

# ‘CRIMINA’ E ‘DELICTA’

APPLICAZIONI NORMATIVE  
E COSTRUZIONI DOTTRINALI

a cura di  
Luigi Garofalo

Estratto



JOVENE EDITORE 2019

DIRITTI D'AUTORE RISERVATI

© Copyright 2019

ISBN 978-88-243-2623-0

JOVENE EDITORE

Via Mezzocannone 109 - 80134 NAPOLI - ITALIA

Tel. (+39) 081 552 10 19 - Fax (+39) 081 552 06 87

web site: [www.jovene.it](http://www.jovene.it) e-mail: [info@jovene.it](mailto:info@jovene.it)

I diritti di riproduzione e di adattamento anche parziale della presente opera (compresi i microfilm, i CD e le fotocopie) sono riservati per tutti i Paesi. Le riproduzioni totali, o parziali che superino il 15% del volume, verranno perseguite in sede civile e in sede penale presso i produttori, i rivenditori, i distributori, nonché presso i singoli acquirenti, ai sensi della L. 18 agosto 2000 n. 248. È consentita la fotocopiatura ad uso personale di non oltre il 15% del volume successivamente al versamento alla SIAE di un compenso pari a quanto previsto dall'art. 68, co. 4, L. 22 aprile 1941 n. 633.

Printed in Italy Stampato in Italia

CARLO PELLOSO

DELITTO DEL TERZO  
E IMPUTAZIONE DELL'INADEMPIMENTO  
A TITOLO DI 'CUSTODIA'\*

SOMMARIO: 1. La *custodia* e il *periculum* del furto. – 2. La *custodia* come criterio soggettivo di imputazione dell'inadempimento. – 3. La responsabilità degli imprenditori terrestri e marittimi per diritto pretorio romano. – 4. Per una riscoperta della responsabilità a titolo di *custodia*.

1. *La 'custodia' e il 'periculum' del furto.*

Il sostantivo *custodia* nelle fonti romane, tanto letterarie quanto giuridiche, si rinviene in plurime accezioni<sup>1</sup>, fra le quali, appunto, quella che secondo la *communis opinio* (e, almeno sino alla metà del ventesimo secolo, incontrastata) è da ritenersi 'tecnica', ovvero sia tesa a denotare, per l'età classica, un tipico criterio di imputazione della responsabilità debitoria contrattuale<sup>2</sup>. Nella Roma del principato, infatti,

---

\* Il presente contributo riprende, con modifiche di impostazione e di sostanza, l'articolo '*Custodia*, *receptum*' e responsabilità contrattuale, in *Seminarios Complutenses*, XXIX, 2016, 263 ss.

<sup>1</sup> Nel significato di 'attività materiale di vigilanza', 'guardia', 'protezione': Plaut. *Merc.* 233, *Capt.* 457, *Most.* 406, *Rud.* 625, 696; Apul. 2.22, 7.13, 9.1, 9.17, 10.14; D. 7.1.73; D. 41.2.51; D. 47.2.52.12; Gai 1.104; nel significato di 'potere su cose e/o persone': D. 36.4.5 pr.; D. 41.1.3.2; D. 41.2.3.13; D. 41.2.3.23; C. 9.4.2 pr.; C. 12.57.1; Gai 2.67. Per il verbo *custodire*, cfr. C. 5.3.20.7 (uso metaforico indicativo dell'osservanza); nonché il celebre D. 16.3.1 pr. (in tema di deposito). Sulla bipartizione semantica tra custodia-attività e custodia-responsabilità, cfr. J. ROSENTHAL, '*Custodia*' und Aktivlegitimation zur '*actio furti*', in *ZSS*, LXVIII, 1951, 217 ss.; A. METRO, *L'obbligazione di custodire nel diritto romano*, Milano, 1966, 1 ss.; G.C.J.J. VAN DEN BERGH, '*Custodiam praestare*': '*custodia*'-liability or liability for failing '*custodia*'?, in *RH*, XLIII, 1975, 59 ss.

<sup>2</sup> Cfr., entro una letteratura italiana e straniera immensa, in *primis*, J. BARON, '*Diligentia exactissima*', '*diligentissimus paterfamilias*', oder die Haftung für '*custodia*', in

il giudizio di responsabilità prevede, in conformità alla logica, certamente non tardo-antica, dell'*utilitas contrahentium*<sup>3</sup>, plurimi criteri di

---

*AcP*, 1869, 44 ss.; ID., *Die Haftung bis zur höheren Gewalt*, in *AcP*, 1892, 203 ss. (che ha tentato di superare il modello jheringhiano «kein Übel ohne Schuld», attribuendo alla custodia valenza soggettiva); A. DE MEDIO, *Studi sulla 'culpa lata' in diritto romano*, in *BIDR*, XVII-XVIII, 1905-1906, 5 ss., 106 ss.; ID., *Caso fortuito e forza maggiore in diritto romano*, in *BIDR*, XX, 1908, 157 (che ha espunto dal sistema classico la *culpa lata*); F. SCHULZ, *Die Aktivlegitimation zur 'actio furti' im klassischen römischen Recht*, in *ZSS*, XXXII, 1911, 23 ss.; ID., *Lusignanis 'Custodia'-Forschungen. Ein kritischer Bericht*, in *Krit. Vierteljahr.*, 1912, 22 ss. (che critica, su basi più storiche che dogmatiche, l'approccio soggettivistico impartito all'interpretazione della *custodia* classica); J. KUNKEL, *'Diligentia'*, in *ZSS*, XLV, 1925, 266 ss. (che ha ridotto la *culpa* non ad assenza di diligenza, ma a nesso tra fatto colpevole ed evento); v., inoltre, F. HAYMANN, *Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht*, in *ZSS*, XL, 1919, 167 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*<sup>2</sup>, Napoli, 1935 (rist. 1958), 62 ss.; G. MARTON, *Un essai de reconstruction du développement probable du système classique romain de la responsabilité civile*, in *Mélanges F. De Visscher*, II, Paris, 1949, 177 ss.; ID., *Rinascita della dottrina classica della responsabilità per custodia*, in *Iura*, VI, 1956, 124 ss.; G.I. LUZZATTO, *Caso fortuito e forza maggiore come limite alla responsabilità contrattuale*, I, *La responsabilità per custodia*, Milano, 1938; ID., *Spunti critici in tema di responsabilità contrattuale*, in *BIDR*, LXIII, 1960, 47 ss.; ID., voce *Custodia (diritto romano)*, in *Noviss. dig. it.*, V, Torino, 1960, 96 ss.; M. TALAMANCA, voce *'Custodia' (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, 562 ss.; A. METRO, *L'obbligazione di custodire*, cit., 1 ss. e 91 ss.; F.M. DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale nel diritto romano dalle origini a tutta l'età postclassica*, Bari, 1994; per una esaustiva rassegna bibliografica, cfr. M. SERRANO-VICENTE, *'Custodiam praestare'. La prestación de custodia en el derecho romano*, Sevilla, 2006, 61 ss. Cfr., *amplius*, C. PELLOSO, *L'obbligo di custodia*, in *Trattato delle obbligazioni* diretto da M. Talamanca e L. Garofalo, I.2, Padova, 2014, 645 ss. La concezione della custodia emergente, *in primis*, dal codice napoleonico (che lega, appunto, a tale concezione il dovere di diligenza), nonché dal codice italiano, tanto del 1865 quanto del 1942 (che isola sì la custodia dalla diligenza, ma la connota in termini di obbligazione), non trova un diretto antecedente nelle costruzioni della *iurisprudencia* romana classica.

<sup>3</sup> «Ridimensionato da tempo l'apporto della critica interpolazionistica, sono ben pochi i risultati che, maturati nel suo ambito, attualmente conservano valore; si può quindi predicare con verisimile sicurezza che il criterio dell'*utilitas* appartiene pienamente al patrimonio concettuale della giurisprudenza classica che lo applicò con consapevolezza e larghezza di visione e non fu principio che si affermò nella stagione posteriore del diritto postclassico-giustiniano. Non solo, ma se, come è stato fatto, si decidesse di valorizzare alcune indirette testimonianze, si potrebbe ulteriormente affermare che si tratta di un criterio già conosciuto, anche se con probabilità non ancora in forme compiute, da giuristi della tarda Repubblica e del primo Principato, come Quinto Mucio Scevola, Alfeno e Sabino. Di converso, l'*utilitas contrahentium* sembrerebbe trovare una posizione del tutto marginale nel pensiero dei compilatori

imputazione dell'inadempimento contrattuale. Si opta per il parametro meno rigoroso (*dolus*) se il debitore non ricava alcun vantaggio dal contratto; per quello mediano (*culpa*) se il debitore, al pari della controparte, trae qualche profitto dal *negotium*; per quello più severo (*custodia*) se la parte tenuta in forza del contratto alla restituzione della cosa consegnata nel suo esclusivo o preminente interesse non provveda in tal senso<sup>4</sup>.

---

giustiniane, essendo ricordata nelle Istituzioni imperiali in un solo passaggio e in modo del tutto incidentale» (G. SANTUCCI, *Diritto romano e diritti europei. Continuità e discontinuità nelle figure giuridiche*, Bologna, 2010, 61 s.). Di tale regola si rinviene traccia in non pochi brani, tra cui il celeberrimo D. 50.17.23, benché qui non ne appaia una esplicita menzione (S. TAFARO, *Debito e responsabilità. Profili romanistici*, Bari, 2000, 69 ss.); cfr., in materia, H. ANKUM, *La responsabilità contrattuale nel diritto romano classico e nel diritto giustiniano*, in *Diritto romano e terzo millennio. Radici e prospettive dell'esperienza giuridica contemporanea. Relazioni del convegno internazionale di diritto romano (Copanello, 3-7 giugno 2000)*, a cura di F. Milazzo, Napoli, 2004, 141 ss.; R. CARDILLI, *L'obbligazione di 'praestare' e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. a.C. - II sec. d.C.)*, Milano, 1995, 505 ss.; L. GAROFALO, *Gratuità e responsabilità contrattuale*, in *TSDP*, V, 2012, 67 ss.; M. NAVARRA, *'Utilitas contrahentium' e sinallagma*, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, a cura di L. Garofalo, II, Padova, 2007, 225 ss.; EAD., *Note in tema di 'utilitas': Modestino e Coll. 10.2*, in *Labeo*, L, 2004, 84 ss.; G. SANTUCCI, *'Utilitas contrahentium'. Note minime su una 'regula' che 'cacciata dalla porta rientrò dalla finestra'*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, III, Napoli, 2008, 283 ss.; S. TAFARO, *'Regula' e 'ius antiquum' in D. 50.17.23. Ricerche sulla responsabilità contrattuale*, I, Bari, 1984.

<sup>4</sup>S. TAFARO, *'Regula' e 'ius antiquum'*, cit., 311: «il principio dell'utilità dei contraenti postulava proprio la necessità di graduare la responsabilità in corrispondenza della utilità contrattuale», traducendosi «nella maggiorazione di responsabilità ove vi fosse stato l'utile del solo debitore, nella individuazione del criterio della *culpa* dove vi fosse stata reciprocità di utilità e nella attenuazione della responsabilità, limitata al dolo, dove il vantaggio economico fosse stato del solo creditore». Ergo, avendosi a paradigma il comportamento del depositario e del comodatario che, a causa del perimento della cosa, non la possano restituire, esso è da valutare, come regola generale, alla stregua rispettivamente del *dolus* e della *custodia* (essendo entrambi i contratti essenzialmente gratuiti), laddove, quanto al contegno del compratore e del venditore che non eseguano quanto dovuto *ex contractu*, sempre di regola, rispondono a titolo di colpa: cfr., per tutti, M. TALAMANCA, voce *'Custodia'*, cit., 562 s.; ID., voce *Colpa. Colpa civile (diritto romano e intermedio)*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 519 ss.; ID., voce *Vendita (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, 446 ss. Ben diversamente, il sistema italiano ha congegnato un rigido sistema (unitario e oggettivo) tendenzialmente insensibile, almeno *prima facie*, alla logica duttile della *regula* romana dell'*utilitas contrahentium*, tale per cui solo in forza di precisi correttivi empirici sarebbe possibile scalfire la natura monolitica del giudizio di responsabilità (incapace, in punto di principio, di differenziare tanto la responsabilità del depositario

Più esattamente, dunque, il sintagma ‘*praestare custodiam*’ definisce un criterio, non generale, bensì tipico di certune fattispecie obbligatorie, che addossa oggettivamente al debitore il ‘*periculum*’ del verificarsi di determinati eventi (*periculum* da intendere in senso a-tecnico in quanto assorbito nella sfera del problema della responsabilità e non invece in quella che, esclusa la responsabilità, concerne il problema del ‘rischio’ e, quindi, della determinazione della parte contrattuale su cui addossare la perdita economica conseguente la sopravvenuta impossibilità). E ciò «indipendentemente dalla ricerca di un nesso causale fra il comportamento del debitore e l’evento, e, *a fortiori*, fra la qualificazione psichica di tale comportamento e l’evento, in funzione di una valutazione tipica della possibilità del debitore di evitare l’accadimento», sicché «i limiti della responsabilità per custodia vanno quindi cercati nella determinazione degli eventi per cui il debitore è chiamato a rispondere»<sup>5</sup>, fermo restando il limite negativo, ricavato *ex post*, della forza maggiore e talora del fortuito, il cui prodursi determina la questione ulteriore su chi, in forza di un inadempimento non imputabile neppure per *custodia*, debba sopportare il *periculum* (qui da intendere in senso tecnico)<sup>6</sup>.

Si tratta, come è stato ben sottolineato, quindi, di un metodo ‘positivo’ teso ad acclarare i singoli casi in cui sussiste la responsabilità e non – come di poi accadrà ad opera dei Bizantini – di un metodo ‘negativo’ per cui si individua, *toto coelo*, l’area estranea a detta responsabi-

---

da quella del comodatario, quanto quella del comodatario normale da quella del comodatario che detiene anche con vantaggio del comodante). La dottrina, per esempio, ha ricavato il principio secondo cui la responsabilità del soggetto tenuto alla prestazione, in quanto non riceve alcuna utilità in base al contratto, va valutata con minor rigore, dalla specifica disciplina di alcune figure di contratti gratuiti, come quella versata nell’art. 1710 (ove è stabilito che «il mandatario è tenuto a eseguire il mandato con la diligenza del buon padre di famiglia», e si precisa, sempre all’interno del comma iniziale, che, «se il mandato è gratuito, la responsabilità per colpa è valutata con minor rigore»), nonché nell’art. 1768 cod. civ. (ove, precisato al comma 1 che «il depositario deve usare nella custodia la diligenza del buon padre di famiglia», si afferma al comma successivo che, «se il deposito è gratuito, la responsabilità per colpa è valutata con minor rigore»): v. G. SANTUCCI, *Diligentia quam in suis* e valutazione della responsabilità per colpa ‘con minor rigore’ nel codice civile italiano, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, II, Napoli, 2006, 375 ss.

<sup>5</sup> Cfr. M. TALAMANCA, voce ‘Custodia’, cit., 562.

