisio eo quod ei debetur* e *si unius nomine solidum consecutus sit*, entrambe chiaramente riferite al credito.

Solo quando il creditore fosse chiamato a rispondere della perdita del bene nei confronti del debitore, il suo interesse si sarebbe esteso fino al valore della cosa sottratta, giustificando un diverso criterio di determinazione del *quantum* dell'azione.

5. L'interpretazione secondo cui il creditore avrebbe agito, in assenza di colpa, per un *quantum* commisurato al credito garantito incontra, tuttavia, alcune difficoltà. La prima riguarda il riferimento al *dominus* contenuto in:

D. 47.2.14.6 (Ulp. 29 ad Sab.): Quod si culpa abest, sine dubio domino competere actio videtur, quae creditoribus non competit.

Se il frammento fosse originariamente relativo alla *fiducia*, ci si attenderebbe un riferimento al *debitor* o al *fiducians*, piuttosto che al *dominus*. È vero che si potrebbe ipotizzare un intervento compilatorio, con la sostituzione di *fiducians* mediante *dominus*²⁸. Tuttavia, la genuinità di quest'ultimo termine non può essere esclusa. Se il riferimento al *dominus* è autentico, il passo sembrerebbe piuttosto riferirsi al pegno.

Inoltre, le fonti che ammettono una pluralità di soggetti legittimati all'*actio furti* riguardano ipotesi diverse, nelle quali concorrono interessi patrimoniali autonomi, e non il semplice rapporto tra proprietario attuale e futuro proprietario

²⁸ Vd. ANKUM, *Futum pignoris*, 1, cit., p. 155 nt. 63, il quale rinviene un parallelismo tra il passo in oggetto e D. 9.4.22 pr. (Paul. 18 ad ed.): *Si servus depositus vel commodatus sit, cum domino agi potest noxali actione: ei enim servire intellegitur et, quod ad hoc edictum attinet, in potestate eius est, maxime si copiam habeat recipiendi hominis*. A suo avviso, in entrambi i brani si può sostituire alla parola *domino* l'inciso *ei qui mancipio dedit*. Tuttavia, anche in D. 9.4.22 pr. (Paul. 18 ad ed.) non mi sembra sia giustificata l'ipotesi interpolazionistica, alla luce di quanto lo stesso giurista afferma nel paragrafo successivo (D. 9.4.22.1: *Is qui pignori accepit vel qui precario rogavit non tenetur noxali actione: licet enim iuste possideant, non tamen opinione domini possident: sed hos quoque in potestate domini intellegi, si facultatem repetendi eos dominus habeat*). In tale passo appare evidente che le situazioni considerate – pegno e precario – presentano un grado di intensità maggiore rispetto a quelle richiamate nel *principium*. Ciò si desume non solo dal fatto che nel §1 il giurista avverte l'esigenza di spiegare perché non sia esperibile l'azione noxale contro chi si trovi in tali posizioni, mentre nel *principium* si limita a confermare la possibilità di agire contro il *dominus*, ma anche dalla diversa formulazione impiegata nei due passi. Nel *principium*, infatti, il servo è considerato in potestà del padrone *maxime si copiam habeat recipiendi hominis*; nel §1, invece, si afferma che anche il servo dato in pegno o concesso in precario deve intendersi in potestà del *dominus* *si facultatem repetendi eos dominus habeat*, senza l'avverbio *maxime*. Ne consegue che le situazioni contemplate nel §1 appaiono più distanti dalla sfera di controllo del proprietario rispetto a quelle considerate nel *principium*. Una simile ricostruzione mal si concilia con l'ipotesi della *fiducia cum amico*, nella quale il fiduciario risulterebbe pur sempre proprietario, ancorché in via temporanea.

della *res*. Così, tanto nel caso della cosa promessa mediante *stipulatio* o lasciata per testamento²⁹, quanto in quello della cosa venduta ma non ancora trasferita³⁰, l'*actio furti* competeva esclusivamente al proprietario, mentre il destinatario della cosa poteva far valere soltanto rimedi indiretti.

Se così è, D. 47.2.14.5-7 sembrerebbe effettivamente riferirsi al pegno.

Una simile conclusione, tuttavia, va incontro a due ordini di problemi.

Da un lato, la tradizionale affermazione della responsabilità per *custodia* del creditore pignoratizio³¹; dall'altro, alcuni testi di Paolo che sembrano commisurare il *quantum* dell'*actio furti* al valore della *res* e non del credito.

Questi due elementi sono in un certo senso collegati, dato che la responsabilità per *custodia*, come è noto, determina una legittimazione attiva esclusiva – essendo il responsabile l'unico soggetto ad avere interesse –, escludente quindi la legittimazione del proprietario.

Si potrebbe ipotizzare³² che almeno Ulpiano non riconoscesse la responsabilità per *custodia* nel caso in cui l'oggetto del rapporto fosse uno schiavo. Sappiamo

²⁹ Vd. D. 47.2.13 (Paul. 5 ad Sab.): *Is, cui ex stipulatu res debetur, furti actionem non habet, si ea subrepta sit, cum per debitorem stetisset, quo minus eam daret*; D. 47.2.86 (Paul. 2 man.): *... item is, cui ex stipulatu vel ex testamento servus debetur, quamvis intersit eius, non habet furti actionem: sed nec is, qui fideiussit pro colono*.

³⁰ In questo caso, sembrerebbe che il compratore potesse ottenere la cessione delle azioni: Vd., ad es., D. 47.2.14 pr. (Ulp. 29 ad Sab.): *Eum qui emit, si non tradita est ei res, furti actionem non habere, sed adhuc venditoris esse hanc actionem Celsus scripsit. Mandare eum plane oportebit emptori furti actionem et conditionem et vindicationem, et si quid ex his actionibus fuerit consecutus, id praestare eum emptori oportebit: quae sententia vera est, et ita et Iulianus. Et sane periculum rei ad emptorem pertinet, dummodo custodiam venditor ante traditionem praestet*; D. 47.2.81 pr. (Pap. 12 quaest.): *Si vendidero neque tradidero servum et is sine culpa mea subripiatur, magis est, ut mihi furti competat actio: et mea videtur interesse, quia dominium apud me fuit vel quoniam ad praestandas actiones tenor*. Vi è, inoltre, un testo delle *Pauli Sententiae* (Paul. Sent. 2.31.17: *Si res vendita ante traditionem subrepta sit, emptor et venditor furti agere possunt: utriusque enim interest rem tradi vel tradere*), che riconosce, in contrasto con tutte le altre fonti, la legittimazione attiva sia al venditore che al compratore, ma esso verosimilmente non è di fattura classica, anche in considerazione di un passo dello stesso Paolo, ove non si ravvisa la possibilità per il compratore di esercitare l'*actio furti*, ma solo la cessione delle azioni (D. 18.4.21 [Paul. 16 quaest.]: *... Quid si rem quam vendidi alio possidente petii et litis aestimationem accepi, utrum pretium illi debeo an rem? Utique rem, non enim actiones ei, sed rem praestare debeo: et si vi deiectus vel propter furti actionem duplum abstulero, nihil hoc ad emptorem pertinebit. Nam si sine culpa desiit detinere venditor, actiones suas praestare debet, non rem, et sic aestimationem quoque: nam et aream tradere debet exusto aedificio*): sul punto, vd. PARENTI, *Notazioni sulla legittimazione attiva*, cit., p. 794 ss. nt. 31.

³¹ Vd. *supra*, nt. 20.

³² In tal senso, vd. P. VOCI, *Diligentia, custodia, culpa. I dati fondamentali*, in *SDHI*, 61, 1990, p. 72, il quale ritiene che l'*actio furti* del creditore pignoratizio fosse sempre commisurata al valore della *res* sottratta, in ragione della responsabilità per *custodia*, tranne che per il caso del furto dello schiavo, il quale costituiva un'eccezione: poiché il creditore in questo caso non avrebbe risposto per *custodia*, la *litis aestimatio* sarebbe stata commisurata al valore del credito garantito.

infatti, da D. 13.6.5.6 (Ulp. 29 *ad Sab.*)³³, che, relativamente al comodato, i *veteres* dubitavano che in tal caso si dovesse prestare la *custodia*. Tuttavia, un passo del suo commentario *ad Sabinum* (D. 47.2.14.15)³⁴, in cui si riconosce la responsabilità per *custodia* e quindi l'*actio furti* al comodatario anche per le vesti del *servus* dato in comodato (*Nam et si servum tibi commodavero, et vestis eius nomine furti ages, quamvis vestem, qua vestitus est, tibi non commodaverim*), nonostante esse non fossero state comodate, porta ad escludere tale ipotesi.

Vi è, in realtà, un passo dello stesso giurista che potrebbe far luce sulla questione:

D. 47.2.12.2 (Ulp. 29 *ad Sab.*): Sed et si res pignori data sit, creditori quoque damus furti actionem, quamvis in bonis eius res non sit: quin immo non solum adversus extraneum dabimus, verum et contra ipsum quoque dominum furti actionem, et ita Iulianus scripsit. Nec non et ipsi domino dari placet, et sic fit, ut non teneatur furti et agat. Ideo autem datur utrique, quia utriusque interest. Sed utrum semper creditoris interest an ita demum, si debitor solvendo non est? Et putat Pomponius semper eius interesse pignus habere, quod et Papinianus libro duodecimo quaestionum probat: et verius est ubique videri creditoris interesse, et ita et Iulianus saepissime scripsit³⁵.

