



UNIVERSITÁ DEGLI STUDI DI PADOVA

Sede Amministrativa: Università degli Studi di Padova
Dipartimento di Storia e Filosofia del Diritto e di Diritto Canonico

SCUOLA DI DOTTORATO DI RICERCA IN: GIURISPRUDENZA
INDIRIZZO: UNICO
CICLO: XXII

IL DEPOSITO:

**PROFILI DOGMATICI E SVILUPPO STORICO DELL'ISTITUTO NEL
DIRITTO ROMANO QUALE FONDAMENTO ESEGETICO DI
PROBLEMATICHE GIUSPOSITIVISTICHE**

Direttore della Scuola: Ch.mo Prof. Roberto Kostoris

Supervisore: Ch.mo Prof. Luigi Garofalo

DOTTORANDO: BENIAMINO NORDIO

INTRODUZIONE

Il presente elaborato si propone di analizzare la fattispecie del deposito partendo dalle sue origini, risalenti al diritto romano arcaico, seguendone l'evoluzione sotto il profilo della tutela processuale offerta all'istituto, tra il diritto romano dell'età della Repubblica ed il diritto romano della successiva epoca classica, fino al consolidarsi della disciplina raccolta in modo organico ed esaustivo nel Digesto.

Con modalità spiccatamente diacronica lo studio si conclude volgendo uno sguardo alla fattispecie codicistica del contratto di deposito nell'ordinamento giuridico italiano e all'applicazione del suddetto presso le aule dei Tribunali e avanti la Corte di cassazione.

Nello specifico lo studio inizia, a scopo illustrativo e di inquadramento generale, con una sintetica analisi, sotto il profilo etimologico e lessicale, della parola deposito e del suo significato originario in rapporto alla lingua italiana.

La lingua italiana indica in via generale una tripartizione di significato: l'atto con cui si consegna un bene ad altri, che assume l'impegno a custodirlo ed eventualmente restituirlo; il relativo contratto che si conclude al momento della consegna; il medesimo oggetto depositato.

E ben ventiquattro sono i significati attribuiti al lemma deposito dall'Accademia della Crusca, di cui si è dato conto.

Svolte le suddette considerazioni preliminari, lo studio passa alla disamina dell'istituto del deposito ai suoi albori: la fattispecie del deposito in origine non era riconosciuta siccome un contratto reale, bensì come una forma di accordo in forza del quale una parte privata – il deponente – a titolo di amicizia consegnava all'altra – il depositario – una cosa allo scopo di custodia e di successiva riconsegna.

Il vincolo creatosi in forza della *fides* che legava il depositario al deponente riceveva in questo modo tutela direttamente dalle divinità: a seguito della violazione dell'accordo amicale (fondato sulla *fides*) instauratosi tra le parti, il depositario, in ipotesi, poteva finanche essere ritenuto *homo sacer* stante la violazione della suddetta *fides* – *fides rupta* – e la seguente rottura della *pax deorum*, ossia di quel rapporto di amicizia che, in epoca storica, doveva permanere tra uomini e divinità.

Sulla premessa della sacertà, discendente in modo automatico, del depositario se ne ricava che il medesimo poteva essere impunemente ucciso da chiunque: tale uccisione sarebbe dipesa esclusivamente dalla volontà delle divinità quale conseguenza della violazione dei precetti di natura religioso-sacrali.

Gli argomenti sui quali si fonda simile approdo ermeneutico, certamente forte e mai in precedenza riscontrato, sono – a modesto parere di chi scrive – evidenti

ed univoci e si ricavano dalla più antica fonte sull'istituto del deposito – *Coll. 10. 7. 11.: ex causa depositi lege duodecim tabularum in duplum actio datur, edicto praetoris in simplum* – che testimonia l'origine penale dell'istituto in parola.

La suddetta condanna penale nel doppio doveva, necessariamente, preesistere alla stessa Legge delle Dodici Tavole e, pertanto, è ragionevole ritenere trovasse giustificazione nella generale violazione della *fides* tra i cittadini romani: e la violazione della *fides* agli albori della *civitas* romana comportava, come testé detto, la sacertà del soggetto.

Dal diritto arcaico, lo studio volge lo sguardo verso il diritto classico e analizza le formule *in factum* ed *in ius ex fide bona*: la prima è certamente più risalente – prima metà del primo secolo a. C. – e presenta ancora addentellati penalistici, laddove la seconda, successiva – seconda metà del primo secolo a. C. – evidenzia il definitivo distacco dal diritto penale ed offre una piena ed efficace tutela alle parti contrattuali.

Messe in luce le differenze sostanziali tra le predette azioni civili, lo studio è passato ad analizzare la disciplina del contratto di deposito venutasi a delineare e tramandata dai frammenti contenuti nel Digesto.

Nell'analisi della disciplina si sono messi in evidenza i requisiti essenziali del contratto di deposito, per vero non dissimili da quelli della fattispecie odierna, ad eccezione della gratuità che solo nel diritto romano era elemento della

fattispecie e così determinava la responsabilità del depositario per il solo dolo.

Il deposito in epoca classica figura, infatti, essere un contratto reale per cui taluno (depositante) trasferisce ad altri (depositario) la detenzione di una cosa mobile, affinché la custodisca e poi la restituisca a semplice richiesta del deponente.

I requisiti del suddetto sono, allora, la *datio rei*, elemento tipico di tutti i contratti reali, la gratuità, elemento che caratterizza il deposito romano distinguendolo da quello previsto dall'ordinamento giuridico italiano, e l'intenzione subiettiva delle parti di concludere un contratto di deposito.

Concluso il contratto di deposito, le fonti indicano nella custodia e nella restituzione della cosa a richiesta del deponente, le obbligazioni nascenti dal contratto di deposito e poste a capo del solo depositario.

In questo senso il contratto di deposito è un contratto unilaterale: le obbligazioni nascono in capo ad una sola parte contrattuale, il depositario, laddove l'altra parte contrattuale, il deponente, è tutelata per il mezzo dell'*actio depositi directa*, con la quale quest'ultimo potrà in sede processuale recuperare la cosa data in deposito.

Infine per quanto riguarda il deposito classico lo studio ha analizzato la responsabilità limitata al solo dolo del depositario, evidenziando una rappresentazione del dolo stesso dai toni abbastanza attenuati.

Lo studio ha quindi preso in considerazione sinteticamente le figure speciali di deposito (già presenti nel

diritto romano): il deposito necessario, il deposito irregolare ed il sequestro.

Infine, in modo diacronico, lo studio ha volto uno sguardo al contratto di deposito di cui all'art. 1766 c.c. e all'applicazione del suddetto offerta dalla Giurisprudenza italiana.

INTRODUCTION

The aim of this dissertation is to analyze the case in point of deposit tracing back its origin in archaic Roman law, following its development from the point of view of the legal protection granted to such institution, between Roman law in the Republican age and in the classic epoch, up until its consolidation in the Digest where the discipline is treated organically.

Taking a clear diachronical approach, the study ends with a look at the codification of deposit contract in the Italian juridical system and its application in the Italian courthouses and at the Court of Cassation.

In detail, this study begins, for illustrative and framing purposes, with a short etymological and lexical analysis of the word 'deposito' and its originary meaning in relation with the Italian language.

The Italian language generally points to a tripartite meaning: deposit as the act whereby a certain good is given to somebody who is committed to keep it and return it; deposit as the contract established at the moment of delivery; deposit as the item which has been deposited.

The Accademia della Crusca enumerates as many as twenty-four different meanings for the term 'deposito', and they are reported here.

Following such preliminary considerations, the study then examine the institution of deposit at its dawning: deposit was not initially recognized as a real contract, but as

an agreement whereby a private party – the depositor – would hand in friendly terms to another one - the depositary - an item to be kept in custody and returned in due time.

The bond created by the *fides* that tied the depositary to the depositor was then divinely sanctioned: if the friendly agreement based on *fides* was violated, the depositario could, hypothetically be considered a *homo sacer* for having broken the faith (*fides rupta*) and the subsequent breaking of the *pax deorum*, namely the relationship of friendship that in the historical age had to remain between men and gods.

On the promise of *sacertas*, descending automatically on the depositary, it is inferred that he could be killed with impunity because the killing was exclusively dependent on divine will on account of the violation of religious and holy precepts.

The arguments that sustain such powerful and unprecedented hermeneutical approach are, in the author's modest opinion, evident and univocal, deriving from the oldest source on the institution of deposit – *Coll. 10. 7. 11.: ex causa depositi lege duodecim tabularum in duplum actio datur, edicto praetoris in simplum* – that bears witness the penal origin of such institute.

This penal conviction *in duplum* must have necessarily preceded the Law of the Twelve Table, so it is reasonable to conclude that it was justified by the general violation of *fides* between Roman citizens; and the violation of *fides* at the dawning of Roman civilization, made the subject *sacer*.

From archaic law, the study then moves to classical law to analyze the formulas *in factum* and *in ius ex fide bona*: the former is definitely older - first half of the I century BC – and still has penal associations, whereas the latter – late I century BC – demonstrates the definitive parting from penal law and offers a full and effective protection to the contractors.

Having illustrated the substantial differences between these civil actions, the dissertation examines the discipline of deposit contract outlined and handed down to us by fragments included in the Digest.

In this analysis we highlight the essential requisites of the deposit contract, indeed not too different from the current ones, except as far as gratuitousness is concerned, that only in Roman Law was part of the case in point and determined the depositary's responsibility only in case of malice.

Deposit in the classical age appears to be an actual contract where a depositor transfers to a depositary the movable good so that he guards it and returns it upon request of the depositor.

The requisite of the aforementioned contract are, then, the *datio rei*, a typical element of all actual contract, gratuitousness, an element that distinguishes Roman deposit from Italian law, and the subjective intention of the parties involved to establish a deposit contract.

Once the contract is finalized, the sources indicate in the custody and restitution of the item upon request of the

depositor the obligations entailed by the contract and binding the depositary alone.

From this point of view the deposit contract is a unilateral contract: obligations arise only for the depositary, whereas the depositor is protected by the *depositi directa*, through which the depositor can reclaim the deposited item at a trial.

Lastly, as far as classical deposit is concerned, this study has only taken into account the responsibility of the depositary in case of malice, evidencing a very mitigated representation of malice itself.

This dissertation has synthetically considered the special figures of deposit (already existing in Roman law): necessary deposit, irregular deposit and confiscation seizure.

Finally, in a diachronical approach, this study has considered the deposit contract as in the article n. 1766 of the Italian Civil Code and its application in Italian jurisprudence.

INTRODUCTION

Cet exposé veut analyser le cas particulier du contrat d'entrepot depuis les origines qui remontent au droit romain archaïque et son évolution en ce qui concerne la tutelle processive offerte à l'instauration entre le droit romain de la période de la République et le suivant de l'époque classique jusqu'à l'affermissement de la discipline organisée de façon organique et exhaustive dans le Digeste.

L'étude s'achève, de façon tout à fait diachronique, en examinant le cas particulier de la codification du contrat d'entrepot dans le système juridique italien et à l'application de celui-ci auprès des Tribunaux et devant la Cour de Cassation.

Mon étude débute en examinant le mot contrat d'entrepot et sa signification d'origine par rapport à la langue italienne afin de l'illustrer et de le situer dans un cadre général avec une analyse synthétique sous son profil étymologique et lexical.

La langue italienne, en général, donne trois interprétations à ce terme: l'acte avec lequel on donne un bien à autrui qui se charge de le garder et éventuellement de le rendre, le contrat même qui s'achève au moment de la remise, l'objet même déposé. S'ajoutent à ceux-ci 24 autres termes répertoriés par l'Accademia della Crusca.

Après ces préliminaires on passe à l'étude de l'instauration du contrat d'entrepot depuis l'origine où il n'était pas reconnu comme contrat réel mais comme une

forme d'accord dans laquelle une partie privée donnait à titre d'amitié à une autre partie une chose dans le but de la garder et ensuite de la rendre.

Ce lien était mis directement sous la tutelle des dieux et s'il y avait violation de cet accord amical fondé sur la *fides rupta*, avait lieu la rupture de la *pax deorum* par l'*homo sacer* c'est à dire le rapport d'amitié qui à l'époque historique devait demeurer entre les hommes et la divinité.

A cause de ce caractère sacré, la personne pouvait être tuée par n'importe qui et cet acte serait l'expression de la volonté divine comme conséquence de la violation des préceptes de nature religieuse-sacré.

Ces arguments sont d'ailleurs évidents et compris dans la plus ancienne source sur l'instauration du contrat d'entrepot – Coll. 10.7.11.: *ex causa depositi lege duodecim tabularum in duplum actio datur, edicto praetoris in simplum* qui témoigne de l'origine pénal du mot.

Cette condamnation pénale devait nécessairement préexister à la Loi des Douze Tables et donc elle trouvait une justification dans la générale violation de la *fides* entre les citoyens romains: et la violation de la *fides* à l'aube de la *civitas* romaine définissait comme déjà cité, le caractère sacré du sujet.

Du droit archaïque cette étude passe au droit classique et analyse les formules *in factum* et *in jus ex fide bona*: la première remonte à la première moitié du 1^o siècle a.C. et présente encore des références pénales, alors que la seconde qui remonte à la 2^o moitié du 1^o siècle a. C. met en évidence

la rupture du droit pénal et offre une pleine tutelle aux deux parties.

Dans l'analyse de cette discipline on a mis en évidence les caractéristiques essentielles du contrat d'entrepot pas vraiment différentes de celles d'aujourd'hui sauf pour la gratuité qui seule dans le droit romain était l'élément de ce cas particulier et établissait la responsabilité de la partie pour le dol.

Le contrat d'entrepot à l'époque classique est un contrat réel dans lequel une partie (le donneur) donne à une autre partie (le receveur) la possession d'une chose mobile afin de la garder et de la rendre ensuite sur simple demande du donneur.

La caractéristique de tout cela est alors la *datio rei*, élément typique de tous les contrats réels, la gratuité, élément qui caractérise le contrat d'entrepot romain à différence de celui prévu par le code juridique italien et l'intention subjective des parties de conclure un contrat d'entrepot.

A la fin de ce contrat les sources indiquent toutes les obligations qui en découlent pour le dépositaire, soit pour la garde soit pour la restitution, devenant alors un contrat unilatéral car les obligations concernent une seule partie contractuelle, le dépositaire, l'autre partie, le déposant étant sauvegardée par l'*actio depositi directa* pourra lors d'un procès récupérer le bien déposé.

Pour le contrat d'entrepot classique on a montré ici la responsabilité limitée seulement au dol et très brièvement, on a donc pris en considération synthétiquement les aspects

spéciales du contrat d'entrepot (déjà présents dans le droit romain): le contrat d'entrepot nécessaire, l'irrégulier et la saisie.

En conclusion, de façon diachronique, cet exposé a examiné le contrat d'entrepot de l'article 1766 c.c. et à l'application de celui ci par le droit italien.

INDICE

CAPITOLO 1

PARAGRAFO 1.

*Origine etimologica nella lingua italiana del lemma
“deposito”*
..... p. 17

PARAGRAFO 2.

*I 24 significati dell’Accademia della
Crusca*.....
..... p. 20

PARAGRAFO 3.

Depositum.....
..... p. 23

CAPITOLO 2

PARAGRAFO 1.

Coll. 10. 7.
11..... p. 26

PARAGRAFO 2.

*La natura penale dell’actio in duplum ex causa depositi
prevista nella Legge delle Dodici
Tavole*..... p. 34

PARAGRAFO 3.

*Rassegna degli autori che sovrappongono l'actio in duplum
ex causa depositi all'actio furti nec
manifesti..... p. 41*

PARAGRAFO 4.

*Critica alla sovrapposizione: tipicità dell'actio in duplum
ex causa
depositi.....
..... p. 47*

PARAGRAFO 5.

*L'actio in duplum ex causa depositi quale ipotesi autonoma
di sanzione penale
..... p. 57*

CAPITOLO 3

PARAGRAFO 1.

*Religione e diritto nella primordiale società
romana..... p. 62*

PARAGRAFO 2.

*Le leges regiae e le ipotesi di
sacertas..... p. 69*

PARAGRAFO 3.

Le ipotesi di sacertat..... p. 78

PARAGRAFO 4.

La Fides.....
... p. 84

PARAGRAFO 5.

L'origine sacrale dell'actio in duplum ex causa depositi di cui a Coll. 10. 7. Il.....
p. 87

CAPITOLO 4

PARAGRAFO 1.

Il passaggio dalla configurazione delittuosa del deposito a quella contrattuale: la formula in factum concepta e quella in ius ex fide bona concepta.....
p. 96

PARAGRAFO 2.

Le più significative diversità tra formula in factum concepta e quella in ius ex fide bona concepta..... p. 101

PARAGRAFO 3.

Gli elementi costitutivi della fattispecie del contratto di deposito.....

..... p. 109

PARAGRAFO 4.

Le obbligazione nascenti dal contratto di deposito.....

p. 116

PARAGRAFO 5.

La responsabilità del depositario: il comportamento doloso.....

.... p. 124

CAPITOLO 5

PARAGRAFO 1.

*Il deposito
necessario.....*

deposito

p. 138

PARAGRAFO 2.

*Il deposito
irregolare.....*

deposito

p. 142

PARAGRAFO 3.

Il sequestro.....

.. p. 150

CAPITOLO 6

PARAGRAFO 1

L'art. 1766
c.c...... p. 158

PARAGRAFO 2

La
disciplina.....
p. 163

PARAGRAFO 3

L'applicazione *nelle* *aule* *di*
Tribunale..... p.171

BIBLIOGRAFIA

.....
.... p. 185

INDICE DEGLI AUTORI

.....
.... p. 195

CAPITOLO N. 1

1. *Origine etimologica nella lingua italiana del lemma “deposito”*

Con il lemma “deposito”¹, anticamente anche “diposito”, la lingua italiana indica in via generale una tripartizione di significato: l’atto con cui si consegna un bene ad altri, che assume l’impegno a custodirlo ed eventualmente restituirlo; il relativo contratto che si conclude al momento della consegna; il medesimo oggetto depositato².

¹ DEVOTO-OLI, *Dizionario della lingua italiana*, Firenze, 1976, 672, s. v. deposito, che offre le seguenti definizioni: “1. consegna di un oggetto o di una somma di denaro perché venga custodito e riconsegnato ad un’eventuale richiesta o allo scadere del termine stabilito; rilascio della propria firma presso la banca, al momento dell’accensione di un conto, per i necessari controlli per il compimento delle singole operazioni; presso una pubblica autorità, per consentire la legalizzazione o la convalida di atti o documento. / part. La presentazione di un documento all’ufficio competente. 2. Il bene depositato. 3. Luogo destinato a raccogliere e custodire oggetti per comodità del pubblico, o merci per convenienza mercantile / Luogo di raccolta e di custodia di sostanze omogenee o di materiali / Rimessa per locomotive ferroviarie o per vetture filo tranviere / Sede destinata per legge all’allevamento dei cavalli e alla monta. 4. Estens. presso gli ospedali, locale dove ogni malato in arrivo è trattenuto prima di essere destinato al reparto / Nei cimiteri luogo in cui vengono provvisoriamente deposte le bare dei defunti, in attesa della sepoltura / Nell’esercito, centro di mobilitazione che provvede all’armamento delle reclute e dei richiamati / Gruppo a terra della marina militare. 5. Sedimento di un liquido / In geologia, termine generico per indicare qls accumulo di materiali naturali dovuto a sedimentazione chimica, meccanica od organogena.

² Si veda BATTAGLIA, *Grande dizionario della lingua italiana*, Torino, 1961-2002, s. v., che riprende tale tripartizione del significato generale del termine dalla precedente del Vocabolario della Crusca.

Il termine risulta usato in tal senso già nel XIII secolo³, come si ricava dalle *Lettere senesi*, 27, nel passo in cui si dice “Parmi sia buono diposito, perciò che elino ricievono tuto tempo l’acomande de li averi dei mercatanti”⁴, accezione commerciale confermata anche dal coevo testo di *Paciolo*, 206, “e però è da notar che cun lo banco te poi communamente impaciare de te ponendovi denari per tua sigurezza, o vero per modo de diposito”.

Il “deposito”, secondo la definizione giuridica è propriamente un contratto col quale una persona (depositario) riceve da un’altra (deponente o depositante) una cosa mobile con l’obbligo di custodirla e restituirla a suo tempo o restituire altrettanto se si tratta di una cosa fungibile, in particolare denaro⁵.

Tenuto conto del significato prevalente, per “deposito” il grande dizionario erede della plurisecolare ricerca lessicale dell’Accademia della Crusca,⁶ noto

³ COLUSSI, *Glossario degli antichi volgari italiani*, Helsinki, 1990, vol. 4 tomo I, s.v.

⁴ BATTAGLIA, *Grande dizionario della lingua italiana*, cit., s.v.

⁵ TRECCANI, *Enciclopedia italiana di scienze lettere ed arti*, Roma, 1929-1937, s.v.

⁶ Nella quinta impressione del Vocabolario della Crusca del 1880 sono precisati dieci significati differenti: “Onde Dare, Mettere, Porre e simili, in deposito, vale Depositare, ed altresì Dare per Scurtà, riferito anche a persona; E mettere in deposito, riferito a cosa che si narra; trovasi detto figuratamente e in modo scherzevole per Lasciarla da parte, ripigliandola poi in appresso; Essere in deposito, vale Essere depositato, a fini di custodia o scurtà; Deposito figuratamente dicesi di Cosa di molto pregio affidata alla cura e custodia altrui; Per Luogo, ove si depone o si serba per alcun tempo checchessia, e nel linguaggio dei commercianti, dicesi Quel luogo, segnatamente nelle dogane, nei porti, ove si depongano in gran quantità le merci e vi si tengano per alcun tempo; Deposito dicesi negli ospedali Quella corsia, ove si pone il malato appena giunto, e prima che il medico gli assegni il suo

comunemente come “Battaglia”, documenta anche l’impiego in campi semantici molto differenti, che si spostano dalla giurisprudenza alla farmacologia, dalla medicina alla geologia. Complessivamente sono ben 24 i diversi significati individuati, che vanno dalla tripartizione iniziale posta come primo significato alla consegna di una somma di denaro, alla presentazione di un atto, secondo il Diritto, ai disusati significato di offerta votiva o carcere, al fondo che si raccoglie per i liquidi in decantazione al deposito bagagli e vari altri.

proprio luogo; Deposito si disse per denaro dato a cambio; Deposito vale anche Quantità di materie deposte dai liquidi torbidi allorché si chiarificano, Sedimento, Posatura; Termine della Medicina, Riferito a umori corrotti, vale Il raccogliersi di essi in alcuna parte del corpo; Deposito, dicesi anche per il Sepolcro, Monumento Sepolcrale; Persona avanzata negli anni e di salute molto cagionosa; Termine della Milizia, Chiamasi così il numero di soldati che ciascun reggimento tiene in alcun luogo affinché istruisca i coscritti, prima di riceverli nelle proprie file”.

*2. I 24 significati del lemma deposito
dell'Accademia della Crusca*

In Battaglia s. v. troviamo, infatti, la definizione iniziale di

1 “atto con cui si consegna un bene ad altri, che assume l’impegno a custodirlo ed eventualmente restituirlo; il relativo contratto che si conclude al momento della consegna; il medesimo oggetto depositato”

cui seguono le seguenti ventitré tipologie di uso:

2 Consegna di una somma di denaro o di altro bene a titolo di garanzia o cauzione per l’adempimento di obblighi presenti o eventuali.

3 Presentazione, consegna di un atto, un documento presso un pubblico ufficio o un notaio, affinché conseguano determinati effetti giuridici.

4 Offerta votiva, consegna, contribuzione; sacrificio, atto di omaggio, di venerazione.

5 Materia solida o densa che si raccoglie al fondo dei liquidi in decantazione.

6 Accumulo o precipitazione di materiali che si forma per sedimentazione chimica, meccanica, organogena di sostanze disciolte in sospensione nell’aria o nell’acqua.

7 Raccolta di umori corrotti che si posano in parti, specialmente interne, del corpo; ascesso, ingorgo, crosta.

8 Preparazione farmaceutica consistente in una sospensione medicamentosa che, inoculata, permette il lentissimo assorbimento del farmaco.

9 Mucchio, raccolta, ammasso di oggetti vari.

10 Luogo dove vengono raccolti, custoditi e, in certi casi, venduti merci e materiali vari; magazzino, ripostiglio; emporio, negozio.

11 Residenza, collocazione provvisoria.

12 Monumento sepolcrale, tomba; sepoltura provvisoria usata qualche volta in attesa della definitiva tumulazione.

13 Carcere, prigione.

14 Rimessa dove affluiscono i convogli ferroviari, tranviari e autoviari al termine delle corse.

15 Centro di mobilitazione di un reggimento, che ha il compito di provvedere, sotto il comando di un ufficiale superiore (comandante di deposito) all'amministrazione, alla conservazione delle dotazioni di mobilitazione, alla tenuta dei ruoli matricolari, alla vestizione e all'armamento delle reclute e dei richiamati.

16 Archivio.

17 Serbatoio d'acqua.

18 Consegna temporanea di una fortezza, di una città, di un territorio, in attesa della conclusione dei trattati, o a garanzia dell'osservanza dei patti.

19 Patrimonio morale di una famiglia, di una collettività, anche dell'intera umanità, che si conserva e si trasmette di generazione in generazione e, in particolare, il complesso delle verità religiose, delle leggi morali,

dell'autorità, delle civiltà, della lingua, delle scienze, delle arti.

20 Persona particolarmente cara, affidata alla custodia e alle cure di altra persona (o essere personificato).

21 Segreto, pena, preoccupazione confidati a qualcuno.

22 Pausa, sospensione.

23 “*Avere, prendere, ricevere, tenere in deposito qualcosa*”: accettarla con l'obbligo di custodirla e restituirla.

24 “*Depositino*”: piccolo monumento sepolcrale.

3. *Depositum*

La parola italiana “deposito” deriva dal termine latino *depositum*, participio perfetto neutro del verbo *depono*-*onis*-*ōsui*-*depōsītum*-*depōnēre*; è composta dunque dalla preposizione *de* che, come spiega Forcellini “aliquando etiam auget vim verbi”, nello specifico il verbo *ponere*.⁷

Come spiega anche il *Thesaurus* “*praepositio enim de auget*” così che “*depositum est quasi diu positum*”. Il deposito perciò “*est res ipsa deposita*”⁸.

Ulpiano nel Digesto definisce il deposito in questo modo: “*depositum est quod custodiendum alicui datum est, dictum ex eo quod ponitur. Praepositio enim de auget positum, ut ostendat totum fidei eius commissum quod ad custodiam rei pertinet*”⁹.

Il lemma, sempre per il Forcellini, assume così un preciso significato “*Ita quoque appellatur contractus ipse, quo res ea lege apud alterum deponitur, ut suo tempore reddatur*” “*hinc teneri depositi*” o, secondo la definizione

⁷ FORCELLINI, *Totius Latinitatis lexicon*, Patavii, 1771, s.v.

⁸ *Thesaurus linguae latinae*, Basileae, 1740-1743, s.v.

⁹ Dig. 16. 3. 1. pr, che si traduce nel modo seguente: “*Depositum* è ciò che è stato dato a qualcuno da custodire ed è detto così da ‘ciò che viene posto’: la preposizione *de* conferisce infatti maggiore intensità al termine *depositum*, indicando che tutto ciò che ha a che fare con la custodia della cosa depositata è rimesso alla *fides* di colui al quale la cosa è affidata.

del Thesaurus “*depositum est quod custodiendum alicui datum est, dictum ex eo quod ponitur*”¹⁰.

Nelle fonti romane il contratto di deposito viene indicato con le voci *depositum* e *depositio*, la voce *depositum*, invero, designa anche e più spesso la cosa depositata¹¹.

Ambedue le espressioni derivano da *de* e *ponere*: la particella *de* rinforza il verbo *ponere*¹².

Nel diritto romano originariamente il deposito non aveva veste giuridica di contratto.

La Legge delle XII Tavole colpiva solo come delitto l’infrazione della *fides* da parte di colui che aveva ricevuto in consegna la cosa e si era impegnato a custodirla e restituirla. La tutela contrattuale sorse invece nel periodo del processo formulare e soltanto la giurisprudenza del primo secolo dell’impero aggiunse una formula *in ius* all’*actio in factum* concessa dal pretore.

Dal più antico precetto relativo alla fattispecie del deposito contenuto nella Legge delle Dodici Tavole si deve iniziare questo percorso.

¹⁰ Anche Forcellini documenta vari significati per il lemma, richiamando addirittura gli scrittori ecclesiastici per precisare che secondo il loro uso “*depositum [...] dicitur doctrina Chrst Ecclesiae custodiae commissa*” e porta a conferma del significato la citazione da Timoteo 6.20: “*O Thimothee, depositum custodi, devitans profanas vocum novitates*”.

¹¹ BERTOLINI, *Appunti didattici di diritto romano*, Torino, 1905, 314-315.

¹² Coll. 10. 7. 2.

CAPITOLO N. 2

1. Coll. 10. 7. 11.

Se nel diritto romano classico il deposito¹³ è “un contratto per cui taluno (depositante) trasferisce ad altri (depositario) la detenzione¹⁴ di una cosa mobile, affinché la custodisca sino a che non gli venga richiesta”¹⁵, la suddetta definizione non si presta ad inquadrare il primigenio deposito romano, di cui al periodo anteriore alla legislazione decemvirale¹⁶.

Studiare, infatti, l’origine e lo sviluppo storico dell’istituto del deposito significa prendere le mosse dall’esegesi della più antica testimonianza giuridica scritta

¹³ Puntuale ed incisiva la definizione del deposito di Longo, per il quale: “il deposito è un contratto reale (bilaterale e imperfetto), per cui una persona consegna ad un’altra una cosa mobile affinché la custodisca gratuitamente, con l’obbligo di restituire a richiesta la stessa cosa ricevuta”, cfr. LONGO, *Corso di diritto romano. Il deposito*, Milano, 1946, 1. Deposito caratterizzato in antico come *rem serranda dare*, cfr. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, Padova, 1960, 123. Secondo Dernburg: “il deposito secondo il diritto comune non si riferisce esclusivamente alle cose mobili, alle quali certo anzitutto si pensa, ma trovasi anche riguardo agl’immobili, particolarmente nella forma del sequestro”, cfr. DENBURG, *Diritto delle obbligazioni*, Berlino, 1903, 371.

¹⁴ Per Sanfilippo “il depositario ha, com’è ovvio, la *naturalis possessio*” il quale poi specifica che: “vi è poi un diverso tipo di possesso, detto *naturalis possessio*, che consiste nella mera detenzione materiale della cosa, senza l’intenzione di tenerla per sé, in quanto si ha invece l’intenzione di detenere la cosa non per conto proprio, ma per conto di un altro, che ne è considerato vero possessore. Qui si ha l’elemento del *corpore possidere*, ma non quello dell’*animus possidendi* e perciò al semplice detentore per conto altrui non compete la protezione interdittale”, cfr. SANFILIPPO, *Istituzioni di diritto romano. Decima edizione curata ed aggiornata da Alessandro Corbino ed Antonino Metro*, Catania, 1953, 220 e 294.

¹⁵ BRUNI, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 1926, 323.

¹⁶ La legge delle Dodici Tavole risale al 451 a. C.

sul deposito stesso, testimonianza che ci è stata tramandata da Paolo¹⁷ e secondo la quale:

Coll. 10. 7. 11: *ex causa depositi lege duodecim tabularum in duplum actio datur, edicto praetoris in simplum.*

Il significato del frammento è di immediata evidenza, a seguito, infatti, della creazione di un vincolo discendente dal deposito di una cosa – *ex causa depositi*¹⁸ – sussiste un differente grado di tutela¹⁹ a seconda che ci si riferisca alla arcaica Legge delle Dodici Tavole²⁰ – *lege duodecim*

¹⁷ *Paul. Sent.* 2. 12. 11.

¹⁸ Sulla causa cfr. DALLA MASSARA, *La problematica della causa nel contesto del contratto*, Padova, 2002;

¹⁹ La tutela è concessa al deponente, come meglio si dirà in prosieguo.

²⁰ Secondo la leggenda, dopo l'instaurazione della forma di governo consolare (509 a. C.) la plebe (che già da tempo sarebbe stata ammessa a partecipare ai *comitia centuriata*) si sarebbe agitata e si sarebbe organizzata rivoluzionariamente soprattutto per ottenere l'esaudimento di due rivendicazioni: l'ammissione al *connubium* con i patrizi e l'abolizione del feroce e inumano sistema di uccidere i debitori insolventi, che appartenevano prevalentemente alla cerchia dei plebei urbani. Un primo successo sarebbe stato ottenuto nel 451 a. C., attraverso la sospensione della magistratura consolare e la nomina di un collegio patrizio di *decemviri legibus scribundis consulari potestate*, rinnovato l'anno successivo: collegio cui sarebbe stato affidato il compito di mettere insieme un corpo organico di leggi. Ma i decemviri, presieduti dall'antiplebeo Appio Claudio, non avrebbero risposto alla fiducia della *plebs* e sarebbero stati deposti per tumulto di popolo nel corso del 450 a. C., senza ancora aver appagato le aspirazioni plebee. Ai consoli del 449 a. C., Lucio Valerio Poplicola e Marco Orazio Turrino, non sarebbe rimasto che tentare di pacificare gli animi con una serie di leggi (le *leges Valeriae Horatiae*) mediante la quali: da un lato provvidero a pubblicare la dodici tavole legislative (di cui due certamente inique perché antiplebee) che il collegio decemvirale era riuscito a mettere insieme; dall'altro lato riconobbero ufficialmente le cariche rivoluzionarie della *plebs* e giunsero sinanche ad ammettere che i *plebiscita* avessero efficacia di leggi dello Stato", cfr. GUARINO, *Storia del diritto romano*, Napoli, 2000, 81.

tabularum – ovvero al successivo Editto del pretore – *edicto praetoris* –.

Il presupposto in forza del quale viene accordato il differente grado di tutela consiste nella mancata restituzione dolosa, in capo al depositario, della cosa consegnata a scopo di deposito da parte del deponente.

Se quanto sopra si verifica, la codificazione dei Decemviri concede al deponente un'azione diretta ad ottenere la condanna del depositario al pagamento di una somma di denaro pari al doppio del valore della cosa depositata – *in duplum actio datur* –, laddove il pretore limita il corrispettivo dovuto, in favore del deponente, al semplice valore della cosa stessa – *in simplum* –.

Come è ben noto l'intervento del pretore, che nella qui presente fattispecie assolve ad una funzione strettamente mitigatoria, s'innesta nell'ambito di una tutela processuale²¹ già prevista dalla Legge delle Dodici Tavole²², la quale, come meglio si vedrà in prosieguo, non fu creativa di un

²¹ Sull'antico processo civile romano, tra l'altro, si veda: LUZZATO, *Procedura civile romana. Le legis actiones*, Bologna, 1948; GOFFREDI, *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, Roma, 1955; PUGLIESE, *Il processo civile romano. Le legis actiones*, Roma, 1961; NICOSIA, *Il processo privato romano. Le origini*, Catania 1980; ALBANESE, *Il processo privato romano delle legis actiones*, Palermo, 1987.

²² È interessante notare che: “il est connu que déjà lal oi des XII tables fait une distinction au point de vue de la responsabilité selon qu'il y avait intention de la part de la personne ayant causé le dommage ou non. La responsabilité de la personne ayant causé le dommage était plus grave si elle l'avait causé intentionnellement – sachant et voulant le resultat – que si on ne pouvait pas ramener le résultat préjudiciable à un acte intentionnel”, cfr. VISKY, *La responsabilité dans le droit romain à la fin de la République*, in *Revue internationale des droits de l'antiquité*, Bruxelles, 1949, 437 ss.

diritto nuovo, ma molto più semplicemente ricognitiva del diritto già esistente.

Agli inizi della Roma repubblicana – *ex causa depositi* [...] *in duplum actio datur* – la fattispecie del deposito riceveva specifica tutela attraverso la concessione, in favore del deponente, di un’azione di condanna nei confronti del depositario al pagamento del doppio del valore della cosa consegnata a scopo di deposito, qualora la medesima non fosse stata restituita²³.

Se il significato del precetto di cui sopra è di facile lettura, viceversa non è altrettanto semplice riuscire ad individuare il fondamento giuridico posto alla base dell’*actio in duplum*.

Molte e disparate le interpretazioni che la letteratura giuridica ha proposto nel corso dei secoli sull’*actio in duplum* riconosciuta dalla Legge delle Dodici Tavole e tramandataci dal giurista Paolo.

²³ PANERO, *El deposito*, in *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al profesor José Luis Murga Gener*, Madrid, 1994, 251 e ss., secondo il quale: “resulta ocioso recordar que le problema historico de la formacion de la categoria de los contratos, es uno de los mas debatidos en doctrina. Dentro de ellos, el Deposito no constituye excepcion y su iter, segun communis opinio, podria compendiarse asi: su naturaleza contractual no es originaria, pese a que la finalidad a la que responde, segun se desprende de las fuentes literarias, se remonta a epoca muy antigua; obtuvi su primitiva tutela juridica a traves de una accion penal – in duplum – contra el depositario infiel, cuyo origen se vincula a la Ley de las XII Tablas; dicha accion seria aplicable al Deposito en general y no solo al Deposito necesario, discutiendose, solo se si trataba de una accion autonoma o de una simple aplicacion de la actio furti; el desarrollo de su proteccion juridica tuvo lugar, mediante la intervencion pretoria a traves de una doble formula, in factum e in ius ex fide bona; siendo, a partir, precisamente, de esta intervencion pretoria, cuando se inicia un largo periplo que desembocara en su configuracion como contrato con los caracteres referidos en la Istituciones Justinianeas”.

Jacopo Gotofredo tentò persino di ricostruire il precetto sulla falsariga della formula edittale *in factum*, ciò ha fatto nei termini che seguono:

SI QUID ENDO DEPOSITO DOLO MALO FACTUM ESCIT,
DUPLIONE LUITO.

Tale ricostruzione, pur affascinante, non trova nessun addentellato nelle fonti romane e risulta, pertanto, infondata.

Molte altre teorie sono state ritenute superate: nella vecchia dottrina ad esempio si pensava ad un'azione che, tutelando senz'altro il deposito come rapporto negoziale, disponesse una sanzione contro il depositario inadempiente, sanzione che sarebbe poi stata mitigata dal pretore²⁴.

La suddetta dottrina non ha avuto seguito poiché è erroneo ipotizzare un'azione contrattuale in un'età così risalente, ove ancora non esiste un chiaro e distinto concetto di obbligazione²⁵.

In questo senso mette conto ricordare le parole dell'illustre giurista iberico Herrera Bravo, secondo il quale: “Igualmente, en la legislacion de las XII Tablas, no se encuentra plasmado un derecho de crédito del depositante contra el depositario ... no se justifica la posibilidad de un derecho de credito”²⁶.

²⁴ GLUCK, *Pandette*, 16 (trad. PREDA), p. 354, nt. 62.

²⁵ I. 3. 13. pr: *obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura*.

²⁶ Cfr. HERRERA BRAVO, *Breves consideraciones sobre los orígenes penales del depósito*, Madrid, 2005, 293 ss.

Oltre alla censura di cui sopra va precisato che, se l'affidamento in custodia fosse già stato sanzionato dal *ius civile*, non si spiegherebbe la necessità del successivo intervento, a fini mitigatori, del pretore²⁷.

Altri autori hanno supposto che l'azione decemvirale non tutelasse il vero e proprio deposito, bensì la *mancipatio fiduciae causae* effettuata allo scopo di affidare la cosa depositata in custodia ed eseguita davanti a cinque testi nelle forme dovute dalla *mancipatio*²⁸: chi rifiutava la restituzione della cosa ricevuta sarebbe stato punito nel doppio²⁹.

Questa responsabilità nel doppio nascerebbe dall'efficacia della *mancipatio* e sarebbe posta in diretta relazione con l'*obligatio auctoritatis*.

La suddetta interpretazione non è stata accolta perché la responsabilità nella condanna *in duplum* colpisce il

²⁷ “Ma neppure ha avuto successo l'ipotesi che l'azione decemvirale riguardasse il deposito necessario (*in metu ruinae, incendii, naufragii, [tumultus]*): la quale si basava essenzialmente sul tenore e sulla strana conformazione del periodo della clausola edittale, nonché sull'accenno che a tale fattispecie è dedicato poco sopra nello stesso frammento delle Sentenze di Paolo contenuto nella *Collatio*, ma altresì sulla convinzione che ad un legislatore primitivo potesse apparire anzitutto opportuno disporre una tutela dell'affidamento in custodia effettuato in tali frangenti” cfr. GANDOLFI, *Il deposito nella problematica della giurisprudenza romana*, Milano, 1976, 47.

²⁸ “La forma della *mancipatio* è costituita da una dichiarazione solenne, con cui il *mancipio accipiens*, alla presenza di cinque testimoni e di un *libripens* che regga la bilancia – tutti cittadini romani maschi e puberi – afferma che la cosa è sua, da lui comperata con il bronzo (*aes*) e con la bilancia (*libra*): alla dichiarazione del *mancipio accipiens* si accompagnano, in origine, l'effettiva pesatura sulla bilancia del bronzo costituente il prezzo, sostituita in età storica dalla pesatura simbolica di un pezzetto di bronzo (*raudusculum*) e la relativa consegna del bronzo stesso al *mancipio dans* che tace”, cfr. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, Torino, 1993, 299.

²⁹ VOIGT, *Die XII Tafeln*, 2, 479 ss.

mancipio dans e non il *mancipio accipiens*³⁰, con evidente inversione della parti di cui alla fattispecie del deposito.

Escluse allora le suddette correnti ermeneutiche per ragioni evidenti e di cui si è detto sopra, l'opinione assolutamente prevalente – la c.d. *comminus opinio* – ritiene che il rimedio decemvirale abbia natura spiccatamente penale³¹.

La condanna del depositario al pagamento del doppio del valore della cosa affidata in deposito rappresenta, infatti, un indice inequivocabile della natura penale di cui alla previsione decemvirale *ex causa depositi*³².

³⁰ cfr. ROTONDI, *Studii sul diritto romano delle obbligazioni*, Milano, 1908, 14 ss

³¹ “L’istituto del deposito, che già nell’antica società romana dovè avere una abbastanza larga applicazione, non aveva in origine come difesa propria che una azione di carattere penale: solo tardi sul finire della repubblica il pretore gli accordò una difesa più ampia, proponendo nell’editto un’*actio in factum* che si riconnette all’azione decemvirale e da cui il carattere penale non esula ancora: in seguito nel primo secolo dell’impero, sorse accanto a questa l’azione civile, portato dell’elaborazione giurisprudenziale, colla quale il deposito venne definitivamente riassunto nel sistema contrattuale, fino a che la progressiva assimilazione delle due formule portò all’unica *actio depositi* che ci presenta la legislazione giustiniana”, cfr. ROTONDI, *Studii*, cit., 54–55. Nello stesso senso MASCHI, *La categoria dei contratti reali*, Milano, 1973, 131, secondo cui: “la legge decemvirale prevede un’azione penale (come dimostra il multiplo: *in duplum*) *ex causa depositi*”. Cfr. anche BETTI, *Istituzioni* cit., 123; ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1960, 309.

³² Cfr. LONGO, *Corso* cit. 3, il quale prosegue: “dal che emerge che la legge decemvirale non considerava il deposito capace di generare responsabilità contrattuale a carico del depositario, ma colpiva soltanto come delitto l’infrazione da parte di costui alla fede data di custodire e restituire la cosa ricevuta”. E analogamente secondo il GANDOLFI, *Il deposito*, cit., 50: “osserviamo come la *communis opinio* sia orientata nel senso di ritenere che il rimedio decemvirale fosse un’azione penale: la condanna *in duplum* ne rappresenterebbe un ‘indice inequivocabile’ al pari delle tracce che di quest’origine penale sopravvivono nella tutela del rapporto in età classica, quali criterio di responsabilità costituito dal *dolus malus* e la problematica concernente la trasmissibilità passiva dell’azione *in factum*”.