<sup>6</sup> Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale*, cit., 77.

lità<sup>7</sup>. Originariamente, infatti, la *custodia* si presentava come criterio di responsabilità (verisimilmente da concepire come *essentiale negotii*) per

<sup>7</sup> Cfr. A. DE MEDIO, *Caso fortuito*, cit., 157 ss. Numerosi sono stati i tentativi di critica *destruens*, tesi a dimostrare che, per diritto classico, *custodiam praestare* si riferisse, in modo diretto o indiretto, a una condotta umana assurgente a una «prestazione precisa» e denotasse una «obbligazione di risultato» (C.A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano [materiali per un corso di diritto romano]*, Catania, 1996, 69, 128 ss.; ID., *Ricerche sulla responsabilità contrattuale nel diritto romano*, I, Milano, 1966, 24 ss.; G.C.J.J. VAN DEN BERGH, 'Custodiam praestare', cit., 59 ss.; G. MACCORMACK, 'Custodia' and 'culpa', in *ZSS*, LXXXIX, 1972, 149 ss.; ID., 'Culpa', 'Custodia' and 'Diligentia'. Criteria of Liability or Content of Obligation?, in *Index*, XXII, 1994, 189 ss.; P. VOCI, 'Diligentia', 'custodia', 'culpa'. I dati fondamentali, in *SDHI*, LVI, 1990, 29 ss., 62 ss.; R. FERCIA, *Dovere di diligenza e 'rischi funzionali'*, Napoli, 2005, 13 ss.; v., anche, P. CORNIOLEY, *Due aspetti poco noti della 'custodia'*, in *Labeo*, XV, 1969, 201 ss.). Anzitutto va notato che 'praestare' è verbo con una polisemia particolarmente accentuata (cfr. G. GROSSO, *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione. Obbligazioni alternative e generiche*<sup>3</sup>, Torino, 1966, 20 ss.; F. PASTORI, *Concetto e struttura dell'obbligazione nel diritto romano*, Milano, 1985, 144 ss., 180 ss., 232 ss.; R. ROBAYE, *L'obligation de garde: essai sur la responsabilité contractuelle en droit romain*, Bruxelles, 1987; ID., *L'obligation de 'praestare' et la responsabilité contractuelle en droit romain*, in *RIDA*, XLIII, 1996, 81 ss.; M. SERRANO-VICENTE, 'Custodiam praestare', cit., 49 ss.; C.A. CANNATA, *Sul problema*, cit., 124 ss.), tale per cui nulla esclude che esso possa essere impiegato per individuare un contegno umano suscettibile di assurgere anche a 'prestazione dovuta' *ex obligatione*; del pari è indiscutibile che *custodia* sia sostantivo idoneo a indicare un potere o una attività umani (cfr. A. METRO, *L'obbligazione di custodire*, cit., 27 ss.). Tuttavia, se, circa i sintagmi costituiti dal verbo *praestare* in unione con l'accusativo (forse più di relazione che dell'oggetto) *dolum, culpam, custodiam*, è indubbio che anche le correnti di pensiero più 'eversive', almeno quanto ai primi due (*dolum praestare, culpam praestare*), concordano nel ritenere che essi «significhino rispondere per dolo e per colpa, o, se si vuole, a titolo di dolo e di colpa» (C.A. CANNATA, *Sul problema*, cit., 69), e non 'porre in essere una prestazione di dolo e di colpa', allora non vedo perché, dato il particolare atteggiarsi del verbo *praestare* in contesti legati ai problemi di inadempimento e responsabilità, anche il nesso '*custodiam praestare*' non possa esser inteso nel senso di 'rispondere da parte del debitore nei limiti del singolo criterio di imputazione dell'inadempimento rilevante', ossia nei limiti della *custodia*. Questo sostantivo, indubbiamente, è un termine 'positivo', a differenza di dolo e di colpa (termini connotati, invece, anche moralmente in senso 'negativo'): ma ciò ben può spiegarsi in quanto, allorché la responsabilità sia oggettiva, è il solo costituirsi di una relazione materiale di detenzione (*custodia*), purché qualificata dall'*utilitas* prevalente *pro debitore*, che rende responsabile quest'ultimo nel caso di mancata restituzione della *res* altrui a seguito di certuni accadimenti specificamente individuati (variabili da autore ad autore e da epoca a epoca). Già Labeone in D. 19.2.60.2 ascriveva oggettivamente il *periculum* di *amissio* al conduttore di *vestimenta polienda curandave* (prescindendo così dal considerare rilevante una valutazione sul modo di custodire, ossia di condurre l'attività custodiente). Si rammenti, di poi, che Gaio in

l'ipotesi del 'furto non qualificato' (*furtum* e, pertanto, non *rapina*) di *res* su cui il conduttore, contro un corrispettivo<sup>8</sup>, si impegna a *opus facere* (come già per l'epoca a cavaliere tra repubblica e principato).

alcuni famosi passi delle Istituzioni, contrapponendo il depositario al rammendatore e al lavandaio (conduttori d'opera), sottolinea come il primo – benché debba *custodire* una *res*: cfr. D. 16.3.1 pr.; D. 16.3.6 – *custodiam non praestat* ed è *obnoxius* (ossia 'fatto responsabile') solo se l'inadempimento è a lui imputabile a titolo di dolo (o, in altre parole, sottolinea che qui non è l'oggettivo fatto della impossibilità a restituire, innestatosi a valle della contrattuale *custodia*, a fondare l'obbligo risarcitorio), laddove i secondi – percepita la *merces* –, al pari del comodatario e del creditore pignoratorio, *custodiam praestant*. Ergo, in contesti specifici in cui è affrontato apertamente il tema della responsabilità, pare evidente che il sintagma '*praestare custodiam*' non è impiegabile come sinonimo del verbo *custodire* (ossia 'tenere presso di sé' e, talora, 'sorvegliare'), e al contempo che esso, pur basandosi sul rapporto di origine contrattuale che, esistente tra debitore-detentore e cosa altrui, va qualificato in termini di *custodia*, è espressione omogenea – seppur incontrovertibilmente antitetica – alla locuzione '*dolum praestare*' denotativa del concetto di 'responsabilità a titolo di dolo' (Gai 3.205-207; D. 4.9.5 pr.: v. R. CARDILLI, *L'obbligazione di 'praestare'*, cit., 486 ss.). Inoltre, a logica classica è ispirato il pensiero di Giuliano (D. 13.6.5.6; D. 19.2.41; D. 9.1.11.9) secondo cui, in opposizione a Marcello, sia il comodatario sia il depositario remunerati, benché aventi *custodia alicuius rei*, non sono legittimati all'*actio ex lege Aquilia* (mentre sono legittimati all'*actio furti*: cfr. D. 47.2.14.12, 16; D. 47.2.12 pr.; D. 47.2.91[90]), in quanto in caso di *damnum iniuria datum* (presupponente un *frangere* o un *rumpere*, ma non un totale *perire*: cfr. D. 50.6.19) non sono convenibili *ex contractu* (mentre, in caso di furto, sono convenibili *ex comodato* o *ex locato* in quanto responsabili a titolo di *custodia*).

<sup>8</sup>T. MAYER-MALY, *Locatio conductio*. Eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht, Wien - München, 1956, 129 ss.; J.A.C. THOMAS, *The Nature of 'merces'*, in *Acta Juridica*, 1958, 191 ss.; I. MOLNÁR, *Rechte und Pflichten der Subjekte der 'locatio conductio'*, in *Index*, XII, 1983-1984, 156 ss., 170 s.

<sup>9</sup>Lab. 5 *post. Iav. epit.* D. 19.2.60.2; cfr., inoltre, D. 12.7.2; nonché D. 19.2.60.6; D. 19.2.60.9. L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, Padova, 2007, 27, suggerisce di leggere il caso di cui a D. 19.2.60.2 nel senso di un dovere di protezione a favore del *locator*, giacché il «fondamento di questa soluzione sta nel giudizio che taluno (il fullone), obbligandosi a svolgere una specifica attività economica dietro corrispettivo, risponde contrattualmente non soltanto per i danni provenienti dalla professionalità richiesta per l'operazione da eseguire sulle cose ricevute (i vestiti), ma anche per la custodia di queste in relazione a possibili furti a opera di terzi»; secondo lo studioso, anzi, «tale situazione si riscontra chiaramente in tutti i rapporti in cui viene in considerazione il *custodiam praestare*. Questa espressione sta a significare che il debitore è tenuto a salvaguardare la cosa del creditore, cioè è tenuto a porre in essere le misure idonee ad evitare che essa vada perduta o subisca danni per effetto di attività che provengano da terzi». Invero, quanto già sopra precisato circa il valore della locuzione *custodiam praestare* rende difficile accogliere la soluzione proposta dal civilista (e ampliata, più recentemente, da L. MANNA, *Buona fede e doveri di prote-*

Da un lato, quanto esposto in termini generali viene attestato anzitutto da Labeone con riguardo alla distruzione delle vesti che il committente aveva lasciato al prestatore d'opera per il lavaggio delle stesse: *vestimenta tua fullo perdidit et habes unde petas nec repetere vis: agis nihilo minus ex locato cum fullone, sed iudicem aestimaturum, an possis adversus furem magis agere et ab eo tuas res consequi fullonis videlicet sumptibus: sed si hoc tibi impossibile esse perspexerit, tunc fullonem quidem tibi condemnabit, tuas autem actiones te ei praestare compellet*<sup>9</sup>. Inoltre, ciò trova ulteriore celeberrima conferma, per il secondo secolo d.C., in due passi del manuale di Gaio in cui si trova scritto che, con riguardo a un tipo di *obligatio consensu contracta* (contratto consensuale sinallagmatico e oneroso), ossia la *locatio operis* (similmente al caso di due contratti reali, il pegno e il comodato, gratuiti con obbligazione principale restitutoria solo in capo a creditore pignoratizio e comodatario), il lavandaio (*fullo*) e il rammendatore (*sarcinator*) sono legittimati attivi all'*actio furti* in quanto hanno un primario interesse a che '*rem salvam fore*', ossia a che '*rem non perire*'<sup>10</sup>, rispondendo contrattualmente *ex locato* in caso di impossibilità di restituire la cosa detenuta per il solo fatto che essa sia stata furtivamente sottratta, senza che alcun ulteriore elemento valutativo sia necessario per escludere o stabilire la loro responsabilità: *item si fullo polienda curandaue aut sarcinator sarcienda uestimenta 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*<sup>11</sup>.

zione: tutele processuali, in '*Actio in rem*' e '*actio in personam*'. In ricordo di M. Talamanca, a cura di L. Garofalo, II, Padova, 2011, 279 ss., la quale, tra l'altro, propende esplicitamente per la qualifica in termini di 'dovere di protezione' della *custodia* di cui a Gai 3.203-207, D. 4.9.5 pr., D. 19.2.9.5).

<sup>10</sup> Il che non si riscontra, invece, nel depositario (che tiene presso di sé la cosa e risponde della mancata restituzione solo a titolo di dolo): Gai 3.207; D. 47.2.14.3; D. 47.8.2.23; Coll. 10.2.6.

<sup>11</sup> Gai 3.205. Cfr. altresì Gai 3.203-204 (*Furti autem actio ei competit, cuius interest rem saluam 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 competat actio furti*), nonché Gai 3.206-207 (*Quae de fullone*

Si potrebbe forse ipotizzare che a tale rigorosa forma di responsabilità si acceda a condizione che *fullo* e *sarcinator*, conduttori che *pro locatore* eseguono il loro *facere*, abbiano già ricevuto la mercede, oltre alla *res aliena*, ossia la *res* del committente (*locator*) su cui apprestare la propria attività lavorativa. Ciò potrebbe essere suggerito dalla logica del negozio, oltre che dal testo gaiano citato nel tratto in cui parrebbe anteporre il versamento del corrispettivo alla perdita delle vesti, e da altro passo tratto dal commento dello stesso giurista all'editto provinciale in cui parrebbe subordinata al concreto *capere mercedem* il *praestare custodiam* del *conductor operis* (*nauta et caupo et stabularius mercedem accipiunt non pro custodia, sed nauta ut traiciat vectores, caupo ut viatores manere in caupona patiatur, stabularius ut permittat iumenta apud eum*

---

*aut sarcinatore diximus, eadem transferemus et ad eum, cui rem commodauimus. 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 competii;* cfr., inoltre, I. 4.1.16; D. 13.6.5.15; D. 47.2.12 pr.; D. 47.2.14.16; D. 47.2.91[90]. Sul problema della legittimazione attiva all'*actio furti*, fondamentale è F.M. DE ROBERTIS, *La legittimazione attiva nell'actio furti II. La regola dell'interesse e i criteri a base della legittimazione*, in *Scritti varii di diritto romano*, III, *Diritto penale*, Bari, 1987, 261 ss. e nt. 1, con sintesi delle diverse posizioni dottrinarie; nonché, J.U. WACKE, *'Actiones suas praestare debet'. Die Last zur Klagenabtretung an den Ersatzpflichtigen und dessen Eigentumserwerb - Römischrechtliche Grundlagen des Zessionsregresses nach §255 (1. Fall) BGB*, Berlin, 2010, 168 ss.; L. PARENTI, *Riflessioni su una decisione di Ulpiano riguardante l'actio furti a favore del fullo ladro: D. 47.2.48.4 (Ulp. 42 ad Sab.)*, in *Quaderni Lupiensi di Storia e Diritto*, IV, 2014, 161 ss.; M. SERRANO VICENTE, *Enfoques jurisprudenciales en torno a la legitimación activa a la actio furti: Gayo, Papiniano, Ulpiano y Paulo*, in *Seminarios Complutenses*, XXVIII, 2015, 1041 ss. Sull'interpretazione di Gai 3.205-206, anche e soprattutto con riguardo al problema dell'*utilitas*, cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale*, cit., 62 ss., 104 s.; D. NÖRR, *Die Entwicklung des Utilitätsgedankens im römischen Haftungsrecht*, in *ZSS*, LXXIII, 1956, 65 ss.; E. BETTI, *Imputabilità dell'inaidempimento dell'obbligazione in diritto romano*, Roma, 1958, 55 ss.; J. MICHEL, *Gratuité en droit romain. Etude d'histoire et d'ethnologie juridique*, Bruxelles, 1962, 327 ss.; R. ROBAYE, *L'obligation de garde*, cit., 224; R. CARDILLI, *L'obbligazione di praestare*, cit., 492 ss.; M. SERRANO-VICENTE, *'Custodiam praestare'*, cit., 144; inoltre, cfr., *ex plurimis*, A. METRO, *L'obbligazione di custodire*, cit., 96 ss. e 146 ss.; G. MACCORMACK, *'Custodia' and 'culpa'*, cit., 160 ss.; R. ROBAYE, *L'obligation de garde*, cit., 265 ss.; F.M. DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale*, cit., 329 ss.; G.C.J.J. VAN DEN BERGH, *'Custodiam praestare'*, cit., 67; C.A. CANNATA, *Sul problema*, cit., 70 s.; P. VOCI, *'Diligentia'*, cit., 103 ss.

*stabulari: et tamen custodiae nomine tenentur. nam et fullo et sarcinator non pro custodia, sed pro arte mercedem accipiunt, et tamen custodiae nomine ex locato tenentur*<sup>12</sup>. Pur essendo il contratto in oggetto sinallagmatico (al livello di effetti obbligatori) e oneroso (al livello di causa), là ove si abbia riguardo al nesso di interdipendenza esistente tra il *facere opus* del conduttore quale prestatore d'opera e il *mercedem dare* del locatore quale committente, infatti, a voler concentrare l'attenzione sull'obbligo, da porre *a latere* di quello caratterizzante il negozio divisato, di custodire e di restituire la *res aliena*, è chiaro come, in assenza di una autentica controprestazione dovuta dal locatore, e quindi una volta escluso – *utilitate contrahentium* – il criterio mediano della *culpa* a valle della 'gratuità' dell'obbligo in parola, restino in gioco ai fini dell'imputazione in capo al conduttore dell'inadempimento gli antipodici criteri del *dolus* (operativo ove l'interesse della detenzione della *res* fosse in capo al locatore) e della *custodia* (operativo ove l'interesse della deten-

<sup>12</sup>Gai. 5 *ad ed. prov.* D. 4.9.5 pr. Se quindi il conduttore, in forza del criterio della *utilitas contrahentium*, è ovviamente chiamato a rispondere a titolo di *culpa* per la inesatta esecuzione del *facere*, atteso che – sotto questo profilo – ciascuna parte sopporta benefici e sacrifici, con riguardo all'obbligo restitutorio presupponente la attività di custodia, la responsabilità per *custodia*, sempre in forza del criterio della *utilitas contrahentium*, non può che giustificarsi per la prevalenza dei benefici in capo al conduttore: come motivare tale prevalenza? La necessità del previo pagamento della mercede al conduttore d'opera, quale fondamento della responsabilità per *custodia*, potrebbe plausibilmente desumersi dalla lettura sinottica, in Gai 3.205-206, delle proposizioni '*vestimenta mercede certa acceperit*' e '*mercedem capiendō custodiam praestant*' (riguardanti il caso del *fullo* e del *sarcinator, conductores operis*), e, nel frammento conservato in D. 4.9.5 pr., della frase '*et fullo et sarcinator non pro custodia, sed pro arte mercedem accipiunt*'. Da questi stralci – per nulla in contraddizione tra loro (cfr. F. PASTORI, *Il comodato nel diritto romano. Con contributi allo studio della responsabilità contrattuale*, Milano, 1954, 239 s., nt. 10; R. CARDILLI, *L'obbligazione di 'praestare'*, cit., 495; M.F. CURSI, '*Actio de recepto*' e '*actio furti [damni] in factum adversus nautas, caupones, stabularios*'. *Logiche differenziali di un sistema composito*, in *Studi per G. Nicosia*, I, Milano, 2007, 1326, nt. 60) – credo lecito trarre che né la *merces* sia da configurarsi come il corrispettivo per l'attività di *custodia* (da intendersi quale detenzione temporanea della *res*, come lo è, invece, in ipotesi di deposito oneroso: cfr., paradigmaticamente, D. 13.6.19; D. 19.2.40), né il suo versamento sia, data la consensualità del contratto, presupposto per l'insorgenza dell'obbligo di *opus facere* sulla *res conducta* (nonché di quello di restituirla) in capo al *fullo* e al *sarcinator*. Invece il *praestare custodiam* (ossia l'ascrizione del verificarsi di taluni eventi in corso di *custodia* che rendono impossibile la restituzione, come il furto non qualificato da violenza) potrebbe essere subordinato, oltre che alla presa in consegna della *res conducenda*, al versamento *pro conductore* di una *certa merces*.

zione della *res* fosse in capo al conduttore). In concreto l'*utilitas* contrattuale potrebbe ben dirsi, nel caso di furto da parte di terzi subito dal *fullo* o dal *sarcinator*, essendo la *merces* già versata e i *vestimenta* consegnati in vista dell'*opus* (*polire, curare, sarcire*), tutta di quest'ultima parte contrattuale, quale creditore già *in toto* soddisfatto e debitore contrattuale sia detentore di cosa altrui in vista della restituzione sia ancora inadempiente della prestazione di *facere* sulla cosa detenuta.