Qui il giurista severiano riconosce l'*actio furti* al creditore pignoratizio, nonostante la cosa sottratta non fosse nel suo patrimonio (*quamvis in bonis eius res non sit*), anche contro lo stesso *dominus*, così come riteneva Giuliano. Ulpiano riferisce poi che l'azione era concessa anche allo stesso proprietario, poiché entrambi vi avevano interesse (*quia utriusque interest*). Nella parte conclusiva del frammento, Ulpiano si interroga se l'interesse del creditore dovesse ritenersi limitato all'ipotesi in cui il debitore non fosse solvibile, per poi affermare che esso sussisteva in ogni caso, ri-

³³ D. 13.6.5.6 (Ulp. 28 *ad ed.*): *Sed an etiam hominis commodati custodia praestetur, apud veteres dubitatum est. Nam interdum et hominis custodia praestanda est, si vinctus commodatus est, vel eius aetatis, ut custodia indigeret: certe si hoc actum est, ut custodiam is qui rogavit praestet, dicendum erit praestare.*

³⁴ D. 47.2.14.15 (Ulp. 29 *ad Sab.*): *Non solum autem in re commodata competit ei cui commodata est furti actio, sed etiam in ea, quae ex ea adgnata est, quia et huius custodia ad eum pertinet. Nam et si servum tibi commodavero, et vestis eius nomine furti ages, quamvis vestem, qua vestitus est, tibi non commodaverim. Item si iumenta tibi commodavero, quorum sequella erat eculus, puto competere furti actionem etiam eius nomine, quamvis ipse non sit commodatus.*

³⁵ Sul testo, vd., tra gli altri, V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, Napoli, 1958, p. 141 ss.; THOMAS, *Furtum pignoris*, cit., p. 136 ss.; ID., *Furtum pignoris: a commentary*, cit., p. 591 ss.; RASCÓN, *Pignus y custodia*, cit., p. 160 ss.; KASER, *Studien*, 3, cit., p. 65 ss.; ID., *Furtum pignoris*, cit., p. 262 ss.; ANKUM, *Furtum pignoris*, 1, cit., p. 143 ss.; ID., *Furtum pignoris*, 2, cit., p. 103 ss.; ID., *La responsabilità del creditore pignoratizio*, cit., p. 601 ss.; ID., *"Furtum pignoris" dans le texte d'Ulpian*, cit., p. 169 ss.; VOCI, *Diligentia, custodia, culpa*, cit., p. 71 ss.; DE SIMONE, *Litis aestimatio*, cit., p. 163 ss.; M.G. TORRES PARRA, *La actio furti y el acreedor pignoratizio en D.47,2,12,2 ulp. 29 ad Sab.*, in *AG*, 234, 2014, p. 183 ss.

chiamando sul punto anche il conforme orientamento di Giuliano, Pomponio e Papiniano.

Dunque, in un passo che sicuramente fa riferimento al pegno e non alla *fiducia*, come risulta chiaramente dall'inciso *quamvis in bonis eius non sit*, viene riconosciuta la doppia azione, del creditore pignoratizio e del proprietario³⁶.

Mi sembra chiaro che tali azioni fossero, come in altri casi previsti dalle fonti, cumulative, essendo rivolte a tutelare l'interesse di ciascuno. Pertanto, il creditore pignoratizio agiva per il valore del credito, essendo il suo interesse limitato ad averne la garanzia per l'adempimento, mentre il debitore/*dominus* agiva per il valore della *res* (sottratto il valore del credito), in quanto il suo interesse era di non perderne il valore che fosse superiore al credito.

Una simile ricostruzione appare, tuttavia, difficilmente conciliabile con la tradizionale affermazione della responsabilità per *custodia* del creditore pignoratizio. Se questi rispondesse infatti della perdita della cosa, il suo interesse assorbirebbe necessariamente quello del proprietario³⁷, rendendo difficilmente spiegabile il riconoscimento di una concorrente *actio furti* in favore di quest'ultimo.

La responsabilità per *custodia* del creditore pignoratizio, però, si rinviene esplicitamente proprio in un testo di Ulpiano³⁸ e in una costituzione di Dio-

³⁶ Non persuasive sono le tesi che escludono la doppia azione (vd., per tutti, ANKUM, *Furtum pignoris*, 1, cit.; ID., *Furtum pignoris*, 2, cit.; ID., "Furtum pignoris" dans le texte d'Ulpian, cit., p. 169 ss.). Il riconoscimento di tale doppia azione, del creditore pignoratizio e del proprietario, da parte di Ulpiano è confermata, ad es., da D. 47.2.46.4 (Ulp. 42 ad Sab.): *Et si quis proposuerit hunc servum etiam pigneratum esse, eveniet, ut etiam is qui pignori accepit habeat furti actionem: hoc amplius etiam debitor, si modo plus valeat, quam pro pignore debetur, habet furti actionem*.

³⁷ Salvo il caso in cui il creditore fosse insolubile: in tal caso, infatti, verosimilmente ci sarebbe stato il riconoscimento dell'azione anche al debitore/proprietario, nei limiti del valore eccedente il credito.

³⁸ In realtà, vi è un altro testo che, pur non facendo 'espressamente' riferimento alla *custodia*, si riferisce senz'altro ad essa, con il richiamo al *periculum* di una *res* di proprietà di un altro, e alla conseguente legittimazione attiva all'*actio furti*: D. 47.2.12.14 (Ulp. 29 ad Sab.): *Qualis ergo furti actio datur ei, cui res commodata est, quaesitum est. Et puto omnibus, quorum periculo res alienae sunt, veluti commodati, item locati pignorisve accepti, si hae subreptae sint, omnibus furti actiones competere: conditio autem ei demum competit, qui dominium habet*. THOMAS, *Furtum pignoris*, cit., p. 143 e ID., *Furtum pignoris: a commentary*, cit., p. 588 ss., ha evidenziato come il carattere insitico dell'inciso *item locati pignorisve accepti* si deduca dalla genericità del termine *locati*. Con essa, infatti, si fa riferimento ad ogni rapporto di *locatio*, mentre sappiamo che solo in caso di *locatio operis* operava la *custodia* come criterio di responsabilità. Se però il termine costituisce verosimilmente un'aggiunta, è altrettanto verosimile che anche il riferimento al pegno lo sia, in quanto l'espressione *pignorisve accepti* è strettamente legata a *locati* dalla particella *ve*. La DE SIMONE, *Litis aestimatio*, cit., p. 168 ss. nt. 223, inoltre, ha posto l'attenzione sul fatto che «nell'inciso *veluti commodati, item locati pignorisve accepti* deve ritenersi implicito il termine *actio* o *contractus*», mentre «non esiste nelle fonti alcuna testimonianza di un'espressione quale *actio pignoris accepti* per indicare l'*actio pigneraticia in personam*, né *contractus pignoris accepti*». Per quanto riguarda poi il passo delle Istituzioni di Gaio (Gai 3.203-207:

cleziano:

D. 13.7.13.1 (Ulp. 38 ad ed.): Venit autem in hac actione et dolus et culpa, ut in commodato: venit et custodia: vis maior non venit.

C.I. 8.13.19 (Diocl. et Max., a. 293): Sicut vim maiorem pignorum creditor praestare necesse non habet, ita dolum et culpam, sed et custodiam exhibere cogitur.

I testi, molto simili tra loro, riconoscono al creditore pignoratizio la responsabilità per dolo, colpa e custodia, ma non per forza maggiore.

Tale similitudine potrebbe far pensare che la cancelleria diocleziana fosse ispirata a quanto scritto precedentemente da Ulpiano. Tuttavia, il testo del giurista lascia perplessi.

Nel noto passo D. 13.6.5.2-3 (Ulp. 28 ad ed.)³⁹, in cui è presente una disamina sui criteri di responsabilità del debitore basata sull'interesse dei contraenti, Ulpiano inserisce il pegno tra quei contratti in cui si risponde per dolo e colpa, essendovi interesse per entrambe le parti (*sed ubi utriusque utilitas vertitur, ut in empto*,

203. *Furti autem actio ei competit, cuius interest rem salvam esse, licet dominus non sit. Itaque nec domino aliter competit, quam si eius intersit rem non perire.* 204. *Unde constat creditorem de pignore subrepto furti agere posse; adeo quidem, ut quamvis ipse dominus id est ipse debitor eam rem subriperit, nihilo minus creditori competit actio furti.* 205. *Item si fullo polienda curandave aut sarcinator sarcienda vestimenta mercede certa acceperit eaque furto amiserit, ipse furti habet actionem, non dominus, quia domini nihil interest ea non periisse, cum iudicio locati a fullone aut sarcinatore suum consequi possit, si modo is fullo aut sarcinator rei praestandae sufficiat; nam si soluendo non est, tunc quia ab eo dominus suum consequi non potest, ipsi furti actio competit, quia hoc casu ipsius interest rem saluam esse.* 206. *Quae de fullone aut sarcinatore diximus, eadem transferemus et ad eum, cui rem commodavimus. Nam ut illi mercedem capiendo custodiam praestant, ita hic quoque utendi commodum percipiendo similiter necesse habet custodiam praestare.* 207. *Sed is, apud quem res deposita est, custodiam non praestat tantumque in eo obnoxius est, si quid ipse dolo malo fecerit; qua de causa si res ei subrepta fuerit, quia restituendae eius nomine depositi non tenetur nec ob id eius interest rem saluam esse, furti itaque agere non potest, sed ea actio domino competit),* mi sembra chiaro che il riferimento alla custodia, e quindi all'azione esclusiva del responsabile, non riguardi il creditore pignoratizio, ma esclusivamente il fullo e il sarcinator, a cui si aggiunge il comodatario, come si può evincere dalla frase *Quae de fullone aut sarcinatore diximus, eadem transferemus et ad eum, cui rem commodavimus*, che precede il riferimento alla custodia, in cui appunto manca il creditore pignoratizio.