Quest'ultima linea interpretativa³³ va approvata (e finanche deve essere ritenuta non più revocabile in dubbio): la condanna in doppio ha evidenti scopi sanzionatori e, come tutti i precetti giuridici del diritto romano di primo conio, affonda le sue origini³⁴ in quel diritto la cui cogenza viene assicurata da sanzioni personali ed afflittive³⁵, e quindi da sanzioni penali³⁶.

³³ Cfr. LONGO, *Corso cit.*, per il quale: “noi dobbiamo ritenere che anche il deposito (come la fiducia, e come il mutuo, comodato e pegno) ha percorso una fase iniziale, in cui fu privo di riconoscimento e tutela contrattuale. Il deponente, essendo rimasto proprietario della cosa, poteva servirsi della rivendicazione; ma doveva assoggettarsi alla prova, spesso difficile, della proprietà. All'infuori della rivendicazione egli aveva l'azione penale di cui s'è detto sopra; e nei deterioramenti della cosa imputabili al depositario, poté, a datare dalla legge Aquilia, servirsi della relativa azione di danno (questa e non altra poté essere all'inizio la posizione giuridica del deponente).

³⁴ Cfr. GONZALEZ-DE LOS RIOS, *El derecho penal: de Roma al derecho actual*, Madrid, 2005.

³⁵ GROSSO, *Schemi giuridici e società nella storia del diritto privato romano. Dall'epoca arcaica alla giurisprudenza classica diritti reali e obbligazioni*, Torino, 1940, 417, secondo il quale: “le tappe della sanzione dei *delicta* (cioè dei delitti privati) nei confronti dell'originaria esposizione alla vendetta privata, sono state: quella del riscatto volontario, pattuito, dalla vendetta (la norma delle Dodici Tavole sul *membrum ruptum* suona: *ni cum eo pacit, talio esto*) e quella della diretta imposizione della composizione da parte della legge colla fissazione di una pena pecuniaria. Le Dodici Tavole rappresentavano appunto, una fase di transizione; esse prevedevano, come abbiamo detto, il talione per il *membrum ruptum* e la pena pecuniaria fissata dalla legge per le altre *iniuriae* (per l'*os fractum*, 300 assi per la lesione dell'uomo libero, 150 per quella di uno schiavo; 25 per le altre *iniuriae*); la *verberatio* e l'*addictio* per il *fur manifestus*, se fosse uomo libero, la pena del doppio del valore della cosa rubata per il *fur nec manifestus* (*duplione damnum decidito*). Fu appunto dall'affermarsi di questa pena *ex lege* che venne poi fuori il concetto della *obligatio ex delicto*. Una volta che le Dodici Tavole per i casi indicati stabilivano la pena in una somma di denaro (*viginti quinque poenae sunt; duplione damnum decidito*) la esposizione del reo ad un'esecuzione sulla sua persona da parte dell'offeso diventava un'*obligatio* e, collo sviluppo dell'obbligazione nell'*oportere*, si affermò l'*oportere damnum decidere* e così via”.

³⁶ “È stato per lungo tempo oggetto di disputa fra i romanisti il problema se, nell'ordinamento romano, si fosse conosciuta per prima l'*obligatio ex delicto* o quella *ex contractu*. È forse da sperare, attualmente, che l'annosa *querelle* possa considerarsi superata, e che

Da quanto sopraddetto, risultano puntuali e condivisibili le parole di Mario Talamanca, secondo le quali: “il passaggio dalla sanzione afflittiva, eventualmente connessa con la possibilità per l’offensore di chiedere la composizione volontaria, alla composizione legale, e quindi alla pena pecuniaria, è ancora in corso all’epoca delle XII Tavole”³⁷.

In conclusione, all’epoca decemvirale non vi era una specifica tutela giuridica di stampo civilistico per la fattispecie del deposito, tuttavia poiché la predetta fattispecie esisteva nella vita quotidiana dei *cives*, essa veniva protetta da una sanzione penale (corrispondente alla condanna del depositario a pagare al deponente il doppio del valore della cosa affidatagli in deposito là dove egli non la restituisca) già ricordata dalla Legge delle Dodici Tavole, la quale ci testimonia l’assoluta risalenza storica della figura del deposito romano.

soprattutto la soluzione del problema venga ricondotta, nei limiti del possibile, alla considerazione delle concrete circostanze in cui si è sviluppata l’esperienza giuridica romana, e non a modelli di sviluppo astrattamente predeterminati. L’ipotesi che appare più probabile non nega una maggior risalenza della responsabilità per atto illecito rispetto al sorgere di obbligazioni e di responsabilità per fatto lecito: ciò che è, del resto, basato più su considerazioni di carattere generale sullo sviluppo della società che su precise indicazioni delle fonti. Questa responsabilità non integrava un rapporto obbligatorio [...] nella primitiva responsabilità per atto illecito, anche se possa essere intesa di natura privatistica, c’è invece soltanto la soggezione dell’offensore alla vendetta, legalizzata, dell’offeso, e cioè ad una sanzione di carattere afflittivo che non può essere caratterizzata come un rapporto obbligatorio di responsabilità”; cfr. TALAMANCA, *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, Padova, 2006, 41.

³⁷ TALAMANCA, *Le dottrine*, cit., 41.

2. *La natura penale dell'actio in duplum ex causa depositi prevista nella Legge delle Dodici Tavole.*

Le tracce dell'origine penale dell'*actio in duplum ex causa depositi* prevista dalla Legge delle Dodici Tavole³⁸ trovano, altresì, conferma nella successiva tutela del rapporto in età classica, poiché: l'imputabilità per dolo (salvo il progressivo allargarsi delle maglie della responsabilità nell'età classica) e la problematica concernente la trasmissibilità passiva dell'azione *in factum*³⁹ costituiscono le tracce più evidenti dei residui di tipo penale.

Ciò premesso, il vero nodo ermeneutico da sciogliere consiste nell'individuare il fondamento di suddetta azione penale e la difficoltà è ben evidenziata dal nutrito numero di chiavi di lettura offerta dai giusromanisti sulla natura penale dell'*actio in duplum ex causa depositi*, di cui si dà qui di seguito una breve rassegna.

Secondo una prima linea ermeneutica la responsabilità *in duplum* sarebbe stata espressamente prevista dalla stessa Legge delle Dodici Tavole: precetto e conseguente sanzione penale sarebbero stati istituiti per la

³⁸ EVANS-JONES, *The action of the XII Tables 'ex causa depositi'*, in *Labeo*, XXXIV, 1988, 188 ss.

³⁹ ROTONDI, *Studii* cit., 18.

prima volta dalla – per così dire – creativa codificazione decemvirale⁴⁰.

Si tratterebbe di una modalità costitutiva affatto dissimile da quella delle moderne produzioni normative di derivazione continentale europea, il c.d. sistema giuridico della *civil law*.

Tale impostazione non è corretta perché omette di tenere fermi alcuni dati certi ed imprescindibili del diritto romano. Prima di tutto la legge delle Dodici Tavole si inserisce nel quadro del conflitto tra patriziato e plebe e altro non è che un coacervo di singole regole, ispirato piuttosto ad un criterio casistico ed alieno dal costituire un complesso sistematico⁴¹.

Le Dodici Tavole, infatti, furono fissate per iscritto allo scopo di venire incontro all'esigenza di una maggiore certezza del diritto nell'interesse del ceto plebeo⁴²: nell'ambito dei contrasti tra patriziato e plebe, secondo la tradizione liviana, nel 462 a.C. il tribuno Terentilio Arsa avrebbe proposto la creazione di cinque magistrati che fissassero in leggi scritte il potere consolare, i *patres*

⁴⁰ Cfr. KASER, *Das altrömische Ius*, in *PWRE*, 143, 218-219; PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, Roma, 1928, 320; LONGO, *Corso cit.*, 3; ROTONDI, *Studii cit.*, 61.

⁴¹ Cfr. Liv. 3. 34. 6: “*decem Tabularum leges perlatae sunt, qui nunc quoque, in hoc immenso aliarum super alias acervatarum legum cumulo, fons omni publici privatique est iuris*”.

⁴² “Invero il monopolio pontificale in tema di determinazione interpretativa del diritto, in particolare del *ius civile*, finiva per andare a tutto vantaggio del ceto patrizio cui i pontefici appartenevano: il fatto stesso di giungere ad una pur parziale fissazione di norme giuridiche in un testo scritto, costituendo un primo colpo a detto monopolio pontificale, rappresentava di per sé una conquista della plebe nei confronti della classe dominante”, cfr. BURDESE, *Manuale*, cit., 19.

avrebbero, dopo alcuni anni con l'inasprirsi degli scontri, accettato l'idea così da istituire il collegio di decemviri *sine provocatione*⁴³ a codificare l'antico diritto consuetudinario romano.

Ciò significa, in secondo luogo, che la legge delle Dodici Tavole presuppone il vigore di un sistema di norme di determinazione giurisprudenziale e contiene regole – specie nelle Tavole IV, V, VI e VII, laddove le prime tre sono dedicate alla procedura privata e le ultime al diritto pubblico, penale e costituzionale – che per lo più ribadiscono, sostanzialmente, il vigente regime di *ius* (anche *civile*).

La Legge delle Dodici Tavole si limita a determinare, in funzione di interessi sociali, singole particolarità che per loro stessa natura richiedevano un intervento legislativo: risultato ne è la stretta connessione, in un complesso unitario, delle statuizioni decemvirali col *ius* (anche *civile*) preesistente⁴⁴.

Il risultato della codificazione decemvirale consiste in nient'altro che nella precipitazione per iscritto delle regole già in uso nella società romana per il mezzo della consuetudine, i c.d. *mores maiorum*⁴⁵.

⁴³ cfr. BURDESE, *Manuale di diritto pubblico romano*, Torino, 1987, 40 ss.

⁴⁴ Cfr. BURDESE, *Manuale cit.*, 19.,

⁴⁵ “Il concetto di *ius* tuttavia (ecco un punto sul quale bisogna fortemente insistere) non abbracciò ogni e qualsiasi precettistica normativa formatasi entro la sfera del *fas*, ma si limitò come accennato alle norme prodotte mediante convenzioni tacite degli antenati (*maiores*) e rese certe e ferme (anzi tendenzialmente

Mores maiorum, peraltro, considerati dai Romani non come fonte di produzione del *ius civile*⁴⁶, bensì come *ius* (e poi *ius civile*) nel suo aspetto remoto e fondamentale⁴⁷

La conclusione di cui sopra è confermata dalle indicazioni di Mario Talamanca, il quale nel suo manuale di Istituzioni vent'anni or sono scriveva: “l’opera dei decemviri ebbe soltanto marginalmente carattere innovativo e si limitò in pratica a codificare i *mores* esistenti, il carattere dei quali non venne sostanzialmente cambiato in seguito a tale codificazione. In accordo a quel che, al proposito, pensavano i romani stessi, alla legislazione decemvirale deve riconoscersi un carattere esaustivo, nel senso che, negli intenti dei *decemviri*, nessuna norma

immodificabili) attraverso il generale e ripetuto riconoscimento delle relative usanze (*mores*)” cfr. GUARINO, *Storia*, cit. 133.

⁴⁶ ALBANESE, *Premesse allo studio del diritto privato romano*, Palermo, 1978, 109, il quale tratteggia in modo esemplare i caratteri del *ius civile*: “su un piano molto generale qui va notata, anzitutto, la singolare stabilità degli istituti privatistici del *ius civile*: si suol parlare, non senza ragione, d’una certa perennità e centralità di quegli istituti rispetto all’intera esperienza giuridica romana. In secondo luogo, e sempre in generale, va rilevato come il *ius civile* per eccellenza sia sempre stato, per definizione, applicabile solo ai cittadini romani e non agli stranieri (sudditi o indipendenti che fossero): si suol parlare, al riguardo, di personalità del *ius civile*. È appena il caso di dire che ciò non significa affatto disinteresse dell’ordinamento romano per i rapporti privati tra Romani e stranieri o tra stranieri e stranieri, cui occorresse un regolamento giuridico. Su piani meno generali, poi, converrà accennare a tre dati – tra loro connessi – della più antica esperienza romana, dati ai quali si riallacciano variamente alcuni fondamentali caratteri del *ius civile*: la primordiale concezione del reale in termini sacrali; il tradizionale tipo di economia prevalentemente pastorale ed agraria; ed infine l’ancestrale sistema familiare a struttura patriarcale, potestativa e gerarchica”.

⁴⁷ ALBANESE, *Premesse* cit., 88, il quale prosegue affermando che: “solo in età avanzata i giuristi si posero, per il proprio tempo, il problema della possibilità che l’uso costante dei consociati (*consuetudo, longa consuetudo, inveterata consuetudo*, ecc) valga a costituire *ius* o ad abrogarlo (in tal caso si parlò di *desuetudo*).

sancita nei *mores* predecemvirali era stata, consapevolmente, lasciata fuori delle XII Tavole”⁴⁸.

Sulla premessa che la Legge delle Dodici Tavole operò una semplice, ma allo stesso tempo straordinariamente innovativa, codificazione scritta delle consuetudini preesistenti, e quindi del *ius* (anche *civile*) già in vigore nell’arcaica società romana, è assolutamente improbabile che l’opera posta in essere dai Decemviri abbia introdotto specifiche regole e conseguenti sanzioni⁴⁹.

Ciò significa che l’*actio in duplum ex causa depositi* e quindi la responsabilità *in duplum* del depositario non è stata istituita dalla Legge delle Dodici Tavole.

L’*actio in duplum ex causa depositi* – concessa al deponente contro il depositario infedele che non avesse restituito la cosa affidata a scopo di deposito – è, di conseguenza, antecedente alla Legge delle Dodici Tavole, posto che, come testé detto, quest’ultima fu meramente ricognitiva del diritto preesistente.

Questo tipo di sanzione esisteva in epoca anteriore al periodo nel quale avvenne la codificazione decemvirale, esisteva agli albori della fase repubblicana di Roma (e già nella fase della monarchia di Roma, come meglio si vedrà in

⁴⁸ Cfr. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 25.

⁴⁹ Ancora più stringente PELLOSO, *Studi sul furto nell’antichità mediterranea*, Padova, 2008, 149, secondo cui: “il diritto decemvirale, in questo punto, lungi dall’innovare, avrebbe semplicemente registrato l’ancestrale costumanza, elevandola a *lex*, ma lasciando formalmente intatto il primievio requisito magico-religioso necessario al derubato – trovatosi dinanzi ad un ladro armato e recalcitrante – per uccidere (seppur incardinando la pratica in parola ed il conseguente *ius* in un ‘ordine disciplinante ed autorizzante’ superiore)”.

seguito: la codificazione decemvirale fu realizzata nella primissima età della repubblica romana, quindi il passo a ritroso verso la Roma monarchica è corto).

La dottrina più recente⁵⁰, anche sulla scorta delle premesse di cui sopra – azione penale meramente ricognitiva e non innovativa –, ritiene che l'azione *in duplum* concessa contro il depositario infedele fosse un caso di applicazione pratica dell'azione di furto non flagrante.

Tale sanzione sarebbe ricorsa là dove il depositario avesse tentato di appropriarsi della cosa affidatagli a scopo di deposito.

L'ermeneutica da ultimo ricordata è spiegata sulla base di una premessa di ordine metodologico secondo la quale contro il furto la Legge delle Dodici Tavole presuppone un'articolata disciplina, configurando il medesimo come *delictum* e, quindi, confermando in ordine ad esso i precedenti *mores maiorum*⁵¹.

⁵⁰ Cfr. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., 309; GANDOLFI, *Il deposito*, cit., 59, il quale prosegue specificando che “se invero la responsabilità penale del depositario fosse stata autonomamente considerata nell'antica legge, la giurisprudenza classica – riteniamo – non mancherebbe di considerarla in senso specifico, anziché sussumerla nell'ambito generico della fattispecie del *furtum*, o quanto meno discriminerebbe le ipotesi specifiche che fossero state espressamente contemplate nella norma decemvirale. Ci pare invece che la conclusione del testo di Paolo ora citato (d. 16,3,29 pr., da cui abbiamo tratto la parola *contractaverit*): ‘*et depositi et furti actio mihi .. competit*’, sia abbastanza indicativa in questo senso; tanto più che se posta in relazione con la testimonianza di Aulo Gellio *Noct. Att.* (6,15,2), ove l'*obligavit* sembra riportarci alla più antica giurisprudenza repubblicana”; BURILLO, *Las formulas de la 'actio depositi'*, in *SDHI*, 1962, 233 ss.

⁵¹ “Tra i *delicta* il furto (forse da *ferre* portar via) è certamente uno dei più antichi: le Dodici Tavole presuppongono la configurazione del furto come delitto, confermando per lo più in ordine ad esso precedenti *mores*” cfr. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 2004, 521.

L'accostamento dell'*actio in duplum ex causa depositi* all'azione penale utilizzata dal derubato contro il ladro non manifesto si motiva (oltre alla premessa di principio di cui sopra) mediante due argomenti, generalmente condivisi da tutti coloro che intraprendono tale linea esegetica.

Il primo argomento consiste nel fatto che “il ladro non manifesto era tenuto a pagare il doppio del valore della cosa rubata”⁵²: pertanto la misura della sanzione (nel doppio) comprova che l'*actio in duplum ex causa depositi* costituiva un'ipotesi dell'*actio furti nec manifesti*.

La Legge delle Dodici Tavole aveva infatti stabilito, con assai minor rigore rispetto alle ipotesi di furto manifesto, una pena pecuniaria per il doppio del valore della cosa rubata, pena che fu poi mantenuta dal pretore e perseguita con l'azione penale di cui all'*actio furti nec manifesti (in ius)*⁵³.

Il secondo argomento utilizzato è la considerazione secondo la quale “nelle dodici tavole sono varie le disposizioni concernenti il delitto di furto”⁵⁴, da cui ne discende un'articolata disciplina.

Le suddette disposizioni sul furto di cui alla Legge delle Dodici Tavole sono le seguenti: il ladro persona libera era fustigato e poi *addictus* dal magistrato al derubato (divenendone schiavo secondo alcuni; *addiuticati loco*

⁵² FERRINI, *Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrinale*, Roma, 1976, 177.

⁵³ MARRONE, *Istituzioni cit.*, 521

⁵⁴ FERRINI, *Diritto penale cit.*, 177.

secondo altri⁵⁵); il ladro che fosse schiavo altrui era fustigato e poi precipitato dalla rupe; se il furto manifesto fosse stato commesso di notte oppure se il ladro avesse tentato di difendersi con le armi, il derubato, invocata la testimonianza dei vicini (*endoploratio*), avrebbe potuto impunemente uccidere il ladro⁵⁶.

Ma se è innegabile che la norma decemvirale in questione punisca nella corrispondente misura della pena del *furtum nec manifestum*, le successive argomentazioni volte a giustificare il summenzionato approdo ermeneutico sono, invero, le più disparate.

Non è sufficiente, infatti, giustificare l'accostamento dell'*actio in duplum* del deposito all'azione contro il furto esclusivamente sulla base dell'identità di sanzione comminata dalle Dodici Tavole: così opinando si finirebbe per racchiudere in un numero limitatissimo i nuclei fondanti i precetti più disparati.

Quanto appena detto è confermato dal fatto che chi accosta *actio in duplum ex causa depositi* all'*actio furti nec manifesti* cerca ulteriori argomenti a conferma della bontà di tale approdo ermeneutico.

⁵⁵ *Gai* 3. 189.

⁵⁶ *Dig.* 9. 2. 4; *I. Gai.* 7 *ad ed. prov.*

3. *Rassegna degli autori che sovrappongono l'actio in duplum ex causa depositi all'actio furti nec manifesti.*

Come sopra si è visto, la maggior parte degli autori accosta l'*actio in duplum ex causa depositi* all'*actio furti nec manifesti*, mette conto, quindi, passare in rassegna gli autori e i relativi argomenti utilizzati a conforto della criticata linea ermeneutica.

Il Gandolfi (nel suo celebre ed importante studio sul deposito nel diritto romano) dopo aver esordito dicendo che: “quanto all'azione *in duplum* è ragionevole dedurre dalla misura della sanzione che essa riguardasse una fattispecie delittuosa posta in essere da chi avesse ricevuto le cose in custodia”⁵⁷, approda alla conclusione secondo la quale: “la norma decemvirale in questione fosse quella che puniva il *furtum nec manifestum* ci sembra assai probabile”⁵⁸.

Il giurista giustifica gli assunti di cui sopra non solo sulla base della corrispondente misura della pena tra *actio in duplum ex causa depositi* e *actio furti*, ma anche per la sopravvivenza di una responsabilità per furto a carico del depositario in epoca repubblicana (infatti “una responsabilità, a titolo di furto, a carico del depositario sopravvive nel diritto classico in quanto egli *re utatur* e *rem*

⁵⁷ Cfr. GANDOLFI, *Il deposito*, cit., 57.

⁵⁸ Cfr. GANDOLFI, *ibidem*, 57

*contractaverit*⁵⁹) e soprattutto per l'elasticità del concetto di *furtum* operato dai *veteres*.

Da ciò si ricaverebbe che l'*actio in duplum* del deposito altro non fosse se non un'applicazione pratica dell'*actio furti nec manifesti*⁶⁰.

Ma gli argomenti non sono affatto convincenti.

Quanto alla sopravvivenza di una responsabilità per furto a carico del depositario in epoca repubblicana essa si fonda su ben altri argomenti: e precisamente sul carattere naturalmente reale del contratto di deposito e sulla conseguente disponibilità fisica della cosa da parte del depositario, il quale viene messo, per la predetta ragione, nella condizione di poter sottrarre la cosa depositata.

Nella medesima condizione si trova anche il comodatario, così come il creditore pignorante o il debitore mutuatario ed è evidente che anch'essi commetterebbero furto là dove, spettando la restituzione al comodante o al debitore pignoratizio o al creditore mutuante, essi dolosamente non eseguissero la restituzione della cosa.

Inoltre in epoca arcaica il concetto di *furtum* non era affatto plastico⁶¹: le ipotesi relative all'*actio furti* erano chiaramente determinate, come s'è visto sopra, (se non finanche tassative)⁶².

⁵⁹ Cfr. GANDOLFI, *ibidem*, 59, il quale richiama il quale richiama *Gai* 3. 196 e *Dig.* 16. 3. 29 pr. (*Paul. Sent* 2) *Coll.* 10. 7. 5.

⁶⁰ La suddetta elaborazione riprende le linee ermeneutiche già espresse dall'Arangio-Ruiz e sulle quali si dirà in prosieguo.

⁶¹ Come bene sarà analizzato in prosieguo.

⁶² Come si vedrà partitamente in prosieguo.

Gli argomenti usati dal Gandolfi, come appena visto e come si riprenderà in seguito⁶³, non sono decisivi.

Non a caso ben differente è la ricostruzione del Burillo, il quale, dopo aver svolto una breve disamina sulle varie teorie fondanti l'*actio in duplum ex causa depositi*, conclude giustificando l'accostamento tra l'*actio in duplum ex causa depositi* e l'*actio furti* in questo modo: “nos inclinariamos también en favor de este ultima opinion segun la cual la accion del deposito al doble de las XII Tablas no era una accion penal especial sino la misma accion del hurto. Esta accion de la ley decenviral es similar a la *actio rationibus distrahendis* contra el tutor legitimo, que no puede ser removido de la tutela precisamente por ser legitimo, que se asemeja mucho a la *actio furti*, ya que el tutor reclamable con la *actio rationibus distrahendis* hace algo muy similar al *contrectare*”⁶⁴.

Il ragionamento del giurista spagnolo sopra riportato è piano, la Legge delle Dodici Tavole attraverso la condanna nel doppio del valore della cosa offre tutela tanto contro il

⁶³ Cfr. il successivo paragrafo.

⁶⁴ BURILLO, *Las formulas*, cit., 240 ss., il quale in nota prosegue: “es posible que interesara al compilador de la *Collatio* el subrayar la semejanza que hay entre esta accion del hurto y la responsabilidad al doble que da el Exodo, y busca asi las concomitancias entre el derecho mosaico y el romano. Esta idea de que se trata de una accion general del hurto, la misma accion general para toda clase de hurto, parece confirmarse por una observacion de derecho comparado; se trata de la correspondencia con lo establecido en el Codice de Hammurabi, § 122, 123 y 124 en las Leyes de Eshnunna”, solo una icastica osservazione sulle conclusioni cui approda il giurista iberico: ben difficile è ritenere che in quell'epoca vi fosse uno interscambio culturale tra scienze giuridiche di differente matrice e provenienza, il c.d. diritto comparato.

tutore (come del resto è riscontrato nel seguente passo del Digesto, secondo il quale:

Dig. 26. 7. 55. 1 (Triph): (*actio*) *quae proponitur ex lege duodecim tabularum adversus tutorem in duplum*),

così come, *ex causa depositi*, al deponente nel già citato testo di Paolo.

Ambedue le fattispecie, poiché sanzionate con il doppio del valore della cosa, costituirebbero, secondo il giurista iberico, ipotesi speciali dell'*actio furti nec manifesti*: poiché in entrambi i casi la cosa viene definitivamente sottratta al proprietario.

Il ragionamento non è condivisibile per due motivi.

In primo luogo è un'affermazione assolutamente indimostrata quella secondo cui l'*actio rationibus distrahendis* rappresenti un'ipotesi speciale di *actio furti*.

In realtà le ipotesi previste dalla Legge delle Dodici Tavole di *actio furti* sono altre, delle quali s'è già detto più sopra: e quindi l'azione qui in parola a tutela del deponente non è tra quelle di furto.

Secondariamente il Burillo commette un errore di metodo: l'*actio in duplum ex causa depositi* e l'*actio rationibus distrahendis* (le quali ricevono identica sanzione dalla Legge delle Dodici Tavole) si collocano sullo stesso livello ermeneutico perché sollevano le stesse problematiche.

Ciò sta a significare che l'una non può giustificare l'altra e viceversa.

La suddetta critica è ancor più fondata là dove si noti che per altri studiosi l'*actio rationibus distrahendis* non rappresenta un'ipotesi speciale di furto (così come non lo è l'*actio in duplum ex causa depositi*) le quali sono ipotesi vicine all'*actio furti* ma non rientranti nel suo alveo.

In tal senso mette conto ricordare l'ermeneutica del Ferrini, il quale afferma che: "le XII Tavole equipararono il depositario infedele nella pena al *fur nec manifestum* (Coll. 10. 7. 11) come il *tutor distrahens*. La ragione di queste speciali disposizioni sta nell'angustia del concetto di furto secondo il diritto antico"⁶⁵.

Il giurista, in maniera meramente descrittiva, prende atto del fatto che il concetto di furto in epoca arcaica fosse assai ristretto – e ciò conferma la critica sopra svolta nei riguardi del Gandolfi e dell'asserita elasticità del furto – e ne ricava che residuavano previsioni che, seppur astrattamente riconducibili in essa, non rientravano all'interno della fattispecie di furto e quindi trovavano specifica ed autonoma previsione espressa.

In pratica solo il *quantum* di pena tra *actio in duplum ex causa depositi* ed *actio rationibus distrahendis*, da una parte, ed *actio furti nec manifesti*, dall'altra, si presta a divenire oggetto di equiparazione, senza che ciò significhi che le prime due azioni costituiscano ipotesi speciali (o particolari) dell'ultima.

⁶⁵ FERRINI, *Manuale di Pandette*, Milano, 1953, 518, nt 3.

Vi sono altre due ipotesi ermeneutiche che hanno accostato l'*actio in duplum ex causa depositi* con l'*actio furti*⁶⁶.

La prima è quella di Cuq, il quale, tuttavia, non offre spiegazione alcuna circa le ragioni per le quali l'*actio in duplum ex causa depositi* dovrebbe rientrare nell'*actio furti*.

Secondo il giurista francese: “la loi des Douze Tables, à l'exemple d'autres législations antiques, a traité le depositaire infidèle comme un voleur; elle a édicté, contre celui qui refuse de rendre l'objet confié, la peine du double. Plus tarde la peine parut trop sévère: le Preteur déclara dans son edit, qu'il dannerai un action (in factum) tendant simplement à la reparation du prejudice”⁶⁷.

Resta la ricostruzione dell'Arangio-Ruiz, per il quale: “il deposito non è antichissimo: quantunque un testo ci dica che nel sistema delle *legis actiones* era concessa un'azione *in duplum* contro il depositario infedele, tutto porta a credere che si trattasse invece di un'applicazione dell'azione di furto non flagrante, ricorrente nell'ipotesi che taluno tentasse di appropriarsi la cosa affidatagli”⁶⁸.

⁶⁶ Il giurista Girard afferma che: “la chose est remise par le déposant au depositaire pour que celui-ci la garde gratuitement. En conséquence, le depositaire n'a aucun droit de se servir de la chose et engagera sa responsabilité contractuelle eu même temps qu'il commettra un furtum d'usus, dès lors qu'il s'en servira d'une manière quelconque”; cfr. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, Parigi, 1929, 563.

⁶⁷ CUQ, *Manuel des institutions des romains*, Paris, 1928, 446, il quale prosegue affermando che: “on ignore à quelle époque remonte l'action de depot *in factum*; elle existait au temps de J. César”.

⁶⁸ Cfr. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., 309.

L'affermazione dell'illustre giurista, secondo cui il deposito non sarebbe antichissimo, è corretta solo nella misura in cui il deposito venga inteso siccome fattispecie contrattuale a carattere reale tutelata dall'*actio depositi in factum* e soprattutto l'*actio depositi in ius ex fide bona*.

Quanto all'azione concessa dalla Legge delle Dodici Tavole – ritenuta un'applicazione del furto non flagrante –, Arangio-Ruiz pecca di superficialità poiché omette di dare conto della ragione per cui una fattispecie già prevista e puntualmente disciplinata, come lo è il furto nelle Dodici Tavole, dovrebbe essere ribadita successivamente con un ulteriore caso, quello relativo al deposito.

Dalla rassegna di cui sopra se ne ricava che l'*actio in duplum ex causa depositi* nel mentre ha natura penale non può sicuramente giustificarsi quale fattispecie autonoma prevista espressamente dalla Legge delle Dodici Tavole per evidente contrasto con il significato e la portata della legislazione decemvirale.

Parimenti vi sono fondate ragioni che portano a ritenere che l'*actio in duplum ex causa depositi* non possa ritenersi un'applicazione pratica dell'*actio furti nec manifesti*: non fosse altro che vi è disparità di argomenti tra gli stessi giuristi che giungono alla medesima soluzione finale.

4. *Critica alla sovrapposizione: tipicità dell'actio in duplum ex causa depositi.*

Simile disparità di opinioni di cui sopra impone un'attenta ricostruzione e disamina della disciplina giuridica del furto nell'epoca arcaica⁶⁹ e nella successiva epoca repubblicana al fine di dimostrare l'erroneità dell'accostamento tra l'*actio in duplum ex causa depositi* e l'*actio furti*.

Prendendo le mosse dagli studi di Bernardo Albanese⁷⁰, sempre attuali, sulla nozione preclassica del furto – e non a caso anche recentemente fatti propri da Carlo Pelloso⁷¹ – sappiamo che nell'età decemvirale il *furtum*, definito quale “atto illecito consistente nel ‘portar via illecitamente una cosa mobile ad altri (o sottrarre una persona libera sotto altrui potestà)’”⁷², era una fattispecie avente una portata applicativa “estremamente ristretta e

⁶⁹ Sul furto in epoca arcaica si veda: PELLOSO, *Studi sul furto*, cit.; P. FERRETTI, *Complicità e furto nel diritto romano*, Milano, 2005; LA ROSA, *La repressione del 'furtum' in età arcaica*, Napoli, 1990; GUARINO, *Il 'furtum' nelle 'XII Tabulae'*, in ID., *Pagine di diritto romano*, IV, Napoli, 1994; ALBANESE, *La nozione del furtum fino a Nerazio*, in *Ann. Palermo*, 1953; ARANGIO-RUIZ, *La repression du vol flagrant et du vol non-flagrant dans l'ancien droit romain*, in *Rariora*, Roma, 1946; HUVELIN, *Etudes sur le 'furtum' dans le très ancien droit roman*, I, *Les sources*, Lyon – Paris, 1915.

⁷⁰ ALBANESE, voce *Furto (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, 313 ss.

⁷¹ PELLOSO, *Studi sul furto*, cit., 137.

⁷² ALBANESE, voce *Furto*, cit., 313.

semplice”, in contrapposizione al regime molto più ampio dell’età media e tardo-repubblicana⁷³.

In quest’ultimo periodo, infatti, “si ritrovano nelle fonti (o da esse si inducono) singolarissime testimonianze da cui, per esempio, ... è considerato furto addirittura anche il semplice *animus* di negare la restituzione di cose avute in deposito; e, *a fortiori*, l’effettivo rifiuto di rendere la cosa avuta in deposito”⁷⁴.

⁷³ ALBANESE, voce *Furto*, cit., 314, ci dice, infatti, che in “età postdecemvirale il regime del *furtum* conosce un continuo sviluppo nel senso, innanzi tutto, di un addolcimento della severità delle pene ... tuttavia, per chi voglia (come noi) fermarsi sull’essenziale della storia del *furtum*, il punto più importante dell’evoluzione postdecemvirale è costituito da una radicale trasformazione della nozione stessa di quell’illecito ... giurisprudenza pontificale e laica repubblicane ed il pretore pervengono a considerare come *furtum* ogni ‘atto doloso (che non sia possibile classificare sotto una diversa classificazione giuridica) concludentesi, per la parte lesa, con la perdita, o con uno svantaggio relativamente ad una cosa (anche immobile)”. Le conclusioni cui è approdato l’Albanese restano ad oggi largamente condivise, cfr. FERRETTI, *Complicità* cit., 29, secondo cui: “ci sembra che la nozione di furto di età preclassica non consistesse, con ogni probabilità, nella *contrectatio* o nella materiale sottrazione della cosa, ma si estendesse fino a ricomprendere una pluralità di comportamenti illeciti, comportamenti che soltanto successivamente sarebbero stati oggetto di una diversa qualifica”; C. PELLOSO, *Studi sul furto*, cit., 137, il quale riporta nella sua pubblicazione le parole inserite nella voce enciclopedica del giurista siciliano.

⁷⁴ ALBANESE, voce *Furto*, cit., 314, il quale spiega che nella fase repubblicana “si ritrovano nelle fonti singolarissime ipotesi (o da esse si inducono) singolarissime testimonianze da cui, per esempio, si rileva che è furto l’occupazione dolosa del fondo altrui; l’istigazione del servo altrui alla fuga o da azioni dannose; la semplice complicità nella fuga di un servo altrui realizzata nascondendo il servo stesso, per un momento, agli occhi del padrone mediante lo sventolio della toga; oltre che, ovviamente, con la liberazione del servo dalle catene postegli dal padrone. Ed è pure furto il danno realizzato con inganni di vario genere, come, ad esempio, con la proposizione dolosa d’un mutuatario insolubile ad un tale che va in cerca di vantaggiosi investimenti dal proprio denaro; ed anche il prestito di pesi alterati a chi li userà per una compera costituisce furto ai danni del venditore. Ed è furto la falsificazione operata in altrui documenti; o l’estorsione con l’inganno di una promessa altrui; ovvero la consegna, sotto falsa accusa, del servo altrui al magistrato criminale; o la consegna, in pegno di bronzo che si gabella per oro. Altrettanto sorprendentemente è furto, in questa fase di massima indeterminatezza della relativa

L'amplessima nozione di furto, divenuta poi punto di partenza per la nuova fase evolutiva di progressiva delimitazione, si deve attribuire ad una ragione eminentemente pratica: e cioè alla necessità di tutelare, comunque, i soggetti nei confronti di illeciti comportamenti altrui, diversamente condotte riprovevoli non avrebbero ricevuto adeguata sanzione.⁷⁵

Ragionando *a contrario* in epoca decemvirale nella fattispecie del furto rientrano, quindi, solo le ipotesi di

nozione, il provocare la perdita di animali altrui o con l'impedire al custode, mediante una doloso *in ius vocatio*, di sorvegliargli, o con il metterli in fuga, o con la liberazione di essi dalla trappola in cui erano caduti. Similmente è furto il provocare la perdita di oggetti altrui urtando violentemente la mano di chi li detiene, o gettandoli *in profundum*. È considerato furto addirittura anche il semplice *animus* di negare la restituzione di cose avute in deposito; e, *a fortiori*, l'effettivo rifiuto di rendere la cosa avuta in deposito, o in pegno, o posseduta nella propria qualità di *procurator*. Altri comportamenti dannosi rientrano nel furto, in guisa da sorprendere non solo chi ragiona sulla base delle nozioni attuali, ma anche chi si ponesse dal punto di vista che sarà proprio dell'era romana classica: così è considerato furto l'abusivo disboscamento di un fondo altrui, anche senza sottrazione di legna; o lo scavo abusivo nel fondo altrui, pur senza sottrazione di materiali; ovvero il pascolo abusivo; ovvero ancora la vendita dolosa della cosa propria sulla quale esiste un diritto di pegno; e probabilmente anche la vendita di cose altrui operata dolosamente. Ricadono ancora, e ormai ciò non può sorprendere molto, nell'ambito del nostro illecito l'*interversio possessionis*, o l'*accipere sciens indebitum* da parte di chi simuli la qualità di *procurator*. Questa nozione (pressoché indefinibile) di *furtum* della quale abbiamo indicato alcuni tra gli esempi più singolari, costituisce uno stadio interessantissimo dell'esperienza giuridica romana. In questo stadio si misura – come in pochi altri campi – nel campo dell'illecito privato, la capacità creativa dei giuristi e dei magistrati romani. Una categoria di delitto nata con limitatissimi contorni viene dilatata, sotto la spinta della necessità di tutelare le ragioni dei privati da altri comportamenti avvertiti come illeciti, fino a confini incredibilmente ampi. Il *furtum* rischia, per tal via evolutiva di venire a coincidere, a dispetto della 'tipicità' caratteristica della mentalità giuridica romana, con il concetto stesso di illecito privato. Ne restano fuori, in effetti, solo circoscritte fattispecie di illecito, come alcuni tipici delitti previsti espressamente dalle XII Tavole”.

⁷⁵ Cfr. ALBANESE, *La nozione del furtum nell'elaborazione dei giuristi romani*, in *Jus*, IX, 1958, 320, il quale prosegue spiegando che “alla fase di progressiva restrizione di cui accennammo conducono, invece, come sembra, oltre che motivi di equità, anche, e soprattutto, esigenze teoriche di migliore inquadramento dei fenomeni”.

effettiva sottrazione della cosa altrui, portata via illecitamente con un atto materiale, manifesto o non manifesto, al possessore o al detentore.

Sono, invece, escluse dalla presente fattispecie delittuosa tutte quelle ipotesi per le quali la parte lesa subisca semplicemente una perdita o uno svantaggio relativamente ad una cosa, e tali ipotesi solo in epoca successiva e posteriore alla Legge delle Dodici Tavole saranno sussunte nell'atto illecito del furto.

A titolo di esempio si può ricordare che tra le predette ipotesi di furto in epoca posteriore alla Legge delle Dodici Tavole vi sono: l'occupazione dolosa del fondo altrui⁷⁶ o l'istigazione del servo altrui alla fuga⁷⁷ o la falsificazione operata in altrui documenti⁷⁸ o l'estorsione con l'inganno di una promessa altrui⁷⁹ o la provocata perdita di animali altrui⁸⁰ o il pascolo abusivo su terreni altrui⁸¹ o la vendita di cosa altrui operata abusivamente⁸² e molte altre applicazioni peculiari della nozione di furto⁸³ – che tuttavia sono

⁷⁶ Dig. 41. 3. 38; Dig. 47. 2. 25 pr.

⁷⁷ Dig. 47. 2. 36.

⁷⁸ Dig. 47. 2. 31.

⁷⁹ Dig. 47. 2. 76.

⁸⁰ Dig. 9. 2. 27. 21.

⁸¹ Dig. 19. 5. 14. 3.

⁸² Dig. 47. 2. 52. 17.

⁸³ ALBANESE, voce *Furto*, cit., 314.

destinate ad essere superate, a partire dalla stessa età repubblicana romana più avanzata⁸⁴ –.

Solamente nell'epoca della piena repubblicana tra le fattispecie tutelate dall'*actio furti nec manifesti* (ben definibili quali ipotesi allargate di furto) Albanese vi colloca altresì “l'effettivo rifiuto di rendere la cosa avuta in deposito”⁸⁵.

Se è corretto quanto afferma l'illustrissimo giurista siciliano (e ci pare veramente azzardato sostenere il contrario) ciò significa, per sottrazione, che nella precedente età decemvirale non era concepibile che potesse rientrare all'interno delle ipotesi di *actio furti nec manifesti* altresì l'ipotesi relativa al depositario che con dolo non avesse consegnato la cosa affidatagli in deposito.

La tutela offerta nei confronti del deponente al fine di riottenere la restituzione della *res* data in deposito, e quindi la condanna *in duplum ex causa depositi* delle XII Tavole, non si presta ad essere intesa quale un'ipotesi pratica dell'*actio furti*, stante – come testé detto – la portata applicativa ristretta di quest'ultima azione in epoca decemvirale.

A suffragio e conferma del presente assunto vi sono altre due, tanto solide, quanto evidenti, ulteriori considerazioni: l'una di natura eminentemente pratica dalle cui conclusioni discende l'altra di tipo strettamente giuridico.

⁸⁴ ALBANESE, *La nozione* cit., 319.

⁸⁵ ALBANESE, voce *Furto*, cit., 314.

Prendiamo le mosse da quella pratica.

È indubitabile che la fattispecie in parola non possa essere astrattamente sussunta tra le ipotesi di furto non manifesto: infatti là dove un depositario manifesti al deponente, o ad altra persona legittimata a riottenere la cosa depositata, l'irrevocabile volontà – rifiuto – di non rendere la cosa avuta in deposito, egli commette un *fur* non solo *manifestum* ma finanche e paradossalmente dichiarato.

Non a caso “*fur manifestus* è chi viene colto sul fatto nel momento in cui rimuove la cosa dal luogo in cui si trovava o si allontana da tale luogo con la refurtiva”⁸⁶.

Tale affermazione è ben espressa dal giurista romano Gaio, secondo il quale:

Gai 3. 184: *Manifestum furtum quidam id esse dixerunt, quod dum fit deprehenditur*

e già in precedenza Gellio aveva affermato che:

Gell., noctes att., 11. 18. 11: *Manifestum autem furtum est, ut ait Massurius, quod deprehenditur dum fit. faciendi finis est, cum perlatum est quo ferri coeperat*

Da quanto sopra è facile immaginare che, respinta la richiesta di riconsegna della cosa depositata, il depositario sottragga la cosa, rimuovendola dal luogo preposto al deposito e, quindi, si allontani tenendo seco la cosa, o

⁸⁶ Cfr. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 621.

comunque si opponga materialmente alla riconsegna della cosa.

In ipotesi, pertanto, il depositario recalcitrante è un ladro colto in flagrante (e quindi la sanzione cui deve andare incontro è quella relativa all'*actio furti manifesti*).

Nel momento stesso in cui il deponente non riceve dal depositario la cosa depositata, il furto si manifesta tanto nella sua oggettività, quanto nella sua soggettività.

Ciò determina conseguenze giuridiche di fondamentale momento sotto il profilo della pena astrattamente comminata dalla legge e concretamente irrogata dalla parte offesa a seguito del verificarsi del fatto di cui sopra.

È questa la seconda considerazione di natura squisitamente giuridica.