Come giustificare, del resto, a mente del criterio della *utilitas contrahentium*, la responsabilità a titolo di *custodia*, in ipotesi di deposito oneroso nella forma di *locatio operis*, dove emerge, da una parte, la corrispettività tra l'attività custodiente del depositario e il pagamento della mercede, nonché, dall'altra, la sopportazione di sacrifici e di benefici in capo a ciascuna parte<sup>13</sup>? La soluzione qui avanzata avrebbe il pregio di superare – tra gli altri – alcuni, a mio credere poco appaganti, tentativi di giustificare la responsabilità per *custodia* sia del *fullo* sia del *sarcinator* attraverso la considerazione che l'interesse di questi contraenti è fisiologicamente prevalente in quanto, a fronte del contratto, la detenzione della cosa da parte del conduttore o è necessaria per l'altrimenti impossibile esecuzione della prestazione di *facere* da parte dello stesso o è orientata al conseguimento del (superiore, almeno asseritamente) vantaggio rappresentato dalla *merces*<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Cfr. Gai. 5 *ad ed. prov.* D. 19.2.40: *Qui mercedem accipit pro custodia alicuius rei, is huius periculum custodiae praestat*. Anche questo passo può, del resto, interpretarsi come prova che l'*accipere mercedem* è presupposto per la responsabilità a titolo di *custodia*, mentre in sua assenza il criterio di imputazione dell'inadempimento dovrebbe essere, almeno generalmente, la *culpa* (come emerge da Ulp. 14 *ad ed.* D. 4.9.3.1 nel tratto finale '*et quia in locato conducto culpa, in deposito dolus dumtaxat praestatur*').

<sup>14</sup> Anche se l'autrice considera i contenuti di Gai 3.205-206 e di D. 4.9.5 pr. compatibili, mi pare, non cogliere in pieno il pensiero di Gaio M.F. CURSI, '*Actio de recepto*', cit., 1326, nt. 60, là ove suggerisce che la *merces* sia in qualche modo legata tanto alla *custodia*-attività (obbligo accessorio), quanto alla prestazione di *facere* (obbligo principale), cosa che invece è esclusa dal chiaro tenore del commento all'editto provinciale. Del pari non condivisibile mi risulta F.M. DE ROBERTIS, '*Receptum nautarum: studio sulla responsabilità dell'armatore in diritto romano, con riferimento alla disciplina particolare concernente il 'caupo' e lo 'stabularius'*', Bari, 1952, 96, nt. 3, là ove lo studioso afferma che, se la *merces* è intesa dal Gaio delle Istituzioni come corrispettivo della *custodia* (il che, invece, non è, atteso che '*mercedem capiendo*' ben può significare 'con il ricevere la mercede'), allora D. 4.9.5 pr. deve essere stato rimaneggiato dai post-classici (come ritengono anche R. FEENSTRA, *Deux textes de Gaius sur*

Dall'altro lato, tale assetto è comprovato dal giurista Nerazio, il quale ci informa che la responsabilità per *custodia* non è comunque tale da addossare al debitore che deve *custodiam praestare* la perdita della *res*

*la responsabilité contractuelle*, in *Mélanges H. Lévy-Bruhl. Droits de l'antiquité et sociologie juridique*, Paris, 1959, 113 s., e J. PARIS, *Responsabilité de la 'custodia' en droit romain*, Paris, 1926, 152, nonché, implicitamente, S. SOLAZZI, *Appunti di diritto romano marittimo. Le azioni contro il 'nauta'*, in *Riv. dir. nav.*, 1936, 113 ss., mentre B. SANTALUCIA, *L'opera di Gaio 'ad edictum praetoris urbani'*, Milano, 1975, 38, ipotizza un'evoluzione del commento gaiano all'editto provinciale rispetto al pensiero espresso nel manuale). Diversamente reputando, sarebbe d'uopo assumere che il *conductor operis* (obbligato *consensu*) sia tenuto a titolo di *custodia* in quanto è nel suo prevalente interesse, a livello economico, l'adempiere l'obbligazione e lo svolgere, grazie alla detenzione della *res aliena* da restituire, la propria attività lavorativa (cfr., in questi termini, M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 597); ma ciò contrasta con la natura di contratto sinallagmatico e oneroso della *locatio operis* (da cui, avendosi riguardo all'intera operazione negoziale, ciascuna parte, sia cliente sia prestatore d'opera, ricava indubbiamente un'*utilitas*) e con la *regula* ulpiana di cui a D. 50.17.23 (ma v., altresì, D. 4.9.3.1, D. 13.6.5.2, Coll. 10.2). Per altra e speculare via, la responsabilità del *fullo* e del *sarcinator* per *custodia* è stata giustificata dall'esistenza dell'obbligo del *locator* di pagare la *merces* (e non, invece, dal pagamento della *merces*), risultando quindi la *merces* di per sé stessa il vantaggio contrattuale (prevalente) che eleverebbe ad oggettiva la responsabilità del prestatore d'opera (cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale*, cit., 104 s.; S. KORDASIEWICZ, *'Receptum nautarum' and 'praestare custodiam' revisited*, in *RIDA*, LVIII, 2011, 208): ma anche così ritenendo, perché – oggettivamente – il vantaggio (*pro conductore*) della mercede dovrebbe essere considerato preponderante rispetto al vantaggio dell'*opus factum* (*pro locatore*)? Né, del resto, onde comprendere appieno la più grave responsabilità del *conductor operis*, giova precisare (sulla scorta di V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale*, cit., 104 s.; C.A. CANNATA, *Sul problema*, cit., 57; L. MANNA, *Buona fede*, cit., 391 s.) che gli *artifices* rispondono, in epoca classica, dell'inadempimento o dell'inesatto adempimento della prestazione principale (ossia la *facere*) solamente per *imperitia* (cfr. Ulp. 32 *ad ed.* D. 19.2.9.5: *Celsus etiam imperitiam culpae adnumerandam libro octavo digestorum scripsit: si quis vitulos pascendos vel sarcienдум quid poliendumve conduxit, culpam eum praestare debere et quod imperitia peccavit, culpam esse: quippe ut artifex, inquit conduxit* [per la cui non classicità, cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale*, cit., 196 e nt. 1; E. BETTI, *Imputabilità dell'inadempimento*, cit., 69 s. e 139 ss.; I. DE FALCO, *'Diligentiam praestare'. Ricerche sull'emersione dell'inadempimento colposo delle 'obligationes'*, Napoli, 1991, 81 ss.; per la genuinità v. C.A. CANNATA, *Sul problema*, cit., 56 ss.; R. CARDILLI, *L'obbligazione di 'praestare'*, cit., 442 ss.]; cfr., inoltre, D. 9.2.8.1; D. 19.2.13.6). Con riguardo all'ulteriore obbligo di restituire, invece, essi a differenza del depositario (che *dolum praestat*) addirittura sembrerebbero, di regola, *custodiam praestare* (D. 4.9.5 pr.; Gai 3.205-206), benché da D. 4.9.3.1 risulti chiaro come anche la responsabilità *ex locato* o *ex conducto* sia, generalmente, per *culpa*. Anche in questa prospettiva, infatti, non si vede perché – sempre alla luce dell'*utilitas contrahentium*, nonché a mente della 'gratuità' della attività di *custodia* in una con quella di restituzione, se da

a seguito di violenza del terzo: *si ea res, quam ex empto praestare debebam, vi mihi adempta fuerit: quamvis eam custodire debuerim, tamen propius est, ut nihil amplius quam actiones persequendae eius praestari a me emptori oporteat, quia custodia adversus vim parum proficit. actiones autem eas non solum arbitrio, sed etiam periculo tuo tibi praestare debebo, ut omne lucrum ac dispendium te sequatur*<sup>15</sup>. Inoltre, a parte qualche titubanza, con riguardo all'ipotesi di comodato (originariamente tutelato mediante *actio praetoria in factum* per il solo caso di oggettiva 'res non reddita'), già i giuristi repubblicani ritenevano ascrivibile al debitore, oltre al caso di *amissio* per furto, il pericolo della fuga dello schiavo, purché esso fosse stato consegnato già in catene o purché, per l'età, esso dovesse essere comunque oggetto di qualche sorveglianza (*sed an etiam hominis commodati custodia praestetur, apud veteres dubitatum est. nam interdum et hominis custodia praestanda est, si vinculus commodatus est, vel eius aetatis, ut custodia indigeret: certe si hoc actum est, ut custodiam is qui rogavit praestet, dicendum erit praestare*)<sup>16</sup>. A partire dal secondo secolo d.C., per di più, la responsabilità per *custodia* venne estesa almeno dal giurista Marcello, in polemica con il più tradizionalista Giuliano (che, verisimilmente, limitava il *praestare custodiam* al caso di impossibilità di *reddere* la *res conducta* o la *res commodo data* solo a seguito di *amissio* o integrale *interitus*), sì da includere tra i fatti positivamente orbitanti entro la sfera di rispondenza del debitore (comodatario e depositario remunerato), oltre al furto, alla fuga dello schiavo, alla distruzione, ogni danneggiamento umano proveniente da terzi (*damnum iniuria ab alio datum*), anche se non tale da comportare il totale perimento della cosa detenuta e, quindi, anche se non tale da rendere impossibile una materiale restituzione della *res perita* nel senso di *scissa* o *fracta* o *vi rapta*: *sed de damno ab alio dato agi cum eo non posse Iulianus ait: qua enim custodia consequi potuit, ne damnum iniuria ab alio dari possit? sed Marcellus interdum esse posse ait, sive custodiri potuit, ne damnum daretur, sive ipse custos damnum dedit: quae sententia Marcelli probanda est*<sup>17</sup>.

sola considerata, ossia non relata per vincolo di sinallagmaticità a quella di pagare la mercede – il criterio di imputazione, con particolare riguardo al solo obbligo restitutorio, sia comunque il più severo.

<sup>15</sup> Nerat. 3 membr. D. 19.1.31 pr.

<sup>16</sup> Ulp. 28 ad ed. D. 13.6.5.6; cfr., in tema, pure D. 13.6.18 pr. e D. 50.17.23.

<sup>17</sup> Ulp. 5 ad ed. D. 19.2.41; v. Iul. 1 dig. D. 13.6.19 (*Ad eos, qui servandum aliquid conducunt aut utendum accipiunt, damnum iniuria ab alio datum non pertinere*

Per quanto riguarda i rapporti interessati indiscutibilmente dalla responsabilità per *custodia*, va messo in luce come essi fossero esclusivamente tutelati o da *iudicia bonae fidei* o da *formulae*, più risalenti, in *factum conceptae*<sup>18</sup>, rapporti in cui il debitore si trovava nella disponibili-

---

*procul dubio est: qua enim [cura aut diligentia] <custodia> consequi possumus, ne aliquis damnum nobis iniuria det?*). Sui due passi (da leggersi con Ulp. 5 *ad ed.* D. 50.16.9: *Marcellus apud Iulianum notat verbo 'perisse' et scissum et fractum contineri et vi raptum*), cfr. B. ALBANESE, *D. 13.6.19 e D. 19.2.41 nel quadro dei problemi della 'custodia'*, in *Studi in onore di G. Grosso*, I, Torino, 1968, 79 ss. (propenso a considerare insitiche le due interrogative e interpolato il pensiero di Marcello); C.A. CANNATA, *Ricerche*, cit., 61 ss. (a favore della autenticità delle motivazioni giuliane e marcelliane); A. METRO, *L'obbligazione di custodire*, cit., 110 (che considera autentico il solo pensiero di Giuliano); per ampia rassegna e discussione, da ultimo, cfr. M. SERRANO-VICENTE, *'Custodiam praestare'*, cit., 223 ss. Pare a me che l'interpolazione dei due passi sia quanto mai evidente (sulla scorta delle persuasive note di B. ALBANESE, *D. 13.6.19 e D. 19.2.41*, cit., 84, 87), ma che nella sostanza il pensiero di Giuliano e di Marcello ben possa essere ricostruito nel senso di un *ius controversum* che verte non sulle potenzialità della 'attività di custodia' (come, invece, risulta dalla sgrammaticata stesura imputabile ai compilatori), ma sull'elenco degli accadimenti ricomprendibili o meno tra quelli oggettivamente posti a carico del debitore, comodatario e depositario remunerato, che *custodiam praestat*. Indi, tra il secondo e il terzo secolo, si giunse addirittura a ricomprendere tra i fatti ascrivibili alla *custodia* la rapina (*rapere vi*) e il danneggiamento cagionato da animali di terzi (*pauperies*): cfr., paradigmaticamente, D. 44.8.2.22-23; D. 9.1.2 pr.

<sup>18</sup> Circa la coesistenza, in età classica, di diverse *actiones* per il comodato e per il deposito, cfr. L. FRANCHINI, *Osservazioni in merito alla recezione nel 'ius civile' dei 'iudicia bonae fidei'*, in *Actio in rem*, cit., 115 ss.; ID., *La recezione nel 'ius civile' dei 'iudicia bonae fidei'. Questioni di metodo e di merito*, Napoli, 2015, 132 ss.; B. VERONESE, *Buona fede e duplicità delle tutele processuali nei contratti di deposito e comodato*, in *Actio in rem*, cit., 241 ss.; sulla maggior risonanza delle azioni concepite in termini di fatto, v., da ultimo, L. PARENTI, *Brevi considerazioni su due passi di Pomponio in tema di furtum usus: D. 13.1.16 e D. 47.2.77(76) pr.*, in *TSDP*, VII, 2014, ntt. 54 ss. Per il comodato, la formula pretoria, interpretata letteralmente, era concepita in modo tale da poter sanzionare solo il *non reddere* da parte del comodatario; solo una lettura meno rigorosa dei *verba* formulari permise alla giurisprudenza classica di estendere il rimedio anche alle ipotesi di deterioramento del *commodatum* (cfr. D. 16.3.1.16); la formula *in ius*, invece, risultava idonea, data l'*intentio incerta*, a far valere qualsivoglia pregiudizio il comodante avesse patito, come nel caso di mancata restituzione, di ritardo nell'adempimento, di danneggiamento, di uso non consentito: v., sul punto, M. SERRANO-VICENTE, *'Custodiam praestare'*, cit., 259; cfr., inoltre, F. PASTORI, *Il comodato*, cit., 140 ss.; G. SCHERILLO, voce *Comodato (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 987; P. CERAMI, *Il comodato*, in *Derecho romano de obligaciones. Homenaje a J.L. Murga Gener*, a cura di J. Paricio, Madrid, 1994, 312 (pubblicato anche come *Il comodato nella storia dell'esperienza giuridica: dal diritto*

lità della cosa o nel suo esclusivo o prevalente interesse (come per il comodatario, l'*inspector* detentore nel suo interesse, il depositario *qui se*

---

*classico ai diritti moderni*, in *AUPA*, XLIII, 1995, 283 ss.); J. PARICIO, 'Formulae commodati', in *Turis vincula. Studi in onore di M. Talamanca*, VI, Napoli, 2000, 163 ss. Sulla non sicura idoneità dell'*actio commodati in ius* a sanzionare la mancata restituzione, v. F. PASTORI, *Il comodato*, cit., 149, 304 (ma v., altresì, 349); ID., *Gaio e la responsabilità contrattuale*, in *Labeo*, II, 1956, 298 ss.: tuttavia, a tale tesi si oppongono gli stessi *verba* della *intentio incerta* (*quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona*). Sulla inidoneità dell'*actio commodati in ius* a sanzionare il mero 'uso non consentito', ossia l'uso non accompagnato da qualche deterioramento, v. E. DOMÍNGUEZ LÓPEZ, *La gratuidad y la utilidad como factores determinantes de la responsabilidad del comodatario*, Granada, 2001, 130 ss. (v., inoltre, O. BEHREND, *Dalla mediazione arbitrare alla protezione giudiziaria. Genesi e vicende delle formule di buona fede e delle cd. 'formulae in factum conceptae'*, in *Diritto e giustizia nel processo. Prospettive storiche, costituzionali e comparatistiche*, a cura di C. Cascione e C. Masi Doria, Napoli, 2002, 287; M.J. GARCÍA GARRIDO, *Derecho privado romano. Acciones, casos, instituciones*<sup>4</sup>, Madrid, 1989, 230): l'assunto della studiosa, tuttavia, parte dalla convinzione della bontà della sigla *NR*, sciolta in '*nisi restitua'*', in *Gai* 4.47; *contra* (sia per l'inutilità di una tale clausola in un giudizio di buona fede, sia per l'incongruenza della collocazione della clausola restitutoria dopo la *condemnatio*, anziché prima), tra i molti, v. O. LENEL, *Das 'Edictum perpetuum'. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*<sup>3</sup>, Leipzig, 1927, 288, nt. 12; G. ROTONDI, *Contributi alla storia del contratto di deposito nel diritto romano*, in *Scritti giuridici*, II, *Studii sul diritto romano delle obbligazioni*, a cura di E. Albertario, Milano, 1922, 7 ss.; A. METRO, *L'obbligazione di custodire*, cit., 135 s., nt. 122; G. GANDOLFI, *Il deposito nella problematica della giurisprudenza romana*, Milano, 1976, 77 ss.; C.M. TARDIVO, *Studi sul 'commodatum'*, in *AG*, CCIV, 1984, 248 s.; P. CERAMI, *Il comodato*, cit., 311 s.; B. VERONESE, *Buona fede*, cit., 241 ss. A tal riguardo, non pare invece cogliere nel segno nella sua ulteriore critica L. PARENTI, *Brevi considerazioni*, cit., nt. 53, là ove lo studioso assume che «a voler ammettere l'esistenza di tale clausola, si sarebbe avuta come conseguenza che l'*actio in ius* avrebbe di fatto sanzionato solo la mancata restituzione della *res*», e che «l'esistenza di tale clausola, inoltre, renderebbe inspiegabile *Lab. 2 pith. a Paul. epit. D. 16.3.34*, in cui viene riconosciuta l'*actio depositi* contro il depositario che aveva richiesto e ottenuto del denaro dal depositante per restituirgli la *res*, che aveva poi consegnato senza alcun deterioramento»: vero è, infatti, che, così ritenendo, si confonde ciò che è *reddere* – restituire, materialmente, la *res* – con ciò che è *restituere* – rimettere l'attore nella stessa situazione nella quale si sarebbe trovato in assenza di pregiudizio – (cfr. M. KASER, '*Quanti ea res est*'. *Studien zur Methode der Litisästimation im klassischen römischen Recht*, München, 1935, 65 ss.; S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo' nelle formule del processo privato romano*, Napoli, 2012, 81 ss.). Non pare essere, inoltre, contrario alla tesi generale di Domínguez López – come ritenuto, invece, da Parenti – il passo ulpiano conservatoci in *D. 16.3.1.38* (*si quis tabulas testamenti apud se depositas pluribus praesentibus legit, ait labeo depositi actione recte de tabulis agi posse. ego arbitror et iniuriarum agi posse, si hoc animo recitatum testamentum est quibusdam praesentibus*,