³⁹ D. 13.6.5.2-3 (Ulp. 28 ad ed.): 2. *Nunc videndum est, quid veniat in commodati actione, utrum dolus an et culpa an vero et omne periculum. Et quidem in contractibus interdum dolum solum, interdum et culpam praestamus: dolum in deposito: nam quia nulla utilitas eius versatur apud quem deponitur, merito dolus praestatur solus: nisi forte et merces accessit (tunc enim, ut est et constitutum, etiam culpa exhibetur) aut si hoc ab initio convenit, ut et culpam et periculum praestet is penes quem deponitur. Sed ubi utriusque utilitas vertitur, ut in empto, ut in locato, ut in dote, ut in pignore, ut in societate, et dolus et culpa praestatur.* 3. *Commodatum autem plerumque solam utilitatem continet eius cui commodatur, et ideo verior est Quinti Mucii sententia existimantis et culpam praestandam et diligentiam et, si forte res aestimata data sit, omne periculum praestandum ab eo, qui aestimationem se praestaturum recepit.*

ut in locato, ut in dote, ut in pignore, ut in societate, et dolus et culpa praestatur), distinguendoli dal comodato, in cui l'interesse è solo del debitore, riguardo al quale, riportando il parere di Quinto Mucio, vi sarebbe un aggravio di responsabilità⁴⁰. Nessun accostamento quindi tra i due negozi, anzi.

Il richiamo al comodato e alla responsabilità per *custodia* appare, pertanto, difficilmente conciliabile con quanto Ulpiano afferma in D. 13.6.5.2-3. Se, poi, si considera D. 47.2.12.2, nel quale il riconoscimento di una duplice *actio furti* presuppone l'assenza di una responsabilità per *custodia* del creditore pignoratizio, i dubbi circa la genuinità dell'inciso *venit et custodia* si fanno ancora più consistenti. Si potrebbe allora ipotizzare che, in seguito all'affermazione, in età diocleziana, della responsabilità del creditore pignoratizio anche per *custodia*, il testo ulpiano sia stato modificato dai compilatori per adeguarlo al nuovo assetto normativo⁴¹.

6. Contro la ricostruzione fin qui proposta depongono, tuttavia, due noti passi di Paolo, nei quali l'*actio furti* del creditore pignoratizio risulta commisurata non al credito garantito, bensì all'intero valore della *res*:

D. 47.2.15 pr. (Paul. 5 ad Sab.): *Creditoris, cuius pignus subreptum est, non credito tenus interest, sed omnimodo in solidum furti agere potest: sed et pigneraticia actione id quod debitum excedit debitori praestabit.*

D. 47.2.88(87) (Paul. 1 decr.): *Creditori actio furti in summam pignoris, non debiti competit. Sed ubi debitor ipse subtraxisset pignus, contra probatur, ut in summam pecuniae debita et usurarum eius furti conveniretur.*

Entrambi i testi sembrano infatti affermare in modo univoco che il creditore potesse conseguire, mediante l'*actio furti*, il valore dell'intero pegno, salvo l'obbligo di riversare al debitore quanto eccedesse l'ammontare del credito.

Nel primo testo, Paolo precisa espressamente che il creditore poteva agire *omnimodo in solidum*, aggiungendo però che avrebbe dovuto restituire, mediante l'*actio pigneraticia*, *id quod debitum excedit*⁴².

⁴⁰ In verità, neanche in riferimento al comodato Ulpiano qui parla di *custodia*, ma di *culpa* e di *diligentia*, oltre a *omne periculum*, qualora la cosa fosse estimata (... *et culpam praestandam et diligentiam et, si forte res aestimata data sit, omne periculum praestandum ab eo, qui aestimationem se praestaturum recepit*).

⁴¹ In tal senso, vd., tra gli altri, SERRANO-VICENTE, *Custodiam praestare*, cit., p. 337 ss. Oppure si potrebbe ipotizzare che anche il testo diocleziano abbia subito un rimaneggiamento da parte dei Compilatori.

⁴² Ritieni interpolata l'ultima frase ANKUM, *Furtum pignoris*, 1, cit., p. 137 nt. 26, il quale sostiene che in nessun caso nel diritto classico chi era tenuto alla *custodia* doveva restituire al contraente quanto ricevuto dal ladro con l'*actio furti*. Come risulterebbe da D. 13.7.22 pr. e D. 47.2.80 (Pap. 9 quaest.), l'ultima frase di D. 47.2.15 pr. era la soluzione che veniva data nel diritto classico nel caso di

Nel secondo, il giurista ribadisce che l'azione competeva *in summam pignoris, non debiti*, salvo il diverso caso in cui fosse lo stesso debitore ad aver sottratto il pegno, ipotesi nella quale il *quantum* sarebbe stato parametrato al credito e agli interessi.

I due passi sembrano dunque contrastare con quanto emerge da D. 47.2.12.2, ove il creditore appare legittimato ad agire soltanto entro i limiti del proprio interesse patrimoniale. Tuttavia, proprio il tenore letterale del primo testo induce a qualche riflessione. L'avverbio *omnimodo* sembra infatti svolgere una funzione che difficilmente può considerarsi casuale. Esso pare sottolineare che il creditore conseguiva sempre l'intero valore della *res*, escludendo qualsiasi distinzione fondata sulle circostanze del caso concreto.

Una prima spiegazione potrebbe essere quella di ricondurre tale soluzione alla

furto di una cosa mobile *res Mancipi* mancipata fiduciariamente. Sembrerebbe, quindi, che per lui il passo si riferisca al pegno e che i compilatori avessero poi inserito in D. 47.2.15 pr. la frase che riprende la disciplina tipica della *fiducia*, che sarebbe stata quindi applicata al pegno. Tuttavia vd. ANKUM, *Furtum pignoris*, 2, cit., p. 101 ss., ove lo studioso cambia opinione circa l'ipotesi di interpolazione di D. 47.2.15 pr., ritenendo che i Compilatori abbiano eliminato qualcosa tra la prima frase del passo e quella che inizia con *sed et si*. Il contesto del frammento, ad avviso di Ankum, che può essere dedotto da LENEL, *Paligenesia*, 1, cit., col. 1267, fornisce informazioni su cosa hanno cancellato i Compilatori e su come si dovrebbe interpretare la seconda frase. Paolo nel libro 5 del commentario a Sabino, ha inserito un *excursus* sulla legittimazione attiva all'*actio furti* in una sezione dedicata alla responsabilità per custodia del venditore. Lo ha fatto nel caso dell'*actio furti* del venditore e anche negli altri casi in cui la persona legittimata all'*actio furti* è obbligata alla custodia, come il caso del creditore pignoratizio. È molto probabile, quindi, che Paolo dopo la prima frase di D. 47.2.15 pr., in cui ha scritto che il creditore a cui fosse stato rubato il pegno poteva agire con l'*actio furti* non sino al valore del credito ma in solido, ha aggiunto come spiegazione, che questa soluzione è corretta, perché il creditore può essere costretto mediante l'*actio pigneraticia directa* a restituire il valore della cosa in pegno rubata se il debitore ha pagato il suo debito, e se non lo ha pagato, a restituire il *superfluum* (*id quod debitum excedit*). I Compilatori hanno cancellato la menzione del primo caso perché volevano eliminare un evidente riferimento alla responsabilità per custodia mentre non hanno eliminato il secondo perché qui il riferimento alla responsabilità per custodia è più celato. Per Ankum non solo l'obbligo di restituzione nel primo caso ma anche nel secondo si fondano sull'obbligo di custodia che incombe sul creditore pignoratizio. In quest'ultimo caso ciò viene negato da M. KASER, *Grenzfragen der Aktivlegitimation zur actio furti*, in *De iustitia et iure. Festgabe für Lübtow*, 2, Berlino, 1980, p. 317 nt. 133. Vd., inoltre, ID., *Studien*, 3, cit., p. 65 nt. 226, seppur in maniera dubitativa, ove lo studioso parla dell'intervento compilatore in D. 47.2.15 pr. e scrive: «Der 2. Satz ist, dem *sed et* zufolge, dem 1. vielleicht nicht unmittelbar gefolgt, aber trotz textkritischer Angriffe... unbedenklich». Sul punto vd. THOMAS, *Furtum pignoris: a commentary* cit., p. 593 ss., il quale, non accettando la prima ricostruzione fatta da Ankum (ANKUM, *Furtum pignoris*, 1, cit., p. 137 ss.), sostiene che l'*actio furti* del creditore pignoratizio era fondata su un positivo interesse e che la sua responsabilità contrattuale nei confronti del debitore riguardava solo il dolo e la colpa. Tuttavia, aggiunge l'autore (p. 599), di aver ricevuto gli scritti di Ankum e Kaser (ANKUM, *Furtum pignoris*, 2, cit. e KASER, *Grenzfragen der Aktivlegitimation zur actio furti*, cit.) e di non dover cambiare opinione dal momento che questi autori, nei loro nuovi scritti, si sono attenuti, nei principali punti, a quanto già riferito.

responsabilità per *custodia* del creditore pignoratizio. In questa prospettiva, Paolo avrebbe inteso affermare che il creditore, rispondendo integralmente della perdita della cosa, fosse sempre legittimato ad agire per il valore complessivo della *res*. Tale interpretazione, tuttavia, incontra una significativa difficoltà. Se il creditore fosse stato realmente l'unico soggetto interessato alla conservazione del bene, non si comprenderebbe per quale ragione egli dovesse poi restituire al debitore l'eccedenza rispetto al credito (*id quod debitum excedit debitori praestabit*). Le fonti relative ai casi di responsabilità per *custodia* mostrano infatti che il soggetto responsabile trattiene integralmente quanto conseguito con l'*actio furti*, proprio perché il suo interesse assorbe quello del proprietario⁴³. Sarebbe allora paradossale che il comodatario, nel cui esclusivo interesse la cosa è consegnata, non dovesse restituire alcunché al proprietario, mentre il creditore pignoratizio, il cui interesse era soltanto concorrente con quello del debitore, fosse tenuto a riversargli tutto quanto eccedesse il credito.