La pena prevista dalle Dodici Tavole in caso di flagranza di furto varia a seconda dell'età dell'agente⁸⁷, dello *status* del medesimo⁸⁸ e del momento nel quale viene compiuto l'atto materiale⁸⁹, ma in età storica sarà ancora

⁸⁷ BURDESE, *Diritto*, cit., 519, il quale in nota riporta il contenuto di Tab. 8. 12-13, cui si rinvia, e secondo cui: “le XII Tavole stabiliscono che: se il furto è commesso di notte o il ladro si difende con le armi, il derubato possa legittimamente ucciderlo, purché abbia chiamato a sua difesa, e nel contempo a testimoni del fatto delittuoso, i vicini (*endoploratio*)”.

⁸⁸ BURDESE, *Diritto*, cit., 519, il quale in nota riporta il contenuto di Tab. 8. 12-13, cui si rinvia, e secondo cui: “se il ladro è persona libera, sia fustigato ed *addictus* dal magistrato al drubato, si discute se in qualità di schiavo o di *adiudicatus*”.

⁸⁹ BURDESE, *Diritto*, cit., 519, il quale in nota riporta il contenuto di Tab. 8. 12-13, cui si rinvia, e secondo cui: “se il ladro è persona schiava e pubere, sia fustigato e precipitato dalla rupe, mentre se è impubere sia solo fustigato, salva la responsabilità nossale del padrone”.

costituita da “l’obbligo del ladro di pagare al derubato una pena pecuniaria nel quadruplo del valore della cosa rubata”⁹⁰.

In generale, “la repressione decemvirale del *furtum manifestum* era rappresentata e percepita dai posteri come una repressione molto severa. Gaio ne qualifica (3. 189) la sanzione come ‘*poena capitalis*’”⁹¹.

Testimonianza, per vero riportata anche dall’Huvelin, secondo il quale: “chez Gaius, on retrouve l’écho de la tradition sabinienne plutôt que celui de la tradition labéonienne”⁹².

Infatti Gaio esprime il seguente ragionamento:

*Poena manifesti furti ex lege XII tabularum capitalis erat. Nam liber verberatus addicebatur ei cui furtum fecerat; utrum autem servus efficeretur ex addictione, an adiudicati loco constitueretur, veteres quaerebant. In servum aequè verberatum animadvertebatur*⁹³.

Dal passo sopra riportato è facile constatare che la pena poteva variare dalla soggezione del ladro alla sentenza di condanna, all’assoggettamento del medesimo alla schiavitù e finanche alla messa a morte del reo.

⁹⁰ BURDESE, *Diritto*, cit., 519.

⁹¹ LA ROSA, *La repressione*, cit., 145, nt. 17.

⁹² HUVELIN, *Etudes*, cit., 56 ss.

⁹³ *Gai* 3. 189.

È inconciliabile, allora, ritenere che l'*actio in duplum*, concessa dalla Legge delle Dodici Tavole a tutela del deponente al momento della richiesta di riconsegna della cosa depositata, rappresenti un'applicazione pratica dell'*actio furti nec manifesti*.

Ove vi sia un rifiuto espresso del depositario di restituire la cosa depositata si consuma un furto flagrante la cui sanzione non scende mai al di sotto del *quadruplum* del valore della cosa stessa, ma che peraltro poteva spingersi fino alla condanna capitale (*poena manifesti furti ex lege XII tabularum capitalis erat*).

L'applicazione pratica dell'*actio furti nec manifesti* stride con le più elementari logiche del diritto là dove il depositario manifesta la volontà di non restituire la cosa, e ciò avviene sempre poiché il rapporto che lega il deponente al depositario è diretto e personale.

È inconciliabile una dichiarazione espressa – e quindi resa manifesta – di rifiuto alla restituzione della cosa affidata in deposito con l'applicazione di un istituto forgiato e poi riprodotto dalla Legge delle Dodici Tavole per condotte furtive non manifeste.

Quanto sopra è ancora più evidente là dove si tenga a mente che la Legge delle Dodici Tavole equiparava al *fur manifestus* “colui nella cui casa veniva trovata la cosa a seguito di solenne perquisizione”⁹⁴.

Ove, invece, il depositario per semplice negligenza, imprudenza o imperizia, abbia smarrito la cosa depositata –

⁹⁴ TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 621.

ovvero la medesima sia andata distrutta o irreparabilmente danneggiata o quant'altro – e, quindi, non possa più restituirla per colpa, l'*actio in duplum ex causa depositi* non è esperibile e, più in generale, non sussiste la responsabilità del depositario.

In un simile contesto, non si può far rientrare il rifiuto restitutorio nella fattispecie del furto (e non è possibile far rientrare la mancata restituzione dolosa del depositario – che altro non è che il rifiuto di restituire –): manca la condotta materiale, originariamente intesa come “amozione della cosa mobile altrui contro la volontà del proprietario”⁹⁵; manca l'elemento strettamente oggettivo della surriferita sottrazione; manca l'elemento soggettivo della dolosa volontà di sottrazione della cosa data in deposito.

Non che la primordiale civiltà romana conoscesse ed utilizzasse le categorie giuridiche alla stregua di quelle moderne sopraddette⁹⁶, ma è un fatto che già l'elaborazione

⁹⁵ TALAMANCA, *ibidem*, 621, il quale prosegue specificando che: “fino al I sec. a. C. non si distingue fra l'amozione clandestina e quella violenta, entrambe punite nell'ambito della repressione del *furtum*. La distinzione fondamentale è quella tra *furtum manifestum* e *nec manifestum*, e dà luogo ad una diversa qualità di pena”.

⁹⁶ BRASIELLO, *Corso di diritto romano. Atto illecito, pena e risarcimento del danno*, Milano, 1957, 7 ss., secondo il quale: “profondamente diverso è il quadro che si presenta nei riguardi dell'illecito nel diritto romano. E poiché il diritto romano non va guardato come statico, ma come evolventesi con un moto più o meno rapido secondo le epoche e secondo i campi, il quadro dovrebbe essere presentato, per così dire, in rilievo. Ma sia per le difficoltà di valutare in uno sguardo panoramico tutta la evoluzione, sia perché molti punti di essa sono ancora oscuri, sia perché le origini vengono illuminate meglio dalla migliore conoscenza del diritto delle epoche evolute, sarà bene guardare la materia come ci si presenta all'inizio dell'epoca classica”.

giurisprudenziale romana con i più importanti istituti del diritto penale⁹⁷.

Ma anche a non condividere tale impostazione – che già il diritto romano elaborò i più importanti istituti del diritto penale – il rifiuto restitutorio non è conciliabile con la struttura del furto di cui all'epoca decemvirale: l'*actio furti nec manifesti* non costituisce il grimaldello con cui poter fondare l'originaria *actio in duplum* del deposito.

Da quanto surriferito discende che l'*actio in duplum*, di cui all'epoca della Legge delle Dodici Tavole e posta a tutela del deponente, era sì un'azione di natura chiaramente penale, ma non quale applicazione particolare dell'*actio furti nec manifesti*⁹⁸.

⁹⁷ GAROFALO, *Fondamenti e svolgimenti della scienza giuridica romana, Concetti e vitalità del diritto penale romano*, Padova, 2005, 235 ss., il quale afferma che: “ si potrebbe rilevare, volendo appunto avviare un'indagine – qui necessariamente rapida – sull'importanza del diritto penale romano al di là dei suoi naturali confini cronologici [...] la proposizione tra delitti e pene, la classificazione dei delitti, i concetti di imputabilità, di volontà, di circostanza, di qualità, di grado, di caso e di colpa, la teoria riguardante la differenza e l'identità di atto e conto, la questione della punibilità dei minorenni e dell'ubriaco ecc.”. vi sono poi altri autori che hanno trattato il tema, tra cui ARCHI, *Gli studi di diritto penale romano da Ferrini a noi. Considerazioni e punti di vista critici*, in *Scritti di diritto romano*, III, 1950, Milano, 1981, 1432, per il quale: “a conti fatti le opere dei giuristi romani sono più moderne di quelle dei romanisti. Il diritto criminale romano è ancora un campo fruttuoso per chi saprà affrontarlo con i mezzi adeguati alle sue necessità”; ancora cfr. SCAPINI, *Diritto e procedura penale nell'esperienza giuridica romana*, Parma, 1992, 9 ss.; CENTOLA, *Recenti studi di diritto criminale romano. Spunti e prospettive di ricerca*, in *SDHI*, LXIII, 1997, 520.

⁹⁸ MASCHI, *La categoria* cit. 119 ss., il quale parimenti contesta la tesi secondo cui quest'azione *in duplum* sarebbe identificabile con l'*actio furti nec manifesti*. E ciò sulla base di due argomenti: osserva anzitutto che l'*actio furti* comminava, sì, la pena del *duplum* come l'azione decemvirale predetta ma presupponeva l'*amotio rei*, diversa dalla *contrectatio* classica; e in secondo luogo rileva che nel testo tramandatoci – che egli pur considera un 'sunto ridotto a massima, di una complessa situazione' – tale *actio depositi in duplum* è indicata come un'azione a sé.

5. *L'actio in duplum ex causa depositi quale ipotesi autonoma di sanzione penale.*

Le ipotesi ermeneutiche poste a fondamento dell'*actio in duplum ex causa depositi* non sono, almeno a parere di chi scrive, condivisibili e non vanno esenti da ragioni di critica.

Sgomberato il campo dalle suddette, un approccio utile alla comprensione della più arcaica testimonianza sulla fattispecie del deposito deve tenere conto del forte intreccio presente in epoca storica tra i precetti di natura giuridica, da una parte, e la sfera religiosa e sacrale, dall'altra.

Simile impostazione, volta a far acquisire una più profonda consapevolezza del contesto storico-giuridico e del substrato sociale della Roma arcaica, consente di rendere più cristallini molti aspetti della fonte qui in esame.

Anticipando fin da ora le conclusioni, *ex causa depositi lege duodecim tabularum in duplum actio datur* nel mentre si configura quale autonoma previsione penale⁹⁹ – e

⁹⁹ Condividiamo quanto affermato da Rotondi secondo il quale: “queste brevi considerazioni bastano a dimostrare come, nei riguardi della tanto contrastata azione *ex causa depositi* delle XII Tavole, non si debba aver difficoltà ad accogliere l’opinione dei più che vede in essa un’azione penale, perpetua, intrasmissibile agli eredi, concessa dalle XII Tavole a tutelare il deposito, non solo nei casi più gravemente qualificati ma in ogni caso. Questa tutela penale, accanto alla *reivindicatio*, dovette bastare a tutelare il deposito per tutta l’epoca più antica del diritto romano”, cfr. ROTONDI, *Studii* cit., 19.

quindi non riferibile all'*actio furti nec manifesti*¹⁰⁰ –, discende direttamente da quei precetti di natura vuoi giuridica, vuoi religiosa, vuoi sacrale riferiti, in via immediata, alla tutela dell'arcaica *fides*¹⁰¹ romana.

In tal senso non si è di molto lontani dal pensiero di tutti quegli autori che hanno sostenuto che si tratta di una specifica azione penale analoga all'*actio furti nec manifesti* ma pur sempre distinta¹⁰².

Dissentiamo, tuttavia, dalle conclusioni di quest'ultimi, i quali ritengono la presente una specifica azione penale espressamente introdotta dalla Legge delle Dodici Tavole per perseguire il depositario che dolosamente non abbia restituito la cosa consegnatagli in precedenza a scopo di custodia.

¹⁰⁰ Cfr. MASCHI, *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti romani*, Milano, 1937, 358, secondo il quale il furto sarebbe proibito per *lex naturae*, come risulta da un passo di Paolo, Dig. 47. 2. 1. 3 e da due passi di Cicerone, *leg. 3, 4* e *de. Off.*, 3, 21-23, con la conclusione che “*ius naturale e lex naturae* indicano quella realtà, quel substrato sociale, che è insito negli istituti giuridici, e quindi, sotto questo aspetto, coincide con l'ordinamento positivo in quanto mette in rilievo quell'elemento di fatto o sociale che sta a base del diritto”.

¹⁰¹ Cfr. ALBANESE, *Premesse cit.*, 78, il quale in modo degno di nota bene schematizza le varie definizioni attribuibili alla *fides*: “la *fides* non è schematicamente definibile in modo univoco e rigoroso: in essa convergono simultaneamente più prospettive; e particolarmente – in tutte le loro possibili sfumature – le prospettive distinte e pur inseparabili dell'assicurare e del rassicurare, della fedeltà e della fiducia dell'affidamento e della confidenza. I romani furono ben consapevoli del fatto che la *fides* della loro tradizione nazionale investe a fondo gran parte dell'esperienza, e quindi anche l'esperienza giuridica”.

¹⁰² GANDOLFI, *Il deposito cit.*, 51 che richiama: UBBELOHDE, *Zur Geschichte der benannten Realkontrakte*, p. 38 ss.; PEROZZI, *Istituzioni cit.*, p. 342; ROTONDI, *Le due Formule*, in *Scritti*, 2, p. 19; KASER, *Das altromische Ius cit.*, 143, 218 e 219, nt. 39; WATSON, *The Law of Obligations*, nt. 33, p. 157 s.

L'*actio in duplum* di cui a *Coll.* 10. 7. 11. non è un'azione creata dalla Legge delle Dodici Tavole, ma risulta solo riconosciuta per iscritto sulla base della pregressa tradizione giuridico-religiosa¹⁰³: anche perché, come surriferito, la legislazione dei Decemviri non fu creativa ma ricognitiva di un diritto già esistente.

Tale considerazione di natura preliminare non può essere revocata in dubbio.

Se è corretto, allora, ritenere che la mancata restituzione della cosa costituisca un illecito e precisamente un illecito penale, tuttavia “bisogna porsi da un altro angolo visuale: l'illecito è sacrale giuridico, data l'antica connessione fra religione e diritto, e consiste nella *rupta fides*”¹⁰⁴.

Illuminante è lo studio di Carlo Alberto Maschi, intitolato “La categoria dei contratti reali”, il quale nell'analisi della struttura dell'originario deposito romano sviluppa la premessa di principio qui sotto riportata.

“I primi e più elementari organismi politici precittadini si costituirono e vissero all'insegna di tre regimi fondamentali. In primo luogo affidarono al *pater*, ed eventualmente a sacerdoti suoi ausiliari la funzione sacrale di identificare e proclamare il *nefas*, il vietato dai numi [...] in secondo luogo, si comportarono nell'ambito del *fas*, cioè nell'ambito di ciò che fosse permesso (non vietato) dai numi, sulla base di quei criteri di pacifica convivenza che

¹⁰³ Come già si è ampiamente dimostrato nei capitoli che precedono.

¹⁰⁴ MASCHI, *La categoria* cit., 100, nt 6.

sembrassero alla grande maggioranza dei consociati I più convenienti [...] in terzo luogo, reagirono anche con azione collettiva alle infiltrazioni del *nefas* eventualmente poste in essere, secondo il giudizio del *pater* e dei suoi ausiliari sacerdotali, da singoli consociati in veste di peccatori [...] a garantire la coesione degli organismi primitivi fu sufficiente, pertanto, la formulazione di un limitato novero di divieti religiosi (*nefas est*)”.¹⁰⁵

Quanto sopra espresso è il contesto politico sociale dal quale partire per ricercare i fondamenti dell’istituto dell’arcaico deposito romano.

L’intreccio tra religione e diritto, il rapporto eminentemente personale e di amicizia che unisce i primissimi cittadini romani, lo stretto legame tra *cives* e divinità sono, tutti, elementi fondamentali da prendere in considerazione onde poter risalire alle primissime ipotesi di deposito di una cosa da parte del titolare della stessa ad altro soggetto suo amico.

¹⁰⁵ GUARINO, *Storia del diritto romano*, cit., p. 130

CAPITOLO N. 3

1. *Religione e diritto nella primordiale società romana.*

Il punto di partenza dal quale muovere (o, per dirla alla Maschi, l'angolo visuale dal quale ci si deve porre) è quello di una stretta connessione tra la religione ed il diritto nell'arcaica ed ancestrale civiltà romana tale per cui i precetti di natura religiosa erano allo stesso tempo precetti di tipo giuridico¹⁰⁶.

Il connotato ascrivibile alla primordiale società romana, direttamente collegato alle funzioni religiose¹⁰⁷ e al

¹⁰⁶ “Di rapporti tra la religione e il diritto si può parlare sotto due aspetti. Se la religione si rivolge unicamente alla coscienza dell'uomo, prescrivendogli azioni conformi alle regole del diritto positivo, favorisce l'applicazione di quello, ma ne rimane distinta. Se poi la religione, oltre a prescrivere un determinato contegno, ha anche il modo di imporlo in pratica – ciò che si ha, ad esempio, quando la religione è funzione di Stato, i sacerdoti sono organi pubblici, e la forza dello Stato sanziona i precetti religiosi: tutte cose note ai romani – una norma religiosa è provvista dei requisiti della giuridicità”, cfr. VOCI, *Diritto sacro romano in età arcaica*, in *SDHI*, 1953, pp. 38-39. In particolare sulla religione romana cfr. RUPKE, *La religione romana*, Torino, 2004; MOMIGLIANO, *Storia di saggi della religione romana*, Firenze 1988; DUMEZIL, *La religione romana arcaica*, Milano 1977; PASTORINO, *La religione romana*, Milano, 1973; PIGHI, *La religione romana*, Torino 1967; TURCHI, *Religione di Roma antica*, Bologna 1933; MACCHIORO, *Roma capta, saggio intorno alla religione romana*, Roma 1928. Mentre sull'origine religiosa degli stessi precetti giuridici cfr. ORESTANO, *I fatti di normazione nell'esperienza romana arcaica*, Torino, 1967; KASER, *Religione e diritto in Roma arcaica*, estratto dagli *Annali del seminario giuridico dell'università di Catania*, n. 3, 1949; ORESTANO, *Dal ius al fas, rapporto fra il diritto divino e umano in Roma dall'età primitiva all'età classica*, in *BIDR*, 1939; MAROI, *Elementi religiosi del diritto romano arcaico*, estratto da “Archivio giuridico”, vol. 59, 1933.

¹⁰⁷ GUARINO, *Storia del diritto romano*, cit., 111 ss.

potere legislativo¹⁰⁸ del *rex*, è l'indissolubile legame originario che unisce il *fas*, da un lato, ed il *ius*, dall'altro lato¹⁰⁹.

Trova, infatti, ampi consensi l'opinione di chi ritiene che in origine tutte le regole di condotta avessero natura esclusivamente religiosa: a precisi precetti, che si ritiene siano dettati direttamente dagli dei, si affianca una puntuale sanzione¹¹⁰, parimenti comminata dalla volontà divina e poi materialmente irrogata dalla mano dell'uomo.

La coesione della *civitas* viene, pertanto, assicurata da un limitato numero di divieti religiosi¹¹¹, emanati dal re quale supremo esponente della collettività cittadina a diretto contatto con le divinità, le quali gli indicano, attraverso i

¹⁰⁸ GUARINO, *Ibidem*.

¹⁰⁹ Cfr. JHERING, *Geist des römischen Rechts*, Lipsia, 1921. Studi recenti sono quelli di: ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987; CATALANO, *Populus romanus Quirites*, Torino, 1975; CATALANO, *Per lo studio dello ius divinum*, in *Studi e materiali di storia delle religioni*, XXXIII, 1962; GIOFFREDI, *Religione e diritto nella più antica esperienza romana*, in *SDHI*, XX, 1954.

¹¹⁰ Per tutti GUARINO, *Storia del diritto romano*, cit., pp. 130 ss. e TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 20.

¹¹¹ "Pour comprendre quel rapport existait entre *populus et religio* dans le système 'giuridico-religioso' romain il est plus utile de partir du témoignage de Cicéron. L'analyse de quelquesunes de ses définitions les plus significatives, dans lesquelles *religio* est toujours entendue dans le sens de 'culte des dieux' laisse entrevoir très clairement la justification théologique de l'hégémonie politique romaine, que les anciens attribuaient à la faveur des dieux, mail don't le mérite revenait également aux romains qui dépassaient, par leur sensibilité et leur prudence envers la religio tous les autres peuples", cfr, SINI, *Populus et religio dans la Rome republicaine*, in "Archivio storico e giuridico Sardo di Sassari", 1995, 72-73.

modi con cui vengono in rapporto le due entità, i comandi e le relative sanzioni in caso di trasgressione dei primi¹¹².

Il re, infatti, quale capo religioso della comunità cittadina, è obbligato ad assicurare in prima persona l'incessante presenza della *pax deorum*¹¹³, ossia quella situazione in cui gli dei sono in *amicitia* con gli uomini¹¹⁴.

Solo in seguito, dall'originario *fas* viene a porsi in posizione autonoma il *ius*, il quale originariamente non aveva una propria ed indipendente sfera applicativa poiché compenetrato nel *fas*.

¹¹² Si devono, inoltre, ricordare i *numina*: precise invocazioni che attraverso l'uso di formule determinate servono ad attirare l'attenzione delle divinità. Per capire come sia regolata e protetta la vita dell'uomo romano ci si può riferire a questo caso: *Portula* presiede il parto, *Numeria* controlla che avvenga nel giorno esatto, coadiuvata da *Nona* se avviene nel nono mese o *Decima* se avviene nel decimo. *Candelifera* è presente quando si accende la candela rituale, *Egeria* aiuta la madre, *Prorsa* e *Postverta* si occupano della posizione del bambino, *Opis* lo aiuta, *Pilumnus*, *Picumnus*, *Intercidona* e *Deverra* difendono con vari riti il neonato da vari influssi, *Vagitanus* arriva al primo vagito, e così via.

¹¹³ BAILEY, *Phases in the Religion of Ancient Rome*, Berkeley, 1932, p. 76, parla di "relation of kindness".

¹¹⁴ Nel continuo ed incessante rapporto tra l'uomo e il dio, affinché quest'ultimo possa soddisfare le richieste del primo e affinché il primo possa condurre un'esistenza esente dalla collera del secondo, deve sussistere uno stato di calma, tranquillità, amicizia e pace: perché ciò si verifichi gli uomini devono adempiere i doveri verso gli dei, doveri di *iustitia adversos deos*, adempiuti i quali esiste la *pax deorum*, cioè lo stato di *pietas* verso il popolo romano; cfr. VOGLI, *Diritto* cit., pp. 49 ss. Per una definizione non molto differente si veda GAROFALO, *Studi sulla sacertà*, Padova, 2006, p. 15, il quale ritiene la *pax deorum* una "situazione di pace e di amicizia che doveva perennemente sussistere tra la comunità cittadina e gli dei, ad evitare che sulla prima si riversassero, per volontà dei secondi, conseguenze sfavorevoli".

Il *ius* non può differenziarsi dal *fas*, per il fatto che l'intero ordinamento cittadino prevede esclusivamente norme di tipo religioso¹¹⁵.

Di qui i termini *ius fasque* utilizzati dalle stesse fonti quali sinonimi ad indicare la liceità o la conformità di un comportamento in genere rispetto ad una norma che è di tipo religioso¹¹⁶.

Conferma di ciò è offerta dall'analisi del regime giuridico originale in Roma: ad un'offesa il cittadino poteva reagire liberamente, lo si autorizzava cioè alla vendetta privata senza limite alcuno¹¹⁷ se non quello di invocare la

¹¹⁵ Cfr. KASER, *Religione* cit., pp. 7 ss. In particolare l'autore ritiene addirittura che: "le prime e più lontane radici del *ius sacrum* romano affondano proprio nel terreno prereligioso della magia. Sarebbe, invero, azzardato affermare che vi sia stato un taglio netto tra la fase arcaica della credenza dei demoni e quella evoluta nel culto degli dei [...]". Sempre sulla religione romana cfr. PIGHI, *La religione romana*, Torino, 1967, p. 28, secondo il quale: "'Roma' e 'Romani' hanno accezioni che mutano riferendosi a periodici storici diversi; e la 'religione di Roma' sembra piuttosto riferirsi piuttosto alle origini della città latina mentre la 'religione dei Romani' comprende anziché una, più religioni e culti molteplici".

¹¹⁶ Da ciò, poi, l'evoluzione del *ius*, quale espressione che gli uomini facevano della libertà ad essi lasciata dagli dei e quindi, in un momento successivo, la ricomprensione di *fas* e di *nefas* all'interno della *lex divina*, di *ius* nella *lex humana*, sebbene quest'ultima inserita ancora in un contesto di permesso divine e, quindi, non ancora autonoma.

¹¹⁷ In questo senso mette conto riportare le autorevoli parole del Burdese, secondo il quale: "l'intervento di organi della *civitas* volto, nell'ambito di una forma di processo civile, a sanzionare il regolamento dei rapporti tra privati, si innesta in antico sul primitivo ricorso, da parte del singolo soggetto leso e dei componenti il gruppo familiare cui questi appartiene, all'autodifesa privata che, in quanto fondata sull'approvazione dell'ambiente sociale, costituiva in origine la prima forma di sanzione per il comportamento contrario all'ordine consuetudinario rappresentato dai *mores*. Questo primitivo ricorso all'autodifesa, per l'assenza di un effettivo controllo da parte di un organo imparziale, poteva tradursi in un atti di indiscriminata vendetta non commisurata all'entità del comportamento lesivo, provocando reazioni da parte dell'autore di questo o dei componenti del suo gruppo familiare sì da ingenerare turbamenti della pace la cui

presenza di alcuni testimoni quali garanti della legittimità della reazione dell'offeso.

Ma non è solo nella libertà della reazione che si può cogliere l'originario connotato religioso (ed anche penalistico) delle prime regole di condotta con cui la *civitas* romana intende autoregolamentarsi.

In questo senso, mette conto riportare il pensiero di Ferrini, secondo il quale:

“Lo stesso fatto che in origine la pena è considerata come espiazione religiosa prova che non nella sola soddisfazione procurata agli offesi se ne riscontrava la ragione o lo scopo. È stato osservato che nel più vetusto diritto la pena si considera come una distruzione e una eliminazione del reato”¹¹⁸.

Il giurista spiega quanto sopra con le seguenti parole:

“Io mi spiego appunto tale opinione come una conseguenza della natura sacrale della pena primitiva. Il delitto in quanto concimazione, che è lavato dal sacrificio, nel modo stesso in cui vengono espitati i *prodigia*”¹¹⁹.

Quanto sopraddetto trova precisa conferma nell'arcaico processo, quello *per legis actiones*: le sue forme più antiche erano costituite da stretti elementi di natura religiosa e da marcati caratteri penalistici.

soluzione sarebbe in ultima analisi dipesa da un mero rapporto di forza tra le parti contendenti”, cfr, BURDESE, *Istituzioni*, cit., 74.

¹¹⁸ FERRINI, *Diritto penale* cit., 11.

¹¹⁹ FERRINI, *Ibidem*.

Basti pensare alla sfida del *sacramentum*, nel processo *per legis actio sacramentum in rem*¹²⁰, in cui si invocava la testimonianza divina a corroborare la veridicità della propria pretesa, perspicuo indice di natura religiosa del processo.

Sempre all'interno del processo i contendenti, per stabilire quale dei due *sacramenta* fosse *iustum*, si sfidavano in un vero e proprio simulacro di lotta¹²¹ la cui sanzione in caso di soccombenza del *reus*, era, nella peggiore delle ipotesi, la morte dello stesso¹²², indubbio indizio della natura spiccatamente penale dell'originario processo privato romano¹²³.

Discorso analogo potrebbe essere svolto per la *pignoris capio*¹²⁴ ove viene alla luce un farsi giustizia da sé entro l'involucro protettivo di una forma giuridica

¹²⁰ Cfr. TALAMANCA, *Istituzioni* cit., p. 281, il quale afferma che: “è attualmente opinione molto diffusa che le forme processuali si sostituiscano a forme di autotutela. Essa contiene, senz'altro, un nucleo sostanziale di verità: nelle due *legis actiones* più antiche, la *legis actio sacramento*, che è un'azione dichiarativa, e quella *per manus iniectio*, che è un'azione esecutiva, residuano – in modo diverso – tracce di forme di autotutela a cui la *legis actiones* si sono sovrapposte o sostituite”.

¹²¹ Cfr. ALBANESE, *Il processo*, cit., pp. 56 ss.; ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni* cit., 110 ss.

¹²² Ci si riferisce alla *manus iniectio* ove il debitore insolvente sarebbe stato prima incatenato e successivamente – *trans Tiberim* – ucciso e poi fatto a pezzi.

¹²³ Cfr. BETTI, *Istituzioni*, cit., 30; ALBANESE, *Il processo privato romano delle legis actiones*, cit., 52 ss.

¹²⁴ L'impossessamento di una cosa del debitore per costringere questi ad adempiere può essere inteso non solo come una forma di coazione all'adempimento, ma anche come una pena che il debitore paga in caso di mancato adempimento, sul genere delle odierne multa e ammenda. Si veda, FERRINI, *Diritto penale* cit., 23-24.

tradizionale¹²⁵, ovvero anche per la più antica forma di processo esecutivo, la *manus iniectio*¹²⁶, in cui il debitore poteva finanche essere tagliato a pezzi qualora fosse rimasta insoddisfatta la massa creditoria¹²⁷, o ancora nel *nexum* ove il debitore trasferiva se stesso o un suo sottoposto nel diretto potere del creditore¹²⁸.

Anche l'originaria configurazione dell'obbligazione¹²⁹, quale vincolo giuridico che astringe la

¹²⁵ BRETONE, *Storia del diritto romano*, Roma-Bari, 2006, 98 ss.: “lo vediamo ancora meglio nella *pignoris capio*, l'altra azione esecutiva esperibile in alcuni rapporti obbligatori con un fondamento pubblicistico religioso. Il creditore si impadronisce egli stesso, senza l'intervento o il concorso di nessun organo statale, di un bene che appartiene al debitore, o per indurlo ad adempiere o, in definitiva, per soddisfarsi del credito. Nella *pignoris capio* viene alla luce (come negarlo?) un farsi giustizia da sé, entro l'involucro protettivo di una forma giuridica tradizionale”.

¹²⁶ BRETONE, *Storia*, cit., p. 95, “la sentenza, pronunciata contro il debitore inadempiente, legittima il creditore a un'azione esecutiva, la *manus iniectio*, che può concludersi con l'uccisione del debitore o con la sua vendita come schiavo in territorio straniero”.

¹²⁷ XII Tab. 1. 1-3, «ammesso il debito o raggiunto il suo accertamento giudiziale, sia concesso un termine di trenta giorni. Dopo abbia luogo l'imposizione della mano. Conduca (il debitore) in tribunale. Se (il debitore) non esegue la sentenza, e nessuno interviene in tribunale a suo favore, lo conduca con sé, lo leghi con catene o ceppi ai piedi. Lo leghi con non meno di quindici libbre, o se vuole con più. Se vuole, viva del suo. Se non vive del suo, gli dia ogni giorno una libbra di farro. Se vuole gli dia di più. Nel terzo giorno di mercato, (i creditori) taglino le parti. Se tagliano di più o di meno sia senza pregiudizio».

¹²⁸ BRETONE, *Storia* cit., 90.

¹²⁹ Cfr. GUARINO, *Storia* cit., 154-155, l'autore ritiene che: “attraverso le *XII Tabulae* fecero il loro ingresso nel *ius* romano, uscendo dal generico di un loro riconoscimento puramente sociale, le *obligationes* [...] – che – dettero riconoscimento giuridico alla nuova concezione dell'*obligatio* come vincolo non più materiale, ma ideale, di un debitore appunto attraverso l'introduzione della *legis actio sacramenti in personam*, caratterizzata dal fatto che il creditore affermava nei confronti dell'*obligatus* un '*dare* (o *facere*) *oportere*' dello stesso, e che l'*obligatus* sarebbe stato assegnato materialmente al creditore solo se ed in quanto non obbedisse nemmeno alla condanna e il magistrato, su nuova istanza del creditore, ne decretasse l'*addictio* a quest'ultimo”. Sull'argomento merita, inoltre, attenzione la recente

persona e non i beni della stessa¹³⁰, denota un vincolo di natura personale, e pertanto penale, dell'obbligazione stessa.

Tale commistione tra religione e diritto, *fas* e *ius*, è innegabile e trova ulteriore conferma nelle funzioni svolte dalla più alta carica della monarchia: a poteri militari e legislativi si affiancavano anche quelli di natura sacrale-religiosa e repressivo-penale, in un *unicum* in origine non dissolvibile.

monografia di FALCONE, '*Obligatio est iuris vinculum*', Torino, 2003. Interessante anche: ALBANESE, *Papiniano e la definizione di obligatio*, in *Scritti giuridici*, cit. , II, pp. 1657 ss.

¹³⁰ Cfr. BETTI, *Istituzioni*, cit., 9 ss.

2. *Le leges regiae.*

Nel suddetto contesto si inseriscono le *leges regiae*, che costituiscono i precetti dell'ordinamento giuridico romano arcaico: esse integravano il patrimonio consuetudinario di Roma primordiale¹³¹.

Le *leges regiae* rappresentano, infatti, la “formulazione scritta dei precetti, ascrivendola agli stessi re, i quali, probabilmente adiuvati dai pontefici, potrebbero averli cristallizzati in proprie ordinanze”¹³².

Sull'esistenza di tali leggi c'è da rimarcare che si tratta di un'opinione assolutamente non pacifica: soprattutto in passato, infatti, era stata messa in discussione sia l'autenticità sia la risalenza storica delle stesse¹³³.

Negli ultimi anni, tuttavia, sta prendendo vigore quella linea ermeneutica secondo la quale in epoca arcaica, nel periodo della Roma monarchica, i singoli re¹³⁴, ed in

¹³¹ GAROFALO, *Studi cit.*, 14.

¹³² GAROFALO, *Ibidem*.

¹³³ Stando all'opinione di chi nega la paternità regia alle *leges regiae*, le stesse non sarebbero leggi prodotte in età monarchica dai re: non si tratterebbe di disposizioni legislative, dunque, ma di “regole di costume e dettami sacrali di elaborazione sacerdotale, che solo la tradizione più tarda vuol far apparire di origine legislativa, attribuendone la paternità ai singoli re”. Altro non sarebbero che la formulazione verbale di precetti consuetudinari, solenni enunciazioni orali, “le quali in virtù della forza vincolante attribuita alle parole, creavano situazioni che si imponevano all'osservanza generale”, cfr. BURDESE, *Manuale*, cit., 18.

¹³⁴ “La religione romana è concorde nel definire Numa Pompilio come un secondo fondatore della città: Romolo la fondò con

particolare alcuni di loro, avrebbero adottato dei provvedimenti assimilabili, se non alle nostre leggi nazionali¹³⁵, quanto meno a dei provvedimenti specifici, assimilabili alle nostre ordinanze¹³⁶.

le armi, e Numa con le leggi e la religione [...] Numa è il fondatore di nuovi culti, di nuovi riti, di nuovi sacerdoti. A lui si deve l'introduzione di nuove divinità, o il riconoscimento di nuovi aspetti di divinità già onorate [...] statuisce un culto per la *Fides*, introduce il culto del dio Termine e la festa dei Terminalia, a Numa si deve la divinizzazione di Romolo, sotto il nome di Quirino a la creazione del correlativo *flamen*, è innovatore in materia di riti", cfr. VOCI, *Studi di diritto romano*, Padova, 1985, pp. 251 ss.

¹³⁵ Cfr. GAROFALO, *Studi*, cit., 14-15, ove, invero, l'autore riprende CAPOGROSSI COLOGNESI, *I compiti del 'rex' e i suoi principali collaboratori*, in *Linaementi di storia del diritto romano*, Milano, 1989, 25. Il primo afferma, infatti, secondo una linea ermeneutica maggiormente condivisibile, che queste leggi sarebbero state disposte dai re stessi: "quale che sia la posizione che si intenda assumere in merito all'ampia e dibattuta problematica sollevata dalle *leges regiae*, sembra a me poco prudente disconoscere l'autenticità e l'effettiva risalenza all'epoca monarchica dei precetti comminanti la sacertà che nelle testimonianze pervenuteci risultano collegati a tali leggi. Anche ad escludere che l'introduzione nell'ordinamento giuridico degli indicati precetti sia dipesa da un'attività normativa esercitata dal sovrano, magari in collaborazione con altri organi della *civitas*, sarebbe infatti pienamente ammissibile supporre che essi concorressero ad integrare il patrimonio consuetudinario dell'antica Roma, se non, addirittura, delle strutture gentilizie e familiari preciviche. A muoversi in quest'ordine di idee, peraltro, diventerebbe plausibile collocare già in età monarchica la solenne formulazione scritta dei precetti in considerazione, ascrivendola agli stessi re, i quali, probabilmente coadiuvati dai pontefici, potrebbero avere cristallizzato i precetti in proprie ordinanze". Per un più puntuale approfondimento sulla materia: TONDO, *'Leges regiae' e 'paricidas'*, Firenze, 1973, in cui si comprova l'esistenza della scrittura in età regia e il suo impiego a scopo normativo risalente all'epoca sabina e si dimostra la plausibilità della notizia che ascrive al pontefice C. Papirio la paternità del così detto *ius papirianum*, confutando quindi la tesi che lo ravvisa essere una costruzione posticcia; MAROTTOLI, *'Leges sacratae'*, Roma, 1979; GIUNTI, *Adulterio, un reato tra storia e propaganda*, Milano, 1990, 15 ss., per la quale "approfonditi studi paleografici e raffinate analisi semantiche hanno consentito di retrodatare l'applicazione della scrittura a scopi normativi almeno fino alla monarchia sabina di Numa Pompilio [...] l'indagine archeologica ha fornito di supporto lapideo l'immagine del *rex* che si avvale di un suo specifico potere imperativo per pronunciare ordinanze d'intonazione sacrale nelle quali risalta appieno quella coesistenzialità del giuridico e del religioso che impressiona di sé [...] il risultato di questa rimediazione critica, coordinante gli echi archeologici, epigrafici, linguistici, in funzione di un quesito di preta rilevanza giuridica, si pone allora come un'eredità irrinunciabile ed impegnativa per gli studiosi convenuti sullo stesso terreno dialettico".

Le argomentazioni che muovono coloro che negano la storicità di tali fonti del diritto sono così sintetizzabili: non sarebbe neppure esistita una fase monarchica della Roma antica¹³⁷; in un'epoca così remota non era neppure conosciuta la scrittura; infine se anche fosse esistita la scrittura praticamente nessuno sapeva leggere e scrivere onde l'assoluta inutilità di leggi scritte.

Tali osservazioni possono essere superate dalle considerazioni che seguono.

Sull'inesistenza di una fase monarchica è sufficiente ricordare che questa altro non è che un'opinione isolata: la quasi unanimità degli studi di storia del diritto romano divide in più periodi la storia romana¹³⁸, ponendo al vertice

SANTALUCIA, *Studi di diritto penale romano*, Roma, 1994, 7, per cui “che un sovrano siffatto, profondamente inserito in un contesto religioso, intermediatore del gruppo presso il mondo divino, governasse il suo popolo per mezzo di prescrizioni sacrali, non solo non è inverosimile, ma sarebbe addirittura sorprendente il contrario”. Su una linea in parte differente si veda: FASCIONE, *Il mondo Nuovo. La costituzione romana nella 'Storia di Roma arcaica' di Dionigi di Alicarnasso*, Napoli, 1988, l'autore ritiene infatti la possibilità dell'intervento del voto popolare in età regia.

¹³⁶ GAROFALO, *Studi sulla sacertà*, cit., p. 14.

¹³⁷ Cfr. GUARINO, *Storia* cit., 56 ss.

¹³⁸ Dal punto di vista giuridico, quindi, con riferimento al diritto privato romano, i periodi sono differenti: “una prima età, arcaica, che va dalla origini della primitiva *civitas* romana sino alla vigilia della guerre puniche nel III secolo a. C.; una seconda età della tarda repubblica, che abbraccia all'incirca gli ultimi tre secoli dell'età precristiana, dall'inizio dell'espansione mediterranea di Roma alla caduta del regime repubblicano; una terza età, del Principato, compresa tra l'affermarsi del principato di Augusto e la fine della dinastia dei Severi, avvenuta con la morte di Alessandro il Severo, nel 235 d.C.; una quarta età, dell'impero assoluto o Dominato, che si estende, sin oltre la fine dell'impero romano d'Occidente segnata dalla deposizione di Romolo Augusto nel 476 d.C., a ricomprendere l'opera legislativa di Giustiniano, interrotta con la morte di lui nel 565 d.C.”, così: BURDESE, *Manuale* cit., 10-11.

l'epoca monarchica, iniziata, secondo la tradizione¹³⁹, nel 754 a.C. e conclusasi nel 509 a.C., con la cacciata del settimo re, l'etrusco Tarquinio il superbo¹⁴⁰.

Riguardo alle censure sulla scrittura, recenti studi hanno dimostrato la sua esistenza in tale epoca arcaica, tanto in altre società¹⁴¹ quanto in quella romana¹⁴².

Infine per quanto la scrittura, in epoca storica, fosse un'arte nota a pochi, è frutto di un paralogismo il risultato che, per questa via, giunge ad escludere *tout court* l'esistenza di una legislazione regia per il solo fatto che ben pochi *cives* sapevano leggere e scrivere.

Al contrario si deve ragionevolmente inferire che proprio la sicura esistenza della scrittura anche in tale contesto primordiale conforta la tesi secondo cui le *leges regiae* erano veri e propri provvedimenti scritti ascrivibili ai re romani¹⁴³.

¹³⁹ Cfr. *La leggenda di Roma, dalla nascita dei gemelli alla fondazione della città*, a cura di CARANDINI, Milano, 2006.

¹⁴⁰ Due sono le fasi della monarchia romana: periodo latino-sabino e periodo etrusco.

¹⁴¹ Le più antiche testimonianze sulla scrittura risalgono al 2000 a.C., antichissime redazioni in sumerico della così detta "saga di Gilgamesh", cfr. PETTINATO, *La saga di Gilgamesh*, Milano, 1992.

¹⁴² Cfr. tra gli altri: TONDO, '*Leges regiae*' e '*paricidas*', cit.

¹⁴³ Altre attestazioni della medesima portata si posso ritrovare in: Cic. *Rep.* 2.14.26; 5.2.3; *Tusc.* 4.1.1; Dion. Hal. 2. 24. 1; 2. 27. 3; 2. 74. 1; 4. 43. 1, Tac. *Ann.* 3. 26. 4, Plut., *Rom.* 22. 3. Inoltre altri passi segnalano l'esistenza di raccolte di norme imputabili ai re, predisposte in tempi diversi: cfr. Dion. Hal. 3. 36. 4 (qui si narra, tra l'altro, che Anco Marcio avrebbe fatto incidere su tavole lignee, poi esposte nel foro, le disposizioni sacrali dettate da Numa) 4. 10. 3; Liv. 1. 32. 2, 6. 1. 10.

Se pochi, o addirittura pochissimi, sapevano leggere e scrivere, non poteva che esserne capace chi al vertice di quella società si collocava (ossia il re).

Una fondamentale attestazione in tal senso la cogliamo in Pomp. *L. s. Enchir*

Dig. 1. 2. 2. 2.: *postea aucta ad aliquem modum civitate ipsum Romulum traditur populum in triginta partes divisisse, quas partes curias appellavit propterea quod tunc reipublicae curam per sententias partium earum expediebat. et ita leges quasdam et ipse curiatus ad populum tulit: tulerunt et sequentes reges. quae omnes conscriptae exstant in libro Sexti Papirii, qui fuit illis temporibus, quibus superbus demarati corinthii filius, ex principalibus viris. is liber, ut diximus, appellatur ius civile papirianum, non quia Papirius de suo quicquam ibi adiecit, sed quod leges sine ordine latas in unum composuit.*

Date per certe la storicità e la risalenza delle *leges regiae*, il passo successivo consiste nell'analizzare il contenuto delle stesse.

Esso si differenzia a seconda del bene giuridico protetto dalla norma¹⁴⁴, potendo così variare da beni giuridici non essenziali quali ad esempio sono il *tempus lugendi*, la fedeltà coniugale, ovvero la tutela dei confini e delle pietre terminali fino a giungere alla tutela di beni giuridici fondamentali quali sono la *fides*, la *maiestas* ovvero il diritto alla vita.