*optulit*<sup>19</sup>), o in funzione dell'adempimento di una obbligazione consistente in un *facere* attinente alla cosa stessa (verisimilmente se già soddisfatto, come già si rilevava, dalla soluzione della mercede)<sup>20</sup>. In altre parole, soggetti come il comodatario e il creditore pignoratizio, o come il depositario remunerato e il prestatore d'opera, non sono vincolati 'accessoriamente', ossia a *latere* delle prestazioni dovute in via principale, a 'custodire' (nel senso comune, in lingua italiana, di 'sorvegliare' e 'mantenere' in vista della restituzione)<sup>21</sup>. Essi, invece, sono tenuti a *reddere* la medesima *res* consegnata, o la *res* una volta trasformata, in forza di un'operazione negoziale gratuita od onerosa a seconda del tipo, in forza della quale si dà comunque vita a una relazione '*debitor-res*' che, chiamata tecnicamente *custodia*, si esplica unicamente nella detenzione della cosa nel prevalente interesse debitorio (e non, invece, in una ob-

---

*ut iudicia secreta eius qui testatus est divulgarentur*), atteso che comunque l'uso non consentito da parte del depositario si estrinsecerebbe in un danno, ancorché non patrimoniale (cfr. P. ZILLOTTO, *Sulla non patrimonialità del danno e dell'interesse nel diritto romano*, Alessandria, 2012, 48 ss.). Va, infine, precisato che – sempre con riguardo al comodato – la supposta contrapposizione tra criterio oggettivo di responsabilità per l'*actio in factum* e criterio soggettivo per l'*actio in ius* (v., in tal senso, F. PASTORI, *Il comodato*, cit., 257 ss.; v. anche G. SCHERILLO, voce *Comodato*, cit., 988 ss.; P. CERAMI, *La concezione celsina del 'ius'. Presupposti culturali ed implicazioni metodologiche*, in *AUPA*, XXXVIII, 1985, 200) non trova sostegno nelle fonti (v. M. SERRANO-VICENTE, '*Custodiam praestare*', cit., 210 s. e nt. 599, nonché P. CERAMI, *Il comodato*, cit., 325).

<sup>19</sup> Cfr., in tema di comodato, *ex plurimis*, D. 13.6.5.7-9, D. 13.6.5.13, D. 13.6.5.15, nonché, seppur interpolato, D. 13.6.5.3; in tema di *inspectio*, D. 13.6.10.1, D. 13.6.11, D. 13.6.12 pr., D. 19.5.17.2; in tema di depositario *qui se optulit*, D. 16.3.1.35.

<sup>20</sup> Cfr., paradigmaticamente, D. 19.2.13.6, D. 19.2.25.8, D. 47.2.12 pr. in tema di *fullo* (lavandaio); D. 19.2.60.6 e D. 19.2.60.9, nonché C. 4.65.1 e C. 4.65.4, in tema di *horrearius* (depositario in magazzini); per il depositario *qui mercedem accipit pro custodia*, cfr. D. 16.3.1.8, nonché D. 19.2.40. Più ardue questioni, invece, pone la *custodia* con riguardo alla *locatio-conductio rei*, alla *societas*, al mandato, alla *cautio fructuaria*, nonché al pegno (per la locazione di cosa, cfr. I. 3.24.5; quanto alla società, D. 17.2.52.3; per il mandato, D. 19.5.5.4; D. 7.9.2, per la *cautio fructuaria*). Quanto alla compravendita (avente effetti solo obbligatori), con differimento della *traditio*, l'opinione dominante vede nella *custodia* un elemento naturale del contratto teso a controbilanciare le rigide conseguenze del principio *periculum est emptoris* (nonostante, invero, vi siano non poche ragioni che indurrebbero a negare ciò).

<sup>21</sup> Così, invece, M.F. CURSI, '*Actio de recepto*', cit., 136, nt. 60, 137; v., inoltre, C.A. CANNATA, *Sul problema*, cit., 72 (che discorre di rischi che l'attività di custodia è destinata a evitare).

bligatoria prestazione di ‘guardia’) e asurge a criterio oggettivo di imputazione della responsabilità: infatti, a prescindere dallo sforzo concretamente profuso – in modo vuoi medio, vuoi massimo, vuoi minimo – nell’esercizio di siffatta eventuale condotta di sorveglianza, liberamente tenuta per la prevenzione e/o l’eliminazione dei rischi connessi, si ascrive allo stesso debitore, in quanto *custodiam praestat*, il verificarsi di certi fatti, positivamente previsti, che pregiudicano la restituzione integrale dovuta *ex contractu*.

2. *La ‘custodia’ come criterio soggettivo di imputazione dell’inadempimento.*

Il quadro sopra delineato, invece, non è rispecchiato dallo stato proprio del diritto giustiniano che configura la *custodia* come un tipo particolare di *diligentia* (una *diligentia* qualificata spesso come *exactissima* e come *custodiendae rei*<sup>22</sup>) elevato a criterio soggettivo di determinazione e imputazione della responsabilità: così, ad esempio, si trova scritto nella compilazione di Giustiniano sia che il comodatario, a differenza del mutuatario, non è responsabile della perdita della cosa detenuta quando ciò sia dovuto a un *casus maior cui humana infirmitas resistere non potest* (un evento troppo potente perché le forze di un uomo siano in grado di resistergli), sia che egli, altrimenti, *exactissimam diligentiam custodiendae rei praestare compellitur* (è tenuto a una condotta perfettamente diligente nella custodia della cosa), laddove *nec sufficit ei*

---

<sup>22</sup> Cfr., tra gli altri, Gai. 2 rer. cott. D. 17.2.72 (*Socius socio etiam culpa nomine tenetur, id est desidiae atque neglegentiae. culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est: sufficit etenim talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis rebus adhibere solet, quia qui parum diligentem sibi socium acquirit, de se queri debet*); I. 3.14.4 (*Creditor quoque qui pignus accepit re obligatur, qui et ipse de ea ipsa re quam accepit restituenda tenetur actione pigneraticia. sed quia pignus utriusque gratia datur, et debitoris, quo magis ei pecunia crederetur, et creditoris, quo magis ei in tuto sit creditum, placuit sufficere, quod ad eam rem custodiendam exactam diligentiam adhiberet: quam si praestiterit et aliquo fortuito casu rem amiserit, securum esse nec impediri creditum petere*); I. 3.24.5 (*Conductor omnia secundum legem conductionis facere debet et, si quid in lege praetermissum fuerit, id ex bono et aequo debet praestare. qui pro usu aut vestimentorum aut argenti aut iumentorum aut dedit aut promisit, ab eo custodia talis desideratur qualem diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet. quam si praestiterit et aliquo casu rem amiserit, de restituenda ea non tenebitur*).

*eandem diligentiam adhibere quam suis rebus adhibet* (non è sufficiente che egli impieghi la stessa diligenza con cui è solito custodire le cose di sua proprietà)<sup>23</sup>. Altrove si specifica che, con riguardo alle cose comodate, si ha da usare una *talis diligentia qualem quisque diligentissimus pater familias suis rebus adhibet*, con il limite, ovviamente, dei *casus quibus resisti non potest* (come la morte degli schiavi che avvenga senza dolo o colpa del comodatario, una rapina, una sommossa, un naufragio, un incendio, la fuga di schiavi che non si usa sorvegliare costantemente), sempre che, ovviamente, non vi sia stata violazione degli accordi contrattuali, come nel caso in cui venga comodata dell'argenteria perché sia usata solo in casa del comodatario e, invece, quest'ultimo la perda in mare – avendola portata con sé durante un viaggio – a seguito di un attacco di pirati<sup>24</sup>.

<sup>23</sup> Gai. 2 rer. cott. D. 44.7.1.4: *Et ille quidem qui mutuum accepit, si quolibet casu quod accepit amiserit, nihilo minus obligatus permanet: is vero qui utendum accepit, si maiore casu, cui humana infirmitas resistere non potest, veluti incendio ruina naufragio, rem quam accepit amiserit, securus est. alias tamen exactissimam diligentiam custodiendae rei praestare compellitur, nec sufficit ei eandem diligentiam adhibere, quam suis rebus adhibet, si alius diligentior custodire poterit. sed et in maioribus casibus, si culpa eius interveniat, tenetur, veluti si quasi amicos ad cenam invitaturus argentum, quod in eam rem utendum acceperit, peregre proficiscens secum portare voluerit et id aut naufragio aut praedonum hostiumve incursu amiserit*

<sup>24</sup> Gai. 9 ad ed. prov. D. 13.6.18 pr.: *In rebus commodatis talis diligentia praestanda est, qualem quisque diligentissimus pater familias suis rebus adhibet, ita ut tantum eos casus non praestet, quibus resisti non possit, veluti mortes servorum quae sine dolo et culpa eius accidunt, latronum hostiumve incursus, piratarum insidias, naufragium, incendium, fugas servorum qui custodiri non solent. quod autem de latronibus et piratis et naufragio diximus, ita scilicet accipiemus, si in hoc commodata sit alicui res, ut eam rem peregre secum ferat: alioquin si cui ideo argentum commodaverim, quod is amicos ad cenam invitaturus se diceret, et id peregre secum portaverit, sine ulla dubitatione etiam piratarum et latronum et naufragii casum praestare debet.* Tra il diciannovesimo e il ventesimo secolo tale quadro bipartito venne invertito attraverso l'attribuzione ai misteriosi giuristi 'postclassici' della paternità delle vestigia, riscontrabili nelle fonti giustinianee, della responsabilità oggettiva per *custodia*, laddove classica sarebbe stata la *diligentissima custodia* (cfr., per tutti, L. LUSIGNANI, *Studi sulla responsabilità per custodia*, I, Modena, 1902; II, Parma, 1903; III, Parma, 1905; L. MITTEIS, *Das 'receptum nautarum' in den Papyrusurkunden*, in *Berichte über die Verhandlungen der königlichen Sächsischen Gesellschaft der Wissenschaften, Ph.-hist. Kl.*, 1910, 270 ss.; P. KRÜCKMANN, 'Custodia', in *ZSS*, LXIV, 1944, 1 ss.). Va altresì segnalato come il Betti sostenesse che 'responsabilità oggettiva' fosse una qualifica del tutto errata, in quanto la colpa non sarebbe stata irrilevante, ma doveva valutarsi «tipicamente, sulla base della situazione oggettiva, proprio perché si parte da questa considerazione dell'*id*

E fu proprio la giustiniana *diligentia* richiesta *in custodiendo* che si tramutò, nel code civil, in ‘obligation de veiller à la conservation de la chose’ (art. 1137) e che diede vita, nel codice italiano del 1865, alla ‘obbligazione di custodia’ (art. 1219, corrispondente all’art. 1177 dell’attuale codice), posta accanto al generale ‘dovere di diligenza’ (art. 1224, corrispondente all’art. 1176 dell’attuale codice)<sup>25</sup>.

### 3. *La responsabilità degli imprenditori terrestri e marittimi per diritto pretorio romano.*

Una forma ancora più aggravata di responsabilità (tale da integrare ciò che oggi viene indicato con il segno linguistico ‘garanzia’) si innesta in virtù di interventi magistratuali nel sistema contrattuale preclassico e si stabilizza in epoca classica. Vero è, infatti, che nel corso del secondo secolo a.C. il pretore introdusse tra gli *edicta* del suo albo la figura del cd. *receptum*: una previsione originariamente valevole per gli armatori (*nautae*), di poi estesa anche agli albergatori (*caupones*) e ai gestori di caravanserragli con annessa locanda che offrivano servizio di stalla oltre che di alloggio (*stabularii*)<sup>26</sup>. Si trattava, in buona sostanza, di operatori

---

*quod plerumque accidit*, che normalmente, quando il consegnatario, dotato di un potere di controllo sulla cosa, sta attento, il furto non si verifica» (E. BETTI, *La struttura dell’obbligazione romana e il problema della sua genesi*, Milano, 1955, 34 s.; v., inoltre, C.A. CANNATA, *Ricerche*, cit., 39 ss.).

<sup>25</sup> Sulle tre differenze intercorrenti tra questi due articoli, cfr. G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*<sup>2</sup>, in *Il Codice civile. Commentario* fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2006, 170 ss. (1. l’art. 1224 è collocato nel capo dedicato agli effetti delle obbligazioni, mentre l’art. 1176 in quello in tema di adempimento; 2. l’art. 1176 non rinvia al dovere di *diligentia quam suis* del depositario e ai casi in cui la diligenza va valutata con maggiore o minor rigore; 3. l’art. 1176, comma 2, prevede per la prestazione di *facere* professionale non la diligenza del buon padre di famiglia, ma la perizia).

<sup>26</sup> Oltre alla letteratura già citata in tema di ‘*custodiam praestare*’ (in particolare, v. V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale*, cit., 103 ss.; C.A. CANNATA, *Ricerche*, cit., 72 ss. e 107 ss.), cfr. M. SARGENTI, *Osservazioni sulla responsabilità dell’*exercitor navis* in diritto romano*, in *Studi in onore di E. Albertario*, Milano, 1953, 551; J.C. VAN OVEN *Actio de recepto et actio locati*, in *TR*, XXIV, 1956, 137 ss.; J.A.C. THOMAS, *Carriage by Sea*, in *RIDA*, VIII, 1960, 491 s.; C. BRECHT, *Zur Haftung der Schiffer im römischen Recht*, München, 1962, *passim*; A.J.M. MEYER-TERMEER, *Die Haftung der Schiffer im Griechischen und Römischen Recht*, Zutphen, 1978, *passim*; R. KNÜTEL, *Die Haftung für Hilfspersonen im römischen Recht*, in *ZSS*, C, 1983, 340 ss.;

commerciali che concludevano contratti di *locatio-conductio* onde, rispettivamente, trasportare via mare le merci dei clienti se non i clienti stessi (*ut traiciat vectores*), ovvero ospitare questi ultimi (*ut viatores manere in caupona patiatur*), ovvero, infine, ‘parcheggiare’ i loro giumenti (*ut permittat iumenta apud eum stabulari*), come si ricava principalmente da D. 4.9.5 pr.

Con il sopraddetto editto il pretore introdusse un’azione (*in factum*)<sup>27</sup> tesa a tutelare il patto – accessorio rispetto al contratto di *locatio-conductio* e privo di riconoscimento nell’antico *ius civile* – attraverso il quale, appunto, gli imprenditori summenzionati assumevano espressamente in loro capo una responsabilità pressoché inesorabile. Quest’ultima, infatti, comportava che quanto fosse stato da loro *receptum*, cioè ricevuto sulla base del patto concluso coi clienti, essi si impegnassero a restituire *salvum*, cioè integro, assumendosi, in tal modo, il rischio dell’oggettivo perimento o danneggiamento, senza che rilevasse – a fronte del verificarsi della mancata *restitutio* per fatti anche più gravi del furto – alcuna indagine sulla loro condotta: *ait praetor: ‘nautae caupones stabularii quod cuiusque salvum fore receperint nisi restituent, in eos iudicium dabo’. Maxima utilitas est huius edicti, quia necesse est plerumque eorum fidem sequi et res custodiae eorum committere. ne quisquam putet graviter hoc adversus eos constitutum: nam est in ipsorum arbitrio, ne quem recipiant, et nisi hoc esset statutum, materia daretur cum furibus ad-*

---

F.M. DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale nel sistema della Grande Compilazione*, II, Bari, 1982, 1001 ss.; ID., *La responsabilità del ‘nauta’*, in *Labeo*, XI, 1965, 384 ss.; A. FÖLDI, *Anmerkungen zum Zusammenhang zwischen der Haftung ‘ex recepto nautarum cauponum stabulariorum’ und der Haftung für ‘custodia’*, in *RIDA*, XL, 1993, 263 ss.; R. LA ROSA, *Il formalismo del pretore: ‘constituta’ e ‘recepta’*, in *Labeo*, XLIII, 1997, 213 ss.; R. FERCLA, *Criteri di responsabilità dell’‘exercitor’*. *Modelli culturali dell’attribuzione di rischio e ‘regime’ della nozionalità nelle azioni penali ‘in factum contra nautas, caupones et stabularios’*, Torino, 2002, 175 ss., 202 ss.; ID., *La responsabilità per fatto di ausiliari nel diritto romano*, Padova, 2008, 249 ss.; P. CERAMI - A. DI PORTO - A. PETRUCCI, *Diritto commerciale romano. Profilo storico*, Torino, 2004, 269 ss.; J. GONZÁLEZ ROMANILLOS, *Observaciones sobre la responsabilidad en el ‘receptum nautarum’*, in *SCDR*, XVI, 2004, 277 ss.; M.F. CURSI, *‘Actio de recepto’*, cit., 117 ss.