Né appare convincente ritenere che Paolo intendesse semplicemente precisare che il creditore non dovesse restituire l'intero valore della *res*, ma soltanto il *superfluum*⁴⁴.

L'avversativa *sed*, infatti, collega chiaramente l'obbligo restitutorio all'affermazione immediatamente precedente, secondo cui il creditore conseguiva *omni-modo in solidum* il valore del pegno. Proprio perché l'*actio furti* gli attribuiva l'intero valore della *res*, egli era tenuto a trasferire al debitore ciò che superasse il credito garantito.

Esclusa questa spiegazione, potrebbe ipotizzarsi che Paolo abbia semplicemente sostenuto una soluzione diversa da quella accolta da Ulpiano, attribuendo al creditore pignoratizio un interesse esteso all'intero valore della cosa. In questa direzione sembra muoversi la De Simone⁴⁵, la quale ritiene che il giurista avesse aderito all'opinione da lui stesso riportata in D. 9.2.30.1 (Paul. 22 ad ed.), in tema di legittimazione all'*actio legis Aquiliae* per il danneggiamento della *res* oppignorata:

D. 9.2.30.1 (Paul. 22 ad ed.): Pignori datus servus si occisus sit, debitori actio competit. Sed an et creditori danda sit utilis, quia potest interesse eius, quod debitor solvendo non sit aut quod litem tempore amisit, quaeritur. Sed hic iniquum est et domino et creditori eum teneri. Nisi si quis putaverit nullam in ea re debitorem

⁴³ Cosa che ha evidenziato l'ANKUM, *Furtum pignoris*, 1, cit., p. 137 ss., e che lo aveva indotto (almeno in un primo momento: vd. *supra*, nota precedente) a ritenere la frase interpolata.

⁴⁴ Nel senso che il giurista stesse semplicemente indicando che, prima dell'esperimento dell'*actio furti* da parte del creditore, quest'ultimo avrebbe risposto con l'*actio pigneraticia* non per l'intero valore della *res pignorata*, ma solo per quanto tale valore eccedesse il credito.

⁴⁵ DE SIMONE, *Litis aestimatio*, cit., p. 157 ss. la quale ritiene che Paolo, a differenza di Ulpiano – che avrebbe ad avviso dell'a. introdotto una tesi innovativa –, non riconosceva una doppia azione del creditore pignoratizio e del debitore.

iniuriam passurum, cum prosit ei ad debiti quantitatem et quod sit amplius consecuturus sit ab eo, vel ab initio in id, quod amplius sit quam in debito, debitori dandam actionem: et ideo in his casibus, in quibus creditori danda est actio propter inopiam debitoris vel quod litem amisit, creditor quidem usque ad modum debiti habebit Aquiliae actionem, ut prosit hoc debitori, ipsi autem debitori in id quod debitum excedit competit Aquiliae actio ⁴⁶.

Paolo afferma che, se lo schiavo dato in pegno fosse stato ucciso, l'*actio legis Aquiliae* sarebbe spettata al debitore. Si pone però il problema se un'azione utile ⁴⁷ dovesse essere concessa anche al creditore pignoratizio, qualora questi avesse interesse ad agire, come nel caso in cui il debitore fosse insolvente oppure qualora avesse perduto, per decorso del tempo, l'azione diretta a far valere il proprio credito. Il giurista osserva tuttavia che sarebbe stato iniquo assoggettare il responsabile a due azioni, una del proprietario e una del creditore. A meno che – prosegue – non si ritenesse che il debitore non avrebbe subito alcun pregiudizio, poiché quanto il creditore avesse conseguito gli avrebbe giovato fino all'ammontare del debito e l'eventuale eccedenza avrebbe dovuto comunque essere restituita da quello ⁴⁸ al debitore; oppure che, fin dall'inizio, l'azione spettasse al debitore limitatamente a quanto eccedesse il credito garantito. Per tale motivo, conclude Paolo, nelle sole ipotesi in cui, a causa dell'insolvenza del debitore o della perdita dell'azione, dovesse essere concessa l'*actio legis Aquiliae* al creditore, quest'ultimo avrebbe potuto esercitarla soltanto nei limiti del credito, con effetto liberatorio anche per il debitore, mentre a quest'ultimo competeva l'azione per la parte eccedente l'ammontare del debito.

L'opinione cui fa riferimento la De Simone è quella introdotta da Paolo mediante l'espressione *nisi si quis putaverit*, secondo la quale l'azione sarebbe spettata esclusivamente al creditore, il quale sarebbe stato tuttavia tenuto a riversare al debitore l'eventuale *superfluum* (*nisi si quis putaverit nullam in ea re debitorem iniuriam passurum, cum prosit ei ad debiti quantitatem et quod sit amplius consecuturus sit ab eo*).

L'ipotesi della studiosa, però, non appare persuasiva. L'opinione introdotta da *nisi si quis putaverit* non sembra essere fatta propria da Paolo. Il giurista, infatti,

⁴⁶ Sul testo, vd. per tutti, G. VALDITARA, *Superamento dell'aestimatio rei nella valutazione del danno aquiliano ed estensione della tutela ai non domini*, Milano, 1992, p. 226 ss.

⁴⁷ La semplice qualificazione di *utilis* dell'*actio legis Aquiliae* estesa ad un soggetto diverso dal *dominus* appare sospetta: vd., per tutti, VALDITARA, *Superamento*, cit., p. 230 ss. La reputa classica U. VON LÜBTOW, *Untersuchungen zur lex Aquilia de damno iniuria dato*, Berlin, 1971, p. 171, il quale ricostruisce il testo originario eliminando come insiticio ogni riferimento al dubbio riguardante il concedere tale azione utile al creditore pignoratizio: *Pignori datus servus si occisus sit, debitori actio competit. Sed [an] creditori danda [sit] utilis [quia – quaeritur]*.

⁴⁸ L'interpretazione data di *eo* da parte della DE SIMONE, *Litis aestimatio*, cit., p. 170, come creditore pignoratizio e non come l'autore dell'illecito, ritengo sia senz'altro plausibile.

conclude il passo riconoscendo al creditore un'*actio legis Aquiliae* limitata all'ammontare del credito e al debitore quella relativa all'eccedenza, soluzione che presuppone una ripartizione della tutela⁴⁹. Soprattutto, l'attribuzione dell'azione al solo creditore è prospettata esclusivamente in situazioni particolari, vale a dire quando il debitore sia insolvente o abbia perduto l'azione (*propter inopiam debitoris vel quod litem amisit*). Tale limitazione manca del tutto in D. 47.2.15 pr. e in D. 47.2.88(87), nei quali l'*actio furti* è riconosciuta al creditore in termini generali, senza alcun riferimento all'insolvenza del debitore o alla perdita dell'azione relativa al credito⁵⁰. Proprio questa differenza rende difficilmente sostenibile il parallelismo proposto dalla De Simone.

Inoltre, sebbene l'interesse del creditore fosse certamente prevalente, soprattutto nell'ipotesi di inadempimento⁵¹ o di insolvenza del debitore, risulta difficile ritenere che quest'ultimo, in assenza di colpa del creditore, rimanesse privo di tutela diretta rispetto al valore della *res* eccedente l'ammontare del debito garantito⁵².

Merita allora di essere presa in considerazione un'ulteriore possibilità, ossia che Paolo non stesse parlando del creditore pignoratizio, bensì del creditore fiduciario. In tale prospettiva, l'avverbio *omnimodo* acquisterebbe un significato preciso, poiché varrebbe a sottolineare che il fiduciario, in quanto proprietario della *res*, conseguiva sempre l'intero valore del bene sottratto, indipendentemente dall'ammontare del credito garantito. La posizione del fiduciante sarebbe, sotto questo profilo, analoga a quella del compratore o del promissario, destinatari della cosa ma non ancora proprietari e, pertanto, privi della legittimazione all'*actio furti*.

In questa direzione sembra deporre anche il confronto con D. 13.7.22 pr. I

⁴⁹ Troppo semplicisticamente la De Simone ritiene essere, tale parte finale del passo, interpolata.