¹⁴⁴ Cfr. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, cit., pp. 11 ss.

La violazione del precetto – eminentemente religioso – di cui alle suddette leggi causava la rottura della *pax deorum*, la quale risulta essere quella situazione in cui gli dei sono in *amicitia* con gli uomini.

La definizione della *pax deorum* è puntualmente precisata da Voci, secondo il quale: “nel continuo ed incessante rapporto tra l’uomo e il dio, affinché quest’ultimo possa soddisfare le richieste del primo e affinché il primo possa condurre un’esistenza esente dalla collera del secondo, deve sussistere uno stato di calma, tranquillità, amicizia e pace: perché ciò si verifichi gli uomini devono adempiere i doveri verso gli dei, doveri di *iustitia adversos deos*, adempiuti i quali esiste la *pax deorum*, cioè lo stato di *pietas* verso il popolo romano”¹⁴⁵.

Per il ripristino dell’amicizia con gli dei era necessaria l’irrogazione di una pena nei confronti del soggetto che aveva infranto il rapporto tra uomini e divinità a causa del suo comportamento contrario ai precetti di cui alle *leges regiae* (*tot crimen tot poena*).

Tali pene differivano: dal *piaculum*¹⁴⁶, al *supplicium* e quindi da semplici offerte alle divinità offese

¹⁴⁵ cfr. VOCI, *Diritto*, cit., 49 ss. Per una definizione non molto differente si veda GAROFALO, *Studi* cit., 15, il quale ritiene la *pax deorum* una “situazione di pace e di amicizia che doveva perennemente sussistere tra la comunità cittadina e gli dei, ad evitare che sulla prima si riversassero, per volontà dei secondi, conseguenze sfavorevoli”.

¹⁴⁶ Circa il *piaculum*, esso altro non era che, generalmente, il sacrificio di un animale immolato ad una divinità offesa o la devoluzione di un’entità patrimoniale a profitto del culto della stessa, esempi ne sono, in forza di leggi che la tradizione attribuisce a Numa, il sacrificio di una vacca gravida – verosimilmente a Tellure (cfr. Plut. *Numa* 12. 2) – qualora la vedova fosse passata a nuove nozze prima

fino alla messa a morte, necessaria o semplicemente facoltizzata, del reo¹⁴⁷.

Le colpe più gravi, infatti, non ammettevano espiazione ed il trasgressore veniva chiamato a rispondere direttamente con la sua persona¹⁴⁸.

Ai fini del presente studio interessano le previsioni relative alla sanzione massima, ossia alla messa a morte del reo – *supplicium* –, per le quali è possibile svolgere una bipartizione.

Da un lato si colloca la seguente disposizione:

*si quis hominem liberum dolo sciens morti duit, paricidas esto*¹⁴⁹.

Questo precetto è la celebre disposizione della legge di Numa sull'omicidio volontario¹⁵⁰, la quale, sulla

dell'anno di lutto, mentre la concubina che avesse violato il divieto di toccare l'ara di Giunone era tenuta ad immolare, *crinibus dimissis*, un'agnella alla dea (cfr. Fest. (Paul) 248. 3-6 L; Gell. 4. 3. 3).

¹⁴⁷ Tra gli altri: SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Milano, 1989, pp. 7 ss.; KASER, *Religione e diritto in Roma arcaica*, cit.; FIORI, *Homo sacer, dinamica politico-costituzionale di una sanzione giuridico-religiosa*, Napoli, 1990; BURDESE, *Riflessioni sulla repressione penale romana in età arcaica*, in *Conferenze romanistiche*, II, Milano, 1967: AA. VV., *Lineamenti di storia del diritto romano*, Milano, 1998; GAROFALO, *Studi sulla saceretas*, cit.; MAROTTOLI, *'Leges sacratae'* cit.; GIUNTI, *Adulterio, un reato tra storia e propaganda*, cit.; TONDO, *'Leges regiae' e 'paricidas'*, cit.

¹⁴⁸ Sanzione, del resto, ancora oggi praticata in molti Stati extra-europei: in tutto sono ancora 68 gli Stati nel mondo che applicano la pena di morte.

¹⁴⁹ LINDSAY, *Sextus Pompeius Festus, de verborum significatu quae supersunt cum Pauli epitome*, Lipsia, 1933, Fest. (Paul.), 247.

¹⁵⁰ Questo precetto deve essere nettamente separato dalle previsioni regie che comportano la saceretas: differenti sono i

premessa dell'uccisione volontaria di un uomo libero, non solo rendeva lecita la messa a morte dell'omicida, ma, secondo la migliore chiave interpretativa offerta dalla letteratura, imponeva ai parenti della vittima di uccidere il parricida¹⁵¹.

Nel caso di un omicidio ingiustificato la pena era analoga all'azione commessa, la messa a morte dell'uccisore, ossia una specie di legge del taglione resa obbligatoria¹⁵².

Dall'altro, vi sono le molteplici previsioni del *sacer esto*¹⁵³.

Le suddette ipotesi sacrali¹⁵⁴ (individuate in otto differenti previsioni contenute nelle *leges regiae*¹⁵⁵), si caratterizzano invece per una differente disciplina: colui,

presupposti tra l'una e le altre, diversi sono, poi, gli effetti perché dissimile è il regime sanzionatorio. Sebbene, infatti, in astratto la pena prevista sia sempre la messa a morte del colpevole, in concreto le modalità esecutive non corrispondono potendo, per certi versi, essere ritenute addirittura incompatibili.

¹⁵¹ Cfr. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, cit., pp. 11 ss.

¹⁵² CANTARELLA, *I supplizi capitali in Grecia e a Roma. Origini e funzioni della pena di morte in antichità classica*, Milano, 1991, pp. 290 ss.

¹⁵³ SABBATUCCI, *Sacer*, in *SMSR*, XXIII, 1951-52, p. 94 ss.

¹⁵⁴ Sulla sacertà si deve, inoltre, ricordare: BENNET, *Sacer esto*, da "Transactions and Proceedings of the American Philological Association", LXI, 1930; BASSANELLI SOMMARIVA *Proposta per un nuovo metodo di ricerca nel diritto criminale*, in *BIDR*, 1986, 327 ss.; ALBANESE, 'Sacer esto', in *BIDR*, 1988, 145 ss.; ZUCCOTTI, *In tema di sacertà*, in *Labeo*, 1998, 417 ss.; JACOB, *La question romaine du sacer. Ambivalence du sacré ou construction symbolique de la sorti du droit*, in "Revue Historique", Paris, 2006, 523 ss.

¹⁵⁵ "Degli otto casi di sacertà posti – secondo la tradizione – da una *lex regia*, cinque sono attribuibili a Romolo (una volta con Tito Tazio), due a Numa Pompilio e uno a Servio Tullio"; cfr. FIORI, *Homo sacer, dinamica politico-costituzionale di una sanzione giuridico-religiosa*, cit., p. 180.

infatti, che avesse tenuto un comportamento lesivo della *pax deorum* ed implicante la sacertà¹⁵⁶ diveniva automaticamente *sacer*¹⁵⁷.

Ciò significa che colui che fosse divenuto *homo sacer* sarebbe caduto in una condizione personale *de facto* che non richiedeva necessariamente il processo¹⁵⁸.

¹⁵⁶ Per una chiave di lettura moderna della figura dell'*homo sacer* cfr. AGAMBEN, *Homo sacer, il potere sovrano e la nuda vita*, Torino 1995; BAUMAN, *Vite di scarto*, Roma-Bari 2005. Il primo in particolare ritiene che all'*homo sacer*, poiché si trova in una condizione di bando sia dalla società umana sia dal mondo degli dei, non si applichino né le norme della collettività romana né quelle proprie delle divinità, egli può venire ucciso ma non deve essere sacrificato: si trova in una condizione di doppia eccezione. In realtà l'*homo sacer* non è assolutamente staccato dal diritto, ma è dallo stesso pienamente riconosciuto nella sua qualità, appunto, di *homo sacer*: se egli è *sacer* è perché il diritto ha stabilito presupposti e disciplina della sacertà.

¹⁵⁷ In questo senso, tra gli altri cfr.: ALBANESE, 'Sacer esto', cit., pp. 145 ss.: "l'idea di un automatico incorrere nella sacertà, per il solo fatto di aver commesso un atto autoritativamente considerato illecito, dà l'impressione di essere più conforme ad una mentalità primitiva"; GAROFALO, *Studi sulla sacertà*, cit., pp. 33-34, secondo cui "più convincente prospettiva: che l'individuo cadesse nella condizione di *sacer* per effetto della commissione dell'illecito, senza escludere che l'*homo* divenuto *sacer* a causa dell'illecito perpetrato potesse essere qualche volta dichiarato tale in sede giudiziaria, attraverso un processo definibile di mero accertamento".

¹⁵⁸ Cfr. TONDO, *Il sacramentum militiae nell'ambiente culturale romano-italico*, in *SDHI*, XXIX, 1963, pp. 37 ss., per il quale: "dall'analisi che abbiamo fin qui condotto, emerge che v'è una costante identità tra la divinità in confronto della quale è profilata la sacertà e la divinità nella cui sfera d'influenza ricadono la persona o il bene che hanno formato oggetto dell'illecita violazione. Parrebbe trovare una decisiva conferma la tesi che nel secolo scorso era professata da Rodolf Von Jhering, per cui la sacertà si concreterebbe in uno stato di soggezione o esposizione alla vendetta divina. Perché, ove si ponga l'accento sul riferimento dalla sacertà alla singola divinità in quanto ente personale, diviene abbastanza ovvio argomentare che quelle norme siano rappresentative del volere promanante dalla stessa divinità. L'inosservanza integrerebbe un'offesa nei suoi confronti, cui sarebbe correlativa l'esigenza di costituire il trasgressore nella posizione di *sacer*, in modo che essa possa attingere, attraverso la morte violanta dello stesso trasgressore, la propria soddisfazione. Ora, a noi sembra che questa tesi, per quanto coerentemente articolata, si risolva in una sovrapposizione di schemi, che, se trovano un qualche addentellato nel posteriore sviluppo della

In conseguenza della sacertà del soggetto la collettività lo isolava e, una volta allontanato dalla società, il *sacer esto* era destinato alla divinità offesa¹⁵⁹: in tal modo veniva ripristinata la situazione di pace e di amicizia tra gli dei e gli uomini e dunque restaurata la *pax deorum* di cui sopra si è detto.

La verisimile sanzione cui andava incontro chi infrangeva i precetti del *sacer esto* era l'uccisione per mano di un qualsiasi *civis*: l'istituto della sacertà, infatti, non imponeva la messa a morte dell'*homo sacer*, ma semplicemente facultizzava l'uccisione di costui da parte di un qualunque cittadino romano.

Ed è noto che in diritto romano la morte del reo estingueva il reato e la persecuzione penale¹⁶⁰, come risulta dalle molte dichiarazioni esplicite contenute nelle fonti:

Dig. 48. 1. 6. *defuncto eo qui reus fuit crimini set poena extincta.*

Tale azione punitiva contro l'*homo* divenuto *sacer* non era obbligatoria ma devoluta, secondo la concezione arcaica romana, alla volontà degli dei¹⁶¹.

sacertà, sono però inidonei a coglierne la vera essenza a stregua della concezione più antica”.

¹⁵⁹ Mai, verosimilmente, agli dei in modo discriminato: cfr. P. VOCI, *Diritto sacro romano in età arcaica*, cit., p. 237; S. TONDO, *Il sacramentum* cit. pp. 37 ss. (con critica della diversa opinione di Fowler e Latte).

¹⁶⁰ VOLTERRA, *Processi penali contro i defunti in diritto romano*, in “Revue internationale des droits de l'antiquité”, Bruxelles, 1949, 485 ss.

Pertanto, chi avesse liberamente ucciso l'*homo sacer*, poiché agiva *secundum ius fasque*, non sarebbe andato incontro a conseguenza alcuna, essendo egli il portatore della *voluntas* divina e mero braccio esecutore della stessa¹⁶².

¹⁶¹ GAROFALO, *Studi sulla sacertà*, cit., pp. 118-119, secondo il quale: «mai l'uccisione dell'*homo sacer*, anziché rimessa alla libera valutazione dei terzi, così da apparire conciliabile con la libera scelta della divinità in ordine al suo destino, non necessariamente di morte, sarebbe potuta essere obbligatoria, vuoi per gli organi della collettività vuoi per i singoli che ne erano parte, così da assicurare la 'formale' e 'rituale' eliminazione di colui che, isolato dai propri simili, si trovava nelle mani d'altri, se non a costo di un'inammissibile prevaricazione della volontà terrestre, abilitata solo ad seguire quella divina, su questa e dunque di una pericolosa lacerazione della *pax deorum*».

¹⁶² GAROFALO, *Studi sulla sacertà*, cit., p. 27.

3. *Le ipotesi di sacertas.*

Nella sacertà le succitate leggi regie forniscono una serie di previsioni sacrali, che secondo una lettura condivisibile possono essere sussunte in tre differenti categorie: protezione della *fides*, tutela della *maiestas* e difesa dei *termini*¹⁶³.

Passando in breve rassegna le previsioni sacrali di cui alle *leges regiae*, quelle riferite alla tutela della *maiestas* riguardano la *verberatio parentis* del figlio verso il padre, per la quale vi è il seguente precetto:

*si parentem puer verberit, ast olle plorassit parens,
puer divis parentum sacer esto*¹⁶⁴.

La norma tutela la figura del padre, similmente all'ipotesi in cui la nuora fustighi il *pater filias*¹⁶⁵.

¹⁶³ Cfr. FIORI, *Homo sacer, dinamica politico-costituzionale di una sanzione giuridico-religiosa*, cit., pp. 179 ss., secondo il quale: “come abbiamo avuto modo di rilevare all’inizio del precedente capitolo, le testimonianze relative ai casi di *sacer esto* sono spesso talmente frammentarie da non consentire in ogni caso una immediata spiegazione dell’illecito. Da un lato vi sono fattispecie che richiamano la nozione di *maiestas*, di *terminus* o di *fides* – principi che abbiamo visto essere criteri portanti della rappresentazione romana dell’universo come ordine giuridico-religioso –. Dall’altro vi sono casi in cui non sembra possibile dedurre dai testi a noi giunti alcun collegamento diretto con questi o con altri principi. Limitandoci per ora alle fattispecie primitive di *sacer esto*, sono immediatamente riconducibili al principio riconducibili al principio di *fides* [...] al principio di *terminus* [...] a quella di *maiestas*”.

¹⁶⁴ Cfr. LINDSAY, *Sextus Pompeius Festus, de verborum significatu quae supersunt cum Pauli epitome*, cit., Fest. (Paul.), 260.

A salvaguardia del principio della *maiestas* vi è, inoltre, il precetto relativo al ripudio ingiustificato della moglie¹⁶⁶, ove si richiede la serietà e la fondatezza del ripudio a pena di sacertà del marito.

Un ulteriore caso di tutela del principio della *maiestas* riguarda il divieto di esposizione dei figli deformati e minori di tre anni se non dietro parere concorde di cinque vicini¹⁶⁷.

In tale caso si protegge l'infante, in quanto tale, contro l'arbitrio del padre.

Vi sono poi le previsioni sacrali a tutela dei confini, in questo senso la norma attribuita a Numa Pompilio di cui ci è rimasta solo la *sanctio*, secondo la quale:

si quisquam aliuta faxit, ipsos Iovi sacer esto

Il precetto risulta di non facile interpretazione ma è fondato ritenere che riguardi l'ingiustificato spostamento dei confini¹⁶⁸.

¹⁶⁵ Cfr. Fest. verb. sign., v. *plorare*, in LINDSAY, *Sextus Pompeius Festus, de verborum significatu quae supersunt cum Pauli epitome*, cit., 260.

¹⁶⁶ Cfr. Plut. *Rom.* 22.

¹⁶⁷ Altre, invero, sono le fonti che si riferiscono all'*homo sacer*, tuttavia le stesse non sono più dell'epoca regia, ma di quella successiva, periodo repubblicano, e riguardano l'inviolabilità tribunicia, per questo si è ritenuto di non doverle riportare, nella fattispecie si tratta della *lex sacrata* del 494 a. C. e della *lex Valeria Horatia* del 449 a. C.

¹⁶⁸ Vi è chi, ad esempio, ha ritenuto che il precetto riguardasse il divieto di seppellire una donna gravida senza aver prima proceduto all'estrazione del feto: BONGHI, *Storia di Roma*, Milano, 1888, p. 181. Ma è preferibile ritenere che si riferisse al caso di *termini motio* come ritiene lo stesso: FIORI, *Homo sacer, dinamica politico-costituzionale di una sanzione giuridico-religiosa*, cit., p. 230.

Vi è poi la sicura previsione di mancato rispetto dei confini¹⁶⁹ e di spostamento ingiustificato delle pietre terminali, secondo la quale¹⁷⁰:

Termino sacra faciebant, quod in eius tutela fines agrorum esse putabant. Denique Numa Pompilius statuit,

¹⁶⁹ Per ciò che riguarda la successiva tutela dei confini si legga: FALCHI, *Diritto penale romano*, cit., pp. 207-208, «nel reato di rimozione di termini si incorre, com'è indicato dalla medesima denominazione, per la rimozione dei termini posti a delimitazione dei confini. Il reato deve considerarsi pubblico, ancorché non previsto dalla *leges iudiciorum publicorum*, perché perseguibile da chiunque *ex populo*, e peraltro un tempo era punito con pena ordinaria (D. 47. 21. 2, pr.). Il reato era dapprima punito, in base ad una legge agraria di Giulio Cesare, con cinquanta aurei; con Nerva ai servi che si rendevano colpevoli del crimine *inisci domino*, si applicò la pena capitale (probabilmente la *damnatio in metallum*, della quale parla Paolo nelle *Sententiae*, 5. 22. 2), salvo che il padrone paghi i cinquanta aurei (D. 47. 21. 3). Con Adriano è scomparsa la pena pecuniaria: gli *honestiores* sono puniti con la relegazione, più lunga per i giovani, più breve per i vecchi; gli *humiliores* sono puniti con la *castigatio* e la *datio in opus publicum*, solitamente per un biennio: così anche nel diritto giustiniano (D. 47. 21. 1; D. 47. 21. 2; C. 9. 2. 1; Pauli Sent. 5. 22. 2). Il giudice penale può anche conoscere dell'azione civile *finium regundorum*, e competono entrambe le azioni (civile e penale): però agendo con un'azione non può agirsi contemporaneamente con l'altra azione (D. 10. 1. 4. 4; D. 47. 8. 2. 1; D. 48. 1. 4; C. 9. 31. 1). Si incorre nel reato anche per la rimozione di alberi terminali, o per il mutare aspetto al fondo *finalium quaestionum obstruendarum causa* (D. 47. 21. 3. fin.). E' prevista anche una forma colposa di rimozione di termini, punita con la fustigazione: D. 47. 21. 2. fin.; Coll. 13. 3. fin. ('fortuito' vale per '*negligentia*', come in D. 47. 9. 9 e D. 48. 19. 5, fin.; impropriamente si parla di *lapides furari*). Sul tema dei confini si deve, inoltre, ricordare: PICCALUGA, *Terminus. I segni di confine nella storia romana*, Roma, 1974; ma, soprattutto, VINCI, *Fines regere. Il regolamento dei confini dall'età arcaica a Giustiniano*, Milano, 2004; interessante poi dello stesso autore l'articolo: '*Demonstratio finum*' e *compravendita*, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, a cura di GAROFALO, Padova, 2007, II, pp. 409 ss. I romani eseguivano dei sacrifici in onore del dio dei confini, il dio Termino, e ciò facevano perché ritenevano che i confini stessi fossero sotto la sua protezione, per questo motivo Numa Pompilio stabilì che chi avesse spostato i segni di confine sarebbe divenuto sacro alla pari dei buoi.

¹⁷⁰ *Dion. Hal.* 2. 74. 3.

*eum, qui terminum exarasset, et ipsum et boves sacros esse*¹⁷¹.

Il precetto di cui sopra stabilisce che i romani eseguivano dei sacrifici in onore del dio dei confini, il dio Termino, e ciò facevano perché ritenevano che i confini stessi fossero sotto la sua protezione, per questo motivo

¹⁷¹ Tale notizia sulla sacertà ci è tramandata attraverso un articolato reticolo di rinvii, così detta fonte indiretta; Paolo Diacono riporta, infatti, un passo di Festo, il quale a sua volta aveva ripreso nel suo compendio l'opera di Verrio Flacco intitolata: *De verborum significatu*. Per una precisa ricerca: *Paul.-Fest., verb. sign. s.v. Termino* (Lindsay, 505). Per ciò che riguarda la successiva tutela dei confini si legga: FALCHI, *Diritto penale romano*, cit., pp. 207- 208, «nel reato di rimozione di termini si incorre, com'è indicato dalla medesima denominazione, per la rimozione dei termini posti a delimitazione dei confini. Il reato deve considerarsi pubblico, ancorché non previsto dalla *leges iudiciorum publicorum*, perché perseguibile da chiunque *ex populo*, e peraltro un tempo era punito con pena ordinaria (D. 47. 21. 2, pr.). Il reato era dapprima punito, in base ad una legge agraria di Giulio Cesare, con cinquanta aurei; con Nerva ai servi che si rendevano colpevoli del crimine *inisci domino*, si applicò la pena capitale (probabilmente la *damnatio in metallum*, della quale parla Paolo nelle *Sententiae*, 5. 22. 2), salvo che il padrone paghi i cinquanta aurei (D. 47. 21. 3). Con Adriano è scomparsa la pena pecuniaria: gli *honestiores* sono puniti con la relegazione, più lunga per i giovani, più breve per i vecchi; gli *humiliores* sono puniti con la *castigatio* e la *datio in opus publicum*, solitamente per un biennio: così anche nel diritto giustiniano (D. 47. 21. 1; D. 47. 21. 2; C. 9. 2. 1; Pauli Sent. 5. 22. 2). Il giudice penale può anche conoscere dell'azione civile *finium regundorum*, e competono entrambe le azioni (civile e penale): però agendo con un'azione non può agirsi contemporaneamente con l'altra azione (D. 10. 1. 4. 4; D. 47. 8. 2. 1; D. 48. 1. 4; C. 9. 31. 1). Si incorre nel reato anche per la rimozione di alberi terminali, o per il mutare aspetto al fondo *finalium quaestionum obstruendarum causa* (D. 47. 21. 3. fin.). E' prevista anche una forma colposa di rimozione di termini, punita con la fustigazione: D. 47. 21. 2. fin.; Coll. 13. 3. fin. ('fortuito' vale per 'negligentia', come in D. 47. 9. 9 e D. 48. 19. 5. fin.; impropriamente si parla di *lapides furari*). Sul tema dei confini si deve, inoltre, ricordare: PICCALUGA, *Terminus. I segni di confine nella storia romana*, Roma, 1974; ma, soprattutto, VINCI, *Fines regere. Il regolamento dei confini dall'età arcaica a Giustiniano*, Milano, 2004; interessante poi dello stesso autore l'articolo: 'Demonstratio finum' e compravendita, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, a cura di GAROFALO, Padova, 2007, II, pp. 409 ss.

Numa Pompilio stabilì che chi avesse spostato i segni di confine sarebbe divenuto sacro alla pari dei buoi.

Infine tra le previsioni sacrali relative alla violazione dei confini vi è il così detto cippo del foro¹⁷², scoperto alla fine del secolo scorso presso il *lapis niger*, da cui il nome alla fonte, nel Comizio¹⁷³, che recherebbe incisa l'antica formula *sakros esed*.

Il così detto cippo del foro, pur essendo lacunoso, riveste una fondamentale importanza perché si tratta dell'unica fonte diretta sul tema della sacertà¹⁷⁴, nonché si tratta della più antica fonte della storia del diritto di Roma.

Si riferisce, secondo una plausibile ricostruzione¹⁷⁵, ad un avvertimento, dato ai passanti, dell'ordine che poteva essere impartito loro dal *calator* dell'augure durante la cerimonia augurale.

¹⁷² Si tratta di “una delle più antiche iscrizioni romane, trovata nel 1899 vicino al *Comitium*, sotto il *Lapis Niger*, e risale al principio della repubblica o alla fine della monarchia, se non forse a tempi più antichi. Ne restano solo dei frammenti, scritti in grafia boustrophedica sulle quattro facce e su uno spigolo del cippo di tufo rettangolare, o meglio del troncone di base del cippo unicamente sopravvissuto. Poiché è impossibile valutare con precisione la lunghezza della lacuna periodica determinata dalla mutilazione del cippo, è vano, nonostante molti tentativi, pretendere di colmarla. Ciò che resta è comunque ricco di significato”, cfr. DUMEZIL, *La religione romana arcaica*, cit., p. 88.

¹⁷³ Da rimarcare il tentativo di Fiori di configurare, nelle sue linee, una gerarchia delle fonti in ordine al *sacer esto*, fonte primaria sarebbe unicamente quella relativa al cippo del Foro, fonti secondarie sarebbero, invece, un numero assai notevole: dalle citazioni testuali di *leges regiae*, ai *libri* o *commentarii* sacerdotali, dalle opere di diritto sacro della tarda repubblica, alle testimonianze dell'annalistica fino alle informazioni fornite dalle restanti opere letterarie. Cfr. FIORI, *Homo sacer, dinamica politico-costituzionale di una sanzione giuridico-religiosa*, cit., pp. 1 ss.

¹⁷⁴ Cfr. FIORI, *Homo sacer, dinamica politico-costituzionale di una sanzione giuridico-religiosa*, cit., p. 1.

¹⁷⁵ Cfr. DUMEZIL, *La religione romana arcaica*, cit., p. 88.

Vi è, da ultimo, il precetto posto a tutela la *fides* – ed è ciò che rileva ai fini della presenta trattazione –, relativo al rapporto clientelare¹⁷⁶, secondo il quale:

*patronus si clienti fraudem fecerit, sacer esto*¹⁷⁷.

¹⁷⁶ In particolare FASCIONE, *Fraus legis, indagini sulla concezione della frode alla legge nella lotta politica e nella esperienza giuridica romana*, Milano, 1983, 17 ss. e nt. 10, il quale afferma che “è noto che la clientela è un istituto che si incardina su un nucleo normativo costituito dalla *fides*, che crea e regola una serie di rapporti intersoggettivi basilari nella vita sociale della collettività primitiva – nei confronti del cliente il patrono deve esercitare quella protezione che il sottoposto non sarebbe in grado di esprimere da solo; per questo la frode fatta dal cliente al patrono esprime particolare gravità perché quest’ultimo rischierebbe, in mancanza di soggetto tutelante, di rimanere assolutamente senza difese –. È facile dunque intuire che la *fides* è il fondamento del rapporto normativo che unisce patrono e cliente, e in questo modo segna anche i limiti dei poteri del primo sul secondo. La comminazione della sacertà, prevista dal versetto per colui che verrà meno a questi obblighi che si è assunto, ha funzione sanzionatoria dell’atto. Ne viene in conseguenza che la *fraus* fatta al cliente è un atto antiggiuridico, perché contrario alle norme che lo regolano, represso da una sanzione perché produttivo di sacertà. C’è quindi in *fraus* qualcosa di più che semplice danno, essendo d’altra parte poco probabile che al patrono fosse comminata la sacertà per qualcosa che lo avrebbe potuto obbligare, al massimo, al risarcimento del danno inflitto o lasciato infliggere al cliente. *Fraus* esprime allora un concetto più ampio che fa riferimento alla volontà di violare il tramite normativo impostato sul valore metagiuridico *fides*, alla base del rapporto patrono-cliente, interrotto dal danno fatto dal primo al secondo. La sanzione si dirige contro l’atteggiamento psichico del patrono, ed è in tanto più terribile, la sacertà, in quanto è contro la violazione volontaria dei valori sacrali della *fides* ai quali si è liberamente acceduti”. Per un’esauriente e completa disamina della *fides* si veda LOMBARDI, *Dalla ‘fides’ alla ‘bona fides’*, Milano, 1961.

¹⁷⁷ Cfr. LINDSAY, *Sextus Pompeius Festus, de verborum significatu quae supersunt cum Pauli epitome*, cit., 260. In particolare FASCIONE, *Fraus* cit., 1983, 17 ss. e nt. 10, il quale afferma che “è noto che la clientela è un istituto che si incardina su un nucleo normativo costituito dalla *fides*, che crea e regola una serie di rapporti intersoggettivi basilari nella vita sociale della collettività primitiva – nei confronti del cliente il patrono deve esercitare quella protezione che il sottoposto non sarebbe in grado di esprimere da solo; per questo la frode fatta dal cliente al patrono esprime particolare gravità perché quest’ultimo rischierebbe, in mancanza di soggetto tutelante, di rimanere assolutamente senza difese –. È facile dunque intuire che la *fides* è il fondamento del rapporto normativo che unisce patrono e cliente, e in questo modo segna anche i limiti dei poteri del primo sul secondo. La comminazione della sacertà, prevista dal versetto per colui che verrà meno a questi obblighi che si è assunto, ha funzione

Il bene giuridico protetto consiste nel corretto svolgimento del rapporto clientelare, in particolare viene protetta la posizione di inferiorità, passibile di abusi, del cliente rispetto al *patronus*.

sanzionatoria dell'atto. Ne viene in conseguenza che la *fraus* fatta al cliente è un atto antiggiuridico, perché contrario alle norme che lo regolano, represso da una sanzione perché produttivo di sacertà. C'è quindi in *fraus* qualcosa di più che semplice danno, essendo d'altra parte poco probabile che al patrono fosse comminata la sacertà per qualcosa che lo avrebbe potuto obbligare, al massimo, al risarcimento del danno inflitto o lasciato infliggere al cliente. *Fraus* esprime allora un concetto più ampio che fa riferimento alla volontà di violare il tramite normativo impostato sul valore metagiuridico *fides*, alla base del rapporto patrono-cliente, interrotto dal danno fatto dal primo al secondo. La sanzione si dirige contro l'atteggiamento psichico del patrono, ed è in tanto più terribile, la sacertà, in quanto è contro la violazione volontaria dei valori sacrali della *fides* ai quali si è liberamente acceduti". Per un'esauriente e completa disamina della *fides* si veda LOMBARDI, *Dalla 'fides'* cit., 1961.

4. *La Fides*

La clientela, di cui al precetto da ultimo riportato (*patronus si clienti fraudem fecerit, sacer esto*) è un istituto che si incardina su un nucleo normativo costituito dalla *fides*, che crea e regola una serie di rapporti intersoggettivi basilari nella vita sociale della collettività primitiva¹⁷⁸.

La *fides* è il fondamento del rapporto normativo che unisce patrono e cliente, e in questo modo segna anche i limiti dei poteri del primo sul secondo.

La comminazione della sacertà ha funzione sanzionatoria dell'atto: la sanzione si dirige contro l'atteggiamento psichico del patrono, ed è in tanto più terribile, la sacertà, in quanto è contro la violazione volontaria dei valori sacrali della *fides* ai quali si è liberamente acceduti¹⁷⁹.

Passando ad un discorso più generale, la *fides* nell'arcaica società romana costituisce un principio

¹⁷⁸ Cfr., LOMBARDI, *Dalla "fides"*, cit., il quale allude nel rapporto clientelare ad una *fides* potestativa, per il quale: "la posizione del patrono, indicandola non retoricamente ma tecnicamente, nella sua figura istituzionalizzata, la *fides* sembra dover avere un magari blando ma intrinseco contenuto potestativo: siamo di fronte ad un rapporto di potere nel quale la situazione passiva è espressa tecnicamente da un *in fide esse*, e l'atto che la crea da un *in fidem (se) dare?*".

¹⁷⁹ Cfr. FIORI, *Homo sacer, dinamica politico-costituzionale di una sanzione giuridico-religiosa*, cit., pp. 179 ss.

regolatore che presenta vari connotati ed alla quale si possono assegnare differenti sfumature¹⁸⁰.

La *fides* è personificata dalla dea *Fides*, la quale è strettamente legata a *Iuppiter* e con lui divide la funzione di protettrice dei giuramenti e dei patti¹⁸¹.

Il culto di *Dius Fidus*, come accadeva per *Terminus*, doveva svolgersi a cielo aperto, affinché non venisse mai meno il rapporto con *Iuppiter*, ed è possibile ritenere si trattasse finanche di una “ipostatizzazione di una funzione di *Iuppiter*”¹⁸².

Il Meillet considera *fides* quale sostantivo del verbo *credo*, in sostituzione di un più antico *crede-s* scomparso: ed il collegamento di questi due termini indirizzerebbe verso un significato di “fiducia riposta in qualcuno o qualcosa”¹⁸³; inoltre per il suddetto autore in *fides* sarebbe da distinguere nettamente un senso morale da uno religioso.

I rapporti riconducibili alla *fides* possono essere divisi in due macrogruppi: quelli riferibili ad un giuramento o un

¹⁸⁰ Cfr., LOMBARDI, *Dalla “fides* cit., l’autore delinea otto differenti significati della parola *fides*: 1) la fisionomia esterna della persona sotto l’angolo visuale della fiducia in lei riposta dai concittadini, 2)-3) quella aderente al soggetto bipartita in una qualità non facilmente determinabile e quella emergente nell’intimo contenuto morale, 4)-5) la virtù generica suddivisa nell’impegno a mantenere la propria promessa o nella protezione del più debole, 6) la fede nel rapporto tra pariordinati, 7) la promessa solenne, 8) quella infine intesa come atto di fiducia.

¹⁸¹ I rapporti sono perciò riconducibili sotto due differenti gruppi: atto di *fides* quale prestazione di un giuramento; e *foedus* quale patto, ambedue le categorie stanno comunque sotto l’ombrello protettivo della divinità.

¹⁸² FIORI, *Homo*, cit., 156.

¹⁸³ MEILLET, *Latin credo et fides*, in *MSL*, 22, 1929, 215 ss.

atto di *fides*¹⁸⁴, da un lato, e quelli riconducibili alla figura del *foedus*¹⁸⁵, dall'altro.

In questo secondo gruppo, spiega Fiori, vi rientrano “le ipotesi di *fides* nel matrimonio, nell'*amicitia*, nell'*hospitium*, nella *pax*, nella *militia*, nella clientela, nei rapporti obbligatori”¹⁸⁶.

All'interno della *fides* vi sono i rapporti di amicizia e vi si possono far rientrare finanche quelli obbligatori, spiega l'autore di cui sopra.

Se ciò è vero, allora in origine la *fides* rappresentava il “vincolo giuridico religioso degli impegni presi¹⁸⁷” ed in essa trovavano fondamento quei rapporti umani che la natura non avesse già regolato, costituendo “il criterio dinamico che consente il mutamento della attribuzioni di ciascuno¹⁸⁸”.

La *fides* costituisce un principio fondante la società romana, come si vedrà qui di seguito.

¹⁸⁴ In questo gruppo vi rientrano: la testimonianza, l'esecuzione dei compiti magistratuali, l'attività giurisdizionale.

¹⁸⁵ Cfr. FIORI, *Homo*, cit., 152.

¹⁸⁶ Cfr. FIORI, *Homo*, cit., 154.

¹⁸⁷ FIORI, *Homo*, cit., 157.

¹⁸⁸ FIORI, *Ibidem*, il quale prosegue affermando che la dottrina della *fides* è di origine sacerdotale, e che la successiva elaborazione della giurisprudenza laica riposa su principi antichissimi, che rimontano addirittura alla fase precivica.

5. *L'origine sacrale dell'actio in duplum ex causa depositi di cui a Coll. 10. 7. 11.*

In epoca primordiale la *pax deorum*, la tutela della *fides* nei rapporti tra i cittadini da cui la sanzione della sacertà, e più in generale l'*amicitia* costituiscono il substrato – il c. d. *humus* – dal quale poi sorgeranno i rapporti giuridici di tipo privatistico¹⁸⁹.

Non molti decenni orsono Albanese in un suo tanto celebre, quanto convincente studio, scriveva a proposito dell'amicizia che: “talune amicizie private sono rapporti cui

¹⁸⁹ Cfr. MASCHI, *La categoria*, cit., 101, secondo cui: “Mutuo, deposito, comodato sono nell'età arcaica dei fatti e cioè delle realtà che si attuano nella vita di relazione. Essi rappresentano esigenze che di frequente si verificano allorché il gruppo domestico, che è per tendenza autosufficiente economicamente, non lo sia di fatto o per aspetti particolari. Allora il *pater familias* deve ricorrere ad altri (per un prestito di denaro, per affidare in custodia determinati oggetti ad es., in caso di pericolo o di assenza, per reperire uno strumento di lavoro). In tali e altre analoghe ipotesi, che costituiscono il substrato economico-sociale dei negozi, frequenti in una società non industrializzata, ma di tipo agricolo, sopperisce il principio della solidarietà fra i gruppi e *patres* che ne stanno a capo. L'aspetto economico si congiunge ad una realtà etica e ad una concezione di vita. Il sentimento dell'*amicitia*, ancora ben vivo all'età di Cicerone, come risulta dal suo epistolario e dal *Laelius*, è ancor più potente nell'età arcaica. Il mondo primitivo non conosce l'indifferenza, ma o l'amicizia o l'ostilità. Il nemico vinto in guerra può essere ridotto in schiavitù, le cose sue diventano di proprietà del vincitore e la preda bellica è considerata il modo per eccellenza onde acquistare la proprietà. Perfettamente opposta situazione in caso di *amicitia*. Essa crea vincoli di solidarietà tra soggetti amici, all'amico si deve portare ogni possibile aiuto ed il tradirne la fiducia rappresenta un crimine. L'amicizia fra privati (quella che qui interessa pur inquadrandosi nel grande campo che riguarda anche gli stati) attiene all'aspetto giuridico delle relazioni intersubiettive. Essa fonda un rapporto durevole di fedeltà”.

deve essere normalmente sottesa una causa obiettiva e talune *amicitiae* private costituiscono rapporti formali”¹⁹⁰.

Il giurista siciliano giustifica il proprio assunto da un celebre testo citato da Paolo:

Dig. 50. 16. 223, I (sent.): *Amicos appellare debemus non levi notitia coniunctos, sed quibus fuerint in iura cum patre familias honestis familiaritatis quaesita rationibus.*

Ma molte altre sono le fonti che danno un forte risalto all’amicizia, tra cui:

Asin., 445: commoda homini amico

Cic. ep., 13, 16, 2: mihi etiam dignitor visus est quem in fidem atque amicizia receperem

¹⁹⁰ ALBANESE, *L’amicitia’ nel diritto privato romano*, in *Scritti giuridici*, I Palermo, 1991, 138, il quale prosegue affermando che: “sembra difficile, dunque, contestare la rilevanza giuridica dell’*amicitia* di cui discorre Paolo in D. 50, 16, 223, I. Tanto più che, nella formulazione di Paolo, vi è un secondo punto da porre in rilievo, di importanza non minore del punto costituito dall’uso del termine *iura*. Precisamente l’affermazione per cui, ai fini della determinazione dell’esistenza dell’*amicitia* giuridicamente rilevante che Paolo ha qui in vista, occorre che gli iura in discorso siano costituiti (*quaesita*) per motivi onesti di familiarità (*honestis familiaritatis rationibus*). Più ancora che la menzione, pur importante, della *familiaritas* (che trae conferma e senso dall’identico uso terminologico paolino, già richiamato in D. 41. 2. 41), qui interessa mettere in luce l’esigenza di una *ratio* obiettivamente costatabile e apprezzabile dall’ordinamento giuridico. È l’esigenza di una causa obiettiva dell’*amicitia* giuridicamente rilevante. Ben si comprende come codesta esigenza contribuisce sostanzialmente a sottrarre ad interpretazioni arbitrarie, o ad adibizioni capricciose e sconvenienti, l’*amicitia* che ha rilievo giuridico. L’esistenza di una causa obiettivamente riconoscibile contribuisce decisamente ad elevare l’*amicitia* (giuridicamente rilevante) da semplice sentimento o relazione mondana a vero e proprio ‘istituto’”.

Amicitia che tra i privati romani si instaura e si scioglie non senza l'osservanza di certe forme¹⁹¹, da cui deriverebbe finanche una caratterizzazione ben concreta dell'istituto.

Il legame di *amicitia* che lega il singolo cittadino romano con altro suo consociato fa sorgere la *fides*, concepita prevalentemente, secondo l'epoca più antica, come carisma e cioè come potenza sacrale¹⁹².

La concezione della *fides*, come potenza sacrale risulta da dati evidenti ed inconfutabili: dalla sua esplicita divinizzazione¹⁹³, dalla connessione con la mano destra, quella che si porge nelle promesse¹⁹⁴ – *pro-mittere manum* –, nella protezione e nei giuramenti¹⁹⁵ nonché quella che si stringe nei patti.

Amicitia e *fides* si pongono quali antecedenti imprescindibili – gli odierni presupposti giuridici – dell'atto di deposito: quest'ultimo risulta essere l'atto conclusivo di

¹⁹¹ ALBANESE, *La struttura della manomissio inter amicos. Contributo alla storia dell'amicitia romana*, in *AUPA*, IXXX, 1962, 55.

¹⁹² ALBANESE, *Premesse cit.*, 117.

¹⁹³ Decisiva la tradizione relativa ad un culto romano della *Fides*, culto che si fa risalire all'epoca mitica della venuta di Enea nel Lazio (così, nel V-IV sec. a.C., Agatocle di Cizico, citato in *Fest.*, s.v. *Roma*); o ai Sabini (varr., *De ling. Lat.* 5, 74); o a Numa Pompilio (*Liv.*, 1, 21, 4; *Dion. Hal.* 2, 75, cfr. 5, 68). Altre attestazioni del culto delle *Fides* in *Sil. Ital.* 1, 329 (la *Fides* è *priscis numen populus*).

¹⁹⁴ L'antico culto della dea *Fides* comportava sacrifici fatti dai *flamines* con la mano destra velata da un panno bianco, cfr. *Liv.* 1, 21,4.

¹⁹⁵ Vi è poi una stretta connessione tra *fides* e giuramento, talora considerati assieme, cfr. *Cic., Lael.* 11, 39: “*contra fidem, contra ius iurandum*”.

una fattispecie complessa e presupponente un vincolo tra deponente e depositario del tipo di cui sopra.

In definitiva il deponente, prima di consegnare la cosa al depositario, deve essere legato con questi da un rapporto di amicizia tale per cui sorge quella *fides*, intesa come carisma e potenza sacrale – di cui sopra – la quale è presupposto ed è parimenti posta a presidio e tutela del realizzando deposito.

Questa concezione¹⁹⁶, qui semplicemente accennata trova radice in una società ristretta, in un ambiente rurale¹⁹⁷

¹⁹⁶ Per Guarino, invece, il deposito nascerebbe, staccandosi, dalla fiducia, il giurista afferma, infatti, che: “l’istituto del *depositum* (deposito) fu inteso a raggiungere una delle finalità della *fiducia cum amico*, evitando, peraltro, l’inconveniente pratico ed antieconomico del trasferimento di proprietà delle cose date in custodia. Esso consisteva nel trasferimento della mera detenzione di una cosa mobile dal deponente al depositario sulla base dell’accordo che il depositario la detenesse per conto del deponente (quindi la custodisse con la diligenza del buon *pater familias*) e la restituisse intatta a richiesta”; cfr. GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli, 2000, 487.