<sup>27</sup> Che tale editto si inserisca su un sistema civile di responsabilità già formato è generalmente riconosciuto (C.A. CANNATA, *Ricerche*, cit., 105 ss.): *contra*, cfr. A. FÖLDI, *Anmerkungen*, cit., 263 ss., 278 ss. (secondo cui l’editto, alquanto risalente, avrebbe colmato una lacuna civilistica, atteso che all’epoca di emanazione la responsabilità *ex locato-conducto* per *custodia* non sarebbe stata ancora definita).

*versus eos quos recipiunt coeundi, cum ne nunc quidem abstineant huiusmodi fraudibus*<sup>28</sup>.

Il regime originario del *receptum*, dunque, sembrerebbe essersi fondato su un duplice elemento: da un lato, l'espressa convenzione (*pactum* cd. pretorio) tra 'imprenditore' e cliente; dall'altro, la recezione delle cose oggetto dell'accordo pretorio da parte dell'imprenditore' (o di suoi ausiliari). Ergo, la responsabilità detta *ex recepto* si configurava non come un *essentiale* o un *naturale* del contratto di *locatio-conductio* (nella specie, di 'trasporto', di 'albergo', di 'parcheggio'), bensì come un *accidentale* riconducibile a una specifica convenzione, legata da nesso negoziale al contratto consensuale, conclusa in tal senso da parte dei contraenti. E tutto ciò si rispecchiava nella stessa ambivalenza del verbo *recipere* che veniva impiegato sia per indicare l'atto di assunzione convenzionale da parte di un *nauta*, di un *caupo* o di uno *stabularius*, dell'impegno di restituire indenni taluni oggetti dei propri clienti, addossandosi in ordine ad essi una responsabilità gravosissima (*rectius*: addossandosi il verificarsi, nella sua oggettività, di qualsivoglia evento cagionante il perimento o il danneggiamento delle *res receptae*), sia per indicare l'atto materiale della presa in consegna delle cose.

Successivamente si estese l'oggetto della responsabilità *ex recepto* per una duplice via. Da un lato, nel primo secolo d.C., si considerarono, da parte del giurista Viviano, coperte dalla garanzia sopravvista non solo le *merces receptae* nella nave, ma anche gli effetti personali dei passeggeri (*locatores delle merces vehendae*) che fossero stati semplicemente imbarcati e per i quali non era dovuta la *vectura* (cioè il nolo) al *nauta* (e che, quindi, non erano stati espressamente previsti quali oggetto del *receptum*-patto): *ait praetor: 'quod cuiusque cuius salvum fore receperint: hoc est quamcumque rem sive mercem receperint. inde apud Vivianum relatum est ad eas quoque res hoc edictum pertinere, quae mercibus accederent, veluti vestimenta quibus in navibus uterentur et cetera quae ad cottidianum usum habemus*<sup>29</sup>. Dall'altro, nel secondo secolo d.C., Pomponio estese la responsabilità *ex recepto* a quelle *merces vehendae* per le quali era in-

<sup>28</sup> Ulp. 14 *ad ed.* D. 4.9.1 pr.-1.

<sup>29</sup> Ulp. 14 *ad ed.* D. 4.9.1.6; cfr., inoltre, Paul. 13 *ad ed.* D. 4.9.4.2: *Vivianus dixit etiam ad eas res hoc edictum pertinere, quae post impositas merces in navem locatasque inferentur, etsi earum vectura non debetur, ut vestimentorum, penoris cottidiani, quia haec ipsa ceterarum rerum locationi accedunt.*

tervenuto sì il *receptum*-patto, ma che ancora non erano state *receptae*, cioè materialmente stivate nella nave: orientamento tuttavia che Ulpiano, tra secondo e terzo secolo d.C., pare aver abbandonato (*item Pomponius libro trigensimo quarto scribit parvi referre, res nostras an alienas intulerimus, si tamen nostra intersit salvas esse: etenim nobis magis, quam quorum sunt, debent solvi. et ideo si pignori merces accepero ob pecuniam nauticam, mihi magis quam debitori nauta tenebitur, si ante eas suscepti*)<sup>30</sup>. Si erano aperte così, all'evidenza, due differenti strade dirette, rispettivamente, ad astrarre la responsabilità *ex recepto* dall'uno ovvero dall'altro dei due elementi formali che *ab origine* la contraddistinguevano: l'elemento 'convenzionale' espresso e l'elemento 'reale'.

Come si è detto, la responsabilità – di diritto pretorio – *ex recepto* era una 'responsabilità oggettiva e assoluta'<sup>31</sup>: il che potrebbe indurre a credere, almeno *prima facie*, che essa fosse equivalente a quella – tanto di diritto pretorio, quanto di diritto civile – gravante in capo a coloro che, già in forza del contratto stesso, *praestabant custodiam*, come il comodatario e il creditore pignoratizio, nonché come il 'depositario retribuito' (*horrearius-locator*, o *conductor pro custodia*) e i prestatori di *opus* (*conductores*), quali il lavandaio (*fullo*) e il sarto (*sarcinator*), verisimilmente purché già avessero percepito la mercede per il servizio da prestare. Vero è, invece, che le due responsabilità presentavano – ferma rimanendo la disomogeneità di fonti – taluni essenziali punti di divergenza. Anzitutto, se i debitori tenuti responsabili oggettivamente a titolo di *custodia* rispondevano in ipotesi di impossibilità di restituzione in forza di certuni eventi (*furtum*, in primo luogo) senza bisogno di un patto esplicito (essendo detta forma di responsabilità, ora, come per il comodatario, derivante immediatamente dal contratto, ora, come per il *fullo* e il *sarcinator*, derivante dal contratto e – forse anche – dalla ricezione della mercede da parte del *conductor*), originariamente, *nautae*, *caupones* e *stabularii* erano – come s'è visto – tenuti *ex recepto* solo sulla

<sup>30</sup> Ulp. 14 *ad ed.* D. 4.9.1.7; cfr., inoltre, Ulp. 14 *ad ed.* D. 4.9.3 pr.: *Et ita de facto vectorum etiam Pomponius libro trigensimo quarto scribit. idem ait, etiamsi nondum sint res in navem receptae, sed in litore perierint, quas semel recepit, periculum ad eum pertinere.*

<sup>31</sup> Su tale figura, v. C. PELLOSO, *Il deterioramento e il perimento 'ante traditionem' del bene compravenduto. Rimedi consumeristici e di diritto comune*, in *Tutele rimediali in tema di rapporti obbligatori*, a cura di L. Garofalo, Padova, 2015, 89 ss.

base di una formale assunzione della responsabilità edittalmente prevista. In assenza di essa, costoro avrebbero risposto *ex contractu* in armonia con la logica – elevata a principio, ancorché formalmente inespresso, al tramonto dell'epoca classica da Ulpiano – dell'*utilitas contrahentium*<sup>32</sup>.

Nel caso di trasporto oneroso, qualificato come *locatio rerum vehendarum*, il *nauta*-vettore sarebbe stato convenuto in giudizio dal *locator* con *actio ex locato* e avrebbe risposto solo nei limiti della propria *culpa*: la responsabilità sarebbe stata tale per cui in ipotesi di furto, danneggiamento, *casus, vis*, cause ignote, il *nauta-conductor* (tenuto non tanto a *vehere* e a 'custodire', quanto a 'custodire' *in vehendo*) non sarebbe stato tenuto al risarcimento e l'*actio locati* non sarebbe stata utilmente esperibile dal cliente-*locator*<sup>33</sup>. Nel caso di *locatio-conductio* in funzione

<sup>32</sup> Ulp. 29 *ad Sab.* D. 50.17.23: *Contractus quidam dolum malum dumtaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam. dolum tantum: depositum et precarium. dolum et culpam mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, item dotis datio, tutelae, negotia gesta: in his quidem et diligentiam. societas et rerum communio et dolum et culpam recipit. sed haec ita, nisi si quid nominatim convenit (vel plus vel minus) in singulis contractibus: nam hoc servabitur, quod initio convenit (legem enim contractus dedit), excepto eo, quod Celsus putat non valere, si convenerit, ne dolus praestetur: hoc enim bonae fidei iudicio contrarium est: et ita utimur. animalium vero casus mortisque, quae sine culpa accidunt, fugae servorum qui custodiri non solent, rapinae, tumultus, incendia, aquarum magnitudines, impetus praedonum a nullo praestantur.*

<sup>33</sup> Ulp. 14 *ad ed.* D. 4.9.3.1: *Ait praetor: 'nisi restituent, in eos iudicium dabo'. ex hoc edicto in factum actio proficiscitur. sed an sit necessaria, videndum, quia agi civili actione ex hac causa poterit: si quidem merces intervenerit, ex locato vel conducto: sed si tota navis locata sit, qui conduxit ex conducto etiam de rebus quae desunt agere potest: si vero res perferendas nauta conduxit, ex locato convenietur: sed si gratis res susceptae sint, ait Pomponius depositi agi potuisse. miratur igitur, cur honoraria actio sit inducta, cum sint civiles: nisi forte, inquit, ideo, ut innotesceret praetor curam agere reprimendae improbitatis hoc genus hominum: et quia in locato conducto culpa, in deposito dolum dumtaxat praestatur (cfr., per ampio ragguaglio di letteratura, E. STOLFI, *Studi sui 'libri ad edictum' di Pomponio*, II, *Contesti e pensiero*, Milano, 2001, 399); per il contratto di trasporto come *locatio* di *res vehendae* (in cui il vettore, *nauta*, è il conduttore) cfr., oltre a D. 4.9.3.1, D. 14.2.10 pr. Propensi a sostenere l'esclusione della responsabilità *ex locato-conducto* a titolo di *custodia* per *nautae, caupones, stabularii*, sono C.A. CANNATA, *Ricerche*, cit., 107 ss.; M.F. CURSI, *Actio de recepto*, cit., 132, 135 ss.; P. CERAMI - A. DI PORTO - A. PETRUCCI, *Diritto commerciale romano*, cit., 277 s.; R. FERCIA, *Criteri*, cit., 186 ss., 189 ss.; R. ROBAYE, *L'obligation de garde*, cit., 57 ss., 86 ss., 180 s., 204; peraltro, secondo tale scuola di pensiero, se il *nauta*, il *caupo*, lo *stabularius* avessero risposto nei limiti della *custodia*, l'editto sarebbe stato pressoché inutile (*contra*, cfr. H. BRECHT, *Zur Haftung*, cit., 83 ss.; L. VACCA, *Considerazioni in tema di risoluzione del contratto per impossibilità della prestazione e di ripartizione del**

di contratto di albergo, di parcheggio, o di locazione di nave o di parte di nave (figure riconducibili al tipo delle *locationes rerum*), il *caupo*, lo *stabularius* e il *nauta* – per l'appunto quali *locatores* – avrebbero potuto

---

*rischio nella 'locatio conductio', in 'Iuris vincula'. Studi in onore di M. Talamanca*, Napoli, 2001, 288; S. KORDASIEWICZ, *'Receptum nautarum'*, cit., 198 ss.). Cfr., inoltre, D. 19.2.40 e D. 4.9.5 pr.-1 (entrambi tratti dal commento gaiano all'editto provinciale): nel primo si precisa che il depositario retribuito sia riceve la *merces pro custodia*, sia risponde per *custodia* (*qui mercedem accipit pro custodia alicuius rei, is huius periculum custodiae praestat*); nel secondo, invece, si assume che come il *fullo* e il *sarcinator* sono responsabili *iure civili* nei limiti della *custodia* per il caso di furto, benché non ricevano la *merces* per la *custodia*, così anche armatori, albergatori, parcheggiatori rispondono essi stessi – ovviamente *iure praetorio*: M.F. CURSI, *'Actio de recepto'*, cit., 132 ss., 137; R. FERCIA, *'Criteri'*, cit., 186 ss., 189, nt. 109 – a titolo di *custodia* sia per furto che per danneggiamento (*nauta et caupo et stabularius mercedem accipiunt non pro custodia, sed nauta ut traiciat vectores, caupo ut viatores manere in caupona patiat, stabularius ut permittat iumenta apud eum stabulari: et tamen custodiae nomine tenentur. nam et fullo et sarcinator non pro custodia, sed pro arte mercedem accipiunt, et tamen custodiae nomine ex locato tenentur*). Oltre che dalla chiusa di D. 4.9.3.1 (*in locato conducto culpa, in deposito dolus dumtaxat praestatur*), che la responsabilità civile dei *nautae* sia, di regola, per colpa, potrebbe emergere anche da un passo labeoniano, rilevante, data la prospettiva particolare, sul piano delle sole tutele civili e non su quello dei rimedi pretori *ex recepto*, benché l'intersecarsi dei due piani sia oggettivamente innegabile (R. FERCIA, *'Criteri'*, cit., 203 ss.): Lab. 1 *pith. a Paul. epit.* D. 14.2.10 pr.: *si vehenda mancipia conduxisti, pro eo mancipio, quod in nave mortuum est, vectura tibi non debetur* (cfr. L. VACCA, *Considerazioni in tema di risoluzione*, cit., 283 s.; R. FIORI, *La definizione della 'locatio-conductio'. Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*, Napoli, 1999, 133; R. FERCIA, *La responsabilità*, cit., 309; L. MANNA, *Buona fede*, cit., 382 s.; M. KASER, *'Periculum locatoris'*, in ZSS, LXXIV, 1957, 188 s.; E. BETTI, *'Periculum'. Problema del rischio contrattuale in diritto romano classico e giustiniano*, in *Studi in onore di P. De Francisci*, I, Milano, 1956, 189). Il giurista augusteo precisa che, con riguardo alla *locatio mercium vehendarum*, in ipotesi di morte di uno schiavo da trasportare, la *vectura* non è dovuta al *nauta*; in altre parole il passo, per come è concepito, non può che porre solo il problema dell'allocatione del rischio contrattuale del perimento non colposo delle *res* da trasportare, e, tra le due parti, già sul piano del *ius civile*, ogni *periculum* pare essere concretamente addossato al *conductor* (*nauta*), il quale, quindi, secondo Labeone, a seguito della sopravvenuta impossibilità della prestazione a lui non imputabile, non ha diritto ad alcunché *ex contractu*; per Labeone, cioè, non è che al *nauta*, titolare di azione *ex conducto* per la *vectura*, sia opponibile il *receptum* (il che sarebbe sintomo dell'ascrizione onoraria al *nauta* di detto *periculum*); come il *locator*, in caso di impossibilità sopravvenuta non imputabile, non ha azione civile contro il *nauta* per fare valere l'*id quod interest*, così il *nauta* non ha alcuna azione civile contro il *locator* per ottenere la *vectura* (cfr., sul punto, L. MANNA, *Buona fede*, cit., 383, la quale ritiene «che verosimilmente il quesito era stato posto dall'*exercitor* e che, in conseguenza, il giurista non ha trattato di *id quod interest*, ma solo di perdita della *merces*, giacché si

essere convenuti unicamente con un' *actio conducti* e, proprio perché tenuti solo a mettere a disposizione uno spazio per il trasporto (e, dunque, né a trasportare né a custodire), mai avrebbero potuto essere condannati per il caso di furto e di danneggiamento di cose introdotte nei locali posti in essere da soggetti terzi<sup>34</sup>. Nel caso di alloggio, ricovero e

---

trattava di stabilire se quegli potesse agire per ottenere il corrispettivo del trasporto: nella prospettiva dell'*exercitor* l'azione era finalizzata a ottenere la *merces* e quindi a quella Labeone si riferisce». Se, invero, il *nauta* avesse risposto contrattualmente a titolo di *custodia*, sarebbe stato ben più logico addossare al locatore il rischio dell'impossibilità non imputabile e, quindi, Labeone, nel suo *responsum*, avrebbe dovuto prospettare al *nauta* l'esperibilità di un' *actio conducti*, rimanendo il *locator*, a fronte della *mors servi* non imputabile, tenuto alla *vectura*: il che, invece, non è. Fermo rimane che, a mente della sopraddetta interconnessione tra diritto civile e diritto onorario, per Labeone, in caso di *mors servi vehendi*, il cliente avrebbe potuto esperire fruttuosamente un' *actio ex recepto* se il *nauta* convenuto non l'avesse efficacemente paralizzata mediante l'*exceptio* 'di naufragio o di attacco di pirati' (D. 4.9.3.1: *Labeo scribit, si quid naufragio aut per vim piratarum perierit, non esse iniquum exceptionem ei dari*), laddove per ipotesi di perimento del bene per furto, o a seguito di danneggiamento, o per cause ignote, *iure praetorio* il *nauta* – a differenza di quanto il regime civile comportava *ex locato* – sarebbe stato destinato a soccombere.