⁵⁰ Il testo, quindi, piuttosto che confermare – come ritiene l'a. – l'ipotesi che Paolo riconoscesse l'*actio furti* al solo creditore pignoratizio escludendo la doppia azione, sembra invece confutarla. Vi è però un dato interessante. Paolo, infatti, sembra riconoscere l'azione al creditore – commisurata al doppio del valore del credito – limitatamente al caso in cui il debitore non fosse solvibile o nel caso in cui non sarebbe stato più possibile agire contro il debitore; tesi che sembrerebbe collidere con quanto ritenevano Giuliano, Pomponio, Papiniano e Ulpiano relativamente all'*actio furti* (vd. D. 47.2.12.2 [Ulp. 29 ad Sab.]).

⁵¹ In tal caso, infatti, il debitore avrebbe perso la possibilità di richiedere la *res*, essendoci lo *ius vendendi* del creditore pignoratizio. Tuttavia, sarebbe comunque rimasto il suo interesse ad avere l'eventuale *superfluum*. La mancanza di interesse del debitore ci sarebbe stata solo in presenza di un patto commissorio. In tal caso, infatti, l'inadempimento del debitore avrebbe portato all'acquisizione della *res* da parte del creditore pignoratizio.

⁵² Il debitore avrebbe avuto solo una tutela indiretta, cioè la possibilità di richiedere al creditore quanto questi avesse ottenuto dal ladro in eccedenza rispetto al credito. Certo, avrebbe potuto agire con la *condictio ex causa furtiva* e con la *rei vindicatio*, ma ai fini dell'interesse fondante la legittimazione attiva all'*actio furti* questo non era rilevante. Da considerare inoltre che il creditore pignoratizio, qualora non fosse responsabile per il furto, avrebbe potuto comunque agire contro il debitore per il credito non adempiuto (nell'ipotesi in cui non fosse riuscito ad ottenere tale somma dal ladro).

due passi affrontano, infatti, le medesime questioni: da un lato, l'imputazione al debito di quanto conseguito mediante l'*actio furti*, con conseguente restituzione del *superfluum*; dall'altro, il problema dell'esperibilità dell'azione nei confronti dello stesso debitore. La coincidenza delle problematiche affrontate rende plausibile che anche i testi di Paolo si riferissero originariamente alla *fiducia*⁵³.

Se tale ricostruzione è corretta, trova ulteriore conferma anche il dato testuale valorizzato all'inizio del presente contributo. In D. 13.7.22 pr., infatti, Ulpiano riferisce che il creditore deve imputare al debito *totum, quidquid percepit*. Il riferimento a *totum* sembra presupporre che il risultato economico dell'*actio furti* potesse eccedere l'ammontare del credito garantito, circostanza pienamente spiegabile se il creditore fosse stato proprietario della *res* e, quindi, legittimato ad agire per il suo intero valore.

7. Passiamo ora ad esaminare la seconda parte di D. 13.7.22 pr., nella quale Ulpiano affronta una fattispecie diversa da quella considerata in precedenza.

Non si tratta più del furto commesso da un terzo, bensì della sottrazione della *res* ad opera dello stesso debitore (o, più precisamente, del fiduciante)⁵⁴, il quale si

⁵³ Hanno riferito alla *fiducia* D. 47.2.15 pr., tra gli altri, W.W. BUCKLAND, *L'intérêt dans l'actio furti en droit classique*, in *NRH*, 41, 1917, p. 45 nt. 1 e THOMAS, *Furtum pignoris*, cit., p. 152. *Contra* vd., tra gli altri, LENEL, *Palingenesia*, 1, col. 1267; HAYMANN, *Textkritische*, 1, cit., p. 217 ss.; ERBE, *Die Fiduzia*, cit., p. 55 (seppur in termini probabilistici); FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, 2, cit., p. 50; ANKUM, *Furtum pignoris*, 1, cit., p. 137 ss.; probabilista anche KASER, *Studien*, 3, cit., p. 63 ss.; ANKUM, *Furtum pignoris*, 2, cit., p. 96 ss.; KASER, *Furtum pignoris*, cit., p. 258 ss.; NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., p. 211 nt. 178; DE SIMONE, *Litis aestimatio*, cit., 162 ss. e C. PELLISO, *Influenze greche nel regime romano della 'hypotheca'*, in *TSDP*, 1, 2008, p. 37 nt. 76.

⁵⁴ M. KASER, *Das Römische Privatrecht, I, Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, München, 1971, p. 460 ss., e ANKUM, *Furtum pignoris*, 2, cit., p. 121 ss., hanno ritenuto che insieme al caso di furto della cosa ad opera di terzi con o senza colpa del creditore, si possa trattare l'ipotesi di furto a danno del debitore compiuto da terzi. Spesso, infatti, accadeva che, nonostante l'atto di alienazione fiduciario tra debitore e creditore, la cosa restasse nella disponibilità del primo soggetto a titolo di *precarium* o di *locatio*. Era frequente il caso in cui il debitore conservasse il possesso della cosa nonostante l'alienazione fiduciaria. Si pensi al caso del contadino che non avesse soldi per le sementi e che, perciò, rimanesse nel possesso del fondo. Questo accadeva perché, per poter ripagare il debito, il possesso dei mezzi di produzione (ad es. terreni e schiavi) era essenziale per costui. Ciò non comportava alcun pericolo per il creditore perché, in quanto proprietario, poteva impossessarsi dei beni in qualsiasi momento. E, poiché il debitore non ne era più *dominus*, non poteva più vendere segretamente la cosa a terzi (sul punto vd., tra gli altri, COLAUZOU, *De la fiducia*, cit., p. 108 ss.; P. ZANNINI, *Spunti critici per una storia del "commodatum"*, Milano, 1983, p. 14 ss.; NOORDRAVEN, *Die fiducia*, cit., p. 239 ss., il quale afferma che proprio l'utilizzo della cosa da parte del debitore ha comportato la nascita della *fiducia cum creditore*, come negozio autonomo accanto al pegno; Id., *Die Fiduzia*, cit., p. 186 ss.; A. GUARINO, *Diritto privato romano*¹², Napoli, 2002, p. 860 ss. e BERTOLDI, *Il negozio fiduciario*, cit., p. 117 ss.). Ad avviso dei due autori, questo ragionamento giustificerebbe la trattazione congiunta delle due ipotesi perché sia sul creditore che sul debitore incombeva il medesimo onere di custodia della *res* affidata. Tuttavia, occorre evidenziare che

fosse impossessato della cosa *invito domino*⁵⁵.

Il giurista si domanda se quanto il creditore avesse conseguito nei confronti del debitore mediante l'*actio furti* o la *condictio ex causa furtiva* dovesse essere imputato al debito garantito (*an debito sit imputandum videamus*)⁵⁶. La risposta,

in D. 13.7.22 pr. Ulpiano non fa riferimento al furto ad opera di terzi a danno del debitore e non riferisce se, nonostante l'alienazione fiduciaria, il debitore avesse mantenuto il possesso del bene. Da segnalare però che, oltre al caso senz'altro più frequente e verosimilmente preso in considerazione da Ulpiano – del debitore che avesse illegittimamente ripreso l'oggetto, che era nella disponibilità del creditore, senza il suo consenso (oppure anche con il consenso del creditore che, tuttavia, fosse stato ingannato dal debitore. Si veda, in proposito, D. 13.7.3 [Pomp. 18 ad Sab.]: *Si quasi recepturus a debitore tuo comminus pecuniam reddidisti ei pignus isque per fenestram id misit excepturo eo, quem de industria ad id posuerit, Labeo ait furti te agere cum debitore posse et ad exhibendum: et, si agente te contraria pigneraticia excipiat debitor de pignore sibi reddito, replicabitur de dolo et fraude, per quam nec redditum, sed per fallaciam ablatum id intellegitur*), commettendo quindi furto (cd. *furtum rei suae*. Vd., per tutti, Gai 3.200: *Aliquando etiam suae rei quisque furtum committit, veluti si debitor rem, quam creditori pignori dedit, subtraxerit, vel si bonae fidei possessori rem meam possidenti subriperim. Unde placuit eum, qui servum suum, quem alius bona fide possidebat, ad se reuersum celaverit, furtum committere*. GUARINO, *Diritto privato romano*¹², cit., p. 991, ritiene che i confini tra il *furtum suae rei* ed il *furtum usus* siano vaghi, tanto che il primo possa rientrare nel paradigma del secondo) –, siano possibili altre fattispecie: si pensi al caso in cui il debitore, nonostante l'alienazione fiduciaria, avesse mantenuto la materiale disponibilità dell'oggetto (ad esempio a titolo di precario, locazione, comodato o deposito) e lo avesse venduto ad un terzo, senza il consenso del creditore e prima del pagamento del debito – ANKUM, *Furtum pignoris*, 2, cit., p. 133, afferma che tale fattispecie emergerebbe sia da D. 13.7.22 pr. che da D. 47.2.80. Il fatto che Papiniano, in quest'ultimo testo, scriva *debitor subripuit* non depone contro tale assunto poiché, nei testi giuridici, *subripere* non significa solo 'heimlich wegnehmen' ma anche 'unterschlagen' («vendere qualcosa che appartiene a qualcun altro che si ha in proprio potere come proprietario o come detentore»). Sul punto vd. D. 19.2.42 (Paul 13 ad ed.): *Si locatum tibi servum subripias, utrumque iudicium adversus te est exercendum, locati actionis et furti*; D. 44.7.34.1 (Paul. l. s. de concurr. act.): *Si is, cui rem commodavero, eam subriperit, tenebitur quidem et commodati actione et conditione, sed altera actio alteram peremit aut ipso iure aut per exceptionem, quod est tutius* – oppure ne avesse fatto un uso non consentito (cd. *furtum usus*. Potevano rientrare in tale fattispecie sia il caso di utilizzo tout court dell'oggetto, sia l'ipotesi di diverso utilizzo rispetto a quello consentito. Ce ne parla, ad es., Gell. 6.15.2: *Itaque Q. Scaevola in librorum, quos de iure civili composuit, XVI verba haec posuit: Quod cui servandum datum est, si id usus est, sive quod utendum accepit, ad aliam rem atque accepit usus est, furti se obligavit*).