¹⁹⁷ ALBANESE, *Premesse cit.*, 109, secondo il quale: “su piani meno generali, poi, converrà accennare a tre dati – tra loro connessi – della più antica esperienza romana, dati ai quali si riallacciano variamente alcuni fondamentali caratteri del *ius civile*: la primordiale concezione del reale in termini sacrali; il tradizionale tipo di economia prevalentemente pastorale ed agraria; ed infine l’ancestrale sistema familiare a struttura patriarcale, potestativa e gerarchica. Si tratta di tre dati le cui radici affondano in epoche remote e sottratte alla considerazione storica; e però si tratta di dati che continuarono a sussistere tenacemente pur quando prevalsero nuove valutazioni dell’universo, nuove forme di attività economica, nuovi ideali. Senza pretese di approfondire [...] basterà porre in luce almeno un punto, che del resto è essenziale. Precisamente il convincimento antichissimo di una connessione inevitabile tra la realtà visibile ed un ordine che si ritiene voluto da potenze sovraumane, invisibile ed attive. Si tratta di un convincimento che oggi potremmo definire metalogico, anche quando esso si esprime secondo forma razionalista; e d’un convincimento che si coordina ad un’esperienza esistenziale dominata da un incombente senso di rischio vitale e di potenzialità creativa. Con necessaria indeterminatezza, può dirsi che la cultura cui accenniamo credette fermamente all’esistenza di una sfera del sacro, alla quale tutti i rapporti umani – ed in particolare quelli predicabili in termini di *ius* – dovevano necessariamente confrontarsi e conformarsi. Sacro è tutto ciò che, trascendendo l’uomo, viene creduto misteriosamente efficace, o come fonte di positività (pienezza e premio), o come fonte

e non industrializzato o mercantilistico, in un genere di vita in cui è profondo il rispetto della parola data, in cui sono radicate le concezioni religiose della *fides* come concezioni proprie di chi teme l'ira divina allorché, venendo meno la fiducia da altri riposta, viola il vincolo religioso che è tipico della *fides*¹⁹⁸.

Tale soluzione è ben argomentata da Maschi, le cui parole recano le seguenti considerazioni: “la concezione romana dell'*amicitia* è strettamente legata alla *fides*, come si è premesso. L'arcaica *fides* è stata indagata dagli studiosi contemporanei non senza difficoltà, come avviene per tutte le concezioni risalenti nel tempo. Può darsi che la nozione arcaica potesse essere diversa da quella preclassica e classica o quanto meno potesse atteggiarsi diversamente. È da ritenere però che esista un nucleo elementare perdurante dall'età arcaica fino a quella più evoluta, cui sia riconducibile la *fides*”¹⁹⁹.

di negatività (annichilazione e castigo). E con il sacro si è persuasi – ‘con timore e tremore’ – di potere e dovere entrare in contatto sistematico, o per vie che oggi definiremmo prevalentemente religiose, o per vie che oggi definiremmo prevalentemente magiche: e ciò, a seconda che, nei confronti delle potenze sovraumane, prevalga il momento dell'invocazione (e dell'interpretazione dei loro voleri); ovvero il momento dell'evocazione (e dell'utilizzazione delle loro operazioni)”.

¹⁹⁸ ALBANESE, *Premesse* cit., 115, il quale specifica che: “la *fides* non è schematicamente definibile in modo univoco e rigoroso: in essa convergono simultaneamente più prospettive; e particolarmente – in tutte le loro possibili sfumature – le prospettive distinte e pur inseparabili dell'assicurare e del rassicurare, della fedeltà e della fiducia, dell'affidamento e della confidenza. I Romani furono ben consapevoli del fatto che la *fides* della loro tradizione nazionale investe a fondo gran parte dell'esperienza, e quindi anche l'esperienza giuridica.

¹⁹⁹ MASCHI, *La categoria* cit. 105, il quale prosegue: “se una fonte antica come Plauto ad es. in *Amphitruo*, 391, presenta il seguente dialogo: Mercurio: ... *non nocebo*. Sosia: *tuae fide credo?*

E partendo da tali premesse l'autore giunge a questa conclusione: "e in codesta età risalente, che precede il sorgere dei negozi formali quiritari, è consentito ipotizzare, preliminarmente, uno schema dialogico vincolante, che abbia per oggetto i più vari rapporti, schema sempre costituito da una domanda e da una risposta adesiva in cui la *fides* è elemento dominante e genetico del vincolo. In esso, come tosto si preciserà, la *fides* compare nel suo originale valore religioso e la sanzione è sacrale e del gruppo. Chi viola la *fides* viola una norma religiosa e con ciò si estromette da sé dalla comunità e dalla protezione del gruppo. Per poter intendere ciò – e quello che interesserà i negozi aformali di cui si tratta – si deve argomentare e da qualche dato relativo alla *fides* sacra, cioè all'elemento religioso che la caratterizza, e risalire all'antico da quegli elementi, che appariranno nell'età storica evoluta, tentando cioè di enucleare da essi, che si inquadrano in un mondo giuridico tecnicizzato, le tracce primitive da cui sono germinati"²⁰⁰.

Mercurio: *Meae*; dal quale risulta che l'interrogante chiede se può contare sulla *fides* di colui che a questo scopo viene interrogato, e la risposta affermativa di mantenere la promessa gli dà quell'affidamento, noi troviamo già qui la *fides*, che riflette qualcosa di più, al contrario di quanto si suol dire, di una semplice norma di costume o di una etica, priva di forza vincolante giuridicamente. Lo schema dialogico suddetto corrisponde a quello della *fidepromissio* (*idem fidepromittis? Fidepromitto*; ex Gai. 3, 116) con la differenza che nel primo si ha una auto assunzione di responsabilità, nel secondo una responsabilità accessoria a quella del debitore principale. Ma nessuna diversità risulta circa la forza vincolante della dichiarazione in base alla *fides*. Ed è importante che nella *fidepromissio* il vincolo di garanzia discenda dalla semplice promessa di ottemperare alla *fides*".

²⁰⁰ MASCHI, *La categoria* cit. 106, che prosegue: "si consideri prima questo seconda aspetto. Naturalmente è possibile soltanto accennare. L'infamia e la indegnità, che nell'età storica evoluta saranno circoscritte dal pretore e dalla legge a ipotesi particolari, non è

Maschi motiva il suo ragionamento affermando che: “il progressivo tipicizzarsi, formalizzarsi dei singoli negozi fonti di obbligazioni civile e il relativo processo di scissione, da concezioni unitarie primitive, conduce a farne perdere le tracce, ma non è senza significato che ancora Cicerone (de off. 3, 31, III) ne conservi qualche pallido ricordo proprio in riferimento a età precedenti quando enumera, piuttosto alla rinfusa, *lex XII tab., leges sacratae, foedera; iudicia censorum, qui nulla de re diligentibus quam de iure iurando iudicabant*; nelle quali epoche anteriori *nullum ... vinculum ad astringendam fidem iure iurando maiores artius esse voluerunt*”²⁰¹.

Il giurista prosegue nella sua riflessione con le seguenti parole: “tali premesse rendono possibile la ricostruzione del regime privatistico dei negozi di mutuo, di deposito e di comodato, anteriormente a qualsiasi protezione diretta. Essi raffigurano dei fatti in cui esiste una *datio* e una promessa di restituzione. Tale promessa è legata a una particolare *datio*, a quella *datio* in cui la *res* è credita, cioè affidata, commessa all'altrui *fides*. La mancata restituzione è una violazione della *fides*. Questo concetto essenziale ed elementare apparirà conservato ancora nell'evoluto diritto classico, che, anche quando sarà abbandonata l'antica

difficile pensare che abbiano origine antica e campo di applicazioni più vasto, probabilmente esteso a ogni violazione della *fides*”.

²⁰¹ MASCHI, *La categoria* cit. 108-109, che prosegue: “l'età antica scorge dunque un potente *vinculum fidei* nel *iusiurandum*; il *iudicium censorum* è preceduto nel tempo dalla valutazione dell'intera ristretta primitiva comunità, che non tollera la violazione della *fides*. Solo la mentalità ormai scettica e laicistica dell'età di Cicerone non darà più peso all'ira *deorum* che, al dire di Cicerone, ormai nulla est e al suo posto invoca la *iustitia* e la nuova *fides* attira sull'intera comunità, che si difende estromettendo il reo con la *sacratio*”.

concezione sacrale, costruisce la dottrina del *creditum* sulla base dell'*aliena fidem sequi*²⁰²”.

Il giurista conclude con una deduzione, nel suo complesso qui pienamente condivisa, secondo la quale: “sul presupposto dell'*amicitia*, attraverso un *factum*, convalidato dall'elemento sacrale della *fides* e avente per oggetto la restituzione della cosa data, si attuano gli arcaici negozi di mutuo, deposito, comodato, sanzionati religiosamente, forse da *sacertas*, contro chi viola la *fides*²⁰³”.

È plausibile ritenere che tutte quelle fattispecie giuridiche in prosieguo classificate siccome contratti reali in origine ricevessero tutela dalla *fides*, tuttavia il qui presente studio non intende fare propri i risultati cui è approdato Maschi.

Infatti la *communis opinio* ritiene che queste fattispecie (deposito, comodato e mutuo) sarebbero state del

²⁰² MASCHI, *La categoria* cit. 110-111, il quale seguita: “connessione che appare risalente giacché già in Plauto (*Asin.* 458) esiste identità fra *fidem alicui habere* e *alicui credere* onde giustamente, accantonando però discutibili congetture sull'arcaica *fides* come potere, si può dire che esiste una connessione fra il ‘momento della fiducia e il momento della consegna della cosa’ ma ciò proprio perché credere equivale a dare in *fidem*. Anche se l'arcaica *fides* sacrale si laicizza, e Cicerone, come si è visto, lo rammenta, la *fides* rimane sempre elemento fondamentale del negozio da cui si genererà il contratto reale, e ciò è documentato non solo in generale, come si è appena visto, ma anche in relazione ai singoli negozi, come ad esempio il comodato: Cic. *Ad fam.* 13: *Peto a te, uti his, omnibus in rebus, quantum tua fides dignitasque patientur, commodes*”

²⁰³ MASCHI, *La categoria* cit. 106, che prosegue specificando che: “le XII tavole comminano la *sacertas* contro il patrono che sia venuto meno alla nei riguardi del cliente; la norma è anteriore, come risulta dalle mitiche *leges regiae* (Romolus); cfr. Dionys., 2, 10, in *FIRA*, I, 5. la *sacertas* è comminata anche per infedeltà che a noi sembrano gravissime (ad es. il non prestare aiuto in *collocandis filiabus*, da parte del cliente, al patrono povero). Né per accostamento fatto è da obiettare il supposto carattere esclusivamente pubblicitico o, come è stato detto, addirittura extragiuridico del rapporto di clientela”.

tutto sfornite di protezione nell'epoca arcaica, ove avrebbero assunto rilevanza giuridica solo i negozi formali²⁰⁴.

Ma se ciò è vero per quanto riguarda il pegno ed il comodato – o almeno non vi sono fonti che attestino il contrario – non è così per il deposito: il quale già all'epoca della Legge delle Dodici Tavole aveva concreta rilevanza giuridica posto che vi era una specifica *actio in duplum ex causa depositi*.

La sanzione penale contro il depositario infedele dimostra che già all'origine di Roma era conosciuta tale fattispecie e che era espressamente tutelata poiché una della due parti aveva violato la *fides* dall'altra: la violazione della *fides* contenuta all'interno di un deposito poteva, quindi, significare la sacertà del depositario²⁰⁵.

Tale sacertà sarebbe stata, in prosieguo, ricondotta nella sanzione penale *in duplum* e poi dal pretore in quella civile *in simplum*.

²⁰⁴ GANDOLFI, *Il deposito* cit., 170-171, il quale nell'analizzare la monografia di Maschi afferma: "questa ricostruzione è quanto mai attendibile, ed altamente suggestiva specie nell'interpretazione e nella valorizzazione degli elementi indiziari di cui disponiamo. Ma essa stimola altresì una deduzione problematica in ordine alle vicende ulteriori del rapporto de quo. Se soprattutto la gratuità ed il grado di responsabilità limitato al dolo trovano la loro giustificazione storica nelle tipiche condizioni della società arcaica ed il loro originario fondamento nell'amicitia e in quella fides che essa postulava, viene spontaneo domandarsi se, mutato il contesto socio-economico e costituitasi una nuova base normativa, si sia resa concepibile qualche variazione – come le fonti classiche sembrano accennare – nel concreto atteggiarsi del rapporto, rispetto ai tratti essenziali del suo schema primigenio". Cfr. anche BISCARDI, *La dottrina romana dell'obligatio rei*, Milano, 1991 e BISCARDI, *Le garanzie reali del credito*, Siena, 1956/1957.

²⁰⁵ I cui effetti sono già stati ampiamente descritti in precedenza.

CAPITOLO N. 4

1. *Il passaggio dalla configurazione delittuosa del deposito a quella contrattuale: la formula in factum concepta e quella in ius ex fide bona concepta.*

Sul finire della Roma repubblicana la tutela penale accordata dalla Legge delle Dodici Tavole alla fattispecie del deposito doveva apparire non più adeguata: “ma se da un lato era insufficiente, dall’altro, con la sua condanna *in duplum*, doveva parere eccessiva, ed il Pretore interviene mitigando l’antica asprezza. L’azione pretoria è *in simplum*, quest’è precisamente l’antitesi più marcata tra le due azioni”²⁰⁶.

Tale passaggio dalla configurazione delittuosa del deposito, a causa della mancata restituzione della cosa affidata, a quella contrattuale²⁰⁷, inteso come affidamento che comporta dei doveri a carico dell’affidatario, si può cogliere bene attraverso le due formule processuali relative al processo formulare²⁰⁸.

²⁰⁶ cfr. ROTONDI, *Studii cit.*, 25 e ss., il quale afferma che: “riassumendo, io credo che il rapporto che intercede tra le due azioni, decemvirale ed edittale si possa concepire così: il Pretore limita la condanna al *simplum* (modificando il modo della valutazione) e conserva il *duplum* solo nei casi più gravi del deposito necessario; ed in questi casi rende trasmissibile l’azione contro gli eredi”.

²⁰⁷ Interessante BETTI, *Sul valore dogmatico della categoria contrahere in giuristi proculiani e sabiniani*”, in *BIDR*, ILV.

²⁰⁸ GROSSO, *Schemi giuridici e società nella storia del diritto privato romano. Dall’epoca arcaica alla giurisprudenza classica*

Le formule più antiche, relative alla Legge delle Dodici Tavole, non ci sono state tramandate. Ci sono pervenute, invece, quelle relative all'editto del pretore: quella *in factum concepta* e quella *in ius concepta*²⁰⁹.

La più antica²¹⁰ è quella *in factum concepta*²¹¹, secondo la quale:

At illa formula, quae ita concepta est IUDEX ESTO. SI PARET A. AGERIUM APUD N. NEGIDIUM MENSAM ARGENTEAM DEPOSUISSE EAMQUE DOLO MALO N. NEGIDI A. AGERIO REDDITAM NON ESSE, QUANTI EA RES ERIT, TANTAM PECUNIAM

diritti reali e obbligazioni, cit., secondo il quale: “il deposito, come il comodato ed il pegno, nei passi delle *Res cottidianae* di Gaio riportati nel Digesto (D. 44, 7, 1, 4-6) e delle Istituzioni giustinianee (I., 2, 14, 2-4), è sistemato fra le *obligationes re contractae*, mentre Gaio nelle Istituzioni includeva in tale categoria solo il mutuo e la ripetizione dell'indebito; operava nel deposito la visuale dell'obbligazione come *oportere ex fide bona*, che toglieva all'obbligo di restituire la rigidità delle *obligationes re contractae*”.

²⁰⁹ Cfr. ASTUTI, *Deposito*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1963, secondo il quale: “la formula *in ius* dell'*actio depositi*, benché anteriore a quelle dell'*actio commodati*, e dell'*actio pignoratitia in personam*, rappresenta sicuramente una fase di sviluppo successiva a quella in cui fu introdotta la formula *in factum*. Lo dimostrano il fatto che Cicerone non ricorda mai il deposito nell'elenco dei *iudicia bonae fidei*; la circostanza che nelle opere dei giuristi classici il commento alla formula *in factum* precede quello alla formula *in ius*, secondo l'ordine in cui erano state successivamente inserite nell'editto pretorio; infine la decisiva testimonianza offerta da *Gai. 4. 60* circa l'opinione della giurisprudenza più antica, per cui nell'*actio depositi* si aveva perdita della lite per *pluris petitio*, configurabile solo rispetto alla formula *in factum*”.

²¹⁰ MASCHI, *La categoria* cit. 139, il quale afferma: “deposito e comodato saranno protetti prima di diventare fonte di *obligatio*, da azioni pretorie *in factum*”.

²¹¹ Cfr. EVANS-JONES, *The actio depositi in factum as a noxal action*, in *BIDR*, LXXXIII, 1980, 191 ss.; EVANS-JONES, *The measure of damages in the actio depositi in factum*, in *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis*, LV (1987), 207 ss.

*IUDEX N. NEGIDIUM A. AGERIO CONDEMNATO, NISI RESTITUAT . SI NON PARET ABSOLVITO*²¹², *in factum concepta est*²¹³.

Essa è imperniata sul duplice presupposto dell'avvenuto deposito di una cosa e della mancata restituzione *dolo malo* della cosa medesima²¹⁴.

La mancata restituzione deve riguardare la stessa *species* consegnata e rappresenta una condizione dell'azione, di talché segue la *condemnatio*.

Quest'ultima è concepita – come di regola nelle formule *in factum* – nel senso di demandare al giudice la stima della *res* al momento della pronuncia della sentenza: con ciò intendendosi non la *nuda res* ma ogni altra utilità, senza tuttavia giungere a tener conto dell'interesse effettivo dell'attore²¹⁵.

L'altra formula, quella *in ius concepta*, è del seguente tenore:

Illa enim formula, quae ita concepta est IUDEX ESTO.

QUOD A. AGERIUS APUD N. NEGIDIUM MENSAM ARGENTEAM

²¹² Se risulta che A. Augerio ha *depositato* un piatto d'argento presso N. Negidio e che esso non è stato restituito ad A. Augerio in conseguenza di un comportamento doloso di N. Negidio, quanto sarà il valore della cosa tanto sarà il denaro a cui tu giudice condannerai N. Negidio in favore di A. Augerio. Se non risulta lo assolverai.

²¹³ Gai., Inst., IV, 45-46.

²¹⁴ Cfr. EVANS-JONES, The penal characteristics of the 'actio depositi in factum', in SDHI, 1986.

²¹⁵ cfr. GANDOLFI, *Il deposito* cit., 75, il quale in relazione all'*actio depositi in factum* specifica che nella sentenza non vi è la condanna della sola "*nuda res*, ma anche gli accessori, i frutti ed ogni altro incremento che la cosa subisca, salva la diminuzione di valore per cause intrinseche o naturali non imputabili al depositario"

*DEPOSIT, QUA DE RE AGITUR, QUIDQUID OB EAM REM N. NEGIDIUM A. AGERIO DARE FACERE OPERTET EX FIDE BONA, EIUS IUDEX N. NEGIDIUM A. AGERIO CONDEMNATO, NISI RESTITUAT. SI NON PARET ABSOLVITO*²¹⁶, *in ius concepta est*²¹⁷.

Essa espone il convenuto, che abbia ricevuto una cosa in deposito dall'attore, ad una condanna il cui ammontare corrisponde alla valutazione equitativa del *quidquid ob eam rem dare facere oportet ex fide bona*.

Presupposti per la condanna sono l'avvenuto deposito della *res* ed il mancato assolvimento di taluno di quei doveri relativi al contratto di deposito e che discendono dal precetto della *fides bona*.

Con questo giudizio è perseguibile non solo la mancata restituzione *dolo malo* della cosa, ma altresì qualsiasi altro comportamento doloso del depositario²¹⁸.

La *condemnatio* implicava che il giudice valutasse l'interesse positivo dell'attore sulla base di "quell'adempimento che era da ritenersi conforme alla *fides bona* e che assumeva un particolare significato, ad esempio,

²¹⁶ Dal momento che A. Agerio ha depositato un piatto d'argento presso N. Negidio, e a causa di ciò ora vi è controversia, qualunque cosa in relazione a ciò N. Negidio è tenuto a dare o fare secondo buona fede nei confronti di A. Agerio, per il suo ammontare tu giudice condannerai N. Negidio in favore di A. Agerio, a meno che provveda a risarcire; se non risulta lo assolverai.

²¹⁷ Gai., Inst. IV, 45-46.

²¹⁸ cfr. GANDOLFI, *Il deposito* cit., 76, che specifica i comportamenti dolosi del depositario nel "ritardo nella riconsegna, ovvero la restituzione di una cosa deteriorata o in un luogo diverso da quello convenuto, o determinabile alla luce del precetto della *fides bona* e così via".

nel caso che la restituzione fosse avvenuta con ritardo o in luogo diverso da quello convenuto”²¹⁹.

Le due formule non sono da vedere come alternative – nel senso che fosse in facoltà dell’attore optare per l’una o per l’altra – ma complementari: ognuna aveva il suo precipuo ambito di applicazione²²⁰.

In pratica se si agiva per ottenere la restituzione della cosa o il suo controvalore, e la controversia verteva su fatti veniva in considerazione la formula *in factum*²²¹; se, invece, si voleva far valere qualche ragione diversa o più particolare era necessario ricorrere alla formula *in ius*²²².

Come sopra accennato la *formula in factum concepta* è più risalente di quella *in ius concepta*.

È Gandolfi che nella sua monografia sul deposito offre l’esatta collocazione temporale delle due formule, e precisamente: “l’orientamento dominante circa la priorità storica della formula *in factum* rispetto a quella *in ius ex fide bona* è dunque senz’altro da accettare e l’origine delle due formule è, a nostro giudizio, in via approssimativa

²¹⁹ cfr. GANDOLFI, *Il deposito* cit., 77.

²²⁰ NEGRI, *Deposito nel diritto romano, medievale e moderno*, in *Digesto*, Torino, 1989, 223, il quale invero riprende BEDUSCHI, *Le azioni da deposito. Testi e problemi di diritto romano*, in *Dispense per il corso di diritto romano, Anno accademico 1989-90*, Trento.

²²¹ NEGRI, *Deposito* cit., 223, il quale specifica: “per accertare, ad esempio, se il relegare lo schiavo presso un opificio fosse da considerare deposito, o se il comportamento tenuto per misericordia fosse da considerarsi doloso”.

²²² NEGRI, *Ibidem*, il quale specifica: “come, ad esempio, nel caso di mancata restituzione dei frutti naturali, di pagamento degli interessi *ex usu*, di contegno scorretto tenuto dal depositario relativamente alla cosa, e, in generale, di osservanza dei patti conclusi tra le parti all’atto del deposito”.

collocabile rispettivamente nella prima e nella seconda metà del I sec. a.C.”²²³.

La ragione più plausibile, spiega l'autore, è data dal fatto che Cicerone²²⁴ non accenna mai ai *iudicia depositi o commoati ex fide bona* nei cataloghi di cui ai giudizi di buona fede²²⁵.

Va detto che Talamanca ritiene che già nel II sec. a. C. il pretore avesse introdotto la formula *in factum*, mentre quella *in ius ex fide bona* sia stata aggiunta verso la fine del I sec. a.C.²²⁶

²²³ cfr. GANDOLFI, *Il deposito* cit., 92.

²²⁴ De off. 3. 17. 30.

²²⁵ cfr. GANDOLFI, *Il deposito* cit., 84.

²²⁶ Cfr. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 549.

2. *Le più significative diversità tra formula in factum concepta e quella in ius ex fide bona concepta.*

La diversità delle due formule sta tutta nel modo in cui viene affrontato il caso: per la formula *in factum concepta* è necessario valutare se veramente si sono verificate le vicende dedotte in formula, laddove per quella *in ius concepta* si devono valutare le conseguenze da trarre a seguito di una certa vicenda che si è verificata²²⁷.

La formula si configura *in factum* o *in ius* a seconda che le conseguenze da trarre siano certe – e nel qual caso non c'è problema – oppure debbano essere determinate²²⁸ – nel qual caso nasce la *quaestio iuris* –.

Le due formule, come già detto, non sono da vedere come alternative, nel senso che fosse in facoltà dell'attore optare per l'una o per l'altra, ma complementari.

Ciascuna possiede un suo ambito di applicazione ben preciso²²⁹.

²²⁷ Cfr. GANDOLFI, *Il deposito* cit., 91, il quale spiega che l'unico elemento comune delle due formule “è costituito dal presupposto dell'aver dato la cosa in deposito”.

²²⁸ Contendere il diritto in contrapposizione al contendere sui fatti, significa mettere in discussione non ciò che è accaduto, ma ciò che è giusto fare in relazione a quanto è accaduto

²²⁹ cfr. GANDOLFI, *Il deposito* cit., 95, il quale spiega che tra le due formule intercorrono notevoli differenze poiché il quella in factum si presuppone la mancata restituzione ed il *dolo malo* del depositario, elementi non richiesti nella formula in *ius ex fide bona*.

Se si agiva per la mancata restituzione della cosa e ad oggetto della controversia vi erano dei fatti, rilevava la formula *in factum*; viceversa si ricorreva alla formula *in ius ex fide bona* là dove il deponente avesse voluto far valere qualche ragione diversa o più particolare²³⁰.

Per effetto della diversa struttura, le due formule avevano sotto taluni aspetti un regime diverso.

Una prima differenza riguarda la restituzione della cosa.

La formula *in factum* si fonda sul presupposto che la cosa non sia stata restituita, con la conseguenza che, intervenuta la *litis contestatio*²³¹, la restituzione non avrà più effetto liberatorio, salvo che, naturalmente, il deponente l'accetti.

²³⁰ Ad esempio si doveva ricorrere alla formula *in ius concepta* per la restituzione dei frutti naturali, Dig. 16. 3. 1. 24 Ulpianus 30 ad ed.; per il contegno scorretto del depositario con riguardo alla cosa depositata Dig. 16. 3. 34 Labeo 2 pith.

²³¹ BURDESE, *Diritto romano*, cit., 86 ss, secondo il quale la *litis contestatio* nel processo per *legis actiones* è: “il solenne invito oralmente rivolto da entrambe le parti ai testimoni nelle forme *testes astote* (dove la denominazione di *con-testatio*) affinché constatino l'esistenza e i termini della controversia in modo da poterne rendere in futuro eventuale testimonianza. Detto invito doveva seguire al compimento dei gesti e alla pronuncia dei formulari richiesti dalla singola *legis actio* nonché alla nomina del giudice da parte del magistrato, atti ai quali i testimoni avevano assistito”; laddove nel processo formulare è “l'atto bilaterale col quale le parti litiganti, al termine del procedimento *in iure*, esprimono davanti ai testimoni, rispettivamente tramite il *dictare* e l'*accipere iudicium*, il loro accordo sul contesto della *formula* autorizzata dal magistrato, nella quale sono fissati i termini della controversia e i poteri del giudice designato. Effetto essenziale della *litis contestatio*, al quale tutti gli altri si riconnettono, è quello di rem in iudicium deducere, di sottoporre cioè il rapporto litigioso alla decisione del giudice. Essa determina anzitutto per il convenuto la situazione di soggezione alla eventuale sentenza di condanna ... in secondo luogo la decisione giudiziale risulta condizionata agli estremi della controversia definitivamente fissati nella *formula* con riferimento al momento della *litis contestatio*, e pertanto non potrà essere influenzata da alcun mutamento sopravvenuto”.

Del resto, come ben sottolineato dalle fonti, non è solo la *res* che viene in considerazione, ma è la *fides rupta*, come nel seguente passo, secondo il quale:

Dig. 16. 3. 5 pr. Ulpianus 30 ad ed.: *Ei, apud quem depositum esse dicitur, contrarium iudicium depositi datur, in quo iudicio merito in litem non iuratur: non enim de fide rupta agitur, sed de indemnitate eius qui depositum suscepit*²³².

E la rottura della *fides* costituisce altresì la ragione per la quale la stima della cosa viene rimessa direttamente all'attore, come evidenziato nel seguente passo, secondo cui:

Dig. 16. 3. 1. 26 Ulpianus 30 ad ed.: *In depositi quoque actione in litem iuratur*²³³

La formula *in ius*, indifferente alla restituzione, verte su altri problemi: in essa il pretore può includere la clausola restitutoria, che funziona come una condizione preclusiva della condanna, di modo che il convenuto può sottrarsi

²³² “A colui presso il quale si dice è stato fatto un deposito è data un’azione contraria. Nel relativo processo, non si deferisce opportunamente il giuramento: non si agisce per l’infrazione della *fides*, ma per l’indennizzo di chi ha ricevuto il deposito”.

²³³ “Anche nell’azione di deposito è deferibile il giuramento in lite”. Cfr. SCOTTI, *Il deposito nel diritto romano. Testi con traduzione italiana e commento*, Torino, 2008, 43, nt. 141, secondo cui: “il giuramento sul valore della cosa controversa che il giudice deferisce all’attore quando procede alla *litis contestatio*”.

fino all'ultimo momento, indipendentemente dall'adesione dell'attore.

L'importanza della clausola restitutoria è notevole perché consente al convenuto, in armonia con il carattere in un certo senso equitativo dei *iudicia bonae fidei* di evitare l'infamia connessa alla condanna²³⁴.

Il delinarsi ed il nascere di un'azione fondata sull'*oportere ex fide bona* (dove prima era intervenuto il pretore con un *actio in factum*) significa inserimento progressivo in quel costume che forgiava il *ius* – sia pure *ex fide bona* – di ciò che in un primo tempo, presentandosi come equità, moveva solo la valutazione e sanzione pretoria; ciò a significare che “ammettere la *actio depositi ex fide bona* avrebbe permesso maggiore elasticità anche per gli interessi”²³⁵.

In tal senso c'è un passo di Alfeno che rivela una certa libertà in questa materia²³⁶

Il regime giuridico più antico, in relazione all'*actio depositi in factum*, pone le basi fondamentali ma rudimentali del negozio: l'*actio in ius* esprime una concezione evoluta ove i poteri del giudice non sono più

²³⁴ Tale clausola restitutoria non va confusa con la generale possibilità di *satisfacere actori* ricordata da Gai. Inst. IV, 114.

²³⁵ GROSSO, *Schemi giuridici e società nella storia del diritto privato romano. Dall'epoca arcaica alla giurisprudenza classica diritti reali e obbligazioni*, cit., 417, secondo il quale: “non è escluso che per il deposito (e fors'anche per il comodato) possa esserci stato – sia pure interrotto dall'intervento pretorio – un riaggancio alla primitiva applicazione della fiducia (considerata in buona fede), nel senso di ammettere che l'obbligo di restituzione rientrasse in un *oportere ex fide bona*, anche se nasceva da una semplice consegna di una cosa.

²³⁶ Dig. 19. 2. 31.

limitati alla valutazione del *rem reddere* ma, in relazione al precetto di cui al *quidquid dare facere oportet ex fide bona*, si rendono possibili la ritenzione e la compensazione per i controcrediti²³⁷.

In pratica la formula relativa all'*actio depositi in ius ex fide bona* era concepita in termini tali da consentire una applicazione di essa notevolmente elastica ad ogni ipotesi in cui un soggetto avesse depositato una cosa presso un altro, e quest'ultimo avesse tenuto un comportamento non conforme alla *fides bona* e quindi, in particolare, in contrasto con gli accordi intervenuti²³⁸.

Un'altra importante differenza tra le due formule riguarda la possibilità di aggravare la responsabilità del depositario attraverso un *pactum*²³⁹.

Infatti il patto con cui si aumenta la responsabilità non ha efficacia se non quando si faccia luogo all'*actio in ius*

²³⁷ MASCHI, *La categoria* cit., 325 ss.

²³⁸ cfr. GANDOLFI, *Il deposito* cit., 96, il quale specifica che: “il grado di responsabilità, alla stregua del quale si doveva valutare detto comportamento, dipendeva – salvo il limite del *dolus malus* – dal contenuto degli accordi intervenuti”.

²³⁹ MASCHI, *La categoria* cit., 309-310, secondo il quale: “in relazione alla possibilità di aggravare consensualmente la responsabilità nell'*actio depositi in ius*, si trova una conferma non solo della recenziarietà di essa rispetto all'*actio depositi in factum*, ma anche del fatto che, attorno all'*actio in ius*, si viene a costruire un nuovo e diverso regime dell'istituto, come si va mostrando, anche rispetto ad altre caratteristiche del negozio e che probabilmente da questo regime pattizio, sicuramente classico, traggono origine quelle graduazioni della responsabilità contrattuale che, con spunti classici si trovano formulate (ed esasperate) nel diritto giustiniano”.

perché solo nel giudizio di buona fede si riconosce valore ai *pacta in continentia facta* anche a favore dell'attore²⁴⁰.

Mentre nell'*actio in factum* la misura della responsabilità non poteva essere aumentata per la natura rigida (e penale) della formule e di quanto essa stabiliva²⁴¹.

Anche quest'ultima differenza va riferita all'elasticità, di cui sopra, della formula *in ius ex fide bona*.

Altra importante differenza si ricava dalla lettura delle Istituzioni di Gaio²⁴² in relazione al seguente passo del Digesto e per il quale:

Dig. 16. 3. 1. 5 Ulpianus 30 ad ed.: *Quae depositis rebus accedunt, non sunt deposita, ut puta si homo vestitus deponatur, vestis enim non est deposita: nec si equus cum capistro, nam solus equus depositus est*²⁴³.

²⁴⁰ ROTONDI, *La misura della responsabilità nell'actio depositi*, in AG, 83, 1999, 117 ss.

²⁴¹ Con la responsabilità limitata al dolo per quanto riguarda il deposito, come meglio si vedrà *infra*.

²⁴² Gaio, Istit., IV, 60: *Sed nos apud quosdam scriptum invenimus, in actione depositi et denique in ceteris omnibus, ex quibus damnatus unusquisque ignominia notatur, eum qui plus quam oporteret demonstraverit litem perdere; veluti si quis una re deposita duas pluresve posside demonstraverit; aut si quis, cui pugno mala percussa est, in actione iniuriarum etiam aliam partem cosporis percussa sibi demonstraverit. Quod an debeamus credere verius esse, diligentius*".

²⁴³ "Non sono le cose che accedono a quelle depositate che s'intendono depositate, come, ad esempio, se venga depositato uno schiavo vestito: non è infatti il vestito ad essere depositato; né un cavallo con la cavezza: ad essere depositato è infatti soltanto il cavallo". Cfr. SCOTTI, *Il deposito*, cit., 19, nt. 79, la quale prosegue: "se d'inverno deposito una schiava impellicciata presso di te, te ne chiedo la restituzione in primavera e tu me la ridai senza pelliccia, non hai restituito. Il depositario ha l'obbligo di restituire la stessa cosa così come l'ha ricevuta: se il deponente ha consegnato da custodire la schiava impellicciata o un cavallo con la cavezza, il depositario è tenuto a restituire anche la pelliccia ed anche la cavezza. Ulpiano

Nell'*actio in factum* accadeva che se il deponente non avesse precisato fin dall'inizio, e quindi già nella *demonstratio*, che era stato depositato uno schiavo vestito, non aveva modo né di tener conto dei vestiti nella *aestimatio*, né di promuovere un separato giudizio di deposito per i vestiti, in quanto il fatto da cui sorgeva l'azione era già stato dedotto in giudizio e la sua riproposizione sarebbe risultata difficoltosa.

Analogamente, se il deponente avesse accettato in restituzione lo schiavo senza indosso i suoi vestiti, non avrebbe avuto la possibilità di agire separatamente per quelli, in quanto il fatto non sussisteva in quei termini: egli non aveva depositato dei vestiti, ma uno schiavo vestito (naturalmente egli avrebbe potuto esperire la *rei vindicatio*, ma solo se i vestiti fossero stati di sua proprietà, ovvero l'*actio furti*).

Il deponente aveva un preciso onere di allegare tutti i fatti di cui al rapporto contrattuale, pena il rischio di non poter poi far valere i restanti diritti e quindi l'irrelevanza degli stessi.

Nell'*actio in ius ex fide bona*, viceversa la condanna avrebbe incluso tutto ciò che la buona fede richiede ai fini di assicurare la tutela del deponente²⁴⁴.

osserva cioè che oggetto del deposito non sono la pelliccia o la cavezza, ma la schiava con la pelliccia e il cavallo con la cavezza, non viceversa: la cosa principale attrae l'accessorio (e non il contrario), che è anch'esso dovuto".

²⁴⁴ cfr. ROTONDI, *Studii cit.*, 71.

Ultima importante differenza tra le due azioni qui in esame riguarda i caratteri delle stesse: annale²⁴⁵ ed intrasmissibile passivamente l'*actio in factum*, laddove l'*actio in ius ex fide bona*²⁴⁶ è perpetua e trasmissibile passivamente agli eredi²⁴⁷.

In conclusione la formula *in factum* presenta le seguenti differenze rispetto a quella *in ius ex fide bona*:

- i) è più antica;
- ii) si fonda solo sulla mancata restituzione;
- iii) è rigida (*litis aestimatio* preclusiva);
- iv) limitata alla sola responsabilità per dolo;

²⁴⁵ Dig. 16. 3. 1. 18 Ulpianus 30 ad ed.: *Si apud servum deposuero et cum manumisso agam, Marcellus ait nec tenere actionem, quamvis solemus dicere doli etiam in servitute commissi teneri quem debere, quia et delicta et noxae caput sequuntur: erit igitur ad alias actiones competentes decurrendum.*

²⁴⁶ cfr. ROTONDI, *Studii* cit., 49 e ss., il quale afferma che: “la perpetuità dell’azione in quest’ultimo caso si spiega, come già altrove ho notato per l’influsso dell’antica a. civile delle XII Tavole, che come l’*actio furti* era perpetua. Perpetua era naturalmente l’*actio depositi in ius*, come ogni azione civile contrattuale”; fino ad arrivare alle seguenti conclusioni a p. 53: “riepilogando, un carattere più stretto che risente da vicino l’origine penale, l’annalità, la limitata trasmissibilità passiva agli eredi, e assai probabile la nossalità, erano caratteristiche proprie dell’*actio in factum* per il deposito che la differenziavano dalla corrispondente azione di buona fede: accanto a queste le altre differenze di natura processuale tenevano distinte le due azioni. Ed è ben probabile che appunto la esistenza di queste differenze, di cui talune avevano una notevole portata pratica, abbia contribuito a far sì che per tutta l’epoca classica le due formule per il deposito (come per il comodato) sussistessero l’una accanto all’altra. Ma nell’ulteriore sviluppo del diritto romano nel territorio orientale, coll’esaurimento progressivo dell’ordinamento classico, le differenze tra le due formule dovettero via via attenuarsi”.

²⁴⁷ cfr. ROTONDI, *Studii* cit., 50., il quale afferma che: “la annalità e l’intrasmissibilità passiva sono caratteristiche delle azioni penali: e precisamente un carattere penale sembra dovessero avere le *actiones in factum*, che il Pretore proponeva nell’Editto per salvaguardare nuovi rapporti che non rientravano ancora nel sistema del *ius civile*. E natura penale doveva avere appunto la prima tutela accordata al deposito, come lo dimostra la limitazione della responsabilità al solo caso del dolo”.

v)

annale ed intrasmissibile passivamente.

3. *Gli elementi costitutivi della fattispecie del contratto di deposito.*

Il deposito è un contratto reale²⁴⁸ in cui la *res* è ad un tempo la causa ed oggetto dell'obbligazione, “giusta il genuino concetto classico²⁴⁹”.

I requisiti costitutivi della fattispecie contrattuale del deposito sono i seguenti:

- i) la realtà dipendente dall'elemento obbligante²⁵⁰;
- ii) la gratuità dell'obbligazione in capo al depositario;
- iii) l'intenzione delle parti di concludere un contratto di deposito.

sub i) La realtà è costituita dalla *datio* della *rei*²⁵¹.

Dig. 16. 3. 17. 1. Florus: *Rei depositae proprietas apud deponentem manet: sed et possessio, nisi apud sequestrem deposita est*²⁵²

²⁴⁸ Cfr. MAC CORMACK, *Gift, debt, obligation and the real contract*, in *Labeo*, XXXI, 1985, 131 ss., secondo il quale: “the process by which mutuum, depositum, commodatum and pignus come to be classified together as ‘real contracts’ is long and complicated”. THOMAS, *Infitiando depositum nemo facit furtum*, in *Studi in onere di Edoardo Volterra*, Milano, II, 1971, 760, il quale afferma: “the relation of depositor and depositee still exists: the thing is not yet due for return. It is not surprising if the jurists require some definite act in relation to the thing determining that relation”.

²⁴⁹ Cfr. ROTONDI, *Studii* cit., 59.

²⁵⁰ GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, Torino, 1936.

²⁵¹ Cfr. Dig. 44. 7. 1. 5.

La consegna della cosa è il requisito fondamentale²⁵³ che fa sorgere il conseguente obbligo della restituzione in natura a seguito della richiesta del deponente.

Il deposito è quindi un contratto reale in cui la *res* è al tempo stesso causa ed oggetto dell'obbligazione, poiché il fondamento dell'obbligazione è l'*eandem rem recipere*²⁵⁴.

Il contratto di deposito si perfeziona, pertanto, solo a seguito della consegna della cosa dal deponente al depositario: la *traditio* è qui intesa nel suo significato più largo poiché al depositario non si trasmette la proprietà né il possesso bensì la semplice detenzione²⁵⁵.

Trattandosi di semplice consegna è sufficiente che il deponente abbia la mera disponibilità fisica della cosa²⁵⁶, ne deriva che qualsiasi detentore, che può essere il possessore in mala fede o finanche un ladro, affidando la cosa all'altrui custodia, acquista e viene tutelato dall'*actio depositi*²⁵⁷, che potrà esperire nell'ipotesi in cui non ottenga la restituzione della cosa.

²⁵² “La proprietà della cosa depositata rimane presso il deponente e vi rimane anche il possesso, a meno che la cosa non sia stata depositata presso un sequestratario”.

²⁵³ cfr. ROTONDI, *Studii cit.*, 59, il quale in nota precisa che “fino a quando la consegna non è avvenuta il deposito non esiste.

²⁵⁴ Dig. 12. 1. 2. 1.

²⁵⁵ cfr. ROTONDI, *Studii cit.*, 59.

²⁵⁶ Cfr. DE RUGGIERO R., *Depositum vel commodatum. Contributo alla teoria delle interpolazioni*, in *BIDR*, XIX (1907), pp. 5 ss., il quale allude ad una *naturalis possessio*.

²⁵⁷ BERTOLINI, *Appunti*, cit., 316 ss.

Da quanto sopra consegue la validità del deposito di cosa altrui²⁵⁸.

Il depositario, che è semplice detentore, può a sua volta affidare validamente la cosa ad un subdepositario²⁵⁹, come ben espresso nel seguente passo:

Dig. 16. 3. 16. Africanus 7 quaest. : *Si is, apud quem rem deposueris, apud alium eam deponat et ille dolo quid admiserit, ob dolum eius, apud quem postea sit depositum, eatenus eum teneri apud quem tu deposueris, ut actiones suas tibi praestet*²⁶⁰.

ove, nel caso di subdeposito e di responsabilità per dolo del subdepositario, anche il depositario risponde per il dolo di questi.

Ciò è ben spiegato da Herrera, il quale afferma quanto segue: “en el texto hay un doble deposito: un deposito, un deposito endosado; y el problema que plantea Africano es de si el que recibio la cosa en deposito y no ha incurrido en dolo no la deja de devolver por dolo, sino que por necesidad

²⁵⁸ Cfr. LONGO, *Corso*, cit. 6.

²⁵⁹ cfr. HERRERA, *La custodia como obligacion singular del depositario en el contrato de deposito*”, in *Estudios en homenaje al profesor Juan Iglesias*, Madrid, 1988, 1408, secondo il quale: “el deposito es valido entre las partes contrayentes (depositario y sub depositario).

²⁶⁰ “Se quegli presso il quale hai depositato una cosa, la deposita presso un altro e quest’ultimo ha commesso alcunché di dolo, colui presso il quale tu hai depositato sarà tenuto per il dolo dell’altro nei limiti in cui ti cederà le azioni che ha contro di lui”.

la deposito en poder de otra persona, y si esta ultima incurrio en dolo puede quedar obligado”²⁶¹.

Il depositario può essere qualsiasi persona capace di contrattare ad esclusione del proprietario della cosa, tale ipotesi comporta l’invalidità del contratto stesso per mancanza di una parte contrattuale²⁶².