<sup>34</sup> Rimarcano che, allorché la fattispecie fosse stata interpretata come *locatio* di parte di nave o di nave intera (cfr. D. 4.9.3.1; v., inoltre, D. 14.2.10.1-2 e D. 14.2.2 pr.), l' *actio conducti* contro il *nauta* (*locator*) non avrebbe potuto essere fruttuosamente esperita dal cliente (*conductor*) per il caso di danneggiamento o di furto da parte di terzi, L. TULLIO, *Contratto di noleggio*, Milano, 2006, 234 s.; J. MICHEL, *Gratuité*, cit., 59; R. ROBAYE, *L'obligation de garde*, cit., 84; L. VACCA, *Considerazioni in tema di risoluzione*, cit., 287; S. KORDASIEWICZ, *'Receptum nautarum'*, cit., 198 ss.; v., inoltre, R. FERCIA, *Criteri*, cit., 177 ss., 187, R. FIORI, *La definizione*, cit., 128 ss., 139 ss., 142 ss., nonché M.F. CURSI, *'Actio de recepto'*, cit., 132, favorevoli a ritenere D. 4.9.3.1 genuino nel tratto '*sed - convenienietur*' (*sed si tota navis locata sit, qui conduxit ex conducto etiam de rebus quae desunt agere potest*) e a considerare esperibile l'azione *ex conducto* anche per l'ipotesi in cui alcune *res* introdotte dal conduttore *desunt* se il *nauta* loca la *tota navis*, obbligandosi a garantire – contro un corrispettivo – l'*uti frui* della stessa, e per un *vitium* imputabile al locatore il carico o parte di esso si perde, come si ricava pure da Labeo 1 *pith. a Paul. epit.* D. 14.2.10.1; con modifica del precedente pensiero, R. FERCIA, *La responsabilità*, cit., 313 ss., ritiene – ma senza fonti che supportino tale visione – che l' *actio conducti* sia esperibile anche per perdita dovuta a eventi non imputabili. La qualificazione negoziale era dunque attività imprescindibile sia per la scelta del tipo di azione, sia per la precisazione del regime di responsabilità: e che ciò fosse un problema altamente sentito dalla pratica (sebbene l'editto *de recepto* appianasse molti ostacoli) emerge da un celebre passo in cui Labeone, per aggirare tali problemi interpretativi, suggerisce di esperire un'azione *civilis in factum* (D. 19.5.1.1: su cui v. A. BURDESE, *Sul concetto di contratto e i contratti innominati in Labeone*, in *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*,

trasporto gratuiti, il *caupo*, lo *stabularius* e il *nauta* – quali depositari – avrebbero, in quanto sole parti contrattuali obbligate e sopportanti sacrifici, ‘prestato solamente il *dolus*’<sup>35</sup>.

L’editto *de recepto*, in altre parole, uniforma ed estremizza nel segno dell’omologazione i plurimi e variegati regimi di responsabilità (civile, quando non sanzionabile con *actiones in factum*), colmando lacune più o meno marcate del sistema. Quindi, *ex edicto*: il *nauta-conductor* inizia a rispondere di furti, nonché di danneggiamenti, verificatisi anche senza sua colpa (tale responsabilità, invece, non potendo in precedenza essere fatta valere *ex locato*, dato che il *conductor* era tenuto nei soli limiti della *culpa*); il *nauta-locator*, il *caupo*, lo *stabularius* iniziano a rispondere ‘tout court’ di furti e danneggiamenti da parte di terzi (tale responsabilità, invece, non potendo in precedenza essere fatta valere *ex conducto*, dato che nessun autentico obbligo restitutorio gravava su tali *locatores*). Il depositario gratuito inizia a rispondere oltre il ‘dolo’ (quest’ultimo rappresentando, invece, il normale, e più lieve, criterio soggettivo di imputazione dell’inadempimento del depositario, unica parte contrattuale a sopportare *ex contractu* sacrifici).

Va altresì considerato che la responsabilità *ex recepto* ricomprendeva pure il caso di danneggiamento e quello di perimento cagionato da eventi oggettivamente non superabili: più esattamente le ipotesi di caso fortuito e di forza maggiore, così come le cause ignote – quali eventi cagionanti l’impossibilità della prestazione non solo ‘non colposi’, ma neppure assorbibili tra gli eventi addossabili a titolo di *custodia* – non costituiscono di per sé esimenti della responsabilità onoraria *ex recepto*. Solo tra il primo secolo a.C. e il primo secolo d.C., grazie all’intervento del giurista Labeone, l’originaria durezza del regime del *receptum* venne in parte attenuata: l’‘imprenditore’, infatti, avrebbe potuto sollevare

---

Padova, 2005, 129 ss.; C.A. CANNATA, *L’actio in factum civilis*, in *Iura*, LVII, 2008-2009, 9 ss., 14 ss.; ID., *Labeone, Aristone e il sinallagma*, in *Iura*, LVIII, 2010, 91 ss.). V., per la necessaria qualificazione del contratto con *caupones* e *stabularii* in termini di *locatio rei* (D. 4.9.5 pr.), T. KLEBERG, *Hôtels, restaurants et cabarets dans l’antiquité romaine*, Uppsala, 1957; A. FÖLDI, ‘*Caupones*’ e ‘*stabularii*’ nelle fonti del diritto romano, in *Festschrift F. Sturm*, Liège, 1999, 119 ss.; R. FERCIA, *Criteri*, cit., 177; P. CERAMI, ‘*Tabernae deversoriae*’. Settore economico e regime giuridico nel periodo imprenditoriale, in *Studi in onore di A. Metro*, I, Milano, 2009, 470.

<sup>35</sup> Ulp. 14 *ad ed.* D. 4.9.3.1: *sed si gratis res susceptae sint, ait Pomponius depositi agi potuisse ... et quia in locato conducto culpa, in deposito dolus dumtaxat praestatur.*

una formale *exceptio* con la quale opporre al cliente che lo conveniva in giudizio *ex recepto* che il perimento delle cose era stato cagionato da un *damnum fatale* o da una *vis maior*, da un evento preciso e determinato, cioè, quale un naufragio o un incendio, una incursione di pirati ovvero di bande armate (rimedio processuale, questo, pleonastico nell'ipotesi del *praestare custodiam*, giacché qui i singoli casi riconducibili alla categoria della *vis maior* rilevavano, per escludere la responsabilità, *ipso iure* e non *ope exceptionis*)<sup>36</sup>.

Insomma, un passo importante veniva compiuto lungo la strada che avrebbe condotto, nel prosieguo, ad una completa – sostanziale se non di fonti – equivalenza tra responsabilità civile per *custodia* e responsabilità pretoria *ex recepto*: infatti, da un lato, secondo l'indicazione di Viviano si potevano considerare assicurati beni accessori alle *merces receptae* introdotti nella nave dopo lo stivamento di queste ultime, dall'altro, avvalendosi dell'eccezione labeoniana, si poteva attenuare la responsabilità oggettiva ed assoluta *ex recepto* avvicinandola, contenutisticamente, a quella per *custodia* che di per sé si limitava a ricomprendere il furto (ma non ipotesi come la rapina etc.). E, infatti, nella seconda metà del secondo secolo d.C., Gaio esplicitamente pose sullo stesso piano la responsabilità del *fullo* e del *sarcinator* (che però avessero già ricevuto la *merces* dal cliente e avessero presso di sé la cosa su cui eseguire l'*opus*)<sup>37</sup>, da un lato, e quella del *nauta*, del *caupo* e dello *stabularius*, dall'altro, onde evidenziarne i punti di contatto, talché il giurista parlò univocamente di soggetti tenuti, tutti, *nomine custodiae*<sup>38</sup>. Tuttavia, anche con Gaio non si operò una totale sovrapposizione tra le due figure: quando il giurista scriveva, infatti, se per i primi due soggetti, lavandaio

<sup>36</sup> Ulp. 14 *ad ed.* D. 4.9.3.1: *At hoc edicto omnimodo qui receperit tenetur, etiam si sine culpa eius res periit vel damnum datum est, nisi si quid damno fatali contingit. inde Labeo scribit, si quid naufragio aut per vim piratarum perierit, non esse iniquum exceptionem ei dari. idem erit dicendum et si in stabulo aut in caupona vis maior contigerit.*

<sup>37</sup> Cfr. Gai 3.205; D. 19.2.40.

<sup>38</sup> Gai. 5 *ad ed. prov.* D. 4.9.5 pr.-1: *Nauta et caupo et stabularius mercedem accipiunt non pro custodia, sed nauta ut traiciat vectores, caupo ut viatores manere in caupona patiat, stabularius ut permittat iumenta apud eum stabulari: et tamen custodiae nomine tenentur. nam et fullo et sarcinator non pro custodia, sed pro arte mercedem accipiunt, et tamen custodiae nomine ex locato tenentur. 1. Quaecumque de furto diximus, eadem et de damno debent intellegi: non enim dubitari oportet, quin is, qui saluum fore recipit, non solum a furto, sed etiam a damno recipere videatur.*

e sarto, la responsabilità oggettiva era conseguenza *iure civili* del contratto di *locatio-conductio* (forse, come già si è sottolineato, purché già eseguito *a locatore*) e ricomprendeva il *furtum* commesso da terzi, ma non anche il *damnum iniuria datum* (che solo con Marcello, giurista contemporaneo di Gaio, si considerò coperto dal *praestare custodiam*), per il *nauta*, il *caupo* e lo *stabularius*, essa discendeva ancora da una esplicita assunzione convenzionale pretoria e, per di più, ricomprendeva pacificamente il danneggiamento ingiusto.

Sarà circa mezzo secolo più avanti che il progressivo avvicinarsi delle due responsabilità (attraverso una mitigazione di quella *ex recepto* e una estensione contenutistica di quella per *custodia*) sfociò in una situazione di eguaglianza, tanto che, per un giurista come Ulpiano, ‘*recipere custodiam*’ e ‘*recipere saluum fore*’ erano espressioni sostanzialmente intercambiabili: al suo tempo, infatti, sia coloro che erano tenuti *ex recepto* sia quelli che *praestabant custodiam* rispondevano del perimento sia nel caso di furto che in quello di danneggiamento, laddove erano esonerati da ogni responsabilità qualora avessero contestato fondatamente all’attore un *damnum fatale* (attenuatosi in seno alla *cognitio extra ordinem*, che sostituiva il processo formulare, il valore formale dell’*exceptio*). E, inoltre, non era più necessaria, per *nautae*, *caupones*, *stabularii*, una formale assunzione, attraverso patto autonomo, di responsabilità equivalente a quella per *custodia*, in quanto bastava una reale ricezione<sup>39</sup>. Già, dunque, a partire dai primordi del terzo secolo d.C. (se non già dalla fine del secondo secolo d.C.), per diritto romano, la responsabilità *ex recepto* non divergeva processualmente – se non per le oramai lontane origini storiche – da quella ordinaria per *custodia*: si trattava di una unitaria area di responsabilità a fondamento oggettivo oltre i cui limiti stavano ipotesi di impossibilità sopravvenuta che, nei

<sup>39</sup> Ulp. 14 *ad ed.* D. 4.9.1.8: *Recipit autem saluum fore utrum si in navem res missae ei adsignatae sunt: an et si non sint adsignatae, hoc tamen ipso, quod in navem missae sunt, receptae videntur? et puto omnium eum recipere custodiam, quae in navem illatae sunt, et factum non solum nautarum praestare debere, sed et vectorum*, Gai. 5 *ad ed. prov.* D. 4.9.2: *Sicut et caupo viatorum*. Ulp. 14 *ad ed.* D. 4.9.1.3: *Et sunt quidam in navibus, qui custodiae gratia navibus praeposuntur, ut nauphylakes et diaetarii. si quis igitur ex his receperit, puto in exercitorem dandam actionem, quia is, qui eos huiusmodi officio praeposuit, committi eis permittit, quamquam ipse navicularius vel magister id faciat, quod cheirembolon appellant. sed et si hoc non exercet, tamen de recepto navicularius tenebitur*.

secoli e in forza delle elaborazioni prudenziali casistiche, si erano sedimentate quali ‘cause non imputabili’, ossia ‘cause non ascrivibili’, ai fini dell’emersione dell’obbligo risarcitorio, al debitore.

#### 4. *Per una riscoperta della responsabilità a titolo di ‘custodia’.*

Se i *prudentes*, a mente della *regula* dell’*utilitas contrahentium*, rispetto ai contratti di buona fede, imputavano al debitore, ora soggettivamente, ora oggettivamente l’inadempimento (in conformità a un multiforme sistema apparentemente sconosciuto al diritto civile vigente in Italia), ciò significa che, con esplicito riguardo alle ipotesi di ascrizione dell’inadempimento per *custodia*, il fondamento della responsabilità era rappresentato dall’‘inadempimento oggettivamente imputabile’ (1), laddove la fattispecie esonerativa della responsabilità era data, oltre che dalla impossibilità sopravvenuta dell’esatta prestazione, dall’intervento di una precisa causa di tale impossibilità diversa da quelle progressivamente fatte orbitare entro il concetto stesso di *custodia*, con ovvia ascrizione dei cd. fatti ignoti alla sfera di ‘rispondibilità’ debitoria (2). Un metodo ‘positivo’, dunque, che era volto ad acclarare i singoli casi in cui sussisteva la responsabilità e non un metodo ‘negativo’ per cui si individuava, *toto coelo*, l’area estranea alla responsabilità.

Ben diversamente, per diritto italiano si è congegnato un sistema formalmente rigido e tendenzialmente insensibile, almeno *prima facie*, alla logica duttile della *regula* romana dell’*utilitas contrahentium*, tale per cui solo in forza di precisi correttivi sarebbe possibile scalfire la natura monolitica del giudizio di responsabilità (incapace, in punto di principio, dunque, di differenziare tanto la responsabilità del depositario da quella del comodatario, quanto quella del comodatario normale da quella del comodatario che – in forza di un cd. scambio empirico<sup>40</sup> – detiene anche con vantaggio del comodante)<sup>41</sup>. La duttilità della *re-*

<sup>40</sup> Lo scambio empirico si ha quando una parte sopporta un sacrificio al fine di ricavarne un vantaggio, anche prescindendo dall’esistenza, sul piano del contratto, di un analogo sacrificio a carico della controparte (cfr., sul punto, U. BRECCIA, *Morte e resurrezione della causa: la tutela*, in *Il contratto e le tutele*, a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002, 256 s. e ntt. 36 s.; V. ROPPO, *Il contratto*<sup>2</sup>, in *Trattato di diritto privato* a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2011, 356 ss.).

<sup>41</sup> Come già si rammentava, la dottrina ha ricavato il principio secondo cui la responsabilità del soggetto tenuto alla prestazione, in quanto non riceve alcuna utilità

*gula* romana e il metodo casistico positivo sembrano non essere stati adeguatamente valorizzati in dottrina nelle diverse ricostruzioni della responsabilità contrattuale.

Messe da parte quelle posizioni che, inopinatamente, discorrono con riferimento alla responsabilità contrattuale di una ‘presunzione di colpa’ o addirittura paiono individuare nella colpa il fondamento stesso dell’obbligo risarcitorio<sup>42</sup>, a titolo puramente esemplificativo si può ricordare come il Mengoni abbia confezionato una teoria binaria che contrappone la responsabilità *ex recepto* (ossia autenticamente aggravata) dell’albergatore, dei magazzini generali, del vettore, della banca per il servizio di cassette di sicurezze, quale sintomo di una concezione tutta oggettiva della ‘causa non imputabile’, alla responsabilità contrattuale ordinaria; quest’ultima, fondata sul fatto oggettivo dell’inadempimento

---

in base al contratto, va valutata con minor rigore, dalla specifica disciplina di alcune figure di contratti gratuiti, come quella versata nell’art. 1710 (ove è stabilito che «il mandatario è tenuto a eseguire il mandato con la diligenza del buon padre di famiglia», e si precisa, sempre all’interno del comma iniziale, che, «se il mandato è gratuito, la responsabilità per colpa è valutata con minor rigore»), nonché nell’art. 1768 cod. civ. (ove, precisato al comma 1 che «il depositario deve usare nella custodia la diligenza del buon padre di famiglia», si afferma al comma successivo che, «se il deposito è gratuito, la responsabilità per colpa è valutata con minor rigore»): cfr. L. GAROFALO, *Gratuità*, cit., 49 s., «il minor rigore di cui parla il legislatore ... concernerebbe proprio la misura del comportamento esigibile dal debitore e non già la misura del danno. Con la conseguenza che il mandatario o il depositario senza corrispettivo, se ritenuto responsabile per non aver osservato il più blando paradigma di diligenza valevole per lui, risponderà dell’intero danno sofferto dal mandante o dal depositante».

<sup>42</sup>Cfr. F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, Padova, 2009, 57 s., ad avviso del quale, ove si sostenga «che l’art. 1218 introduce solo una ‘presunzione di colpa’ del debitore, si enuncia una premessa che solo raramente viene portata alla logica conseguenza che il debitore possa vincere questa presunzione dando la prova, quale assenza di colpa, della propria diligenza; si ritiene, il più delle volte, che una simile prova sia inidonea a liberare il debitore, dal quale si esige la prova della specifica causa, estranea alla sua sfera di controllo, che ha impedito l’adempimento. Sicché il concetto di presunzione di colpa non appare usato qui nel senso tecnico dell’art. 2727: finisce con l’essere null’altro che un omaggio, puramente nominale, all’antico dogma secondo il quale non può esserci responsabilità senza colpa». Pare propugnare inopinatamente questa estrema (ed inaccettabile) conseguenza, invero, R. NEVOLA, *La responsabilità contrattuale, extracontrattuale e precontrattuale: elementi comuni e differenziali. Analisi sistematica dei fatti costitutivi e dei criteri di imputazione*, in *La responsabilità civile*, in *Trattato teorico-pratico di diritto civile*, a cura di P. Fava, Milano, 2009, 411 ss., 416 ss.

mento (giusta una rigorosa lettura dell'art. 1218 cod. civ.)<sup>43</sup>, viene soggettivizzata quanto alla causa esimente costituita, oltre che dall'impossibilità, dall'assenza di colpa (giusta una lettura integrata dell'art. 1218 cod. civ. e dell'art. 1176, comma 1, cod. civ.)<sup>44</sup> che consacra la diligenza del buon padre di famiglia come criterio valutativo della prestazione). Dunque, una volta provati i due elementi costitutivi del limite (impossibilità e assenza di colpa), in presenza di fatti ignoti (quali illeciti perpetrati da sconosciuti) il debitore ordinario (a differenza di quello *ex recepto*) sarebbe sempre da ritenersi liberato<sup>45</sup>.