⁵⁵ Sul punto vd. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, 2, cit., p. 25 ss., dove l'autore afferma che il debitore poteva riacquistare la *res* senza furto «o per essere tornata la cosa per caso in suo possesso; o per aver ricevuto la cosa da un terzo; o per essergli stata restituita senza *remancipatio* dal creditore». Vd., anche, GENY, *Étude sur la fiducia*, cit., p. 96 ss.

⁵⁶ Apparentemente la regola dell'imputazione al debito di quanto ottenuto a seguito dell'esercizio delle azioni contro il furto, contenuta in D. 13.7.22 pr., andrebbe in contrasto con quanto asserito da Gai 3.201. Secondo il giurista, il debitore fiduciante poteva possedere ed usare la cosa *sine furto* che avesse mancipato o trasferito con *in iure cessio* al creditore a titolo fiduciario. In realtà, l'apparente antinomia può essere giustificata considerando che in Gai 3.201 si parla del momento successivo all'adempimento del debito, mentre in D. 13.7.22 pr. di quello precedente il pagamento del debito (sul punto vd. BERTOLDI, *Il negozio fiduciario*, cit., p. 194). In questo caso, si parla

va di *usureceptio fiduciae*. Su tale istituto vd. Gai 2.59-60. Essa era un'usucapione di favore (c.d. usucapione lucrativa) per la realizzazione della quale bastava, anche per le *res immobiles*, il decorso di un solo anno. Perché si verificasse erano necessarie alcune condizioni: in *primis* che il fiduciante avesse pagato il debito; poi che fosse tornato in possesso della cosa; infine, non era necessario possedere in buona fede. In relazione alla buona fede, F. WUBBE, *Usureceptio und relatives Eigentum*, in *TR*, 28, 1960, p. 36 ss.; ha sostenuto che il fiduciante era sempre consapevole dell'altruità della cosa. In questo modo, contrariamente ad una parte della dottrina (OERTMANN, *Die Fiducia*, cit., p. 253 ss.; MÄNIGK, *Fiducia*, cit., 2306 ss.), un'altra parte ritiene (ERBE, *Die Fiduzia*, cit., p. 12 ss.; NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., p. 187 ss.) che l'*usureceptio* non avrebbe avuto luogo ove il fiduciario avesse restituito la cosa senza le formalità richieste. Da ciò, discenderebbe, secondo L. VACCA, s.v. *Usucapione (dir. rom.)*, in *ED*, 45, Milano, 1992, p. 998 ss., che il fiduciante doveva essere necessariamente in mala fede, cioè sapere che il fiduciario non volesse perdere il suo possesso originario e la sua proprietà sul bene. Per quanto concerne il termine prescrizionale, fissato in un anno anche per gli immobili, esso sarebbe un'eccezione alla regola che prevedeva il termine di due anni, stabilito dalle XII Tavole. Tuttavia, nel tempo, qualcuno ha sostenuto che il regime temporale dell'*usureceptio* non si discostasse da quello dell'usucapione, come del resto si verificava nel caso di *usureceptio ex praedictura* (Gai 2.61: *Item si rem obligatam sibi populus vendiderit eamque dominus possederit, concessa est usus receptio: sed hoc casu praedium biennio usurecipitur: et hoc est, quod vulgo dicitur ex praedictura possessionem usurecipi: nam qui mercatur a populo, praedicator appellatur*). In quest'ottica vd. G. VON BESELER, *Beiträge zur kritik der römischen Rechtsquellen*, 2, Tübingen, 1911, p. 1 ss.; il quale ha suggerito nella ricostruzione di Gai 2.61 il seguente inciso: *anno scilicet <si mobilis sit, biennio> soli si sit*, reputata priva di giustificazione da G. FRANCIOSI, s.v. "*Usureceptio*", in *NNDI*, 20, Torino, 1975, p. 389 ss. La proposta ricostruttiva di Beseler è stata accolta da qualche autore: vd., a tal proposito, E. SECKEL, B. KÜBLER, *Gai Institutiones*⁸, Lipsiae, 1939, p. 66 ss.; F. DE ZULETA, *The Institutes of Gaius*, 2, Commentary, Oxford, 1953, p. 73 ss.; MARRA, *Fiduciae causa*, cit., p. 138 ss.; lo studioso italiano, in particolare, valorizza la presenza dell'avverbio *scilicet* dopo *anno*: a suo modo di vedere, non è ragionevole che *scilicet*, introducendo un concetto 'ovvio', alluda ad un'evidente deroga rispetto al regime ordinario previsto in materia di usucapione. Tesi non accolta da MILANI, *La 'Fiducia' in diritto romano*, cit., p. 52 ss., il quale afferma che Gaio, in Gai 2.61, precisa che questa forma di usucapione maturasse in due anni per gli immobili con un'avversativa *sed hoc casu praedium biennio usurecipitur* del tutto incomprensibile se il medesimo regime si fosse applicato anche all'*usureceptio ex fiducia*, oggetto di attenzione in Gai 2.60. In questo senso si era già espresso BISCARDI, *Appunti sulle garanzie reali*, cit., p. 26 ss. Questa differenza, ha fatto pensare che l'*usureceptio* risalga ad un periodo antecedente alla legge delle XII Tavole e che il termine annuale, fosse quello per l'*usus* (G. FRANCIOSI, *Famiglie e persone in Roma antica. Dall'età arcaica all'età del Principato*, Torino, 1989, p. 76 ss.), solo in seguito sarebbe stato innalzato a due anni per gli immobili. Sul punto vd. TH. MAYER-MALY, *Studien zur Frühgeschichte der Usucapio*, 1, in *ZSS*, 77, 1960, p. 37 ss.; FRANCIOSI, s.v. "*Usureceptio*", cit., p. 388 ss.; BELLOCCI, *La struttura della fiducia*, 2, cit., p. 237 ss. e BERTOLDI, *Il negozio fiduciario* cit., p. 119. Sul perché il termine per l'*usureceptio* non sia stato innalzato a due anni si è interrogato NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., p. 188 ss., facendo un parallelo con l'*usucapio pro herede*. L'autore partendo da Gai 2.54 parla di come il giurista riferisca che l'eredità, nel tempo antico, venisse considerata come un'unità, che come tale poteva divenire oggetto di usucapione. Anche quando essa comprendeva beni immobili valeva il termine prescrizionale di un anno. Quando, in seguito, si giunse a considerare le singole parti, si mantenne il termine di un anno. Il Noordraven spiega tale regola partendo dal fatto che, originariamente, solo il patrimonio complessivo veniva considerato ai fini dell'usucapione. Quando anche una singola *res* poteva essere alienata *fiduciae causa*, il tempo sarebbe stato di un anno. Sul punto BERTOLDI, *Il negozio fiduciario*, cit., p. 120 ss., ritiene che la ricostruzio-

tuttavia, prende in considerazione esclusivamente l'*actio furti: et quidem non oportere id ei restitui, quod ipse ex furti actione praestitit*. Di quanto eventualmente ottenuto mediante la *condictio* non si dice invece nulla, nonostante essa fosse stata espressamente menzionata nella domanda.

Questa discrasia merita particolare attenzione. Come si è visto, il riferimento alla *condictio ex causa furtiva* sembra costituire un'integrazione introdotta da Ulpiano rispetto alla soluzione di Papiniano. È quindi verosimile che anche nella seconda parte del frammento Ulpiano avesse ampliato il quesito originario, includendovi la *condictio*, mentre, nel riferire la soluzione tradizionale, avesse riprodotto fedelmente soltanto la risposta di Papiniano, concernente l'*actio furti*.

Che quest'ultimo si riferisse esclusivamente all'azione penale trova conferma nel passo conservato in D. 47.2.80, che, con molta probabilità, è quello a cui fa riferimento Ulpiano⁵⁷:

D. 47.2.80 (Pap. 9 quaest.): Si debitor pignus subripuit, quod actione furti solvit nullo modo recipit.

Il principio affermato da Papiniano è netto: il debitore che avesse sottratto la cosa data in garanzia⁵⁸ non avrebbe recuperato in alcun modo quanto avesse corrisposto in forza dell'*actio furti*.

La soluzione appare pienamente coerente. Se il creditore fosse stato tenuto a restituire quanto ricevuto, almeno nella parte eccedente il credito, la funzione sanzionatoria dell'*actio furti* sarebbe risultata sostanzialmente vanificata, poiché il debitore avrebbe recuperato, sia pure indirettamente, una parte di quanto corrisposto a titolo di pena. In tale ipotesi, infatti, il creditore non faceva valere alcun interesse derivante dalla responsabilità per la perdita della cosa, ma esclusivamente il proprio interesse alla conservazione della garanzia.