Concluso il contratto di deposito, il depositario è obbligato a restituire al deponente la cosa depositata, anche se il deponente è un semplice detentore, ma il depositario non può, in ogni caso, valersi del contratto di deposito per evitare di restituire la cosa al *dominus*²⁶³.

sub ii) La gratuità²⁶⁴ è un elemento costitutivo della fattispecie negoziale del deposito romano²⁶⁵.

Ne fanno prova le ripetute dichiarazioni secondo cui il depositario non ricava alcun utile dal negozio²⁶⁶ e i numerosi testi dai quali risulta che l’intervento di un corrispettivo a favore del depositario per la custodia fa

²⁶¹ HERRERA, *La custodia*, cit., 1422.

²⁶² cfr. LONGO, *Corso*, il quale richiama Dig. 16. 3. 5. Con una precisazione, secondo BERTOLINI, *Appunti* cit., 316-317, infatti: “depositario può essere chiunque, salvo in massima, si capisce il proprietario della cosa. Eccezionalmente potrà questi ricevere in deposito la cosa propria; p. es. dall’usufruttuario o dal conduttore impedito per un certo tempo di custodirla”.

²⁶³ BERTOLINI, *Appunti* cit., 316, il quale richiama Dig. 16. 3. 17. 1. Paul. I, 2, 12, (Collatio I, 10, 7).

²⁶⁴ Cfr. MICHEL, *Gratuité en droit romain*, Bruxelles, 1962.

²⁶⁵ GANDOLFI, *Il deposito*, cit., 117, il quale afferma che la gratuità è elemento qualificante il ‘deponere’ e di conseguenza è una condizione dell’azione.

²⁶⁶ cfr. LONGO, *Corso*, cit. 7.

esulare il contratto dal tipo deposito e gli fa assumere la figura di altri negozi giuridici.

Se il corrispettivo consiste in una mercede di denaro non si ha più deposito ma si versa nella *locatio-conductio*, come ben espresso dal seguente frammento:

Dig. 16. 3. 1. 8 *Ulpianus 30 ad ed.: Si vestimenta servanda balneatori data perierunt, si quidem nullam mercedem servandorum vestimentorum accepit, depositi eum teneri et dolum dumtaxat praestare debere puto: quod si accepit, ex conducto*²⁶⁷.

Dal passo sopra riportato si ricava che il bagnino, che abbia ricevuto un corrispettivo per la custodia dei vestiti, qualora li abbia persi soggiace non all'azione di deposito ma risponde in forza dell'*actio ex conducto*.

Molti altri sono i frammenti che testimoniano la gratuità del contratto di deposito²⁶⁸ e che svolgono precisi inquadramenti dogmatici: “la previsione di un corrispettivo per il servizio di custodia sposta il rapporto dal deposito alla *locatio-operis*; se invece il corrispettivo riguarda l'utilità che può venire dalla cosa affidata (nella specie uno schiavo) si cade nella *locatio-rei*; e se per caso il lavoro dello schiavo andava a compenso del suo mantenimento e della sua

²⁶⁷ “Se i vestiti affidati ad un bagnino sono andati perduti, nel caso in cui egli non abbia ricevuto alcun compenso per custodirli ritengo che sia soggetto all'azione da deposito e debba rispondere solo per dolo, se invece l'ha ricevuto è soggetto solo all'azione da conduzione”.

²⁶⁸ Cfr. Dig. 16. 3. 1. 8-14

custodia, e c'era stata un'espressa previsione in tal senso, si aveva una figura anomala, o atipica, come si direbbe oggi, non potendo ricadere né nel deposito, perché c'era contropartita, né propriamente nella *locatio*, perché non c'era *merces*, cioè un corrispettivo quantificato in denaro; di modo che la relativa formula doveva essere integrata con una *praescriptio*, e cioè con una precisazione sul contenuto del rapporto intercorso”²⁶⁹.

Solo in diritto giustiniano non sarà esclusa la possibilità di un onorario a titolo di liberalità²⁷⁰.

La gratuità si riflette sul grado di responsabilità, limitato al solo dolo²⁷¹ – come meglio si vedrà in prosieguo –.

sub iii) Accanto al requisito obiettivo della consegna della cosa senza obbligo di corrispettivo v'è il requisito soggettivo²⁷²: la reciproca intenzione delle parti di dare e

²⁶⁹ BEDUSCHI, *Le azioni*, cit. 30-31

²⁷⁰ cfr. ROTONDI, *Studii* cit., 60, il quale precisa però che: “il testo (D. 47. 8. 2. 23: *pretium depositionis non quasi mercedem*) è per lo meno sospetto”

²⁷¹ Dig. 13. 6. 5. 2., ove si dice che la responsabilità del depositario cresce sino alla colpa lieve se gli viene corrisposta una mercede: “dal che pare doversi dedurre che il deposito rimane deposito, malgrado l'esistenza di un corrispettivo e quindi malgrado che il negozio concreto assuma il carattere di contratto oneroso”, cfr. LONGO, *Corso*, cit., 9.

²⁷² Cfr. PANERO, *El deposito*, cit., 265, per il quale il requisito soggettivo consisterebbe nella *fides*, tanto che “la intencional roptura de la fides, cuya antitesis seria el dolo malo”.

ricevere la cosa a scopo di semplice custodia in vista della successiva restituzione²⁷³.

La convenzione deve stabilire che a richiesta del deponente sarà restituita la cosa ricevuta dal depositario²⁷⁴ a scopo di custodia²⁷⁵.

Tale requisito rende esplicita la causa del contratto, distinguendo così il contratto di deposito dalle altre fattispecie reali.

Molti sono i frammenti che espressamente si riferiscono alla causa del contratto di deposito²⁷⁶, come il seguente:

Dig. 16. 3. 1. 25 *Ulpianus 30 ad ed: Si rem depositam vendidisti eamque postea redemisti in causam depositi, etiamsi sine dolo malo postea perierit, teneri te depositi, quia semel dolo fecisti, cum venderes*²⁷⁷

²⁷³ cfr. ROTONDI, *Studii cit.*, 60, il quale puntualizza: “è infatti la custodia rei quella che caratterizza il negozio: la cosa deve venire affidata con l’unico e diretto scopo della custodia; se do la cosa ad un terzo perché la consegna ad altri o se questi non la vuol ricevere la custodisca lui stesso, il negozio assume il carattere d’un mandato a cui si aggiunge una *lex custodiae*”.

²⁷⁴ BERTOLINI, *Appunti cit.*, 322.

²⁷⁵ cfr. LONGO, *Corso*, cit., per il quale “lo scopo pratico del deposito è la custodia della cosa *dap arte* del depositario”.

²⁷⁶ Dig.16. 3. 1. 38 *Ulpianus 30 ad ed.: 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, ut iudicia secreta eius qui testatus est divulgarentur.*

²⁷⁷ “Se hai venduto la cosa che avevi a deposito e poi l’hai riscattata per tenerla di nuovo in deposito, anche se successivamente è perita senza dolo rispondi con l’azione di deposito, perché il dolo lo hai già commesso una volta quando l’hai venduta”.

ove specifica la ragione per cui una parte aveva una cosa venduta e poi riscattata.

In pratica deve essere resa esplicita, o comunque deve essere ben chiaro alle parti contraenti, la c.d. ragione economico sociale per la quale una cosa viene consegnata da una persona ad altra.

4. *Le obbligazione nascenti dal contratto di deposito.*

Dopo aver evidenziato i requisiti essenziali del contratto di deposito necessari per il suo perfezionamento, vanno ora analizzate le obbligazioni nascenti dallo stesso.

Il contratto di deposito, stante la sua gratuità, è un contratto unilaterale²⁷⁸: le obbligazioni²⁷⁹, pertanto, nascono solo in capo al depositario, e sono “inerenti *ab origine* al negozio ed hanno carattere di suoi effetti essenziali ed immancabili”²⁸⁰.

²⁷⁸ Per Talamanca si tratta di un contratto bilaterale imperfetto, l'autore infatti afferma che: “trattandosi di un contratto imperfettamente bilaterale, l'obbligazione del depositario è meramente eventuale, ma, a differenza del comodato, più frequente, dato che il depositante era tenuto per le spese per la conservazione della cosa depositata (si pensi al mantenimento nel caso di animali o schiavi) e per tutti i danni che la stessa avesse cagionato al depositario per fatto non imputabile a quest'ultimo”; cfr. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 550.

²⁷⁹ I. 3. 13. pr: *obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura.*

²⁸⁰ cfr. LONGO, *Corso*, cit., 14 e 15, il quale prosegue affermando che: “la costituzione di contratto non accolla obbligazioni di sorta al deponente, egli non può incontrarne se non per il sopravvenire di circostanze estrinseche eccezionale (come per esempio le spese erogate, danni eventualmente subiti dal depositario), circostanze dunque che possono mancare e rendono meramente accidentali, estranee alla struttura organica del contratto, queste obbligazioni del deponente. La possibilità che si producano simili obbligazioni accidentali del deponente non altera per conseguenza la natura unilaterale del deposito. Né in sostanza le scuole intendono negare ciò quando dicono che il deposito è un contratto bilaterale imperfetto; perché con questa poco felice designazione non si vuole affermare che esso abbia realmente carattere bilaterale, ma si vuole unicamente alludere alla possibilità che sopravvengano accidentalmente obbligazioni del deponente”.

Le predette obbligazioni sono essenzialmente due, e cioè:

- iv) la custodia della cosa²⁸¹;
- v) la restituzione della cosa a richiesta del deponente.

sub iv) La custodia²⁸² è l'elemento preminente sul piano causale²⁸³.

Nella sua espressione più generale la custodia²⁸⁴ si presenta come un'attività "de vigilancia y de guardia, y ésta es la que parece aprecoarse en las fuentes literarias y en las jurídicas"²⁸⁵.

²⁸¹ Cfr. ASTUTI, *Deposito*, cit., 215, secondo il quale: "scopo del deposito, in conformità all'intento empirico caratteristico di questo tipo negoziale, è la custodia della cosa da parte del depositario. Il fine della custodia è posto in chiara evidenza da Paolo (*Coll. X. 7. 3*); dalla definizione ulpiana (Dig. 16. 3. 1. pr), dai testi già ricordati, in cui si parla di *rem custodiendam tradere*, o *rem servanda dare*. Esorbita dallo scopo tipico del contratto di deposito la facoltà di uso o di godimento della cosa *invito domino*, che costituisce furto d'uso perseguibile con l'*actio furti*".

²⁸² Anche PANERO, *El deposito*, cit., 269, pone tra le obbligazioni del depositario la custodia. Cfr. HERRERA, *La custodia como obligacion singular del depositario en el contrato de deposito*, in *Estudios en Homenaje al profesor Juan Iglesias*, Madrid, 1988, III, 1407 ss.

²⁸³ GANDOLFI, *Il deposito*, cit., 12, il quale afferma: "l'elemento preminente sul piano causale è la custodia, fine tipico e specifico del negozio: tant'è che l'uso della cosa da parte del depositario è perseguibile con l'*actio furti*, salvo che ciò avvenga in buona fede, ovvero in virtù di un accordo contemporaneo o successivo alla consegna della cosa".

²⁸⁴ ROBAYE, *L'obligation de garde. Essai sur la responsabilité contractuelle en droit romain*, Bruxelles, 1987, 457 ss., per il quale la custodia è la causa del contratto. Cfr., altresì, SARGENTI, *Problemi della responsabilità contrattuale*, in *Atti sulla problematica contrattuale in diritto romano*, Milano, 1987, I, 89 ss.

²⁸⁵ HERRERA, *La custodia*, cit., 1408.

Essa oltre che costituire il fine tipico e specifico del contratto di deposito, “dà addirittura causa al contratto”²⁸⁶, come mostra la definizione di Ulpiano, secondo cui:

Dig. 16. 3. 1 pr. *Ulpianus* 30 ad ed: *depositum est, quod custodiendum alicui datum est, dictum ex eo quod ponitur: praepositio enim de auget depositum, ut ostendat totum fidei eius commissum, quod ad custodiam rei pertinet*²⁸⁷

per la quale costituisce deposito ciò che è stato dato a qualcuno da custodire.

Numerosi sono i passi dai quali risulta che la custodia costituisce il tipico scopo del deposito.

Vero è che nei passi la terminologia non è sempre costante.

In alcuni, come i seguenti, viene utilizzato il termine *custodiendum dare*:

Dig. 16. 3. 1. 12 *Ulpianus* 30 ad ed.: *Quod si rem tibi dedi, ut, si titius rem non recepisset, tu custodires, nec eam*

²⁸⁶ METRO, *L'obbligazione di custodire nel diritto romano*, Milano, 1966, 102.

²⁸⁷ “*Depositum* è ciò che è stato dato a qualcuno da custodire ed è detto così da ciò che viene posto: la preposizione *de* conferisce infatti maggior intensità al termine *depositum* indicando che tutto ciò che ha a che fare con la custodia della cosa depositata è rimesso alla *fides* di colui al quale la cosa è affidata”.

*recepit, videndum est, utrum depositi tantum an et mandati actio sit*²⁸⁸

Dig. 16. 3. 1. 13 Ulpianus 30 ad ed: *Idem pomponius quaerit, si tibi mandavero, ut rem ab aliquo meo nomine receptam custodias, idque feceris, mandati an depositi tenearis*²⁸⁹

laddove in altri si rinviene l'uso del verbo *commandare*²⁹⁰, ovvero in altri ancora rileva l'espressione *servandum dare*²⁹¹.

Ma l'obbligazione di custodire la cosa rimane invariata: in tutti i predetti casi il depositario, al fine di soddisfare l'interesse del deponente, deve "svolgere

²⁸⁸ "Se poi ti ho dato la cosa perché la custodisca tu qualora Tizio non l'abbia ricevuta, bisogna vedere se ci sia stato soltanto l'azione di deposito o quella di mandato...."

²⁸⁹ "Il medesimo Pomponio si domanda, qualora io ti abbia dato mandato di custodire una cosa che hai ricevuto da qualcuno a mio nome e tu l'abbia fatto, se tu sia tenuto con l'azione di mandato o di deposito...."

²⁹⁰ Dig. 16. 3. 24 Ulpianus 30 ad ed.: *Et ideo et fructus in hanc actionem venire et omnem causam et partum, dicendum est, ne nuda res veniat.*

²⁹¹ Dig. 16. 3. 22 Marcellus: *Si duo heredes rem apud defunctum depositam dolo interverterint, quodam utique casu in partes tenebuntur: nam si dividerint decem milia, quae apud defunctum deposita fuerant, et quina milia abstulerint et uterque solvendo est, in partes obstricti erunt: nec enim amplius actoris interest. quod si lancem conflaverint aut conflari ab aliquo passi fuerint aliave quae species dolo eorum interversa fuerit, in solidum conveniri poterunt, ac si ipsi servandam suscepissent: nam certe verum est in solidum quemque dolo fecisse et nisi pro solido res non potest restitui. nec tamen absurde sentiet, qui hoc putaverit plane nisi integrae rei restitutione eum, cum quo actum fuerit, liberari non posse, condemnandum tamen, si res non restituetur, pro qua parte heres exstitit.*

un'attività cautelare tendente alla conservazione della cosa"²⁹².

Ciò è tanto più corretto se solo si pensa che:

- i) l'obbligazione di custodire è la premessa logica di quella di restituire;
- ii) non è concepibile che in un contratto fondato sull'amicizia e tutelato dall'azione di buona fede non gravi sul depositario l'obbligo di mantenere la cosa in buono stato;
- iii) il diritto, da parte del depositario, di ottenere il rimborso delle spese sostenute conferma l'esistenza di un'attività di custodia²⁹³.

In questo senso è corretto affermare che l'obbligo di custodire la cosa in capo al depositario si traduce in un obbligo di salvaguardia²⁹⁴ della medesima.

Tale obbligo viene specificato dall'accordo della parti²⁹⁵, le quali possono chiarire le modalità della custodia, il luogo, il tempo e quant'altro.

Per regola il depositario deve prestare personalmente tale custodia. Tuttavia circostanze particolari possono giustificare il fatto che egli affidi la cosa ad un terzo, "salvo rispondere della cattiva scelta di questo terzo e salvo

²⁹² METRO, *L'obbligazione* cit., 94.

²⁹³ ROBAYE, *L'obligation*, cit., 457 ss.

²⁹⁴ METRO, *L'obbligazione* cit., 10-13, secondo il quale il significato di custodia è "nell'accezione più comune inteso come attività di vigilanza, guardia, sorveglianza" e quindi "il termine che meglio di ogni altro si attaglia alla traduzione di 'custodia' è 'sorveglianza'".

²⁹⁵ BERTOLINI, *Appunti* cit., 322.

l'obbligo in ogni caso di cedere al depositante la propria *actio depositi* contro il sostituto²⁹⁶”.

La custodia è (e deve essere²⁹⁷) il fine esclusivo del deposito: ne deriva che l'uso della cosa da parte del depositario senza il consenso del deponente è illecito, mentre se vi è consenso del deponente è “incompatibile con il contratto di deposito”²⁹⁸.

sub v) La seconda obbligazione, in capo al depositario, è quella di restituire la cosa²⁹⁹, a semplice richiesta del deponente, la quale deve essere: *eam rem, res integra e ne nuda re*³⁰⁰.

L'obbligazione scaturisce dalla tutela processuale offerta al deponente³⁰¹, infatti:

Dig. 16. 3. 1. 1 *Ulpianus* 30 ad ed: *Praetor ait: "quod neque tumultus neque incendii neque ruinae neque*

²⁹⁶ BERTOLINI, *Appunti cit.*, 322.

²⁹⁷ LONGO, *Corso*, cit., 29.

²⁹⁸ LONGO, *Ibidem*.

²⁹⁹ Cfr. BRUNO SIOLA, *Variazioni pregiustinianee al principio classico 'depositum ei qui dedit reddendum est'*, Napoli 1989.

³⁰⁰ PANERO, *El deposito*, cit., 271, il quale spiega che va restituita la medesima cosa affidata in deposito, la cosa deve trovarsi nelle stesse condizioni in cui si trovava quando venne depositata, vi si devono, infine, ricomprendere eventuali frutti o accessori o quant'altro.

³⁰¹ GANDOLFI, *Il deposito*, cit., 12, il quale afferma: “nel linguaggio di queste fonti – e basta, per rendersene conto, dare una scorsa anche rapida al titolo D. 16. 3 del Digesto – il rapporto contrattuale rivive nel suo momento patologico anziché in quello, diciamo così, fisiologico proprio di una previsione normativa esprimente una disciplina sostanziale”.

*nafragii causa depositum sit, in simplum, earum autem rerum, quae supra comprehensae sunt, in ipsum in duplum, in heredem eius, quod dolo malo eius factum esse dicitur qui mortuus sit, in simplum, quod ipsius, in duplum iudicium dabo*³⁰²”.

Ove il depositario non restituisca la cosa dovrà corrispondere il valore o il doppio della stessa a seconda che si tratti di deposito normale o necessario: ciò significa che l’obbligo del depositario è quello di restituire la cosa.

Il patto di restituzione può essere espresso, ma ciò non è necessario poiché esso è implicito qualora la convenzione delle parti risulti diretta a dare, e rispettivamente, ricevere una cosa in deposito³⁰³.

Circa il più preciso regolamento della restituzione della cosa affidata in deposito vanno messe in rilievo alcune importanti regole vigenti in diritto classico³⁰⁴.

³⁰² “Il Pretore dice: “Per ciò che non sia stato depositato a causa di tumulto, né di incendio, né do rovina, né di naufragio, darò un’azione *in simplum*, mentre per quanto riguarda le altre ipotesi sopra indicate, darò un’azione *in duplum* contro il depositario medesimo, contro il suo erede la darò *in simplum* per ciò che si dirà sia stato fatto con dolo del defunto, *in duplum* per ciò che sia stato fatto con dolo dell’erede stesso”. Cfr. SCOTTI, *Il deposito*, cit., 17, nt. 69, la quale prosegue affermando che:”se il depositario è morto non avendo restituito la cosa con dolo e il suo erede non l’ha riconsegnata (ad es. l’erede ignora che la cosa che si trova in casa del *de cuius* appartiene al deponente), il Pretore concederà un’azione di condanna *in simplum* contro l’erede medesimo, che non risponde in duplum per il comportamento doloso altrui. Se, invece, è l’erede stesso a non restituire dolosamente la cosa al deponente (as es. la vende benché al corrente che era stata depositata dal vicino in occasione dell’incendio della villa di questi), egli risponde *in duplum*”.

³⁰³ cfr. LONGO, *Corso*, cit., 14.

³⁰⁴ Regole di diritto classico che sono differenti in diritto giustiniano, cfr. LONGO, *Corso*, cit., 30.

La restituzione in natura della cosa depositata non poteva ottenersi coattivamente, facendo luogo la *litis aestimatio*, là dove il depositario si fosse rifiutato la restituzione, e quindi il deponente otteneva solo un surrogato della cosa³⁰⁵.

In secondo luogo, il depositario, che avesse incontrato a causa della cosa depositata delle spese suscettibili di rimborso, ovvero subito dei danni risarcibili, poteva esercitare il *ius retentionis*³⁰⁶, fino a che non fosse stato rimborsato³⁰⁷.

Inoltre il depositario che avesse vantato dei crediti del genere di cui sopra poteva ottenere che il giudice riducesse l'importo della condanna in denaro, così da operare la compensazione dei controcrediti³⁰⁸.

³⁰⁵ Laddove in diritto giustiniano “non vige più il principio processuale classico che la condanna debba essere pecuniaria. Il giudice giustiniano può condannare *in rem ipsam*; e quindi il depositario può essere costretto giudizialmente alla restituzione della cosa in natura, se essa tuttavia è possibile”; cfr. LONGO, *Corso*, cit., 33.

³⁰⁶ Coll. 10. 2. 6.

³⁰⁷ Laddove in diritto giustiniano “l’obbligo di restituzione della cosa è assoggettato ad un regime eccezionalmente rigoroso. Giustiniano ha modificato con un’apposita costituzione La legge toglie al depositario il *ius retentionis* ... e così pure proibisce al giudice di accogliere qualsiasi domanda di compensazione proposta dal depositario che ostacolerebbe la restituzione della cosa in natura”; cfr. LONGO, *Corso*, cit., 33-34.

³⁰⁸ “Ciò per lo meno quando il giudizio si svolgesse sulla formula *in ius*, recante la clausola *ex fide bona*, perché questa formula autorizzava il giudice a condannare nella misura che sembrava conforme ad equità”; cfr. LONGO, *Corso*, cit., 31.

Il depositario deve restituire la cosa nelle stesse condizioni in cui l'ha ricevuta, e quindi integra³⁰⁹.

Il deponente, infatti, nel caso in cui il depositario sia responsabile del deterioramento, può rifiutarsi di ricevere la cosa, come ben espresso dal seguente passo:

Dig.16. 3. 1. 16 Ulpianus 30 ad ed.: *Si res deposita deterior reddatur, quasi non reddita agi depositi potest: cum enim deterior redditur, potest dici dolo malo redditam non esse*³¹⁰,

nel quale la cosa restituita deteriorata viene equiparata alla mancata restituzione dolosa della cosa stessa.

Il depositario deve restituire la cosa assieme ai frutti o ai suoi incrementi ed è liberato solo nel momento in cui restituisce la cosa ed i suddetti accessori delle medesima.

Il depositario poteva, da ultimo, non restituire la cosa affidatagli in deposito, richiamandosi alla proprietà della cosa che gli fosse spettata fino al momento della conclusione del contratto di deposito, ovvero successivamente acquistata³¹¹: il deposito presso il proprietario è dichiarato dai testi radicalmente nullo³¹².

³⁰⁹ E, quindi, il depositario risponde per il deterioramento della cosa.

³¹⁰ “Se la cosa depositata è restituita deteriorata, si può agire con l'azione di deposito come se non fosse stata restituita: si può ben dire, infatti, che una cosa che si restituisce deteriorata ‘non è stata restituita con dolo’”.

³¹¹ “Anche per Giustiniano il deposito presso il proprietario della cosa è nullo ... e quindi bisogna dire che anche per lui l'actio

5. La responsabilità del depositario: il comportamento doloso.

Nel diritto classico la responsabilità³¹³ del depositario è limitata al dolo, “in materia di responsabilità nell’*actio depositi* il punto di partenza è per lo meno sicuro: una larga serie di testi a noi pervenuti sia nelle fonti classiche che nella compilazione giustiniana affermano che depositario risponde soltanto di dolo”³¹⁴.

Tra i molti³¹⁵, è possibile ricordare i seguenti testi:

Dig. 13. 1. 6.: *in depositi (actione) non ultra dolum malum tenetur is cum quo agetur*³¹⁶.

depositi no ha efficacia contro il depositario proprietario della cosa”; cfr. LONGO, *Corso*, cit., 34.

³¹² Dig.16. 3. 15: Iulianus 13 dig. *Qui rem suam deponi apud se patitur vel utendam rogat, nec depositi nec commodati actione tenetur: sicuti qui rem suam conducit aut precario rogat, nec precario tenetur nec ex locato.*

³¹³ Sulla responsabilità cfr.: VISKY, *La responsabilità dans le droit romain à la fin de la République*, in *Revue internationale des droits de l’antiquité*, 1949, 437 ss.; LITEWSKY, *Depositary’s Liability in Roman Law*, in *AG, CXC* (1976), pp. 3 ss.; ALBERTARIO, *Variazioni di responsabilità nell’actio depositi derivanti da patto*, in *BIDR*, XXV (1912), pp. 15 ss; LUTTAZZO, *Spunti critici in tema di responsabilità contrattuale*, in *BIDR*, LXIII (1960), 47 ss.

³¹⁴ cfr. ROTONDI, *Studii* cit., 6

³¹⁵ cfr. LONGO, *Corso*, cit., 16, il quale menziona molti altri frammenti.

³¹⁶ “Si agisce con l’azione di deposito solo per la responsabilità per dolo”.

Dig. 19. 5 .17. 2: *Si (quid) mei dumtaxat datum est, dolum solum praestandum esse dico, quia prope depositum hoc accedit*³¹⁷.

Il dolo, inoltre, si presenta nella formula *in factum* come un presupposto dell'azione³¹⁸ – ciò si accorda bene con l'originaria configurazione delittuosa della figura del deposito –, la condanna del depositario era infatti subordinata alla condizione: *rem dolo malo redditam non esse*.

Tale limitazione della responsabilità aveva un fondamento esplicito nell'editto del pretore il quale, persino nell'ipotesi di deposito necessario, subordinava la concessione dell'azione al deponente al requisito che il depositario o il suo erede fossero in dolo³¹⁹.

La permanenza poi nell'editto di questo regolamento originario fece sì che la limitazione della responsabilità del depositario al dolo non subì variazioni neppure quando alla formula *in factum* sopravvenne la formula *in ius ex fide bona*³²⁰.

³¹⁷ “Se a me è concessa l'azione, dico che si presta alla sola responsabilità per dolo, poiché nel deposito vi è solo quel tipo di responsabilità”.

³¹⁸ BEDUSCHI, *Le azioni*, cit. 39.

³¹⁹ Cfr. il più volte richiamato Dig. 16. 3. 1. 1

³²⁰ cfr. LONGO, *Corso*, cit., 17, il quale prosegue precisa che: “le esigenze della buona fede si considerarono qui soddisfatte se il depositario, pur essendo magari imputabile di negligenza, non avesse però agito dolosamente. L'unica cosa da osservare a questo riguardo è la larghezza di criteri seguita dalla giurisprudenza romana nell'ammettere l'intervento del dolo nel deposito e la sua conseguente responsabilità per violazione della buona fede. È infatti nel

La ragione della responsabilità limitata al solo dolo è ben spiegata nelle fonti³²¹, le quali chiariscono che nel deposito si offre un beneficio senza contropartita:

Dig. 13. 6. 5. 2. Ulpianus: *in deposito, quia nulla utilitas versatur eius apud quem deponitur, merito dolus praestatur solus*³²².

infatti il criterio è del tutto adeguato là dove “manchi al depositario ogni interesse come avviene se egli non percepisce per il servizio che rende alcun compenso”³²³.

Il dolo viene inoltre in rilievo nel deposito nel senso che il depositario ha il dovere di rispettare la *fides data*, e quindi solo la violazione intenzionale della stessa (e quindi dolosa) determina l’inadempimento dell’obbligazione posta in capo al depositario³²⁴.

In relazione a suddetto modo di prospettare il rapporto, è chiaro che l’ipotesi normale di comportamento

trattamento del deposito che si rileva in modo particolare come i giureconsulti romani, anche in rapporto contrattuale, abbiano ammesso l’esistenza del dolo in casi dove non si aveva l’estremo del raggiungimento e mancava quindi la maligna intenzione ed il proposito deliberato di nuocere all’altro contraente; ma pur si doveva dire che il depositario aveva avuto la coscienza della slealtà del suo procedere, e perciò il suo contegno non era meramente imprudente o trascurato, ma infedele, sleale. Questa larga concezione del dolo va anzi tenuta presente, perché serve a spigare alcune soluzioni che i testi ci offrono in ordine alle singole obbligazioni del depositario”.

³²¹ Dig. 13. 6. 5. 5; Dig. 44. 7. 1. 5.

³²² “Nel deposito, poiché nessuna utilità riceve colui presso il quale la cosa è depositata, vi è la responsabilità per il solo dolo”.

³²³ GANDOLFI, *Il deposito*, cit., 117.

³²⁴ BEDUSCHI, *Le azioni*, cit. 39.

doloso sia rappresentata dal fatto di non restituire la cosa pur avendola a disposizione³²⁵, come nel seguente passo:

Dig. 16. 3. 1. 47 Ulpianus 30 ad ed: *Quia autem dolus dumtaxat in hanc actionem venit, quaesitum est, si heres rem apud testatorem depositam vel commodatam distraxit ignarus depositam vel commodatam, an teneatur. et quia dolo non fecit, non tenebitur de re: an tamen vel de pretio teneatur, quod ad eum pervenit? et verius est teneri eum: hoc enim ipso dolo facit, quod id quod ad se pervenit non reddit*³²⁶

Il dolo sussiste, come ben esplicitato nella passo sopra riportato, sia nel caso in cui non venga restituita la cosa affidata alla custodia del depositario, sia anche nell'ipotesi in cui quest'ultimo, dopo aver perduto la cosa involontariamente, non restituisca il corrispettivo ricevuto;

³²⁵ Dig. 16. 3. 1. 14. Ulpianus 30 ad ed.: *Idem pomponius quaerit, si apud te volentem me deponere iusseris apud libertum tuum deponere, an possim tecum depositi experiri. et ait, si tuo nomine, hoc est quasi te custodituro, deposuissem, mihi tecum depositi esse actionem: si vero suaseris mihi, ut magis apud eum deponam, tecum nullam esse actionem, cum illo depositi actio est: nec mandati teneris, quia rem meam gessi. sed si mandasti mihi, ut periculo tuo apud eum deponam, cur non sit mandati actio, non video. plane si fideiussisti pro eo, labeo omnimodo fideiussorem teneri ait, non tantum si dolo fecit is qui depositum suscepit, sed et si non fecit, est tamen res apud eum. quid enim si fureret is, apud quem depositum sit, vel pupillus sit, vel neque heres neque bonorum possessor neque successor eius exstaret? tenebitur ergo, ut id praestet, quod depositi actione praestari solet.*

³²⁶ “Poiché in questa azione si considera solo il dolo, ci si è chiesti se l’erede che ha venduto la cosa depositata o comodata presso il testatore sia tenuto pur ignorando che essa era stata depositata o comodata. E, giacché non si è comportato con dolo, l’erede non è tenuto quanto alla cosa: ma è tuttavia tenuto quanto al prezzo? È più vera la tesi che lo sia, perché egli non si comporta con dolo per il fatto stesso di non rendere ciò che gli è pervenuto a questo titolo”.

così come nel caso in cui abbia successivamente recuperato la cosa inizialmente perduta³²⁷.

Molte altre sono le ipotesi di comportamento doloso rese esplicite nelle fonti, tra cui si possono menzionare le seguenti.

i) La manomissione dei sigilli così da portare a conoscenza di terzi ciò che doveva restare riservato:

Dig. 16. 3. 1. 38 Ulpianus 30 ad ed.: *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, ut iudicia secreta eius qui testatus est divulgarentur*³²⁸.

³²⁷ Dig. 16. 3. 1. 21 Ulpianus 30 ad ed.: *Inde scribit neratius, si res deposita sine dolo malo amissa sit et post iudicium acceptum reciperaretur, nihilo minus recte ad restitutionem reum compelli nec debere absolvi, nisi restituat. idem neratius ait, quamvis tunc tecum depositi actum sit, cum restituendi facultatem non habeas horreis forte clusis, tamen si ante condemnationem restituendi facultatem habeas, condemnandum te nisi restituas, quia res apud te est: tunc enim quaerendum, an dolo malo feceris, cum rem non habes.*

Dig. 16. 3. 1. 22. Ulpianus 30 ad ed.: *Est autem et apud iulianum libro tertio decimo digestorum scriptum eum qui rem deposuit statim posse depositi actione agere: hoc enim ipso dolo facere eum qui suscepit, quod reposcenti rem non reddat. Marcellus autem ait non semper videri posse dolo facere eum, qui reposcenti non reddat: quid enim si in provincia res sit vel in horreis, quorum aperiendorum condemnationis tempore non sit facultas? vel condicio depositionis non exstitit?*

³²⁸ “Se uno legge, in presenza di più persone, le tavole di un testamento depositate presso di sé, Labeone dice che si può agire fondatamente con l’azione di deposito in ordine alle tavole. Io ritengo che, se il testamento è stato espressamente letto con l’intento di divulgare le volontà segrete di chi lo ha fatto, si possa agire anche con l’*actio iniuriarum*”. Cfr. SCOTTI, *Il deposito*, cit., 42, nt. 192, la quale prosegue specificando che: “Labeone ravvisa nel contegno del depositario che legge il testamento la violazione degli obblighi contrattuali: il contenuto del testamento e le tavole ove esso è stato redatto sono tutt’uno e la lettura implica l’uso della cosa, mentre la

ii) La modifica dello stato della cosa:

Dig. 16. 3. 7 pr. Ulpianus 30 ad ed.: *Si hominem apud se depositum ut quaestio de eo haberetur, ac propterea vinctum vel ad malam mansionem extensum sequester solverit misericordia ductus, dolo proximum esse quod factum est arbitror, quia cum sciret, cui rei pararetur, intempestive misericordiam exercuit, cum posset non suscipere talem causam quam decipere*³²⁹.

iii) La modifica dell' ubicazione della cosa:

Dig. 16. 3. 12. 1 Pomponius 22 ad sab: *Depositum eo loco restitui debet, in quo sine dolo malo eius est, apud quem depositum est: ubi vero depositum est, nihil interest. eadem dicenda sunt communiter et in omnibus bonae fidei iudiciis*³³⁰.

iv) La menomazione o la distruzione della cosa:

presenza di più persone dimostra inequivocabilmente che la lettura è avvenuta con dolo. Benché il depositario renda eventualmente le tavole del testamento a richiesta del deponente, si può dire che egli comunque non ha restituito.

³²⁹ “Se il sequestratario, mosso da pietà, ha liberato uno schiavo depositato presso di lui affinché fosse sottoposto a tortura, e a tale scopo legato strettamente ad una tavola o steso in una posizione dolorosa, ritengo che il suo contegno sia prossimo al dolo perché, pur sapendo a che scopo lo schiavo era stato ridotto così, ha esercitato intempestivamente la misericordia, mentre avrebbe potuto evitare di assumersi un compito del genere anziché ingannare chi glielo aveva affidato”.

³³⁰ “La cosa depositata deve essere restituita nel luogo in cui si trova senza dolo di colui presso il quale è stata depositata e non importa dove il deposito è avvenuto. In genere, si deve dire lo stesso anche per tutti i giudizi di buona fede.

Dig. 16. 3. 22 Marcellus 5 dig: “*Si duo heredes rem apud defunctum depositam dolo interverterint, quodam utique casu in partes tenebuntur: nam si dividerint decem milia, quae apud defunctum deposita fuerant, et quina milia abstulerint et uterque solvendo est, in partes obstricti erunt: nec enim amplius actoris interest. quod si lancem conflaverint aut conflari ab aliquo passi fuerint aliave quae species dolo eorum interversa fuerit, in solidum conveniri poterunt, ac si ipsi servandam suscepissent: nam certe verum est in solidum quemque dolo fecisse et nisi pro solido res non potest restitui. nec tamen absurde sentiet, qui hoc putaverit plane nisi integrae rei restitutione eum, cum quo actum fuerit, liberari non posse, condemnandum tamen, si res non restituetur, pro qua parte heres exstitit*³³¹”.

v) Il mancato rispetto delle condizioni stabilite

³³¹ “Se due eredi si sono appropriati dolosamente della cosa depositata presso il defunto, in certi casi essi saranno senz’altro tenuti *pro parte* se infatti si sono divisi la somma di diecimila che era stata depositata presso il defunto e ciascuno ha prelevato cinquemila, se entrambi sono solvibili essi saranno obbligati *pro parte*: l’attore non ha infatti interesse a pretendere di più. Se invece hanno fuso un vassoio o hanno permesso a qualcun’altro di fonderlo oppure la cosa è stata da loro trasformata in un’altra specie con dolo, essi potranno essere convenuti per l’intero, come se l’avessero presa in consegna loro stessi per conservarla: è certamente vero, infatti, che facendo così ciascuno dei due si è comportato con dolo e la cosa non può quindi che essere restituita in solido. Ma non sarebbe neppure assurda l’opinione di chi ritenesse che colui contro il quale si è agito non si possa liberare se non con la restituzione dell’intera cosa e che tuttavia debba essere condannato, nei limiti della quota di eredità, se la cosa non gli viene restituita”. Cfr. SCOTTI, *Il deposito*, cit., 78, nt. 380, secondo la quale: “i due eredi, nel momento in cui hanno trasformato dolosamente la *species*, rispondono per mancata restituzione dolosa come depositari: infatti, comportandosi così, essi non sono più ritenuti alla restituzione della cosa depositata presso il defunto in qualità di eredi, ma, conoscendo l’origine della cosa, l’hanno cioè nonostante trasformata, mentre dovevano semplicemente custodirla e restituirla alla richiesta del deponente”.

Dig. 16. 3. 1. 44 Ulpianus 30 ad ed.: “*Sed si duo deposuerint et ambo agant, si quidem sic deposuerunt, ut vel unus tollat totum, poterit in solidum agere: sin vero pro parte, pro qua eorum interest, tunc dicendum est in partem condemnationem facienda*”³³².

vi) Il rifiuto di cedere le azioni o il prezzo percepito con la vendita:

Dig. 16. 3. 1. 47 Ulpianus 30 ad ed.: “*Quia autem dolus dumtaxat in hanc actionem venit, quaesitum est, si heres rem apud testatorem depositam vel commodatam distraxit ignarus depositam vel commodatam, an teneatur. et quia dolo non fecit, non tenebitur de re: an tamen vel de pretio teneatur, quod ad eum pervenit? et verius est teneri eum: hoc enim ipso dolo facit, quod id quod ad se pervenit non reddit*”³³³.

vii) La pretesa di un compenso non dovuto:

³³² “Se hanno depositato in due e agiscono entrambi, chi agisce potrà farlo per l'intero se essi hanno depositato con la clausola che ciascuno possa pretendere la restituzione dell'intero; se invece hanno depositato nei limiti dell'interesse a qualcuno alla restituzione, si deve dire che la condanna sarà parziale”.

³³³ “Poiché in questa azione si considera soltanto il dolo, ci si è chiesti se l'erede che ha venduto la cosa depositata o comodata presso il testatore sia tenuto pur ignorando che essa era stata depositata o comodata. E, giacché non si è comportato con dolo, l'erede non è tenuto quanto alla cosa: ma è tuttavia tenuto quanto al prezzo? È più vera la tesi che lo sia, perché egli si comporta con dolo per il fatto stesso di non rendere ciò che gli è pervenuto a questo titolo”. Cfr. SCOTTI, *Il deposito*, cit., 49, nt. 225, la quale spiega che: “è preferibile la tesi che l'erede del depositario sia tenuto alla restituzione al deponente del prezzo ricavato della vendita, perché venuto a conoscenza, dopo la venita, della provenienza della cosa”.

Dig. 16. 3. 34 Labeo 2 pith.: *Potes agere depositi cum eo, qui tibi non aliter quam nummis a te acceptis depositum reddere voluerit, quamvis sine mora et incorruptum reddiderit*³³⁴.

Da quanto sopra, si ricava che per figurare il dolo non basta la materialità del comportamento, ma occorre anche la consapevolezza di tenere una condotta che sia pregiudizievole al depositario.

In ragione di ciò il dolo non sussiste là dove:

i) la persona non ha raggiunto una sufficiente maturità

Dig. 16. 3. 1. 15 Ulpianus 30 ad ed.: *An in pupillum, apud quem sine tutoris auctoritate depositum est, depositi actio detur, quaeritur. sed probari oportet, si apud doli mali iam capacem deposueris, agi posse, si dolum commisit: nam et in quantum locupletior factus est, datur actio in eum et si dulus non intervenit.*³³⁵.

ii) Il depositario ha giusto motivo di prendere determinate iniziative in ordine alle cose:

³³⁴ “Puoi agire con l’azione di deposito contro chi non voleva restituirti la cosa depositata se non dopo aver ricevuto da te una somma di denaro, anche se poi l’ha restituita senza ritardo ed integra”.

³³⁵ “Ci si chiede se si dia l’azione di deposito contro il pupillo presso cui il deposito è stato fatto senza l’*auctoritas* del tutore; e si deve ammettere che si possa agire se avrai depositato presso un pupillo già capace di commettere dolo, sempre che lo abbia commesso: quantunque nei limiti dell’arricchimento, questa azione è data infatti contro di lui, anche se il dolo non c’è stato”.

Dig. 16. 3. 12. 1 Pomponius 22 ad sab.: *sed dicendum est, si velit actor suis impensis suoque periculo perferri rem romam, ut audiendus sit, quoniam et in ad exhibendum actione id servatur*³³⁶.

iii) Il depositario ha giusto motivo per cautelarsi nella restituzione:

Dig. 16. 3. 1. 36 Ulpianus 30 ad ed.: *Si pecunia in sacculo signato deposita sit et unus ex heredibus eius qui deposuit veniat repetens, quemadmodum ei satisfiat, videndum est. promenda pecunia est vel coram praetore vel intervenientibus honestis personis et exsolvenda pro parte hereditaria: sed et si resignetur, non contra legem depositi fiet, cum vel praetore auctore vel honestis personis intervenientibus hoc eveniet: residuo vel apud eum remanente, si hoc voluerit (sigillis videlicet prius ei impressis vel a praetore vel ab his, quibus coram signacula remota sunt) vel, si hoc recusaverit, in aede deponendo. sed si res sunt, quae dividi non possunt, omnes debet tradere satisfactione idonea a petitore ei praestanda in hoc, quod supra eius partem est: satisfactione autem non interveniente rem in aedem deponi et omni actione depositarium liberari*³³⁷.

³³⁶ “Ma si deve aggiungere che, se l’attore vuole la cosa sia portata a Roma a proprie spese e a proprio rischio, la sua volontà deve essere rispettata, come si osserva anche nel caso dell’*actio ad exhibendum*”..