<sup>43</sup> Art. 1218 cod. civ.: «Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile».

<sup>44</sup> Art. 1176 cod. civ.: «Nell'adempiere l'obbligazione il debitore deve usare la diligenza del buon padre di famiglia. Nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata».

<sup>45</sup> Cfr. L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, 193 ss., 199 ss., 203 ss.; ID., voce *Responsabilità contrattuale*, cit., 1075 e 1093; v., inoltre, con esposizione di tesi che molto devono dirsi tributarie del pensiero del grande giurista, F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Napoli, 2010, 424 ss., 630 s. La tesi mengoniana, volta al coordinamento sistematico, ai fini della strutturazione del giudizio di responsabilità, tra art. 1176 e art. 1218 cod. civ., si oppone alle precedenti ricostruzioni postulanti, di contro, un'insuperabile incomunicabilità tra le due disposizioni da ultime citate (cd. tesi della separazione delle sfere di influenza): cfr. G. OSTI, *Revisione critica della teoria sull'impossibilità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1918, 423 ss.; ID., *Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, 606 ss. (recentemente seguito, benché solo in parte, da C. CASTRONOVO, *La responsabilità per inadempimento da Osti a Mengoni*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, 7 ss.; ma cfr., altresì, ID., *La nuova responsabilità civile*<sup>3</sup>, Milano, 2006, 225 s., 396, 531 s.). Osti ritiene essere preconcetta l'idea che l'art. 1218 vada integrato dall'art. 1176 cod. civ., quest'ultimo concorrendo solo a determinare il contenuto della prestazione e, dunque, il presupposto oggettivo della responsabilità: tali articoli, infatti, avrebbero sfere di applicazione ben separate, l'uno concernendo i contenuti delle sole obbligazioni di mera condotta (e, con essi, i presupposti dell'adempimento), l'altro attenendo, indifferenziatamente, ai presupposti che l'ordinamento fissa ai fini dell'ascrizione della responsabilità per l'ipotesi di inadempimento della prestazione dovuta; *ergo*, ove il risultato non venga dedotto in obbligazione, per stabilire se l'obbligazione si sia estinta per esatto adempimento sarebbe imprescindibile sindacare la condotta (di cui l'art. 1176 cod. civ. fissa nella *exacta diligentia* il parametro valutativo), mentre ove il debitore sia vincolato ad apprestare un ben preciso risultato, tale da soddisfare in via definitiva il creditore, la questione dell'inadempimento si risolve

Ancora, ad avviso del D'Amico, alla responsabilità *ex recepto* (cui è assimilata quella del comodatario e quella del conduttore), intesa quale responsabilità oggettiva propria delle obbligazioni di risultato, è da affiancarsi la responsabilità soggettiva delle obbligazioni di mezzo: la distinzione tra responsabilità oggettiva e responsabilità soggettiva, quindi, concernerebbe sia il fondamento della stessa – rispettivamente il rischio e la colpa –, sia la distribuzione dell'onere della prova, sicché nella prima sul debitore graverebbe il rischio delle cause ignote e l'onere della prova della specifica causa dell'impossibilità sopravvenuta, mentre nella seconda sarebbe il creditore a sopportare le cause ignote e a dover dimostrare l'inesistenza dell'impossibilità ad eseguire ovvero la sua imputabilità al debitore<sup>46</sup>.

'oggettivamente' (ossia mediante l'accertamento del conseguimento, o meno, del risultato). Per lo studioso, il giudizio di responsabilità sarebbe bipartito: la prima fase si concentrerebbe sull'accertamento dell'impossibilità oggettiva e assoluta; nella seconda, in ipotesi di accertata possibilità (e conseguente radicale esclusione della liberazione del debitore), si individuerebbero le conseguenze dell'inadempimento (rilevante nella sua oggettività quale fonte della responsabilità), laddove in ipotesi di accertata impossibilità oggettiva ed assoluta – dato che l'obbligazione di per sé sola non sarebbe più in grado di fondare l'obbligo risarcitorio e data l'esigenza di fondare il vincolo secondario di responsabilità su un elemento estrinseco che permette il perpetuarsi dell'obbligazione, ossia la condotta debitoria – si procederebbe ad acclarare l'eventuale imputabilità al debitore qui importando la colpa come difetto di diligenza o di perizia.

<sup>46</sup> G. D'AMICO, *La responsabilità 'ex recepto' e la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato. Contributo alla teoria della responsabilità contrattuale*, Napoli, 1999, 127 ss., 132 ss., 142 ss., 154 ss., 192 ss. Sulla distinzione 'mezzo-risultato', *ex plurimis*, v., in generale, V. DE LORENZI, voce *Obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, XII, Torino, 1995, 397 ss., 402 s.; v., inoltre, A. FONDRIESCHI, voce *Prestazione*, in *Digesto disc. priv. - Sez. civ. (Agg.)*, II, Torino, 2007, 970 (il cui riferimento all'esistenza di qualche eco di detta distinzione addirittura già nel diritto romano non pare accoglibile), nonché M. AZZALINI, *Obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultati. Categorie giuridiche travisate*, Padova, 2012, 21 ss., 103 ss. (il quale tenta di attribuire alla distinzione in parola un qualche ruolo, almeno con riguardo alla teoria della prestazione, là ove espunge da talune obbligazioni il risultato e discorre di obbligazioni di «mera condotta»). Hanno riconosciuto l'inconsistenza dogmatica della distinzione – ritenuta del tutto incapace di proiettarsi vuoi sul presupposto e sul limite dell'obbligazione risarcitoria (che rimangono invariabilmente l'inadempimento, senza qualifiche ulteriori, da un lato, e l'impossibilità per causa non imputabile, dall'altro) vuoi sulla distribuzione degli oneri probatori (che è mero riflesso processuale dell'unità strutturale tanto dell'obbligazione quanto del giudizio di responsabilità) –, L. MENGONI, *Obbligazioni*, cit., 185 ss.; C. CASTRONOVO, *Profili della responsabilità medica*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, V, Re-

Contro la prima impostazione e, soprattutto, contro la costante equazione ‘causa non imputabile = *casus non culpa determinatus*’, a prescindere da questioni relative alla collocazione topografica dell’art. 1176 cod. civ., si porrebbero i seguenti dati: 1) la formula neutra adottata dall’art. 1218 cod. civ. a proposito del criterio di imputazione della causa di impossibilità; 2) la genesi storica della formula ‘causa non imputabile’ (che sostituisce, per l’appunto, locuzioni quali ‘causa estranea’, ‘caso fortuito’ e ‘forza maggiore’ presenti nel codice italiano abrogato); 3) la indiscriminata generalizzazione del criterio della diligenza del buon padre di famiglia. Contro la seconda impostazione, tra i plurimi elementi di criticità, milita l’unitarietà del sistema di responsabilità (che non conosce una diversificazione di regime a seconda della qualificazione dell’obbligazione come di mezzi o come di risultato) e, quindi, dell’unitarietà del concetto di obbligazione che, al livello processuale, esclude la divaricazione della struttura del giudizio e dell’allocazione dell’onere probatorio a seconda dei contenuti della prestazione dovuta (dato che tali contenuti, al più, possono incidere concretamente sul solo *thema probandum*).

L’inappagamento che scaturisce da tali ricostruzioni giustifica un ripensamento della materia. Se il fondamento della responsabilità contrattuale è rappresentato – secondo la lettura più rigorosa dell’art. 1218 cod. civ. – dall’inadempimento in sé e per sé considerato<sup>47</sup> e non dall’inadempimento imputabile (come è, invece, per diritto romano), risulta arduo metter a frutto la logica mobile dell’*utilitas contrahentium* sul piano del fondamento della responsabilità e dell’onere probatorio attoreo. Da

---

*sponsabilità civile e tutela dei diritti*, Milano, 1998, 117 ss.; ID., *La nuova responsabilità civile*, cit., 560 ss., 785 ss.; ID., *L’utopia della codificazione europea e l’oscura realpolitik di Bruxelles. Dal DCFR alla proposta di regolamento di un diritto comune europeo della vendita*, in *Europa e dir. priv.*, 2011, 858 s.; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca* a cura di F. Galgano, Bologna - Roma, 1988, 109 ss., 456 ss.; A. NICOLUSSI, *Il commiato della giurisprudenza dalla distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, 797 ss.; F. PIRAINO, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» ovvero dell’inadempimento incontrovertibile e dell’inadempimento controvertibile*, *Europa e dir. priv.*, 2008, 83 ss.; ID., *Corsi e ricorsi delle obbligazioni ‘di risultato’ e delle obbligazioni ‘di mezzi’: la distinzione e la dogmatica della sua irrilevanza*, in *I Contratti*, 2014, 888 ss.

<sup>47</sup> Cfr. L. MENGONI, *Obbligazioni*, cit., 281, 290, 294 s., 300 ss., 312 s., 317 s., 379 s.; C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*<sup>3</sup>, cit., 455 ss., 555 ss., 559 s.

un lato, infatti, per diritto romano i plurimi criteri di imputazione permettono di modulare già a monte la responsabilità a seconda del concreto assetto di interessi divisi dalle parti e comportano per l'assunto creditore insoddisfatto l'onere di provare un *quid pluris* rispetto al titolo, al danno e all'inadempimento in sé (ossia l'imputabilità soggettiva dell'inadempimento, sempre che non sia sufficiente, in virtù del criterio della *custodia*, provare o allegare, a seconda della *conceptio* formulare *in factum* o *in ius*, la mancata restituzione della cosa tenuta dal convenuto nel suo unico o prevalente interesse). Dall'altra, per diritto italiano, un metodo siffatto risulta non seguibile, atteso che l'art. 1218, al più, pare estremizzare ed elevare a sistema lo schema del *praestare custodiam* (nel solo senso che è l'inadempimento, e non l'inadempimento doloso o colposo, a fondare la responsabilità e che l'inadempimento deve essere solo 'allegato' oltre alla prova del titolo e della esigibilità, mentre è il convenuto a dover provare o l'adempimento esatto o la causa di esclusione della responsabilità). Quanto al limite della responsabilità, connotare monoliticamente la 'non imputabilità' nei termini soggettivi dell' 'assenza di colpa' oppure in chiave oggettiva come indice del 'caso fortuito' o della 'forza maggiore' risulta in definitiva assai inappagante, massimamente sotto il profilo del concreto atteggiarsi del gioco degli interessi delle parti, alla luce del già rammentato fondamento unitario e oggettivo della responsabilità<sup>48</sup>.

Tuttavia, atteso che 'causa non imputabile' è una espressione breviloquente e generale idonea ad indicare neutralmente la 'non riferibilità

---

<sup>48</sup> Cfr. P. LAMBRINI, *La responsabilità civile è una sola: una notazione sistematica*, in *LR*, V, 2015, 129 ss., che discorre addirittura di unità della responsabilità civile sia contrattuale sia extracontrattuale. Tale unità concettuale (mentre risulta innegabile la diversità di regimi positivi in punto di prescrizione e di onere della prova) si fonda sia sul presupposto secondo cui «quando si agisce in giudizio per il risarcimento di un danno derivante da fatto illecito, si chiede l'adempimento di un'obbligazione», sia sul presupposto secondo cui l'art. 1218 cod. civ. faccia riferimento all'inadempimento di qualsiasi obbligazione, laddove l'art. 2043 cod. civ. concernerebbe la fonte dell'obbligazione risarcitoria aquiliana. In verità, sul piano concettuale, si agisce extra-contrattualmente non per l'esatto adempimento di una obbligazione pecuniaria (facendosi valere l'interesse positivo), ma per il risarcimento del danno cagionato da un fatto illecito (facendosi valere l'interesse negativo); inoltre, l'art. 1218 cod. civ. è applicabile solo con riguardo a obbligazioni che possano divenire impossibili (e le obbligazioni da fatto illecito non possono divenire tali) e in caso di 'mero danno' (mentre la responsabilità extra-contrattuale presuppone soltanto un 'danno ingiusto').

eziologica' di un certo fatto alla sfera dell'obbligato<sup>49</sup>, è proprio sul piano della identificazione delle fattispecie esonerative della responsabilità (e dunque anche delle cause non esimenti) che la duttilità del metodo positivo dei giuristi classici (che con riguardo alla *custodia* e, altresì, nei casi particolari di *receptum*, individuavano le singole 'cause di impossibilità sopravvenute della prestazione' per cui il debitore inadempiente veniva tenuto responsabile) può proficuamente essere recuperata onde ridefinire contenutisticamente e positivamente l'area della irresponsabilità (e, consequenzialmente, l'area della responsabilità).

A fronte dell'inadempimento dannoso (e non, invece, della inesecuzione della prestazione o della inesatta esecuzione dolosa o colposa) quale unico fondamento oggettivo dell'obbligo risarcitorio contrattuale, il principio dell'*utilitas* applicato al *genus* – aperto – delle 'cause non imputabili' permetterebbe di perimetrare 'relativisticamente', ossia con riguardo al particolare tipo di rapporto obbligatorio intercorrente tra le parti (secondo una valutazione compiuta sia in astratto sia in concreto), i casi implicanti irresponsabilità e, quindi, quelli implicanti responsabilità. 'Causa non imputabile', dunque, non sarebbe locuzione monolitica che individua i soli accadimenti che, nonostante l'impiego della diligenza, sono imprevedibili ed inevitabili dal debitore (ossia unicamente i fatti incolpevoli, come gli illeciti del terzo connotati o non connotati da *vis*), né ingloberebbe i soli accadimenti naturalisticamente invincibili da qualsivoglia forza umana (ossia, oggettivamente ed assolutamente, i fatti *quibus homo resistere non potest*, come gli illeciti del terzo connotati da *vis*).

Se, da un lato, la 'causa, non imputabile, di impossibilità sopravvenuta della prestazione' è esclusa, di regola, in ipotesi caratterizzate dalla presenza di colpa del debitore (oppure in ipotesi di pregresse violazioni contrattuali eziologicamente implicanti anche casi estranei all'area di

---

<sup>49</sup> Sotto il profilo testuale, la formula adottata dal legislatore nell'art. 1218 cod. civ. a proposito della 'imputazione' milita contro una interpretazione soggettivistica, atteso che ad essere imputabile non è l'inadempimento, ma l'evento che ha dato causa all'impossibilità della prestazione; sotto il profilo storico, lo studio della genesi della formula 'causa non imputabile', presente nel vigente codice, dimostra che essa sostituisce sinteticamente (superandole per estensione concettuale) locuzioni quali 'causa estranea', 'caso fortuito' e 'forza maggiore' presenti nel codice italiano abrogato: cfr., sul punto, per tutti, G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*<sup>3</sup>, Padova, 2005, 16 ss.

controllo da parte del debitore stesso)<sup>50</sup> e se la ‘causa, non imputabile, di impossibilità sopravvenuta della prestazione’ ricorre, di regola, allor-

<sup>50</sup> Traggo esempio dalle stesse fonti romane, ossia quello dell'impossibilità per il comodatario di restituzione della cosa detenuta, perita senza dolo e senza colpa, ma a fronte della, e in conseguenza della, previa violazione da parte sua della *lex contractus*, quale è l'uso non consentito della *res* (qualificata dai giuristi in termini di *culpa*), uso che se accompagnato dalla consapevolezza di ‘*facere invito domino*’ integra gli estremi di un *furtum usus*, laddove ai fini dell'esperibilità dell'azione contrattuale diretta *commodati* è sufficiente l'infondata e colposa convinzione nel comodatario di usare la cosa in conformità al volere del *dominus* (cfr. Gell. 6.15.2; Gai 3.196-197; D. 47.2.77[76]; I. 4.1.7; sul punto, da ultimo, v. L. PARENTI, *Brevi considerazioni*, cit., §§ 1 ss., con ulteriore bibliografia). La *voluntas* del comodante non è, tuttavia, sempre di agile e univoca determinazione, come emerge – ad esempio – dal dissenso ulpiano nei confronti di Namusa (Ulp. 28 *ad ed.* D. 13.6.5.7: *Sed interdum et mortis damnum ad eum qui commodatum rogavit pertinet: nam si tibi equum commodavero, ut ad villam adduceres, tu ad bellum duxeris, commodati teneberis: idem erit et in homine. plane si sic commodavi, ut ad bellum duceres, meum erit periculum. nam et si servum tibi tectorem commodavero et de machina ceciderit, periculum meum esse Namusa ait: sed ego ita hoc verum puto, si tibi commodavi, ut et in machina operaretur: ceterum si ut de plano opus faceret, tu eum imposuisti in machina, aut si machinae culpa factum minus diligenter non ab ipso ligatae vel funium perticarumque vetustate, dico periculum, quod culpa contigit rogantis commodatum, ipsum praestare debere: nam et Mela scripsit, si servus lapidario commodatus sub machina perierit, teneri fabrum commodati, qui neglegentius machinam colligavit): ove venga comodato uno schiavo *tector*, per Namusa la qualità di quest'ultimo sarebbe indice della volontà del comodante dell'uso da parte del comodatario *in machina* (anche in assenza di una esplicita previsione in tal senso), di talché, in ipotesi di morte dello schiavo caduto accidentalmente *ex machina*, l'*actio commodati directa* non sarebbe mai esperibile; per Ulpiano, invece, che riprende Mela, tale ineluttabile inesperibilità (segno del pericolo gravante sul comodante) si avrebbe solo nel caso di espressa volontà del comodante versata in contratto ai fini dell'uso *in machina* dello schiavo; diversamente, per il giurista severiano, il pericolo della impossibilità della restituzione sarebbe in capo al comodatario o in caso di espressa violazione dell'accordo (come nell'ipotesi di esclusione contrattuale dell'*opus facere in machina*) o in caso di *culpa* del comodatario (come nell'ipotesi di negligente predisposizione e manutenzione della *machina*); cfr., inoltre, Gai. 9 *ad ed. prov.* D. 13.6.18 pr.; Gai. 2 *rer. cott.* D. 44.7.1.4. I casi – gaiani e ulpiani – sono eloquenti paradigmi del principio classico per cui, una volta violato l'affidamento della controparte contrattuale (così come una volta verificatasi la *mora debitoris*), l'impossibilità sopravvenuta della prestazione dovuta (il cui rischio, in ipotesi di mancata violazione, sarebbe addossato al creditore insoddisfatto, ossia al comodante), con *perpetuatio* dell'*obligatio*, non esclude l'perimento fondato, contro la parte *semel* infedele, dell'azione *ex contractu*. E ciò, invero, anche se l'impossibilità della prestazione avvenuta a seguito della violazione dell'affidamento o *post moram*, non è direttamente imputabile al debitore moroso o infedele; anche se l'impossibilità non è causalmente riconnessa alla violazione; anche se l'impossibilità, in*

ché venga ad essere integrato un evento connotato da naturalistica insuperabilità (in assenza di prelievi condotte colpose o violazioni contrattuali del debitore)<sup>51</sup>, dall'altro, volgendo lo sguardo all'attuale sistema civile italiano, potrà valere quanto segue, alla luce della 'mobilità' concettuale della 'causa non imputabile' sulla scorta del pensiero giurisprudenziale romano, così attento ai singoli casi di specie e agli interessi in concreto rilevanti in ciascun contratto.