Resta allora da chiarire il silenzio del testo in ordine alla *condictio ex causa furtiva*.

ne del Noordraven non sia completamente accettabile. Sicuramente, si può intravedere un parallelismo tra l'*usucapio pro herede* e l'*usureceptio fiduciae*, essendo forme speciali di usucapione dove non si richiedeva la buona fede e, per entrambe, era previsto il termine prescrizione di un anno. Pensare che anche per l'usucapione, almeno all'origine, bastasse ciò sarebbe opera da dimostrare, senza contare sul fatto che le fonti non ci offrono una datazione della *fiducia* antecedente alle XII Tavole. Sull'*usucapio pro herede* vd., SEGRE, *Corso di diritto romano*, 2, cit., p. 169 ss.

⁵⁷ Vd., per tutti, LENEL, *Palingenesia*, 2, cit., col. 618 nt. 4.

⁵⁸ Nel passo si parla di pegno, ma molti studiosi ritengono si tratti di *fiducia*. Vd., per tutti, ANKUM, *Furtum pignoris*, 1, cit., p. 151 ss. e NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., p. 210, i quali suggeriscono di sostituire la parola *pignus* con quella di *fiduciam*. Entrambi gli autori seguono quanto anzitutto sostenuto da LENEL, *Palingenesia*, 1, cit., col. 831 nt. 1, a proposito dell'interpolazione del passo. A ciò si aggiunga, come scrive ANKUM, *Furtum pignoris*, 1, cit., p. 150 nt. 53, che il brano è tratto dal nono libro delle *quaestiones* di Papiniano, estrapolato dalla sezione intitolata '*De fiducia*'.

Al riguardo sono prospettabili diverse ipotesi. Potrebbe trattarsi di una semplice omissione di Ulpiano; tuttavia, tale eventualità non sembra particolarmente verosimile, considerata la consueta accuratezza con cui il giurista sviluppa le questioni affrontate. Né persuade l'idea che egli abbia lasciato implicita la soluzione relativa alla *condictio*: la circostanza che la mancata restituzione di quanto conseguito mediante l'*actio furti* costituisse un principio ormai consolidato, non consente infatti di desumere automaticamente quale dovesse essere la disciplina dell'azione reipersecutoria.

Rimangono, pertanto, le consuete ipotesi di natura testuale: o l'inserimento del riferimento alla *condictio* nella domanda da parte di un commentatore postclassico⁵⁹, per uniformarla alla prima parte del frammento, oppure un abbreviamento della risposta operato dai compilatori⁶⁰.

Se il testo non consente di ricostruire con certezza la soluzione relativa alla *condictio ex causa furtiva*, è tuttavia possibile formulare qualche considerazione sulla base della struttura del rapporto fiduciario. Il fiduciario, una volta soddisfatto il proprio credito, era tenuto a ritrasferire la *res* al fiduciante.

Quando il furto era commesso da un terzo, egli tratteneva quanto corrispondente al credito e restituiva al debitore l'eventuale eccedenza; in tal modo il suo interesse risultava integralmente soddisfatto e il rapporto di garanzia poteva considerarsi esaurito. Diversa appare la situazione nel caso in cui autore del furto fosse lo stesso debitore. Qui, come afferma Papiniano, quanto versato in forza dell'*actio furti* non veniva restituito in alcun modo (*nullo modo recipit*). Tale espressione sembra difficilmente conciliabile con l'idea che la somma conseguita mediante l'azione penale venisse imputata al debito garantito⁶¹. Se così fosse, infatti, il debitore recupererebbe indirettamente almeno una parte di quanto corrisposto, attraverso la riduzione del proprio debito⁶².

La formula impiegata da Papiniano sembra dunque presupporre che l'*actio furti* conservasse la propria autonomia rispetto al rapporto obbligatorio, lasciando

⁵⁹ È da escludere che l'aggiunta possa essere opera dei Compilatori, dato che, avendo Giustiano abolito la *fiducia*, tutti i riferimenti alla *fiducia cum creditore* sono stati sostituiti con il pegno, cosa che dovrebbe portare ad escludere i riferimenti alla *condictio ex causa furtiva* (nel testo i riferimenti sono rimasti per una verosimile svista) non potendo il creditore pignoratizio sperirla.

⁶⁰ Sulle motivazioni che mi portano a ritenere maggiormente plausibile la prima ipotesi, vd. *infra*, § 8.

⁶¹ Ciò appare confermato dal § 1 del testo, in cui viene riportato ancora il parere di Papiniano, questa volta in riferimento all'*actio quod metus causa* contro il debitore: qui, infatti, il giurista afferma chiaramente che, qualora il creditore avesse ottenuto il *quadruplum*, non avrebbe dovuto restituire nulla né avrebbe dovuto imputarlo al debito: D. 13.7.22.1 (Ulp. 30 ad ed.): *Idem Papinianus ait et si metus causa servum pigneratum debitori tradiderit, quem bona fide pignori acceperat: nam si egerit quod metus causa factum est et quadruplum sit consecutus, nihil neque restituet ex eo quod consecutus est nec debito imputabit.*

⁶² Vd. ANKUM, *Furtum pignoris*, 2, cit., p. 134 ss.

integro il credito del fiduciario.

Da ciò consegue che il creditore avrebbe potuto ancora agire per il soddisfacimento del credito e, in quanto proprietario della *res*, esperire anche la *condictio ex causa furtiva*.

È allora proprio quest'ultima azione a porre il problema più delicato.

Diversamente dall'*actio furti*, la *condictio* aveva infatti carattere reipersecutorio ed era diretta al conseguimento del valore della cosa sottratta⁶³. Una volta ottenuto tale equivalente, il fiduciario non avrebbe potuto conservare anche l'intero credito garantito⁶⁴, poiché avrebbe conseguito un'utilità economica eccedente il proprio effettivo interesse⁶⁵.

Proprio la natura reipersecutoria della *condictio* induce, pertanto, a una soluzione diversa da quella accolta per l'*actio furti*. Sebbene proprietario della *res*, il fiduciario lo era infatti in funzione della garanzia. Recuperato il valore della cosa mediante la *condictio*, egli avrebbe potuto trattenerne la parte corrispondente al credito, ma sarebbe stato tenuto a restituire al debitore tutto quanto eccedesse tale importo⁶⁶, analogamente a quanto avveniva nell'ipotesi del furto commesso da un

⁶³ Vd., ad es., D. 44.7.34.2 (Paul. l. s. de conc. act.): *Hinc de colono responsum est, si aliquid ex fundo subtraxerit, teneri eum conditione et furti, quin etiam ex locato: et poena quidem furti non confunditur, illae autem inter se miscentur. Et hoc in legis Aquiliae actione dicitur, si tibi commodavero vestimenta et tu ea ruperis: utraque enim actiones rei persecutionem continent. Et quidem post legis Aquiliae actionem utique commodati finietur: post commodati an Aquiliae remaneat in eo, quod in repetitione triginta dierum amplius est, dubitatur: sed verius est remanere, quia simple accedit: et simple subducto locum non habet*, in cui viene detto esplicitamente che l'*actio furti* non si confonde con le azioni reipersecutorie. Ad onor del vero, vi sarebbe un passo di Giavoleno in cui sembrerebbe che l'*actio furti* fosse alternativa all'azione contrattuale: D. 47.2.72 pr. (Iav. 15 ex Cass.): *Si is, cui commodata res erat, furtum ipsius admisit, agi cum eo et furti et commodati potest: et, si furti actum est, commodati actio exstinguitur, si commodati, actioni furti exceptio obicitur*. Si tratta però di un passo isolato, forse indice di uno *ius controversum*, poi superato, come dimostrerebbe un passo dello stesso Ulpiano, D. 13.6.5.8 (Ulp. 28 ad ed.), in cui l'*actio furti* non sembra essere concessa in via alternativa.

⁶⁴ Nelle fonti risulta chiara l'alternativa tra *condictio* e l'azione contrattuale: vd., ad es., D. 44.7.34.2 (Paul. l. s. de conc. act.). Per il testo, vd. *supra*, nota precedente.

⁶⁵ Certo, se il debitore fosse stato inadempiente, il creditore avrebbe potuto trattenerne per sé quanto ottenuto senza doverlo restituire, dato che non sarebbe stato più tenuto – in base all'accordo fiduciario – a ritrasferire la *res* al debitore e quindi anche il suo controvalore. Ma questa ipotesi non credo sia stata contemplata da Ulpiano, essendo la fattispecie tutta incentrata sulla mancanza di inadempimento, poiché altrimenti il fiduciario, divenuto ormai proprietario definitivo sulla base dell'accordo fiduciario, non avrebbe dovuto restituire alcunché in caso di furto del terzo.

⁶⁶ Ciò però induce a riflettere sull'opportunità da parte del fiduciario di esercitarla contro il debitore se poi avrebbe dovuto restituire quanto ottenuto. In realtà, il fiduciario avrebbe potuto agire con tale azione anche prima della scadenza del credito, potendo quindi ottenere preventivamente la soddisfazione del suo credito senza dover aspettare la scadenza, che avrebbe potuto essere anche lontana nel tempo. A ben guardare, le perplessità vi sarebbero anche nel caso, previsto nella prima parte del testo, in cui il fiduciario agisse nei confronti del terzo (in quanto avrebbe dovuto restituire quanto

terzo.