³³⁷ “Se è stata depositata una somma di denaro in un sacchetto sigillato e uno degli eredi si presenta a chiederne la restituzione, bisogna vedere in che modo il depositario debba soddisfare. Il denaro deve essere prelevato davanti al Pretore o in presenza di testimoni. Il residuo del sacco potrà rimanere presso il depositario se egli lo vorrà

iv) Il depositario non ha libertà di iniziativa e così ad esempio se non restituisce la cosa perché si trova lontano:

Dig. 16. 3. 1. 22 Ulpianus 30 ad ed.: *Est autem et apud iulianum libro tertio decimo digestorum scriptum eum qui rem deposuit statim posse depositi actione agere: hoc enim ipso dolo facere eum qui suscepit, quod reposcenti rem non reddat. Marcellus autem ait non semper videri posse dolo facere eum, qui reposcenti non reddat: quid enim si in provincia res sit vel in horreis, quorum aperiendorum condemnationis tempore non sit facultas ? vel condicio depositionis non exstitit ?*³³⁸.

v) Il depositario non ne ha la disponibilità per qualche ragione particolare:

Dig. 16. 3. 1. 21 Ulpianus 30 ad ed.: *“Inde scribit neratius, si res deposita sine dolo malo amissa sit et post iudicium acceptum reciperaretur, nihilo minus recte ad restitutionem reum compelli nec debere absolvi, nisi*

(naturalmente previa apposizione dei sigilli davanti al Pretore o ai testimoni in presenza dei quali i sigilli erano stati rimossi); se rifiuterà il residuo dovrà essere depositato presso un tempio. Ma, se le cose sono indivisibili, il depositario dovrà depositarle per intero con l'obbligo del richiedente di prestargli idonea *satisdatio* per quanto eccede la propria quota ereditaria; se invece non interverrà la *satisdatio*, la cosa potrà essere depositata presso un tempio ed il depositario sarà liberato da ogni azione”.

³³⁸ “Anche presso Giuliano nel tredicesimo libro dei Digesti, si trova scritto che chi ha depositato la cosa può agire subito con l'azione di deposito: chi ha ricevuto la cosa si comporta invero con dolo per il fatto stesso di non restituirla al richiedente. Marcello dice però che non sempre si può ritenere che si comporti con dolo chi non restituisce subito al richiedente: che dire, infatti, se la cosa si trova in provincia o in magazzini di deposito che non è possibile aprire fino al momento della condanna? Oppure, se la condizione apposta al deposito non si è ancora avverata?”

*restituatur. idem neratius ait, quamvis tunc tecum depositi actum sit, cum restituendi facultatem non habeas horreis forte clusis, tamen si ante condemnationem restituendi facultatem habeas, condemnandum te nisi restituas, quia res apud te est: tunc enim quaerendum, an dolo malo feceris, cum rem non habes*³³⁹.

Dal complesso dei casi sopra ricordati emerge una rappresentazione del dolo dai toni abbastanza attenuati, in cui l'accento cade sulla consapevolezza di tenere un comportamento pregiudizievole, senza richiedersi una specifica intenzionalità a danno della controparte.

In alcuni casi resta finanche in ombra la consapevolezza del pregiudizio, ed il dolo si riduce alla sola intenzionalità della condotta, indipendentemente dal fatto che il soggetto se la rappresenti come scorretta.

In conclusione è possibile ritenere che la nozione del dolo non abbia un contenuto fattuale abbastanza preciso ed univoco, da poter essere utilizzato per operazioni di semplice riscontro sulla realtà³⁴⁰ (non vi è nessuna definizione paradigmatica del dolo).

³³⁹ “Onde Nerazio scrive che, se la cosa depositata è andata perduta senza dolo ed è stata recuperata dopo l'accettazione della formula, il convenuto deve essere cionondimeno indotto alla restituzione e non deve essere assolto se non restituisce. Lo stesso Nerazio dice che, anche se si è agito con l'azione di deposito contro di te quando tu non avevi la possibilità di restituire, perché, ad esempio i magazzini di deposito erano chiusi, tuttavia se hai riacquisito il potere di restituire prima della condanna, devi essere condannato se non restituisci perché perché la cosa si trova pur sempre presso di te: si deve infatti indagare se ti comporti con dolo quando la cosa non ce l'hai”.

³⁴⁰ Cfr. Ist. 4. 1.

Viceversa il procedimento praticato dai giuristi romani è eminentemente pratico: essi decidono di volta in volta se una determinata condotta possa essere considerata o meno corretta nei termini di *fides data*³⁴¹.

Nell'azione di depositi viene in considerazione non solo il dolo passato, ma anche quello futuro, inteso come successivo alla *litis contestatio*:

Dig. 16. 3. 1. 20 Ulpianus 30 ad ed.: *Non tantum praeteritus dolus in depositi actione veniet, sed etiam futurus, id est post litem contestatam*³⁴²

La condanna nell'*actio depositi* ha come conseguenza l'infamia³⁴³: ciò appare nell'elenco delle azioni infamanti di cui a Dig. 3. 2. 1. 1.

L'infamia è concepita dai romani come la sanzione di *crimen violatae fidei*: consiste nel venir meno degli obblighi

³⁴¹ Cfr. SCOTTI, *Il deposito*, cit., 3, nt. 12, la quale afferma che: “la giustificazione del limite rigoroso del dolo per la responsabilità del depositario è fatta dipendere dal criterio dell'interesse dei contraenti: se il comodatario risponde per custodia in quanto l'uso che egli fa della cosa gli compota un vantaggio esclusivo, che giustifica la sopportazione del rischio, la gratuità del deposito comporta invece che il vantaggio sia in questo caso risentito del solo deponente, il che renderebbe iniquo far ricadere il rischio sul depositario”.

³⁴² “Nell'azione di deposito non verrà in considerazione solo il dolo passato, ma anche quello futuro cioè quello commesso dopo la *litis contestatio*”.

³⁴³ Gai, Ist. 4. 60

assunti con il deposito ed è riferita solo all'*actio depositi directa*³⁴⁴.

L'effetto dell'*infamia* è la “diminuzione della capacità del soggetto colpito (il depositario) e consegue, quale sanzione accessoria, alla condanna”.³⁴⁵

Infine mette conto riportare il seguente frammento:

Dig. 16. 3. 32 Celsus 11 dig.: *Quod nerva diceret latiore culpam dolum esse, proculo displicebat, mihi verissimum videtur. nam et si quis non ad eum modum quem hominum natura desiderat diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat, fraude non caret: nec enim salva fide minorem is quam suis rebus diligentiam praestabit*³⁴⁶

per il quale la colpa particolarmente grave deve essere equiparata al dolo³⁴⁷: l'equiparazione della colpa grave al

³⁴⁴ Dig. 3. 2. 6. 7.

³⁴⁵ Cfr. SCOTTI, *Il deposito*, cit., 11, nt. 50

³⁴⁶ “L'affermazione di Nerva, secondo cui una colpa particolarmente grave è dolo lasciava insoddisfatto Proculo, mentre a me sembra verissima. Infatti anche chi non è diligente secondo la misura che esige la natura umana non è esente da frode; a meno che, tuttavia, nel caso di deposito, non trascuri di custodire la cosa con la cura che egli usa abitualmente: non rispetterà infatti la *fides*, se presterà una diligenza minore di quella impiegata nella cura delle proprie cose”.

³⁴⁷ MAGANZANI, *La “diligentia quam suis” del depositario dal diritto romano alle codificazioni nazionali*, Roma, 2006.

dolo costituisce il punto centrale della teoria della *culpa lata*³⁴⁸.

Va detto, infine, che il depositario avrebbe potuto, con uno speciale patto aggiunto *in continenti* al contratto, assumere una maggiore responsabilità per la custodia, sino al limite della *culpa levis* e poteva inoltre *etiam casu praestare* ossia estendere la propria responsabilità finanche al caso fortuito³⁴⁹.

Non gli era invece consentito di escludere o diminuire convenzionalmente la propria responsabilità pre dolo, e l'eventuale patto *contra bonam fidem* era nullo³⁵⁰.

³⁴⁸ DE MEDIO, *Valore e portata della regola 'magna culpa dolus est'*, in *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda per XXV anno del suo insegnamento*, II, Napoli, 1906, 223 ss., secondo il quale l'equiparazione della colpa grave al dolo sarebbe: "un principio pel quale, se ad esso si assegna una vasta sfera di applicazione, ed una non meno frande portata quanto agli effetti, la linea di separazione tra il campo del dolo e quello della colpa, non solo non è più netta, ma, quel che più rileva, finisce per perdersi addirittura". Cfr. anche DE MEDIO, *Studi sulla culpa lata in diritto romano*, in *BIDR*, XVII, 1905.

³⁴⁹ ASTUTI, *Deposito*, cit., 216.

³⁵⁰ Dig. 16. 3. 1. 7 Ulpianus 30 ad ed. *Illud non probabis, dolum non esse praestandum si convenerit: nam haec conventio contra bonam fidem contraque bonos mores est et ideo nec sequenda est.*

CAPITOLO N. 5

1. *Il deposito necessario.*

Accanto alla fattispecie normale di deposito si hanno le figure di deposito chiamate speciali, così chiamate perché la loro funzione e, conseguentemente, la relativa disciplina divergono in modo più o meno sensibile da quella normale sopra delineata.

La prima di queste figure è il c. d. deposito miserabile o necessario, fondato su una tipica previsione dell'editto.

Il passo è il seguente:

Dig. 16. 3. 1. 1 Ulpianus 30 ad ed. Praetor ait: "*quod neque tumultus neque incendii neque ruinae neque naufragii causa depositum sit, in simplum, earum autem rerum, quae supra comprehensae sunt, in ipsum in duplum, in heredem eius, quod dolo malo eius factum esse dicetur qui mortuus sit, in simplum, quod ipsius, in duplum iudicium dabo*".³⁵¹

Il Pretore prevede, accanto all'*actio depositi in simplum*, un *actio depositi in duplum* concessa a favore del

³⁵¹ "Il Pretore dice: "Per ciò che non sia stato depositato a causa di tumulto, né di incendio, né di rovina, né di naufragio, darò un'azione *in simplum*, mentre per quanto riguarda le altre ipotesi sopra indicate, darò un'azione *in duplum* contro il depositario medesimo, contro il suo erede la darò *in simplum* per ciò che si dirà sia stato fatto con dolo del defunto, *in duplum* per ciò che sia stato fatto con dolo dell'erede stesso".

deponente nell'ipotesi in cui il deposito sia avvenuto per *tumultus* o per *incendii* o per *ruinae* o, infine, per *naufragii*.

L'azione ritorna *in simplum* nelle predette ipotesi speciali, in caso di successione ereditaria, nei confronti dell'erede del depositario.

La condanna *in duplum* è sempre fondata sul dolo del depositario e la ragione di tale aggravamento di pena è facilmente intuibile: il deponente consegna la cosa solo perché si trova in uno stato di necessità ed è, quindi, costretto anche contro la sua volontà a depositare la medesima e senza poter scegliere prudentemente la persona cui affidare le cose³⁵².

In ragione di tale stato di necessità, determinato come si è visto da un incendio o da un naufragio o da un tumulto o da una rovina, il Pretore ha ritenuto equo aggravare la responsabilità del depositario a garanzia di offrire maggior tutela ad un deponente già in difficoltà per cause ad esso non imputabili.

La regola ben espressa da Ulpiano, di cui al sopra riportato passo, viene ribadita da Nerazio in relazione all'erede del depositario, nel seguente frammento secondo il quale:

Dig. 16. 3. 18 Nerva 2 membr.: *De eo, quod tumultus incendii ruinae naufragii causa depositum est, in heredem*

³⁵² Cfr. ASTUTI, *Deposito*, cit., 220 secondo il quale: “deposito effettuato in particolari circostanze di grave pericolo ed emergenza, tali da costringere il deponente a provvedere alla salvezza della cosa affidandola alla custodia di un terzo, senza la possibilità di una prudente scelta della persona del depositario”.

*de dolo mortui actio est pro hereditaria portione et in simplum et intra annum quoque: in ipsum et in solidum et in duplum et in perpetuum datur*³⁵³.

L'erede del depositario risponde *in simplum* là dove la mancata restituzione della cosa a seguito di incendio o naufragio o tumulto o rovina non gli sia imputabile a titolo di dolo³⁵⁴.

Viceversa se l'erede sia responsabile, a titolo di dolo, per la mancata restituzione dolosa della cosa, egli è chiamato a rispondere nel doppio del valore della cosa ricevuta alla pari del *de cuius*³⁵⁵.

Va detto che è controversa l'origine di questa *actio in duplum*: in considerazione del suo manifesto carattere penale, si prospettò l'ipotesi che essa fosse precisamente

³⁵³ “Quanto a ciò che è stato depositato a causa di tumulto, incendio, rovina a naufragio, l'azione contro l'erede per il dolo del defunto è nei limiti della quota ereditaria *in simplum* ed anche entro l'anno; contro lo stesso erede è data per l'intero, *in duplum* e in perpetuo”, qualora la mancata restituzione dolosa sia imputabile all'erede stesso.

³⁵⁴ Cfr. ASTUTI, *Deposito*, cit., 221 secondo il quale: “questo passo, la cui genuinità non sembra contestabile, precisa che l'erede è tenuto per il fatto del defunto *in simplum* e *pro portione hereditaria* soltanto *intra annum*, mentre risponde del proprio dolo *in solidum* e *in duplum*, senza il limite dell'annalità. Un primo dubbio può sorgere dall'affermazione dell'annalità dell'azione contro l'erede per il fatto del defunto proprio nell'ipotesi di deposito necessario, senza che da altre fonti risulti una espressa previsione edittale, nemmeno per il deposito ordinario, rispetto al quale questa limitazione della responsabilità dell'erede avrebbe avuto ancor maggior giustificazione”.

³⁵⁵ Cfr. SCOTTI, *Il deposito*, cit., 75, 361, secondo la quale: “a me pare comunque che la *ratio dubitandi* del frammento di Nerazio riguardi il dolo dell'erede del depositario con riferimento alle circostanze che hanno determinato l'affidamento in custodia presso il suo dante causa: in tal caso il deponente non ha più contro di lui l'azione *in simplum* annuale nei limiti della quota ereditaria, ma per l'intero *in duplum* ed in perpetuo”.

l'originaria *actio in duplum* concessa dalla Legge delle Dodici Tavole per il deposito in generale (di cui si è ampiamente trattato in precedenza), conservata per il solo deposito fatto *extante necessitate*³⁵⁶.

La dottrina prevalente ritiene, in modo condivisibile, che questa azione *in duplum* sia stata introdotta dal Pretore, e con ogni probabilità posteriormente alla tutela del deposito normale³⁵⁷.

Pertanto l'*actio in duplum* di cui alla Legge delle dodici Tavole nulla ha a che vedere con l'azione concessa nel caso di deposito necessario.

Quest'ultima, infatti, è un'autonoma previsione, coniata dal Pretore allo scopo di tutelare maggiormente situazioni speciali di deposito forzato e per questo definito, giuridicamente, come necessario.

³⁵⁶ Cfr. ASTUTI, *Deposito*, cit., 220.

³⁵⁷ cfr. LONGO, *Corso*, cit., 28.

2. Il deposito irregolare.

Molto discusso è il c.d. deposito irregolare poiché ha ad oggetto una somma di denaro.

Per molti secoli, fino alla metà dell'età classica, i giuristi romani valutavano le fattispecie in cui le parti si riferivano al deposito di una somma di denaro, di cui era da restituire il *tantundem eiusdem generis*, come vero e proprio mutuo³⁵⁸.

Evidenti le gravi difficoltà di vario ordine che dovettero ostacolare in età classica l'assunzione di questa fattispecie veramente anomala nello schema tipico del *depositum* e dell'*actio depositi*: “le fonti in cui sono discussi i diversi aspetti dell'arduo problema attestano con chiara evidenza le perplessità e le divergenze che agitarono la giurisprudenza romana”.³⁵⁹

Dalla metà del III sec. a. C. assumono “capacità costitutiva, sia di un vincoli obbligatori, sia di effetti reali, accordi collegati a vecchie forme, ma fondati su nuove

³⁵⁸ LONGO, *Appunti sul deposito irregolare*, in *BIDR*, XVII, 1905, 5, il quale afferma che: “l'uso del denaro attuato dal depositario con il permesso del deponente distruggeva necessariamente il deposito e faceva nascere il mutuo”.

³⁵⁹ Cfr. ASTUTI, *Deposito*, cit., 225, il quale così prosegue: “e ben si intende come questa abbia potuto essere portata a considerare il caso pratico della *datio* di una somma di denaro accompagnata dal patto di restituzione a richiesta, e soprattutto dalla connessione delle facoltà di uso e dal patto di interessi, piuttosto come contratto di mutuo che non di deposito”.

cause, in grado di trovare all'interno di quelle vecchie forme riconoscimento (*depositum* ... ”³⁶⁰.

Una di queste nuove forme è il deposito irregolare, qui oggetto di analisi.

Ciò a significare che l'ordinamento si apre “alla possibilità di considerare rilevante (in quanto certa e riconoscibile) la volontà negoziale anche quando essa sia stata esternata non nei modi tradizionali, ma nei modi nuovi”³⁶¹.

Il depositario, in questa nuova tipologia contrattuale, riceve tale somma di denaro e così si obbliga a restituire non le stesse monete ricevute ma il *tantundem eiusdem generis*, alla pari del mutuo di denaro³⁶².

Codesta fattispecie si contrappone al deposito regolare di denaro perché in quest'ultima (solo) si restituiscono i *nummi* depositati nella loro individualità³⁶³, come nel frammento qui di seguito riportato:

Dig. 16. 3. 29 pr. Paulus 2 sent. *Si sacculum vel argentum signatum deposuero et is penes quem depositum*

³⁶⁰ Cfr. CORBINO, *Il formalismo negoziale*, Torino, 1994, 74.

³⁶¹ Cfr. CORBINO, *Il formalismo negoziale*, cit., 74.

³⁶² Cfr. ASTUTI, *Deposito*, cit., 227, il quale conclude il suo ragionamento nel modo che segue: “comunque si voglia pensare circa l'effettivo atteggiamento dei giuristi classici, e circa l'estensione e il significato delle alterazioni compilatorie, sia per quanto concerne la concessione dell'*actio depositi*, sia rispetto alla costruzione dommatica dell'istituto, appare certo che nel diritto giustiniano si ebbe una generalizzazione estranea al pensiero della giurisprudenza romana, la quale condusse appunto gli interpreti a configurare questa specie anomala di deposito, che fu detta *depositum irregolare*”.

³⁶³ Cfr. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 621.

*fuit me invito contrectaverit, et depositi et furti actio mihi in eum competit*³⁶⁴.

Il denaro è messo in un sacchetto sigillato (e quindi è segnato), viene consegnato a scopo di deposito e l'uso dello stesso comporta responsabilità del depositario alla pari dell'uso di qualsiasi altra cosa consegnata a tale scopo.

Si tratta di un deposito vero e proprio³⁶⁵, benché abbia ad oggetto denaro e la spiegazione è intuibile: deve essere restituito esattamente quel denaro depositato (alla stregua di qualsiasi altra cosa depositata).

Solo verso la fine dell'età classica³⁶⁶, come testè detto (e probabilmente sotto l'influenza della prassi ellenistica), alcuni giuristi arrivarono a concedere nel deposito irregolare l'*actio depositi* con la formula *in ius concepta* e con *intentio ex fide bona*.

Si viene a configurare, allora il deposito irregolare ove perde di significato il divieto di usare la cosa.

³⁶⁴ “Se avrò depositato un sacchetto o dell'argenteria sigillati e colui presso il quale sono stati depositati se ne sarà appropriato contro la mia volontà, mi spettano nei suoi confronti sia l'azione di deposito sia quella di furto”, cfr. SCOTTI, *Il deposito*, cit., 91, nt. 445, la quale specifica che: “il depositario che si impadronisce della cosa non soltanto viola il contratto, ma commette *furtum possessionis* perché il fine esclusivo è la custodia. Il deponente proprietario della *res* può esperire anche la *condictio ex causa furtiva*, la quale concorre alternativamente con l'azione di deposito, cumulativamente con quella di furto, giacché il contegno del depositario concreta due diverse fattispecie di illecito: contrattuale ed extracontrattuale”.

³⁶⁵ Cfr. COGLIOLO, *Il deposito irregolare*, in *Rivista universitaria di giurisprudenza e di diritto*, 1908; COPPA-ZUCCARI, *Il deposito irregolare*, Modena, 1901.

³⁶⁶ LONGO, *Appunti*, cit. il quale ritiene che il deposito irregolare risalga solo all'epoca di Giustiniano.

La ragione è la stessa di quella del mutuo: il denaro è un bene che per sua natura può essere restituito per equivalente e, quindi, il depositario è autorizzato a disporre dello stesso purché poi restituisca il *tantundem eiusdem generis*.

Mette conto riportate il seguente passo che ben evidenzia la disciplina del deposito irregolare:

Dig. 16. 3. 25. 1 Papinianus 3 resp. *Qui pecuniam apud se non obsignatam, ut tantundem redderet, depositam ad usus proprios convertit, post moram in usuras quoque iudicio depositi condemnandus est*³⁶⁷.

Il denaro può essere utilizzato, ma allora il depositario deve restituire il *tantundem eiusdem generis* e deve, altresì, corrispondere gli interessi dal giorno della consegna del denaro al giorno della restituzione.

Nel frammento di cui sopra è ben evidenziato proprio il fatto che il denaro non è stato numerato (a differenza del

³⁶⁷ “Chi ha convertito in proprio uso una somma di denaro, depositata presso di sé non sigillata, con facoltà di restituire il *tantundem*, nel processo di deposito deve essere condannato anche agli interessi dopo il deposito”. Cfr. SCOTTI, *Il deposito*, cit., 84, nt. 408, la quale specifica che: “in mancanza di elementi testuali che provino l’uso del denaro da parte del depositario, mi sembra che Papiniano dica che il depositario che ha utilizzato la somma senza espressa autorizzazione del deponente, ma con la facoltà di restituire il *tantundem*, e che non ha restituito il denaro in tempo, sia tenuto a pagare, oltre agli interessi *ante moram*, quelli *post moram*: del resto poiché il deposito è di buona fede, il giurista conferma qui implicitamente quanto scritto nel fr. D. 16. 3. 18 a proposito degli interessi moratori (e, a contrario, di quelli *ante moram*, non dovuti quando il depositario non può usufruire della somma depositata)”. Va detto che buona parte della dottrina sostiene che la consegna della somma non sigillata comporta automaticamente l’autorizzazione ad usarla, cfr. LONGO, *Il deposito*, cit., 135.

passo in precedenza riportato) e si è pattuita espressamente la facoltà di restituire il *tantundem eiusdem generis*.

Nella suddetta ipotesi l'obbligazione di corrispondere degli interessi da parte del depositario sorgeva in base ad apposita *stipulatio*.

La ragione di codesta soluzione è dovuta al fatto che il sistema contrattuale romano s'ispirava rigorosamente alla tipicità³⁶⁸ e, quindi, solo in forza di specifico accordo fatto *in continenti* era possibile modificare la disciplina rigorosamente prevista dall'ordinamento giuridico³⁶⁹.

Non si trattava di una semplice questione di tecnica formulare: nell'*actio depositi* come *iudicium bonae fidei* il giudice poteva tener conto degli interessi convenzionali, anche se solo pattuiti.

La questione fondamentale è quella relativa alla distinzione tra il deposito irregolare ed il mutuo.

Un criterio abbastanza elementare è quello di considerare sussistente il mutuo là dove viene autorizzato l'uso del denaro e, quindi, la restituzione per equivalente.

Vi sono diversi testi che si richiamano a questo principio, occorrendo una distinzione:

³⁶⁸ Cfr. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 534, il quale afferma che: “è opinione diffusa, e formalmente corretta, che il sistema contrattuale sia rimasto un sistema tipico: a differenza di quanto accade in base agli artt. 1321 e 1322 c.c., le parti non potevano liberamente determinare, nel modo che ritenevano più opportuno, l'assetto di interessi che, in virtù dell'accorso, assumeva efficacia giuridica, ma dovevano scegliere uno dei tipi di contratto predisposti dall'ordinamento; al di fuori di tali tipi, l'accordo poteva avere, in modo vario, efficacia soltanto quando fosse integrato lo schema dei contratti innominati, risultando eseguita una delle prestazioni convenute, altrimenti esso restava irrilevante”.

³⁶⁹ Si tratta del c. d. formalismo negoziale romano.

i) se il denaro è affidato fin dall'inizio con l'intesa che nel caso possa essere utilizzato, il rapporto nasce come deposito e si trasforma in mutuo se il denaro viene utilizzato, come nel seguente passo:

Dig. 16. 3. 1. 34 Ulpianus 30 ad ed. *Si pecunia apud te ab initio hac lege deposita sit, ut si voluisses uteris, prius quam utaris depositi teneberis*³⁷⁰.

ii) Se invece è il depositario che in un momento successivo chiede di usare la somma di denaro e ottiene il permesso, il rapporto si trasforma subito in mutuo, indipendentemente dalla circostanza di usare o meno il denaro.

Come nel seguente passo:

Dig. 16. 3. 7. 2 Ulpianus 30 ad ed. *Quotiens foro cedunt nummularii, solet primo loco ratio haberi*

³⁷⁰ “Se fin dall'inizio è stata depositata presso di te una somma di denaro con la clausola che potrai usarla se vorrai, prima di averla usata sarai tenuto a titolo di deposito”. Cfr. SCOTTI, *Il deposito*, cit., 39, nt. 173, la quale specifica che: “se si chiede la restituzione della somma prima che il consegnatario l'abbia usata, quest'ultimo risponde per dolo: Ulpiano non si domanda in questo frammento a che titolo il consegnatario della somma risponda se l'ha utilizzata. Di questo aspetto il giureconsulto tratta, rispettivamente, nel secondo libro del commentario all'editto D. 12. 1. 10, nel quale il giurista occupandosi di problemi di giurisdizione con riguardo probabilmente al *vadimonium Romam*, afferma che la clausola d'uso della somma non determina di per sé un rapporto di mutuo, perché è incerto se l'accipiente userà il denaro, e soltanto qualora ciò avvenga il negozio è un mutuo, e nel ventiseiesimo libro del medesimo commentario D. 12. 1. 9, ove è dal momento della conclusione di un accordo tra deponere e depositario, nel corso dell'esecuzione del contratto di deposito, circa la facoltà di impiego della somma, che sorge invece un rapporto di mutuo con la conseguente esperibilità della *condictio* e dell'assunzione del *periculum* da parte dell'accipiente. Cfr. anche Coll.10. 7. 9”.

*depositoriorum, hoc est eorum qui depositas pecunias habuerunt, non quas faenore apud nummularios vel cum nummulariis vel per ipsos exercebant. et ante privilegia igitur, si bona venierint, depositoriorum ratio habetur, dummodo eorum qui vel postea usuras acceperunt ratio non habeatur, quasi renuntiaverint deposito*³⁷¹.

Vi sono altri testi ancora che riconoscono l'esperibilità dell'*actio depositi* anche nel caso in cui il denaro venga utilizzato, come il seguente qui riportato:

Dig. 16. 3. 28 Scaevola 1 resp. *Quintus caecilius candidus ad paccium rogatianum epistulam scripsit in verba infra scripta: " caecilius candidus paccio rogatiano suo salutem. viginti quinque nummorum quos apud me esse voluisti, notum tibi ista hac epistula facio ad ratiunculam meam ea pervenisse: quibus ut primum prospiciam, ne vacua tibi sint: id est ut usuras eorum accipias, curae habebo". quaesitum est, an ex ea epistula etiam usurae peti possint. respondi deberi ex bonae fidei iudicio usuras, sive percepti sive pecunia in re sua usus est.*³⁷²

³⁷¹ “Quando i banchieri versano in stato di insolvenza, si è soliti prendere in considerazione in primo luogo le ragioni dei deponenti, quelle cioè di coloro che hanno depositato somme di denaro, non quelle di chi le ha depositate presso i banchieri per investirle mediante prestiti di interesse, con loro o per loro tramite. Dunque se i beni sono stati venduti, prima dei diritti dei creditori privilegiati si prendono in considerazione le ragioni dei deponenti senza considerare quelle di chi, anche successivamente, ha percepito interessi rinunciando con ciò implicitamente al mero rapporto di deposito”.

³⁷² “Quinto Cecilio Candido scrisse una lettera a Paccio Rogaziano in questi termini: ‘Cecilio Candido saluta il suo Paccio

Vi è un vario atteggiarsi dei casi, tuttavia concordiamo con il pensiero di Talamanca secondo il quale “*la spinta per riportare la fattispecie in questione non al mutuo bensì al deposito*” e quindi la modalità per distinguere la fattispecie del mutuo da quella del deposito irregolare è quella di guardare la struttura della formula, che se è *in ius* è da ricondursi al contratto di deposito.

Le conseguenze della distinzione tra mutuo e deposito sono rilevanti: diverso è infatti il regime della responsabilità.

Il mutuo, tutelato da un’azione di stretto diritto – *condictio certae pecuniae* – fondata sul semplice *dare oportere*, comporta una responsabilità rigorosamente oggettiva, indifferente persino alla forza maggiore.

Quanto al regime degli interessi – *usurae* –: il deposito di per sé non comporta interessi, ma nel *iudicium bonae fidei* che consegue alla formula *in ius* vi è spazio per gli interessi, così come in generale vi è spazio per la restituzione dei frutti.

Essi, pertanto, competono:

Rogaziano. Con questa lettera ti rende noto che le venticinque monete che hai voluto fossero presso di me le ho registrate nei miei conti e provvederò quanto prima che non ti siano infruttuose, cioè, avrò cura che tu ne percepisca gli interessi’. Si chiese se in forza di questa lettera si possano pretendere anche gli interessi. Risposi che in base al giudizio di buona fede gli interessi sono dovuti, sia che il depositario li abbia percepiti, sia che abbia semplicemente impiegato il denaro a proprio vantaggio.” Cfr. SCOTTI, *Il deposito*, cit., 39, nt. 173, la quale specifica che: “il deponente ha evidentemente autorizzato Quinto Cecilio Candido ad utilizzare la somma, ma ciò non rileva ai fini della *ratio dubitandi*.”

- i) se sono stati pattuiti³⁷³;
- ii) se il deponente ha lasciato la possibilità al depositario di impiegare il denaro³⁷⁴;
- iii) se il depositario li ha promessi³⁷⁵;
- iv) sempre dovuti se il depositario è in mora³⁷⁶.

Il depositario, impiegando le somme ricevute, assume su di sé il rischio per la loro perdita, in quanto imputabile ad una sua libera scelta,³⁷⁷ mentre se venisse riconosciuta a riguardo una qualche aspettativa del deponente, tale responsabilità dovrebbe essere attenuata in misura

³⁷³ Dig. 16. 3. 24 Papinianus 9 quaest.: "*lucius titius sempronio salutem. centum nummos, quos hac die commendasti mihi adnumerante servo sticho actore, esse apud me ut notum haberes, hac epistula manu mea scripta tibi notum facio: quae quando voles et ubi voles confestim tibi numerabo. " quaeritur propter usurarum incrementum. respondi depositi actionem locum habere: quid est enim aliud commendare quam deponere? quod ita verum est, si id actum est, ut corpora nummorum eadem redderentur: nam si ut tantundem solveretur convenit, egreditur ea res depositi notissimos terminos. in qua quaestione si depositi actio non teneat, cum convenit tantundem, non idem reddi, rationem usurarum haberi non facile dicendum est. et est quidem constitutum in bonae fidei iudiciis, quod ad usuras attinet ut tantundem possit officium arbitri quantum stipulatio: sed contra bonam fidem et depositi naturam est usuras ab eo desiderare temporis ante moram, qui beneficium in suscipienda pecunia dedit. si tamen ab initio de usuris praestandis convenit, lex contractus servabitur*".

³⁷⁴ Dig. 16. 3. 28 Scaevola 1 resp.: *Quintus caecilius candidus ad paccium rogatianum epistulam scripsit in verba infra scripta: " caecilius candidus paccio rogatiano suo salutem. viginti quinque nummorum quos apud me esse voluisti, notum tibi ista hac epistula facio ad ratiunculam meam ea pervenisse: quibus ut primum prospiciam, ne vacua tibi sint: id est ut usuras eorum accipias, curae habebam". quaesitum est, an ex ea epistula etiam usurae peti possint. respondi deberi ex bonae fidei iudicio usuras, sive percepit sive pecunia in re sua usus est.*

³⁷⁵ Dig. 16. 3. 29. 1. Paulus 2 sent.: *Si ex permissu meo deposita pecunia is penes quem deposita est utatur, ut in ceteris bonae fidei iudiciis usuras eius nomine praestare mihi cogitur.*

³⁷⁶ Dig. 16. 3. 24.

³⁷⁷ C. 4. 34. 6 e 7

corrispondente, perché si verterebbe nella gestione di affari o nel mandato.

Le espressioni che ricorrono nei frammenti sopra richiamati sono varie e differenti³⁷⁸: in pratica la decisione sulla natura del rapporto viene rimessa all'esito della discussione con l'avversario avanti il Pretore.

Spetta al Pretore indicare se la fattispecie contrattuale possa essere tutelata attraverso l'*actio depositi*, e la decisione viene assunta caso per caso³⁷⁹.

³⁷⁸ *Numerabo, conveni praestare usuras, prospiciam.*

³⁷⁹ Cfr. ASTUTI, *Deposito*, cit., 225 il quale afferma che: “la critica moderna è invece profondamente divisa nei tentativi di ricostruzione del pensiero della giurisprudenza: secondo un’opinione oggi prevalente, il deposito irregolare ed usuraio sarebbe una figura sconosciuta ai giuristi classici, costruita solo dai bizantini”.

3. *Il sequestro.*

L'ultima ipotesi speciale di deposito è quella del c. d. sequestro convenzionale³⁸⁰.

Precisa è la definizione del sequestro offerta da Modestino, per il quale:

Dig. 50. 16. 110 Modest. *Sequester dicitur, apud quem plures eandem rem, de qua controversia est, deposuerunt*³⁸¹.

Si tratta di un'applicazione molto particolare del contratto di deposito in cui le parti di una causa in corso o di una causa futura affidano la cosa oggetto della controversia ad un terzo di reciproca fiducia³⁸², e ciò eseguono di comune accordo.

³⁸⁰ “Con questo nome (*sequestratio, sequestrum, sequester*) le fonti romane indicano una speciale figura di deposito, la cui spiccata autonomia emerge anche dalla diversa denominazione: nella fattispecie tipica del sequestro, due o più soggetti tra i quali vi fosse apposizione di interessi, o una controversia in atto, rispetto ad una determinata cosa, affidavano la cosa litigiosa, o che per altri motivi volessero sottratta alla disponibilità di ciascuno di loro, ad un terzo di comune elezione e fiducia, detto *sequester*, il quale si impegnava a restituirla a colui che fosse uscito vincitore nella lite, o secondo le condizioni prestabilite dai deponenti”, cfr. ASTUTI, *Deposito*, cit., 223.

³⁸¹ “È chiamato sequestro colui presso il quale viene depositata, da parte di più persone, la stessa cosa, sulla quale vi sia controversia”.

³⁸² Controversia che verte prevalentemente sulla proprietà della cosa stessa, ma non solo su di essa.

Il terzo (detto *sequester* o sequestratario), ricevuta la cosa dai deponenti-litiganti, si accorda con i medesimi nel senso di rimanere obbligato a restituire la cosa stessa nei confronti di chi dei due uscirà vittorioso nel processo.

È evidente che il deposito viene effettuato allo scopo di privare della disponibilità della cosa, fino a che la lite non sia decisa, entrambi i contendenti, di modo che è come se ciascuno deponesse la cosa per l'intero.

Quanto sopra è ben espresso dalle seguenti fonti:

Dig. 16. 3. 17. 1 Florus 7 inst. *Rei depositae proprietas apud deponentem manet: sed et possessio, nisi apud sequestrem deposita est: nam tum demum sequester possidet: id enim agitur ea depositione, ut neutrius possessioni id tempus procedat*³⁸³

Dig. 16. 3. 6 Paulus 2 ad ed. *Proprie autem in sequestre est depositum, quod a pluribus in solidum certa condicione custodiendum reddendumque traditur*³⁸⁴.

³⁸³ “Presso il depositario possono deporre sia più persone, sia una persona sola, presso il sequestratario non depongono, invece, se non più persone, giacché ciò avviene quando la cosa è oggetto di controversia: in quest'ultimo caso è quindi da ritenere che ciascuno abbia depositato in solido, mentre diverso è il caso di più persone che depongono una cosa comune”. Fiorentino afferma che nel deposito la *possessio* rimane al deponente, per sottolineare la differenza con il sequestro, in cui il consegnatario della *res litigiosa* ne acquista il possesso (benché senza l'*animus rem sibi habendi*). Al depositario si trasferisce la mera detenzione (*possessio naturalis*): egli *possidet alieno nomine*, cioè detiene nell'interesse del deponente, mentre al proprietario rimane l'*animus*.

³⁸⁴ “Propriamente si deposita a sequestro ciò che da più persone insieme viene dato da custodire e da restituire sotto una condizione ben precisa”.

Dalle fonti sopra riportate si ricava che il sequestro sussiste là dove:

- i) più persone depositino assieme la cosa;
- ii) ciascuno deposita per intero la cosa.

Le fonti attestano con sicurezza che l'istituto poteva trovare applicazione anche fuori dell'ipotesi di lite sulla cosa: oltre alla fonte di cui sopra anche nel caso di deposito del prezzo e della merce fino a verifica, effettuato presso un terzo dal venditore e dal compratore³⁸⁵, ovvero nel caso di deposito di documenti ereditari *apud amicum* da parte di più coeredi egualmente interessati alla loro conservazione.³⁸⁶

Rilevante è la disciplina del sequestro poiché di differenzia da quella del deposito ordinario: quando la cosa viene depositata a scopo di sequestro il possesso della cosa viene, infatti, trasferito al sequestratario.

Quanto detto è ben espresso nel seguente frammento:

Dig. 16. 3. 17. 1 Florus 7 inst. *Rei depositae proprietas apud deponentem manet: sed et possessio, nisi apud sequestrem deposita est: nam tum demum sequester possidet: id enim agitur ea depositione, ut neutrius possessioni id tempus procedat*³⁸⁷.

³⁸⁵ Dig. 46. 3. 39.

³⁸⁶ Dig. 10. 2. 5.

³⁸⁷ “La proprietà della cosa depositata rimane presso il deponente e vi rimane anche il possesso, a meno che la cosa non sia stata depositata presso un sequestratario, nel qual caso infatti la possiede soltanto il sequestratario, perché, con il deposito presso di lui, si vuol raggiungere lo scopo che il tempo non decorra a favore del possesso di alcuno dei contendenti”.

La ragione di quanto sopra è semplice: il tempo non deve decorrere a favore del possesso di alcuno dei contendenti, inoltre il terzo sequestratario garantisce la custodia della cosa in modo imparziale, senza cioè rischio di abusi e di sottrazione della cosa contesa.

Poiché il sequestratario viene investito di un vero e proprio possesso³⁸⁸, dispone della tutela interdittale³⁸⁹ e quindi dell'*utrubi* per mezzo del quale il Pretore vieta, nel caso di molestie, di disturbare nel suo possesso il sequestratario.

Quanto alla possibilità del sequestratario di rinunciare al proprio ufficio, le fonti ci dicono che, generalmente, ciò è possibile solo previa autorizzazione del Pretore.

Una volta che il sequestratario sia autorizzato a rinunciare al proprio ufficio, egli non deve restituire la cosa alle parti contendenti, ma dovrà depositarla in un tempio³⁹⁰:

Dig. 16. 3. 5. 2 Ulpianus 30 ad ed. *Si velit sequester officium deponere, quid ei faciendum sit? et ait pomponius adire eum praetorem oportere et ex eius auctoritate denuntiatione facta his qui eum elegerant, ei rem*

³⁸⁸ Cfr. ALBANESE, *Il possesso del sequestratario*, in *AUPA*, 1948, 45.

³⁸⁹ Il *sequester* dispone della *possessio ad interdica* per ragioni pratiche, come per il caso del creditore pignoratizio.

³⁹⁰ “Anche qui si dubita che il principio fosse enunciato con riferimento esclusivo all’ipotesi di sequestro giudiziale, essendo difficile attribuire alla giurisprudenza classica l’enormità inerente alla massima che il pretore potesse, a suo arbitrio, e si pure per *iusta causa*, sciogliere un contratto privato, e liberare il sequestratario dal suo obbligo *contra legem depositionis*”, cfr. ASTUTI, *Deposito*, cit., 224. Il predetto autore definisce tale tipologia di deposito quale deposito pubblico.

*restituendam qui praesens fuerit. sed hoc non semper verum puto: nam plerumque non est permittendum officium, quod semel suscepit, contra legem depositionis deponere, nisi iustissima causa interveniente: et cum permittitur, raro ei res restituenda est qui venit, sed oportet eam arbitrato iudicis apud aedem aliquam deponi*³⁹¹.

Nel frammento di cui sopra Ulpiano descrive il modo in cui il sequestratario estingue la propria obbligazione³⁹²; il giurista, tuttavia, critica tale soluzione perché la ritiene contraria all'ufficio stesso e quindi afferma che sia ammissibile solo in rare e comprovate eccezioni.

Contro il sequestratario spetta l'azione da deposito, in tal caso il sequestratario deve restituire (esibire) la cosa nel luogo pattuito, come ben espresso nel seguente frammento:

Dig. 16. 3. 5. 1 Ulpianus 30 ad ed.: *In sequestrem depositi actio competit. si tamen cum sequestre convenit, ut certo loco rem depositam exhiberet, nec ibi exhibeat, teneri eum palam est: quod si de pluribus locis convenit, in*

³⁹¹ “Che deve fare il sequestratario se vuole rinunciare al proprio compito? Pomponio dice che egli deve rivolgersi al Pretore e che una volta che ne sia stata fatta la notifica a colori che l'avevano scelto, la cosa debba essere restituita, dietro autorizzazione, a chi si è presentato a richiederla. Ma penso che ciò non sia sempre vero: di regola, non gli si deve infatti permettere di rinunciare ad un compito già assunto, perché ciò è contrario al deposito, a meno che non intervenga una causa di giustificazione particolarmente rilevante: e, anche quando ciò è permesso, raramente la cosa va restituita a chi si presenta, ma deve essere depositata presso un tempio su invito del giudice”. Il c. d. deposito pubblico.

³⁹² Cfr. BOVE, *Il deposito della cosa dovuta*, in *Labeo*, 1955.

*arbitrio eius est, quo loci exhibeat: sed si nihil convenit, denuntiandum est ei, ut apud praetorem exhibeat*³⁹³.

L'azione contro il sequestratario è concessa sia al deponente che all'erede del medesimo:

Dig. 16. 3. 12. 2 Pomponius 22 ad sab.: *Cum sequestre recte agetur depositi sequestraria actione, quam et in heredem eius reddi oportet*³⁹⁴

Poiché al sequestro inerisce necessariamente un patto (quello di non restituire la cosa se non a certe condizioni) è da ritenere che la tutela avesse luogo con la formula *in ius* dovendosi decidere di volta in volta l'*oportere* facente carico al sequestratario avuto riguardo al tenore del patto.

La restituzione della cosa, da parte del sequestratario, va fatta per intero e solo alla persona, nei modi e nei termini prestabiliti³⁹⁵.

³⁹³ “Contro il sequestratario spetta l'azione di deposito. È evidente tuttavia che il sequestratario è tenuto se si è convenuto con lui che esibisca la cosa depositata in un luogo preciso ed egli non la esibisca là, mentre se si è convenuto che possa esibirla in più luoghi, sarà lui a decidere in quale esibirla, ma se nulla è stato convenuto gli si deve intimare di esibirla davanti al Pretore”.

³⁹⁴ “Contro il sequestratario si agirà fondatamente con l'azione di deposito sequestraria, azione che si deve dare anche contro il suo erede”.

³⁹⁵ ASTUTI, *Deposito*, cit., 224, il quale afferma che: “secondo una formula tratiziana, qualche scrittore afferma che, a differenza del deposito ordinario, il sequestro fosse applicabile agli immobili oltre che ai mobili: ma le fonti, anche giustinianee, non offrono alcun esempio di sequestro di beni immobili, e non v'è motivo di attribuire al diritto romano una caratteristica che è frutto di sviluppi successivi, ad opera di interpreti e della legislazione”.