Anche se si riscontra nella 'causa di impossibilità sopravvenuta della prestazione' il profilo della *culpa* (ovviamente purché essa non sia *lata*), non sarà giocoforza ritenere sempre e comunque sussistente la responsabilità. E ciò, in primo luogo, se il prevalente sacrificio contrattuale è del debitore la cui prestazione è divenuta impossibile<sup>52</sup>, oppure, in secondo luogo, se la parte creditrice sopporta un sacrificio in vista di un proprio, anche esterno, predominante vantaggio (in tali frangenti es-

---

assenza di *mora*, si sarebbe verificata a danno del creditore soddisfatto (v. D. 16.3.1.25; Paul. Sent. 2.12.10; Coll. 10.7.10; v., inoltre, D. 12.1.5; D. 30.39.1; D. 45.1.23; D. 46.2.8 pr.; D. 50.17.203; Paul. Sent. 5.7.4); cfr., sul punto, E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, II.1, Padova, 1960, 124; ID., *La struttura dell'obbligazione romana*, cit., 32 ss.; C. PELLOSO, *Il concetto di 'actio' alla luce della struttura primitiva del vincolo obbligatorio*, in *'Actio in rem' e 'actio in personam'. In ricordo di M. Talamanca*, a cura di L. Garofalo, I, Padova, 2011, 268 ss.; R. SANTORO, *'Perpetuari obligationem'*, in *AUPA*, 2014, LVII, 185 ss. A tale regime (di matrice sabiniana), tuttavia, non pare conformarsi, ove si tratti di azione di buona fede e non di stretto diritto, Pomponio in D. 13.1.16 (per cui v., da ultimo, L. PARENTI, *Brevi considerazioni*, cit., § 1, il quale, tuttavia, non prende in considerazione né la possibilità di tale *ius controversum*, né la natura e la formula delle azioni in questione – *condictio ex causa furtiva* e azioni contrattuali da deposito e da comodato – quale possibile fondamento della soluzione del giurista antoniniano, per cui dopo il *furtum usus*, in caso di perimento della cosa non eziologicamente connesso al doloso uso non consentito, la *condictio* sarebbe esperibile anche per *interitus* non imputabile né a titolo di dolo né a titolo di colpa, mentre l'*actio depositi* solamente per *interitus* doloso, e l'*actio commodati* – il che risulta assai problematico – *non facile ultra culpam*); e neppure Labeone vi aderisce in D. 30.47.6 e in D. 6.1.15.3.

<sup>51</sup> Traggio un esempio dalle stesse fonti romane, ossia l'impossibilità di restituzione della cosa comodata senza violazione della *lex contractus*: Pomp. 21 *ad Q. Muc.* D. 13.6.23 (*Si commodavero tibi equum, quo uteris usque ad certum locum, si nulla culpa tua interveniente in ipso itinere deterior equus factus sit, non teneris commodati: nam ego in culpa ero, qui in tam longum iter commodavi, qui eum laborem sustinere non potuit*).

<sup>52</sup> Come nel caso di deposito gratuito: cfr., *ex plurimis*, D. 16.3.1 pr.; D. 16.3.6; D. 16.3.8; Gai 3.207; D. 4.9.5 pr.-1; D. 4.9.3.1.

sendo causa liberatoria lo specifico ‘*casus nec dolo nec culpa lata determinatus*’ che ha cagionato l'impossibilità)<sup>53</sup>.

<sup>53</sup> Come nel caso particolare e ‘anormale’ di comodato concluso nell'interesse anche del comodante, ritenuto, alla luce dell'assetto divisato dalle parti, addirittura prevalente: è ciò che rammenta E. BETTI, *Imputabilità dell'inadempimento*, cit., 75 s., sulla scorta di Ulp. 28 *ad ed.* D. 13.6.5.10 (*Interdum plane dolum solum in re commodata qui rogavit praestabit, ut puta si quis ita convenit: vel si sua dumtaxat causa commodavit, sponsae forte suae vel uxori, quo honestius culta ad se deduceretur, vel si quis ludos edens praetor scaenicis commodavit, vel ipsi praetori quis ultro commodavit*), passo in cui l'*actio commodati directa* sarebbe tesa a sanzionare la responsabilità contrattuale nei soli limiti del dolo «se il comodante avesse dato in prestito alcunché al padre della propria sposa, per rendere e far apparire più elevata la condizione di questa, pensando alla *deductio ad domum* ed al proprio interesse a che essa si svolgesse nel modo più solenne; oppure se il pretore in una qualche città di provincia avesse prestato a degli attori i propri mobili per rendere più decorosa la scena e più apprezzabile la rappresentazione». Parimenti, cfr. Gai. 9 *ad ed. prov.* D. 13.6.18 pr.: *haec ita, si dumtaxat accipientis gratia commodata sit res, at si utriusque, veluti si communem amicum ad cenam invitaverimus tuque eius rei curam suscepisses et ego tibi argentum commodaverim, scriptum quidem apud quosdam invenio, quasi dolum tantum praestare debeas: sed videndum est, ne et culpa praestanda sit, ut ita culpa fiat aestimatio, sicut in rebus pignori datis et dotalibus aestimari solet*. Il legislatore italiano ha dimostrato di allontanarsi dalla semplice eleganza costruttiva dei *prudentes*, posto che negli artt. 1803-1812 cod. civ. (da leggersi in una con la disciplina generale *ex artt.* 1218 ss. cod. civ.) non sembra esservi formale indizio di qualche diversificazione del regime della responsabilità del comodatario in ragione dell'*utilitas contrahentium* (ma v., per una recente rivalutazione e generalizzazione dell'art. 1710 e dell'art. 1768, comma 2, cod. civ., che – in tema di mandato e deposito gratuiti – enunciano il principio per cui la responsabilità della parte tenuta alla prestazione senza corrispettivo va valutata con ‘minor rigore’, L. GAROFALO, *Gratuità*, cit., 49 s., 160). L'assetto di interessi divisato dalle parti contraenti ben può caratterizzarsi, dunque, per la presenza di quello che all'oggi è detto ‘scambio empirico’ e, dunque, addirittura essere connotato dall'inerenza di un vantaggio – esterno al contratto e rilevante appunto empiricamente – al sacrificio proprio ed ineludibile del comodante senza che ad esso corrisponda, in capo alla controparte che *de iure* riceve solo benefici, un simmetrico sacrificio. Le ipotesi di comodato ricordate in D. 13.6.5.10 e in D. 13.6.18 pr. integrerebbero, dunque, gli estremi del contratto connotato causalmente da un cd. scambio empirico, atteso che una parte sopporta un sacrificio così da ricavarne un vantaggio, anche prescindendo dall'esistenza di un analogo sacrificio a carico della controparte; quanto al sistema italiano, circa le forme consensuali atipiche dei contratti reali gratuiti, tali per cui la parte che deve la prestazione e sopporta il sacrificio risulta mossa dal vantaggio che si ripromette di trarre dall'esecuzione della stessa, v. L. GAROFALO, *Gratuità*, cit., 166, sulla scia di C. MANZINI, *Il contratto gratuito atipico*, in *Contratto e impresa*, 1986, 909 ss., nonché di C. SCOGNAMIGLIO, *Problemi della causa e del tipo*, in *Regolamento* a cura di G. Vettori, in *Trattato del contratto* diretto da V. Roppo, II, Milano, 2006, 120 ss.

Anche se si riscontra nella ‘causa di impossibilità sopravvenuta della prestazione’ il requisito della *non culpa* (assenza di colpa), non sarà giocoforza ritenere esclusa sempre e comunque la responsabilità. E ciò, in primo luogo, se il prevalente o esclusivo interesse contrattuale è del debitore la cui prestazione è divenuta impossibile (in tali frangenti essendo causa liberatoria lo specifico ‘*casus fortuitus*’ o la specifica ‘*vis maior*’ che ha cagionato l’impossibilità)<sup>54</sup>.

Con riguardo a contratti caratterizzati da un assetto di interessi tale per cui ciascuna parte riceve *utilitas* e sopporta sacrificio, di regola la ‘causa di impossibilità’ si ascrive al debitore a titolo di *culpa*, purché non si tratti di ipotesi particolare di *receptum* per cui il semplice fatto incolpevole (ossia il ‘*casus non culpa determinatus*’) non è idoneo ad integrare gli estremi della normale causa liberatoria. Con riguardo a siffatti casi, tuttavia, uno stesso ‘evento impossibilitante’, come, ad esempio, un furto o una rapina, potrà ora orbitare ora non orbitare nella sfera della irresponsabilità (cioè integrando o non integrando gli estremi della causa liberatoria), a seconda di come si presenta il singolo rapporto contrattuale oneroso, con riguardo, cioè, al concreto equilibrio di interessi contrattuali, allo *status* delle parti, nonché alla concreta relazione esistente tra i mezzi da impiegare per l’esatta esecuzione della prestazione e i risultati da conseguire al fine del soddisfacimento dell’interesse creditorio<sup>55</sup>.

<sup>54</sup> Come nel caso di comodato: cfr., *ex plurimis*, Gai 3.206; D. 13.6.5.3; D. 13.6.5.7-9; D. 13.6.5.13; D. 13.6.5.15.

<sup>55</sup> Ad esempio, a fronte di un contratto di deposito oneroso, la rapina con effrazione mediante sofisticati ordigni nel ‘caveau’ di una banca, non è considerabile in sé e per sé, causa esimente della responsabilità della ‘banca-depositario’ (posto che è esigibile, in concreto, da parte del depositante che il ‘caveau’ sia dotato di porte blindate, di congegni d’allarme): considerando lo status del depositario e l’entità dei mezzi impiegabili per l’esecuzione della prestazione, la *vis* e il *casus* non sono ipotesi di ‘*casus non culpa determinatus*’. Di contro, il privato che occasionalmente abbia custodito una cosa determinata in virtù di un contratto di deposito oneroso – al pari del piccolo vettore – dovrebbe essere esonerato da responsabilità nel caso di impossibilità sopravvenuta della restituzione non solo a seguito di rapina o di furto posto in essere con sofisticati congegni, ma anche a seguito di qualsivoglia evento non colposo: rapina e furto sono rilevanti come ipotesi di ‘*casus non culpa determinatus*’ escludente la responsabilità. Per una casistica giurisprudenziale (che non sempre si dimostra adesiva alle categorie qui impiegate), cfr. C. PELLOSO, *L’obbligo di custodia*, cit., 702 ss., 754 ss.

In definitiva, l'area debitoria di dominio e di determinazione (ossia l'area che esaurisce i plurimi fatti cagionanti l'impossibilità della prestazione da ascrivere al debitore) non è fissata *a priori* (o come area della *non culpa*, o come area del *casus fortuitus* o della *vis maior*), ma va precisata a seconda del tipo di contratto prescelto, della concreta volontà delle parti, dell'assetto dei sacrifici e dei benefici diviso dalle parti, del rapporto tra mezzi deducibili e fini dedotti *in contractum*. Se la responsabilità contrattuale italiana è assimilabile, a livello di 'fondamento', alla responsabilità contrattuale romana a titolo di *custodia* (essendo entrambi i regimi, almeno sotto questo profilo, oggettivi) in verità, a mente delle osservazioni sopra esposte, essa, anche a livello di 'limite', può riproporre la logica sottesa alla *custodia* (logica per cui vanno precisate casisticamente le singole ipotesi in cui sussiste la responsabilità e non si individua, *toto coelo*, l'area estranea alla responsabilità). Quindi, se per ogni rapporto contrattuale l'inadempimento dannoso è infettibile e invariabile momento costitutivo della responsabilità che il creditore ha da allegare (oltre alla prova del titolo), l'area di dominio e di determinazione del debitore e l'area di sua irresponsabilità muteranno, caso per caso, la loro ampiezza e i loro relativi rapporti di confine in conformità a una logica mobile parificabile a quella elaborata a Roma e condensata nella regola dell'*utilitas contrahentium*. Anche nel nostro ordinamento, una volta generalizzata – seppur secondo una modulazione relativistica che tenga conto del singolo contratto – la responsabilità oggettiva che grava sul debitore 'tout court' *ex art. 1218 cod. civ.*, anche le ipotesi di *cd. responsabilità ex recepto* in senso stretto (artt. 1693, 1785, 1787, 1839 *cod. civ.*)<sup>56</sup> si inquadreranno non in un sistema ete-

<sup>56</sup> In materia di trasporto di cose, l'art. 1693 *cod. civ.* stabilisce che «il vettore è responsabile della perdita e dell'avaria delle cose consegnategli per il trasporto, dal momento in cui le riceve a quello in cui le riconsegna al destinatario, se non prova che la perdita o l'avaria è derivata da caso fortuito, dalla natura o dai vizi delle cose stesse o del loro imballaggio, o dal fatto del mittente o da quello del destinatario». L'art. 1785 *cod. civ.*, con riguardo alle cose meramente portate in albergo ovvero consegnate in mano all'albergatore, recita che «l'albergatore non è responsabile quando il deterioramento, la distruzione o la sottrazione sono dovuti: 1) al cliente, alle persone che l'accompagnano, che sono al suo servizio o che gli rendono visita; 2) a forza maggiore; 3) alla natura della cosa»; e l'art. 1785 *bis cod. civ.* precisa che «l'albergatore è responsabile, senza che egli possa invocare il limite previsto dall'ultimo comma dell'articolo 1783, quando il deterioramento, la distruzione o la sottrazione delle cose portate dal cliente in albergo sono dovuti a colpa sua, dei membri

rogeneo ossia 'altro' e *gravius* rispetto a quello 'ordinario', ma in un unico sistema uniformemente contraddistinto da un evidente *favor creditoris*, e si imporranno quali puntuali specificazioni legislative (dipendenti dalle caratteristiche del singolo rapporto) del medesimo *genus* di responsabilità: un sistema unitario ma variamente declinabile il quale, come già si è anticipato, può evocativamente definirsi – attesa la sua ispirazione oggettivistica – come imperniato sulla 'responsabilità a titolo di custodia', in quanto oggettivo è il fondamento dell'obbligo risarcitorio e in quanto l'area di responsabilità, variabile a seconda del singolo rapporto, è perimetrata e riempita attraverso la individuazione dei singoli casi ascrivibili o meno al debitore.

Ancora oggi, in un ambito di rilievo quale quello della responsabilità contrattuale (massimamente in connessione con casi di inadempimenti dipendenti da illeciti commessi da soggetti terzi), il metodo e gli approdi dei *prudentes* – per l'eleganza che ha contraddistinto il loro pensiero sia costitutivo di valori e regimi giuridici nella Roma dell'età classica della *scientia iuris*, sia astratto da confini temporali e geografici – risultano vivi e utili. E nulla osta all'attingere al loro sapere nella rifondazione o nella rielaborazione di una scienza giuridica tanto nazionale, quanto europea.

---

della sua famiglia o dei suoi ausiliari». Ancora, in tema di magazzini generali, l'art. 1787 statuisce che «i magazzini generali sono responsabili della conservazione delle merci depositate, a meno che si provi che la perdita, il calo o l'avaria è derivata da caso fortuito, dalla natura delle merci ovvero da vizi di esse o dell'imballaggio». E infine, nell'art. 1839 cod. civ. si trova scritto che «nel servizio delle cassette di sicurezza, la banca risponde verso l'utente per l'idoneità e la custodia dei locali e per l'integrità della cassetta, salvo il caso fortuito».