8. Rimane ancora da chiarire quale fosse il criterio di commisurazione dell'*actio furti* spettante al fiduciario nei confronti del fiduciante autore del furto. Più precisamente, occorre stabilire se l'azione dovesse essere parametrata al valore della *res*, come nell'ipotesi del furto commesso da un terzo, ovvero al valore del credito garantito. Se si accoglie l'ipotesi, prospettata in precedenza, che i due passi di Paolo (D. 47.2.15 pr. e D. 47.2.88[87]) si riferiscano in realtà alla *fiducia*, la seconda soluzione trova un'importante conferma. Essa, tuttavia, pone un problema non trascurabile. Potrebbe infatti apparire singolare che il fiduciario, pur essendo proprietario della *res*, eserciti l'*actio furti* non in relazione al proprio diritto dominicale, bensì in funzione del credito garantito.

Una possibile spiegazione è offerta da D. 47.2.14.1:

D. 47.2.14.1 (Ulp. 29 ad Sab.): Adeo autem emptor ante traditionem furti non habet actionem, ut sit quaesitum, an ipse subripiendo rem emptor furti teneatur. Et Iulianus libro vicensimo tertio digestorum scribit: si emptor rem, cuius custodiam venditorem praestare oportebat, soluto pretio subriperit, furti actione non tenetur. Plane si antequam pecuniam solveret, rem subtraxerit, furti actione teneri, perinde ac si pignus subtraxisset.

Ulpiano afferma anzitutto che il compratore, prima della consegna della cosa, non disponeva dell'*actio furti*. Proprio per tale ragione – osserva il giurista – ci si è chiesti se egli, qualora sottraesse la cosa acquistata, potesse essere chiamato a rispondere di furto.

Richiamando un'opinione di Giuliano, Ulpiano distingue due ipotesi. Se il compratore avesse già pagato il prezzo e sottraesse la cosa, la cui *custodia* gravava sul venditore, non rispondeva di furto. Diversamente, se la sottrazione fosse avvenuta prima del pagamento del prezzo, il compratore sarebbe stato responsabile di furto, *perinde ac si pignus subtraxisset*, cioè come se avesse sottratto una cosa costituita in garanzia.

Il paragone istituito nel frammento tra la sottrazione della cosa venduta prima del pagamento del prezzo e quella della cosa costituita in garanzia sembra suggerire che il fondamento della tutela non risiedeva tanto nella proprietà del bene, quanto nell'interesse alla conservazione della garanzia del credito. In tale prospettiva, la proprietà rappresentava il presupposto formale della legittimazione all'*actio*

ottenuto con la *condictio* qualora avesse agito anche con l'*actio furti*). In questo caso, infatti, avrebbe dovuto imputare al credito già quanto ottenuto con l'*actio furti*, con la conseguenza che l'esperimento della *condictio* sarebbe stato del tutto superfluo, a meno che non si riconosca che il creditore avrebbe dovuto restituire l'eccedenza del valore del credito al debitore solo alla sua scadenza, potendo avere in tal caso una somma maggiore da disporre, sia pure per un tempo limitato.

furti, mentre il *quantum* dell'azione sembra fosse determinato dall'interesse del creditore alla soddisfazione del proprio credito.

Una situazione analoga sembra potersi ravvisare nella *fiducia*. Anche il creditore fiduciario era proprietario della *res*, ma tale proprietà era destinata a essere ritrasferita in seguito all'adempimento dell'obbligazione garantita. Nei confronti del fiduciante, destinato a riacquistare la *res* in seguito all'adempimento, appare dunque verosimile che il rilievo del diritto dominicale cedesse il passo all'interesse di garanzia (*Sicherungsinteresse*), analogamente a quanto avveniva nel rapporto tra venditore e compratore prima del pagamento del prezzo.

Del resto, anche il venditore, una volta conseguito dal terzo il valore della cosa sottratta, avrebbe dovuto riversare al compratore l'eventuale eccedenza rispetto al proprio credito⁶⁷. Anche sotto questo profilo, dunque, la proprietà sembra rilevare soprattutto in funzione della tutela del credito, piuttosto che quale fondamento di una pretesa parametrata all'intero valore della *res*.

Se questa ricostruzione è corretta, sembra plausibile ritenere che anche il fiduciario, quando il furto fosse commesso dal fiduciante, potesse esperire l'*actio furti* per un *quantum* commisurato al credito e non all'intero valore della *res*.

Una simile conclusione, tuttavia, non è esente da difficoltà. Se, infatti, l'*actio furti* fosse parametrata al credito, mentre la *condictio ex causa furtiva* rimanesse necessariamente commisurata al valore della *res*, verrebbe meno quella corrispondenza tra i due rimedi che sembra invece caratterizzare l'ipotesi del furto commesso da un terzo.

Questa asimmetria sembra, infatti, spiegarsi più agevolmente se si ammette che il riferimento alla *condictio* nella formulazione del quesito non appartenesse al testo originario di Ulpiano, ma costituisse un'aggiunta postclassica. Diversamente, risulterebbe più difficile comprendere perché il giurista avesse posto sullo stesso piano due rimedi destinati, in questa ipotesi, a produrre effetti quantitativamente differenti.

9. L'esame di D. 13.7.22 pr. consente di formulare alcune considerazioni conclusive.

In primo luogo, la presenza del riferimento alla *condictio ex causa furtiva* induce a ritenere che il testo ulpiano non riguardasse originariamente il *pignus*, bensì la *fiducia cum creditore*.

In secondo luogo, non appare necessario ritenere interpolato l'inciso *et est ve-*

⁶⁷ Vd. D. 47.2.14 pr. (Ulp. 29 ad Sab.): *Eum qui emit, si non tradita est ei res, furti actionem non habere, sed adhuc venditoris esse hanc actionem Celsus scripsit. Mandare eum plane oportebit emptori furti actionem et conductionem et vindicationem, et si quid ex his actionibus fuerit consecutus, id praestare eum emptori oportebit: quae sententia vera est, et ita et Iulianus. Et sane periculum rei ad emptorem pertinet, dummodo custodiam venditor ante traditionem praestet.*

rum, etiamsi culpa creditoris furtum factum sit. Esso può essere più plausibilmente inteso come un'integrazione di Ulpiano alla soluzione di Papiniano, diretta a chiarire che l'obbligo di imputare al debito quanto conseguito mediante l'*actio furti* permane anche nell'ipotesi in cui il creditore rispondesse della perdita della cosa per propria colpa.

L'inciso non introduce, dunque, una deroga alla regola, ma ne conferma l'applicazione anche in una situazione suscettibile di generare dubbi.

L'analisi coordinata delle fonti relative al *furtum pignoris* e al *furtum fiduciae* suggerisce inoltre l'opportunità di distinguere nettamente tra i due istituti.

Nel pegno le testimonianze sembrano presupporre la coesistenza dell'interesse del creditore e di quello del proprietario, con la conseguente possibilità di una duplice legittimazione all'*actio furti*. Nella *fiducia*, invece, la posizione dominicale del creditore giustifica una tutela più ampia, coerente con la proprietà della *res* e con la funzione di garanzia cui essa è preordinata.

In tale prospettiva trovano più agevole collocazione anche i passi di Paolo che attribuiscono al creditore un'*actio furti* parametrata all'intero valore della *res*, accompagnata dall'obbligo di restituire al debitore l'eventuale eccedenza rispetto al credito garantito. Più che al pegno, tali testimonianze sembrano riferirsi alla *fiducia*. Nella medesima direzione depone l'espressione ulpiana *totum, quidquid percepit*, la quale presuppone che il risultato economico dell'*actio furti* potesse eccedere l'ammontare del credito e rendesse quindi necessaria l'imputazione al debito e la restituzione del *superfluum*.

Quanto alla seconda parte del frammento, la mancata menzione della *condictio ex causa furtiva* nella risposta non trova una spiegazione definitiva. Più verosimile dell'ipotesi di un abbreviamento compilatorio sembra, tuttavia, quella di un'aggiunta postclassica del riferimento alla *condictio* nella formulazione del quesito. Ciò non esclude che, qualora il fiduciario avesse esperito tale rimedio, egli fosse tenuto, una volta soddisfatto il proprio credito, a riversare al debitore quanto eccedesse l'ammontare della pretesa garantita.

Infine, vi sono ragioni per ritenere che l'*actio furti* spettante al fiduciario contro il fiduciante autore del furto fosse commisurata non al valore della *res*, bensì al credito garantito. Nei confronti del soggetto destinato a riacquistare la proprietà della cosa in seguito all'adempimento, la posizione dominicale del fiduciario sembra infatti assumere rilievo strumentale rispetto alla funzione di garanzia, con conseguente prevalenza del suo Sicherungsinteresse.

D. 13.7.22 pr. si rivela così una testimonianza di particolare rilievo per la spiegazione del regime classico della *fiducia cum creditore*. Una lettura attenta della struttura del frammento, della funzione attribuita alla *condictio ex causa furtiva* e del coordinamento con gli altri testi della giurisprudenza classica consente di restituire maggiore coerenza al ragionamento di Ulpiano e di chiarire alcuni aspetti finora controversi. Ne emerge una ricostruzione che consente di distinguere più net-

tamente il regime della *fiducia* da quello del *pignus*, spiegando in modo coerente sia il riferimento alla *condictio ex causa furtiva*, sia il diverso funzionamento dell'*actio furti* nelle varie ipotesi esaminate dal testo.