La restituzione, alla pari del deposito ordinario,
estingue il contratto.

CAPITOLO N. 6

1. L'art. 1766 c.c

Ai sensi dell'art. 1766 c.c. “il deposito è il contratto con il quale una parte riceve dall'altra una cosa mobile con l'obbligo di custodirla e restituirla in natura”³⁹⁶.

Il deposito nell'ordinamento giuridico italiano è un contratto nominato ad effetti nominati: esso è previsto testualmente nel codice civile quale figura negoziale tipica da cui discendono, a seguito della conclusione del vincolo giuridico, gli effetti assegnati dagli artt. 1766 c.c. ss.³⁹⁷

La natura del contratto di deposito³⁹⁸ è, secondo la miglior dottrina, reale: “per il perfezionamento del contratto di deposito, che è un contratto reale, è necessaria e sufficiente la consegna che fa sorgere l'obbligo di restituzione, non è necessario il previo scambio del consenso dei contraenti, potendo questo ravvisarsi anche nella consegna e nell'accettazione della merce da parte del depositante e del depositario; per altro verso la consegna

³⁹⁶ Sul deposito la bibliografia è molto vasta, cfr. GRISI, *Il deposito in funzione di garanzia*, Milano, 1999; GALASSO, v. *Deposito*, in *Dig. Civ.*, Torino, 1989; GALLO, v. *Deposito in diritto comparato*, in *Dig. civ.*, Torino 1989; MASTROPAOLO, v. *Deposito*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, X, 1988; NEGRI, v. *Deposito nel diritto romano, medievale e moderno*, in *Dig. Civ.*, Torino, V, 1989.

³⁹⁷ Cfr. CASTRO, *I contratti di deposito*, Torino, 2007, 7.

³⁹⁸ Cfr. CASTRO, *I contratti di deposito*, cit., 3, secondo il quale: “l'istituto del deposito ha origini relativamente remote. Esso, conosciuto sin dai tempi del diritto romano, rappresenta una figura molto particolare, considerato lo spasmodico desiderio dell'essere umano di avere il pieno controllo sui propri possedimenti, indipendentemente dal valore (economico, sociale, morale o giuridico) che essi abbiano nella realtà quotidiana e nella pratica degli affari”.

può realizzarsi con una *ficta traditio* attraverso la ritenzione da parte del depositario, per effetto del mancato ritiro da parte dell'avente diritto, con il conseguente sorgere da parte del depositario dell'obbligo di custodia e per il proprietario dell'obbligo di pagamento delle spese di custodia fino al ritiro dello stesso”³⁹⁹.

La ragione del carattere reale è data dal “riceve” di cui al predetto articolo, inoltre non avrebbe senso postulare gli obblighi legislativi in capo al depositario se il depositario non ha ricevuto la cosa e anche non è logico discettare di custodia in assenza del bene da custodire⁴⁰⁰.

Affermare la natura reale⁴⁰¹ del contratto di deposito significa negare all'istituto la fattispecie del preliminare di deposito⁴⁰²: se la consegna individua il momento genetico del negozio è inammissibile un contratto con cui ci si impegni vicendevolmente a consegnare la cosa “non potendosi sul versante del sorgere dei doveri negoziali sostituire la consegna con aliene attività poste in essere da ciascuno dei contraenti”⁴⁰³.

³⁹⁹ Cfr. CIAN, *Codice civile e leggi collegate*, Padova, 2010, 3185 e ss.

⁴⁰⁰ CASTRO, *I contratti di deposito*, cit., 7.

⁴⁰¹ Cfr. Cass. civ., 25 settembre 1998, n. 9596, la quale ha affermato che la consegna può realizzarsi anche con una *ficta traditio* attraverso la ritenzione della cosa da parte del depositario.

⁴⁰² Cfr. FIORENTINO, *Del deposito*, in *Comm., SB*, 61 e MAJELLO, *Custodia e deposito*, Napoli, 1995, secondo i quali potrebbe darsi un preliminare consensuale, possibile oggetto di esecuzione in forma specifica ai sensi dell'art. 2932 c.c.

⁴⁰³ CASTRO, *I contratti di deposito*, cit., 9.

È possibile, tuttavia, configurare un contratto preliminare di deposito consensuale⁴⁰⁴, ma senza che la sua violazione possa comportare l'obbligo di consegnare la cosa al promissario depositario: il bene fino a che non venga depositato rimane nell'assoluta disponibilità del promittente deponente senza poter agire attraverso il rimedio previsto dall'art. 2932 c.c.

Gli effetti del contratto di deposito sono di tipo obbligatorio: ciò consente la configurabilità di specifici e distinti doveri negoziali oltre a quello primario ed essenziale riferito all'obbligo di restituzione, posto in capo al depositario.

Il contratto di deposito assolve ad una funzione sostanzialmente unilaterale: "lo scopo pregnante dell'istituto è individuabile nella custodia e nella detenzione della cosa oggetto del deposito"⁴⁰⁵.

Quanto sopra è confermato dal fatto che il deposito è un contratto accompagnato dalla presunzione di gratuità,

⁴⁰⁴ Sul preliminare di deposito cfr. MARTONE, *Contratto preliminare, vizi della cosa*, in *Studium juris*, 1999, 59; LUMINOSO-PALERMO, *La trascrizione del contratto preliminare*, Padova, 1998; GABRIELLI, *Contratto preliminare*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1993, II; PALERMO, *Contratto preliminare*, Padova, 1991.

⁴⁰⁵ CASTRO, *I contratti di deposito*, cit., 11, il quale prosegue affermando che: "può dirsi tranquillamente, senza peccare di presunzione, che il contratto di deposito crea (involontariamente) uno squilibrio oggettivo tra i contraenti, laddove uno di essi (il depositante) acquisisce contingenti vantaggi dalla stipulazione, mentre l'altro contraente (il depositario) non solo non ricava utilità (neppure marginali) dall'avvenuto incontro delle volontà, ma se non sta attento ad ottemperare ai canoni legislativamente prefissati rischia seriamente di incorrere nella responsabilità per il perimento della cosa derivante da omessa, inesatta o irregolare custodia".

“cristallizzata in un’apposita *dispositio iuris*: l’art. 1767 c.c.”⁴⁰⁶.

L’art. 1767 c.c. dispone che: “il deposito si presume gratuito, salvo che dalla qualità professionale del depositario o da altre circostanze si debba desumere una diversa volontà delle parti”⁴⁰⁷.

Per vincere la presunzione *iuris tantum* di gratuità del deposito stabilita dall’art. 1767 c.c. non può ritenersi sufficiente l’esercizio da parte del depositario di una qualsiasi attività economica nell’ambito della quale il deposito e la custodia non assumono una rilevanza tipica, tale da farne ritenere implicita l’onerosità, ma è necessario che il depositario eserciti un’attività abituale di custodia giacché solo la natura abituale e professionale della custodia esclude che la prestazione possa ritenersi gratuita, integrando l’esercizio di un’attività necessariamente economica nell’ambito della prestazione di servizi⁴⁰⁸.

⁴⁰⁶ CASTRO, *I contratti di deposito*, cit., 13.

⁴⁰⁷ CASTRO, *I contratti di deposito*, cit., 12 il quale precisa che: “la norma costituisce un’intenzione compilativa malleabile il legislatore, adoperando un linguaggio conciso, ha creduto (proprio in omaggio a ciò che dicevamo in relazione all’unilateralità degli interessi che la stipula soddisfa) che il depositario non si prestasse a custodire il bene per questioni personali, annoverabili nel rapporto fiduciario o in un atteggiamento volontario dell’altro contraente, proteso alla protezione di interessi altrui. Pertanto, per come è stato strutturato il contratto, il *conditor iuris* ha ritenuto che il depositario, giacché persona materialmente disinteressata all’acquisizione dei benefici sinallagmatici, avesse interesse a proseguire nel rapporto costituito, non desiderando nessun compenso come contropartita della futura attività di custodia della cosa”.

⁴⁰⁸ Cfr. CIAN, *Codice civile e leggi collegate* cit., 3190 e ss.

Anche la giurisprudenza ritiene che per superare la presunzione di gratuità il depositario deve esercitare un'attività abituale di custodia⁴⁰⁹.

La presunzione di gratuità⁴¹⁰ cade, inoltre, di fronte ad una diversa volontà della parte, o espressamente manifestata o da desumersi oggettivamente dalla qualità del depositante, ove egli espliciti un'attività di custodia, a nulla rilevando quella generica di commerciante, e da circostanze da apprezzarsi caso per caso⁴¹¹.

Il contratto di deposito appartiene alla categoria dei contratti ad esecuzione continuata: “in quanto l'entità della prestazione di custodia è in funzione al tempo, durante il quale si è esplicata l'attività del depositario”⁴¹².

Esso è inquadrabile nell'ulteriore categoria dei contratti d'opera:⁴¹³ l'art. 2222 c.c., infatti, nel delineare lo schema del contratto d'opera fa salva l'eventualità “che il rapporto abbia una disciplina particolare nel libro V”.

⁴⁰⁹ Cfr. Cass. civ., Sez. III, 13 gennaio 1993, n. 359.

⁴¹⁰ Cfr. DALMARTELLO-PORTALE, *Il contratto di deposito in generale*, in *Enc. Dir.*, Milano, 250, secondo i quali contrariamente: “è certo che si tratta di una presunzione iuris tantum superabile con qualsiasi mezzo di prova e, quindi, anche con presunzioni semplici, come la stessa lettera dell'art. 1767 c.c. conferma con tuta evidenza”.

⁴¹¹ Cfr. CIAN, *Codice civile e leggi collegate* cit., 3190 e ss.

⁴¹² DALMARTELLO-PORTALE, *Il contratto di deposito in generale*, cit., 255.

⁴¹³ DALMARTELLO-PORTALE, *Il contratto di deposito in generale*, cit., 236 ss., per i quali: “tutti i contratti di custodia possono rientrare in una categoria più ampia e precisamente in quella del contratto d'opera o nell'appalto di servizi, a seconda che quel servizio sia prestato senza o mediante un'organizzazione di carattere imprenditoriale”.

2. *La disciplina*

L'oggetto materiale del contratto di deposito è individuato nella cosa mobile che non sia di proprietà del depositario⁴¹⁴.

La cosa mobile, di cui all'art. 812 c.c., va intesa come “qualunque oggetto che, in virtù di determinate caratteristiche, sia in condizione di muoversi, spostandosi naturalisticamente da un luogo all'altro”⁴¹⁵.

Rientrano tra le cose mobili depositabili:

- i) le universalità di mobili;
- ii) beni mobili registrati;
- iii) le pertinenze;

Non sono depositabili:

- i) le energie;
- ii) i beni demaniali;
- iii) i beni che appartengono al patrimonio indisponibile dello Stato;
- iv) i beni appartenenti alle Regioni, alle Province, ai Comuni.

Consegnata la cosa mobile al depositario, questi è tenuto alla custodia⁴¹⁶ della cosa stessa.

⁴¹⁴ Cfr. Cass. civ., Sez. III, 19 luglio 2004, n. 13359.

⁴¹⁵ CASTRO, *I contratti di deposito*, cit., 28.

⁴¹⁶ Cfr. CIAN-TRABUCCHI, *Commentario breve al codice civile*, Padova, 2009, 1890 per i quali: “secondo il prevalente ordinamento la custodia sarebbe configurabile come obbligazione di fare avente per

L'attività di custodia ricade nel *genus* dell'obbligazione⁴¹⁷, come espresso dall'art. 1766 c.c., non potendosi condividere l'opinione di chi ritiene che la custodia sia uno strumento di valutazione della responsabilità contrattuale e parimenti la custodia non può essere ritenuta la causa del contratto di deposito.

Le modalità della custodia sono scolpite dall'art. 1770 c.c, il quale prevede che: “il depositario non può servirsi della cosa depositata né darla in deposito ad altri, senza il consenso del depositante.

Se circostanze urgenti lo richiedono il depositario può esercitare la custodia in modo diverso da quello convenuto, dandone avviso al depositante appena possibile”.

La funzione essenziale della custodia è la conservazione della cosa nello stato in cui essa è stata

oggetto l'attività custodiente (secondo altri la custodia costituirebbe invece esclusivamente un criterio di qualificazione della responsabilità per inadempimento dell'obbligazione di restituzione), e sarebbe perciò condivisibile la tradizionale concezione secondo cui oggetto del contratto di deposito è la custodia (cioè la conservazione materiale del bene nello stato in cui è stato ricevuto) di una o più cose mobili”.

⁴¹⁷ CASTRO, *I contratti di deposito*, cit., 32, il quale qualifica la custodia come oggetto funzionale nei termini che seguono: “utilizzando la locuzione oggetto funzionale, con la quale abbiamo voluto intitolare il presente paragrafo, intendiamo semplicemente sottolineare l'importanza vitale dell'attività effettuata dal depositario. Se, allora, la custodia verrà omessa del tutto (e l'indicata circostanza dovrà essere rigorosamente provata dal depositante che allegghi l'inadempienza), il contratto di deposito sarà perfezionato ed efficace *ab initio* e il depositario inadempiente risponderà dell'omissione in sede di responsabilità civile. La qualifica di obbligazione contrattuale, in definitiva, ci pare che meglio si addica alla dinamica del fenomeno., visto principalmente il connubio sussistente tra custodia e interesse del depositante alla preservazione e alla successiva restituzione della cosa temporaneamente affidata al depositario”.

consegnata al depositario⁴¹⁸, le cui modalità di adempimento sono stabilite dalle parti.

Come s'è visto sopra, la facoltà del depositario di esercitare la custodia della cosa depositata in modo diverso da quello convenuto implica, in caso se ne valga, l'obbligo del depositario stesso di darne avviso al depositante appena possibile.

L'uso diverso deve rientrare tra quelli cui la cosa sia normalmente idonea⁴¹⁹.

Il consenso del depositante deve essere “personale, pieno, spontaneo, libero, incondizionato, e totale”⁴²⁰, è acquisibile in qualsiasi forma e deve essere provato del depositario o da chi ne abbia realmente interesse, come il subdepositario.

In difetto di avviso il depositario risponde, per l'inadempienza dell'obbligo contrattuale, dell'eventuale danno sofferto dal depositante in dipendenza del mutato modo di esercitare la custodia della cosa depositata⁴²¹.

Della diligenza nella custodia si occupa l'art. 1768 c.c., il quale dispone che “il depositario deve usare nella custodia la diligenza del buon padre di famiglia.

Se il deposito è gratuito, la responsabilità per colpa è valutata con minor rigore”.

⁴¹⁸ Cfr. CIAN, *Codice civile e leggi collegate*, cit., 3195 e ss.

⁴¹⁹ Cfr. CIAN, *Codice civile e leggi collegate*, cit., 3195.

⁴²⁰ CASTRO, *I contratti di deposito*, cit., 36.

⁴²¹ Cfr. App. Milano, 3 dicembre 1947, in *Foro Padano*, 48, II, 46.

Ciò significa che il depositario, per liberarsi dell'obbligazione di risarcire il danno derivante dal deterioramento della merce depositata, deve dimostrare l'estraneità di tale deterioramento rispetto al comportamento da lui tenuto nell'inevitabilità dell'evento medesimo⁴²²: il depositario va esente da responsabilità solo in presenza di un fatto fortuito⁴²³.

A deposito concluso, vi è in capo al depositario un vero e proprio obbligo di restituzione della cosa, come lo testimonia l'affermazione di cui all'art. 1766 c.c. "con l'obbligo di restituirla in natura".

Mentre il surrichiamato art. 1766 c.c. si limita ad enunciare l'obbligo di restituzione del bene ceduto, l'art. 1771 c.c. disciplina *ex professo* la modalità attraverso cui si può e si deve chiedere la restituzione, stabilendo altresì, il parallelo obbligo del depositante di provvedere al ritiro della cosa.

È conveniente indugiare sul tenore letterale dell'art. 1771 c.c. il quale dispone:

"Il depositario può richiedere in qualunque tempo che il depositante riprenda la cosa, salvo che sia convenuto un termine nell'interesse del depositante.

Anche se non è stato convenuto un termine, il giudice può concedere al depositante un termine congruo per ricevere la cosa".

⁴²² Cfr. Cass. civ., Sez. III, 24 settembre 2004, n. 14470.

⁴²³ Cfr. CIAN, *Codice civile e leggi collegate*, cit., 3191.

La giurisprudenza ha quindi specificato le seguenti regole:

i) “in mancanza di diversa pattuizione, al ritiro della cosa depositata deve provvedere, a propria cura e proprie spese, il depositante, e pertanto, se egli procrastini ingiustificatamente il ritiro della cosa depositata, il depositario non risponde dei danni derivati da tale ritardo a lui non imputabile”⁴²⁴.

ii) “L’onere di provare l'esatto adempimento della prestazione di riconsegna della cosa depositata, nel caso in cui il depositante assuma la mancata corrispondenza tra la cosa consegnata e quella restituita, spetta al depositario”⁴²⁵.

iii) Nel caso di ritardo nella restituzione della cosa, il depositario è obbligato a risarcire i danni subiti dal depositante per non aver potuto vendere il bene nel periodo anteriore alla restituzione.⁴²⁶

È chiaro che il termine di restituzione può essere stabilito in favore del depositante, del depositario o può non esservi.

Nei primi due casi l'altra parte contrattuale non può rispettivamente offrire e richiedere la consegna in un momento anteriore a quello prestabilito.

Nell'ultimo caso tanto il depositante, quanto il depositario, possono chiedere fin da subito la

⁴²⁴ Cass. civ., Sez. III, 24 febbraio 1979, n. 1294.

⁴²⁵ Cass. civ., Sez. III, 17 maggio 2001, n. 6765.

⁴²⁶ Cass. civ., Sez. III, 29 novembre 1977, n. 399,

restituzione/ritiro, parimenti possono chiedere la fissazione di un termine a norma dell'art. 1183 c.c.

Le richieste di restituzione e di ritiro possono essere effettuate in qualsiasi forma utile e possono essere provate con qualsiasi mezzo.

Il luogo della restituzione è scolpito dall'art. 1774 c.c. a mente del quale:

“salvo diversa convenzione, la restituzione della cosa deve farsi nel luogo in cui doveva essere custodita”.

La disposizione in commento ricalca pedissequamente quella di cui all'art. 1182, comma 2, c.c., afferente al luogo di adempimento dell'obbligazione, la quale individua il luogo di adempimento nel posto in cui si trovava la cosa quando l'obbligazione è sorta⁴²⁷.

L'art. 1774 c.c. ammette una deroga: la diversa convenzione tra le parti sul luogo in cui si deve riconsegnare la cosa.

La volontà delle parti prevale, secondo il principio dispositivo, sulla regola del luogo di restituzione fissata dal codice.

Il secondo alinea dell'art. 1774 c.c. prevede poi che:

“le spese per la restituzione sono a carico del depositante”.

La *ratio legis* insiste sul rilievo che il deposito è asservito quasi interamente alla realizzazione degli interessi del depositante.

⁴²⁷ È evidente il doppio parallelismo tra gli artt. 1771 e 1774 c.c., da un lato, e gli artt. 1182 e 1183 c.c., dall'altro.

La restituzione, che si profila quale obbligo contrattuale incombente sul depositario, onera quest'ultimo di assicurare al depositante il raggiungimento dell'effetto finale della stipula, che è lo scopo che ha animato il proprietario o il possessore all'affidamento della cosa.

Ecco la ragione per la quale le spese sono poste a carico del deponente.

Tali spese gravanti sul depositante sono sia le spese vive che quelle accessorie, spese che se anticipate del depositario lo legittimano alla richiesta di rimborso e finanche al diritto di ritenzione fino a che non sia stato interamente soddisfatto.

Diritto di ritenzione che è ben espresso dalla seguente pronuncia della Corte di cassazione, secondo la quale:

“nel deposito a titolo oneroso il depositario conserva il diritto al compenso anche per il periodo durante il quale esercita il diritto di ritenzione sulle cose depositate, a norma degli art. 2756 e 2761 c.c., fino alla soddisfazione del suo credito, atteso il protrarsi della prestazione di custodia e tenuto conto che, altrimenti, l'esercizio di una facoltà riconosciuta dall'ordinamento al depositario, quale creditore insoddisfatto, ed imposta dall'esigenza di conservare il privilegio sulle cose depositate a tutela dei crediti nascenti dal deposito, si risolverebbe in pregiudizio per lo stesso creditore”⁴²⁸.

Distinta si presenta la disciplina codicistica relativa ai frutti, prevista dall'art. 1775 c.c., secondo il quale:

⁴²⁸ Cass. civ., Sez. III, 16 luglio 1997, n. 6520.

“il depositario è obbligato a restituire i frutti della cosa che egli abbia percepiti”.

I frutti possono essere naturali o civili, come stabilito dall'art. 821 c.c., e spettano sempre al proprietario della cosa e nel nostro caso al depositante⁴²⁹.

Si tratta di un'obbligazione principale e non accessoria⁴³⁰ che comporta, se non rispettata, l'insorgere di una specifica ed autonoma responsabilità contrattuale.

Mette conto riportare la seguente decisione della Corte di cassazione, secondo la quale:

“nel deposito regolare di una somma di danaro, il depositario può anche adempiere il suo obbligo di custodia mediante il versamento della somma nel proprio conto corrente quando sia in concreto accertato che tale forma di custodia, ancorché non concordata con il depositante, abbia realizzato meglio l'interesse del depositante, senza che ciò implichi violazione dell'art. 1770 c.c., che nega al depositario il potere di servirsi della cosa depositata o di darla in custodia ad altri senza il consenso del depositante. In tal caso il depositario deve, perciò, restituire al depositante gli interessi percepiti perché l'art. 1775 c.c., che obbliga il depositario a restituire al depositante i frutti della cosa da lui percepiti allo scopo di impedire un suo ingiustificato arricchimento, deve ritenersi applicabile anche

⁴²⁹ CASTRO, *I contratti di deposito*, cit., 48

⁴³⁰ Cfr. CASTRO, *Ivi*, 50.

se i frutti siano dipesi da un uso non consentito della cosa”⁴³¹.

Va detto che la giurisprudenza si è mostrata incline, nel corso degli anni, a riconoscere la spettanza dei frutti non solo al proprietario, ma anche al possessore e, più in generale, a chiunque possa rivendicare un diritto di godimento (reale o personale che sia) sul bene lasciato in consegna⁴³².

⁴³¹ Cass. civ. Sez. III, 29 novembre 1994, n. 10209.

⁴³² Cass. civ. Sez. III, 27 luglio 1988, n. 4779.

3. *L'applicazione nelle aule di Tribunale*

Il contratto di deposito trova vasta applicazione nelle aule di Tribunale tanto nella sua forma tipica, che in forma atipica⁴³³.

Mette conto riportare alcune decisioni che hanno inquadrato fattispecie contrattuali particolari nella categoria del contratto di deposito di cui agli artt. 1766 c.c. ss.

Il **contratto di rimessaggio**, da Cassazione civile, sez. III, 28 ottobre 2009, n. 22803, secondo la quale:

“Il contratto misto e atipico di rimessaggio di un natante, in cui una parte si impegna a riparare la cosa ed a custodirla verso corrispettivo fino alla riconsegna, partecipa della natura del contratto di prestazione d'opera e del contratto di deposito, essendo ad esso applicabile la disciplina propria dell'affidamento della res al depositario, con la conseguente configurabilità dei relativi obblighi riconducibili alla sua prestazione, consistenti nell'uso della diligenza del buon padre di famiglia e nell'accollo dell'onere della prova che l'evento dannoso eventualmente cagionato alla cosa non sia a lui imputabile.

⁴³³ Tra le fattispecie particolari di deposito è possibile ricordare, tra l'altro, il deposito a favore di terzi, il deposito nell'interesse del terzo, il deposito di beni provenienti da reato, il deposito congiunto, il deposito cumulativo, il deposito irregolare, il deposito in albergo, il deposito nei magazzini generali, il deposito di beni mobili registrati, il deposito di cortesia ed il deposito alla rinfusa. Cfr. CASTRO, *I contratti di deposito*, cit., 83 ss.

A tal fine, a nulla rileva l'esiguità del corrispettivo, rimesso all'autonoma valutazione delle parti, che connota, proprio per la sua presenza, il contratto come oneroso, con l'effetto che si applica la disciplina di cui all'art. 1766 c.c., senza che, al contrario, possa invocarsi l'operatività del regime normativo della locazione di cui all'art. 1571 c.c.

D'altra parte, il contratto atipico di rimessaggio di un veicolo - è giurisprudenza di questa Corte -, è assimilabile al contratto di deposito anche quando al depositario è richiesta e questi si impegna di riparare la cosa e custodirla a pagamento fino alla riconsegna.

In tal caso, pur trattandosi di un contratto misto atipico nella struttura onerosa e complessa, perchè partecipa sia del contratto di prestazione d'opera che della natura del contratto di deposito, essendo ad esso applicabile la disciplina propria dell'affidamento della res al depositario, gli obblighi di questi sono quelli tipici cui è tenuto l'obbligato nella sua prestazione: l'aver usato la diligenza del buon padre di famiglia e provare che l'evento cagionato alla cosa non sia affatto a lui imputabile (sul punto Cass. N. 13359/04, in caso di sottrazione della cosa depositata).

Nella specie, a nulla rileva l'esiguità del corrispettivo, che è rimesso alla autonoma valutazione delle parti, configurandosi, proprio per la presenza, anche se esigua, del corrispettivo il contratto come oneroso, con l'effetto che si applica la disciplina di cui all'art. 1766 c.c., e segg., senza che, al contrario, possa invocarsi la operatività del regime normativo della locazione di cui all'art. 1571 c.c.”

Il contratto di rimessaggio e posteggio è un contratto atipico che, pur essendo disciplinato in via analogica dalla normativa del contratto di deposito manifesta caratteristiche individualizzanti.

La giurisprudenza della Suprema Corte e la dottrina hanno sempre ritenuto che il contratto atipico di posteggio deve essere inquadrato nello schema generale del contratto di deposito dal quale deriva l'obbligo per il depositario di custodire l'autoveicolo (o come del caso sopra svolto un natante) e di restituirlo nello stato in cui è stato consegnato ed ove l'automezzo (o natante) venga sottratto o danneggiato consegue, altresì, il diritto al risarcimento dei danni subiti dal proprietario.

Il contratto di posteggio è concluso nel momento in cui l'autoveicolo (o il natante) viene immesso e lasciato nell'apposito spazio all'interno del parcheggio con il consenso del depositario. Non è necessaria la consegna delle chiavi o rilascio dello scontrino o il pagamento anticipato del compenso.

E' sufficiente quindi il solo collocamento dell'autoveicolo (o del natante) nel parcheggio perché il contratto possa ritenersi concluso⁴³⁴.

Il **contratto di ormeggio**, da Cassazione civile, sez. III, 19 agosto 2009, n. 18419, secondo la quale:

Il contratto atipico di ormeggio in un porto turistico con obbligo di custodia, assimilabile al contratto di deposito, comporta, salvo patto contrario, l'obbligo

⁴³⁴ Cfr. Cass. Civ., Sez. III, 21 giugno 1993, n. 6866.

dell'ormeggiatore di custodire non solo il natante, ma anche le relative pertinenze (tra le quali rientra l'eventuale motore fuoribordo sullo stesso installato, oggetto di furto nella fattispecie), oltre al correlato obbligo di restituirli, alla scadenza, nello stato in cui erano stati consegnati.

Il contratto di ormeggio del posto barca è un contratto atipico, il cui oggetto “può spaziare dalla “*semplice*” messa a disposizione ed utilizzazione – in esclusiva o meno – delle strutture portuali per l’approdo, all’erogazione di vari altri servizi come ad esempio il servizio di custodia dell’imbarcazione, il diritto ad avere a disposizione lo spazio acqueo pur in assenza della barca, il diritto ad usare bitte o anelli d’ormeggio o, ancora, il diritto ad allacciarsi alle prese d’acqua e di energia elettrica o alla rete telefonica”⁴³⁵.

Il contratto di ormeggio può, quindi, prevedere una serie di prestazioni ed una pluralità di cause di per sé riconducibili a differenti schemi contrattuali, così come previsti dal nostro ordinamento, oltre al contratto di deposito vi rientrano anche i seguenti contratti: locazione, somministrazione e comodato.

Il contratto di ormeggio non forma oggetto di regolazione legislativa: è stata la giurisprudenza a qualificare di volta in volta l’oggetto dello stesso.

Anche recentemente, con il [D.lgs. 18 luglio 2005, n. 171](#) che ha regolato in maniera più snella ed armoniosa una materia investita negli ultimi tempi da

⁴³⁵ Cfr. DAMIANO, *Il contratto di ormeggio del posto barca*, in www.altalex.com.

diversi interventi normativi ha tralasciato di disciplinare il contratto di ormeggio.

Data, quindi, la natura atipica del contratto di ormeggio e l'evidente difficoltà di risalire ad una figura negoziale ben definita, elementi utili ed indispensabili all'individuazione della disciplina cui esso soggiace sono, oltre quanto riportato nel contratto, l'interpretazione effettiva della volontà delle parti e le prestazioni in concreto offerte.⁴³⁶

Il contratto di parcheggio nelle aree di sosta a pagamento, da [Cassazione civile, sez. III, 13 marzo 2009, n. 6169](#), secondo la quale:

“L'istituzione da parte dei comuni, previa deliberazione della giunta, di aree di sosta a pagamento ai sensi dell'art. 7, comma 1, lett. f, del d.lg. 30 aprile 1992 n. 285 (codice della strada), non comporta l'assunzione dell'obbligo di custodia dei veicoli in esse parcheggiati, per espressa previsione di legge, né tale obbligo può sorgere dalle modalità concrete di organizzazione della sosta (quali ad esempio l'adozione di recinzioni, di speciali modalità di accesso ed uscita, o dispositivi di controllo); pertanto, la sosta di un veicolo in tali aree dà luogo ad un contratto di deposito atipico, dal quale non sorge la responsabilità del depositario in caso di furto del mezzo. Trovando l'assenza di un obbligo di custodia la sua fonte direttamente nella legge

⁴³⁶ Cfr. ADDEO-FRANZESE, *Contratto di ormeggio e responsabilità del gestore del porto: occorre una regolamentazione normativa*, in *Impegno Forense*, VI, 1-2, 2005.

e non in una clausola contrattuale limitatrice di responsabilità, il regolamento con espressa avvertenza che il gestore dell'area di parcheggio non risponde del furto del veicolo e di quanto in esso contenuto, non necessita di approvazione per iscritto ai sensi dell'art. 1341 c.c.

La sentenza ha correttamente inquadrato la presente fattispecie nel contratto di deposito, per quanto atipico, in relazione al contratto di posteggio tra derubato e ATM, ma ha errato nel trarre da detta qualificazione, quale necessario corollario, l'esistenza di un obbligo di custodia del veicolo a carico dell'azienda. Nel ritenere ciò la corte di merito ha semplicemente ignorato la legge che consente all'ente locale di istituire aree di sosta a pagamento senza obbligo di custodia.

Nè l'assunzione di un obbligo di custodia può derivare dalle modalità di accesso e di uscita dal parcheggio, dall'esistenza di dispositivi di controllo, dal fatto che l'area sia recintata, ovvero da ciò che più o meno in buona fede può pensare l'utente nell'immettersi in essa, come pure sembra ritenere la corte d'appello, trattandosi di circostanze del tutto irrilevanti ai fini dell'assunzione di tale obbligazione, ed essendo stata in ogni caso esclusa, mediante regolamento affisso all'ingresso dell'area e in più punti di essa, come pure accertato, richiamato anche nella scheda di accesso, quindi con mezzi più che idonei a porre sull'avviso l'utente dell'area, qualsiasi assunzione di responsabilità ex recepto.

Trovando l'assenza di un obbligo di custodia la sua fonte direttamente nella legge, e non in una clausola

contrattuale limitativa di responsabilità, il regolamento, con l'espressa avvertenza che l'azienda non avrebbe risposto del furto del veicolo e di quanto in esso contenuto, non aveva bisogno, contrariamente a quanto pure affermato in sentenza, di approvazione per iscritto ai sensi dell'art. 1341 c.c.”.

Va fatto notare che la presente fattispecie è stata recentemente rimessa alla valutazione delle Sezioni Unite della Corte di cassazione, atteso il contrasto⁴³⁷.

Con ordinanza n. 683, del 19 gennaio 2010, infatti, la Terza Sezione della S.C. ha rimesso gli atti al Primo Presidente, per l'eventuale assegnazione del ricorso alle Sezioni Unite, evidenziando di aver emesso, nel 2009, due decisioni di segno opposto sulle questioni relative alla qualificazione del contratto concluso dall'utente allorché acceda per la sosta ad un'area destinata al parcheggio dal comune e data in concessione a terzi, all'incidenza che su tale qualificazione può avere la circostanza che il parcheggio sia stato istituito dal predetto ente nella supposizione di esercitare il potere di cui all'art. 7, lettera f) del CdS e all'assunzione, o meno, da parte del gestore, dell'obbligo di custodia.

⁴³⁷ Cfr. Cass. Civ., Sez. III, 19 gennaio 2010, n. 683 secondo cui: “Va rimessa alle Sezioni Unite, stante il contrasto di giurisprudenza, la questione di diritto relativa alla qualificazione da dare al contratto che l'utente stipula quando accede per la sosta ad un'area di parcheggio a pagamento che abbia ricevuto tale destinazione dal Comune e sia stata data in concessione per la sosta mediante dispositivi di controllo della durata anche meccanizzati, ma con esclusione dell'assunzione della custodia del veicolo, con deliberazione assunta nella supposizione che si tratti di ipotesi riconducibile all'art. 7, lett. f), c. strad.”.

Il contratto atipico di parcheggio, da [Cassazione civile, sez. III, 27 gennaio 2009, n. 1957](#), secondo la quale:

“Al contratto atipico di parcheggio si applica la disciplina del deposito di talché la responsabilità "ex recepto", nel caso di furto dell'autoveicolo, grava sul gestore dell'area recintata adibita a posteggio, ancorché realizzata in forma completamente automatizzata e senza la presenza di persone fisiche addette specificatamente a ricevere la consegna del veicolo e ad effettuare la connessa sorveglianza (nella specie, per l'entrata ed il superamento della sbarra era necessario ritirare una scheda magnetica rilasciata da un apposito dispositivo, mentre per l'uscita tale scheda doveva essere introdotta in altro apparecchio, cui seguiva il versamento del corrispettivo e la successiva immissione della stessa in una macchina per la conferma dell'eseguito pagamento). Le clausole che limitano e/o escludono la responsabilità della società che gestisce l'area a parcheggio non hanno effetto nei confronti dell'automobilista. Tale limitazione di responsabilità è inefficace, in quanto non approvata specificamente per iscritto ai sensi dell'art. 1341 comma 2 c.c., dovendosi essa ritenere quale condizione generale di contratto ed essendo il suddetto avviso assimilabile a tutti gli effetti ad un'offerta al pubblico ex art. 1336 c.c.”

Sulla qualificazione del contratto di parcheggio come contratto atipico, riconducibile nel paradigma del

deposito⁴³⁸, si possono ricordare molte sentenze⁴³⁹, tra cui Cass. Civ. sez. III, 13 marzo 2007, n. 5837, secondo la quale:

“Nel caso di parcheggio di un automezzo nell'apposito piazzale gestito da una ditta privata, si verte in tema di contratto atipico per la cui disciplina occorre far riferimento alle norme relative al deposito. Infatti, l'offerta della prestazione di parcheggio, cui segue l'accettazione attraverso l'immissione del veicolo nell'area, ingenera l'affidamento che in essa sia compresa la custodia, restando irrilevanti eventuali condizioni generali di contratto predisposte dall'impresa che gestisce il parcheggio, che escludano un obbligo di custodia, poiché - per le modalità pressoché istantanee con cui il contratto si conclude - è legittimo ritenere che tale conoscenza sfugga all'utente. Peraltro, dall'applicazione della disciplina generale del contratto di deposito deriva la conseguente responsabilità ex recepto del gestore, di modo che la eventuale clausola di esclusione della responsabilità di quest'ultimo nel caso di furto del veicolo, avendo carattere vessatorio, è inefficace, qualora non sia stata approvata specificamente per iscritto”⁴⁴⁰.

⁴³⁸ Cfr. *Giurisprudenza italiana*, Torino, VIII, 2007, 1912, nt. 1.

⁴³⁹ Cfr. Cass. Civ., Sez. III, 1 dicembre 2004, n. 22598; Cass. Civ., Sez. III, 26 febbraio 2004, n. 3863; Cass. Civ., Sez. III, 1 ottobre 1999, n. 10892; Cass. Civ., Sez. III, 3 dicembre 1990, n. 8615; Cass. Civ., Sez. III, 25 febbraio 1981, n. 1144. In dottrina per un'approfondita disamina cfr. GALLONE, *Parcheggio, contratto di posteggio e responsabilità*, Padova, 1999.

⁴⁴⁰ Cfr. anche Cass. Civ., 6 maggio 2010, n. 10956, secondo la quale: “va confermata la statuizione della corte di merito secondo cui,

La Suprema Corte, nella sentenza da ultimo riportata, ha chiarito che al contratto di parcheggio, che rientra nella categoria dei contratti atipici, deve ritenersi applicabile la disciplina del deposito.

Nel motivare le proprie argomentazioni la sentenza si allinea a quell'orientamento giurisprudenziale consolidato che, a fronte di un contratto di parcheggio, ne afferma la tipicità e poi lo riconduce nell'alveo della disciplina del deposito oneroso con conseguente assunzione, da parte del gestore dell'area adibita a parcheggio, degli stessi obblighi che gravano in capo al depositario.

La presa in consegna del veicolo aderisce perfettamente allo schema causale del deposito, come delineato dall'art. 1766 c.c. e ss.

Il custode deve allora rispondere per tutti i danni subiti dalla cosa depositata a meno che non provi il caso fortuito o la forza maggiore.

Non v'è dubbio che la predisposizione di un'area adibita a parcheggio, alla quale si accede anche attraverso sistemi automatici di accesso, di pagamento della prestazione e di prelievo del veicolo, integri quel fenomeno definito di tipicità sociale, cui però non corrisponde altrettanta tipicità sotto il profilo formale.

in caso di contratto di riparazione d'autovettura, la responsabilità del riparatore per la sottrazione del veicolo affidato all'officina è assoggettata alla disciplina prevista per l'ipotesi di perdita della detenzione della cosa depositata”.

Tale mancanza di tipicità sotto il profilo giuridico ha fatto emergere tra la giurisprudenza di merito⁴⁴¹ voci contrarie all'indirizzo sopra delineato: là dove si tratti di parcheggio in aree recintate cui si accede attraverso sistemi informatici sarebbe possibile applicare lo schema della locazione dell'area di sosta.

Secondo quest'ultimo indirizzo la funzione economico individuale del contratto non necessariamente dovrebbe ravvisarsi nella tutela del veicolo contro eventuali furti, essendo possibile che sia "il reperimento di uno spazio disponibile ove lasciare parcheggiata l'autovettura ciò che connota la domanda e l'offerta di tale servizio, e che quindi connota i negozi posti in essere"⁴⁴².

Ma sono molte le critiche e le obiezioni mosse nei confronti di quest'ultimo indirizzo:

i) la mancata consegna delle chiavi non può costituire in via assoluta il *discrimen* tra i due contratti;

ii) il ritiro dello scontrino, sotto il profilo funzionale, può essere ritenuto il documento di legittimità attestante l'avvenuta presa in custodia del veicolo;

iii) l'interesse dell'automobilista, sotto il profilo della funzione economico-sociale, è quello di assicurarsi lo spazio di parcheggio ma anche la custodia del proprio veicolo;

iv) si applica comunque l'art. 1177 c.c.

⁴⁴¹ Trib. Milano, 11 marzo 1996, in *Giur. It.*, 1997, I, 2, 92; Corte App. Milano, 30 maggio 2000, in *Nuova Giur. Comm.*, 2001, 48.

⁴⁴² Corte App. Milano, 30 maggio 2000, cit.

Una parte della dottrina, in modo corretto, ritiene che a voler prescindere dalla qualificazione giuridica del contratto di parcheggio, non è possibile addivenire a conclusioni diverse da quelle cui si giungerebbe applicando le norme di cui al contratto di deposito in forza del predetto art. 1177 c.c.⁴⁴³: tale articolo impone l'obbligo di custodia a chiunque debba consegnare una cosa determinata.

La detenzione nel caso di specie deriverebbe allora dalla stessa posizione del gestore, il quale, essendo il soggetto organizzatore dell'intero impianto di parcheggio, è titolare del potere di consentire ovvero di impedire il ritiro del veicolo⁴⁴⁴.

Tornando alla sentenza sopra riportata, la stessa affronta la questione inerente la responsabilità del titolare del parcheggio per il caso di furto della vettura là dove nelle condizioni generali del contratto *de quo* si faccia espresso riferimento all'esclusione, in capo al gestore, di tale responsabilità.

La S.C. di aderisce all'orientamento giurisprudenziale consolidato⁴⁴⁵ secondo cui la clausola di esonero della responsabilità del gestore nel caso di furto del veicolo,

⁴⁴³ CHINDEMI, *Limiti della responsabilità del gestore di parcheggio in area recintata*, in *Nuova Giur. Comm.*, 2001, 51 ss.

⁴⁴⁴ ARLOTTA, *Parcheggio automatizzato e responsabilità del gestore*, in *Nuova Giur. Comm.*, 2005, 535.

⁴⁴⁵ Cfr. Cass. Civ., Sez. III, 27 gennaio 2009, n. 1957, secondo cui: "Le clausole che limitano e/o escludono la responsabilità della società che gestisce l'area a parcheggio non hanno effetto nei confronti dell'automobilista. Tale limitazione di responsabilità è inefficace, in quanto non approvata specificamente per iscritto ai sensi dell'art. 1341 comma 2 c.c., dovendosi essa ritenere quale condizione generale di contratto ed essendo il suddetto avviso assimilabile a tutti gli effetti ad un'offerta al pubblico ex art. 1336 c.c."

poiché ha carattere vessatorio, è inefficace qualora non sia stata approvata specificatamente per iscritto.⁴⁴⁶

Diversamente è da dirsi per le cose contenute o lasciate all'interno del veicolo: è consolidato l'orientamento che ritiene non vessatorie e quindi efficaci le clausole che escludono la responsabilità per i danni occorsi a questa tipologia di cose, distinguendo la natura delle cose lasciate al suo interno del veicolo⁴⁴⁷.

Contratto di parcheggio con consegna della chiavi, il quale integra un vero deposito, di cui alla sentenza della Cassazione civile, Sez. III, 12 marzo 2010, secondo la quale:

“Nell'ipotesi in cui un cliente consegni le chiavi di un autoveicolo al vetturiere dell'albergo dove alloggia, con tale atto, che integra l'affidamento del veicolo e non la presa in consegna delle chiavi e dell'autoveicolo a titolo di cortesia, si perfeziona un ordinario contratto di deposito, dal quale scaturiscono le relative obbligazioni a carico delle parti del rapporto, ed al quale non si applica la disciplina del deposito alberghiero, per effetto dell'esclusione dei veicoli di cui all'art. 1785 quinquies c.c.”.

⁴⁴⁶ Cfr. Cass. Civ., Sez. III, 1 dicembre 2004, n. 22598, cit.

⁴⁴⁷ LUCCHINI, *Furto degli oggetti contenuti all'interno dell'automobile e responsabilità del parcheggiatore*, in *Nuova Giur. Comm.*, 1991, 186.

Contratto di mandato a deposito di cui alla sentenza della Cassazione civile, Sez. III, 24 maggio 2007, n. 12089, secondo la quale:

“Il mandato (o la commissione) a vendere, con deposito della cosa presso il mandatario (o il commissionario), comporta per quest'ultimo l'obbligo della custodia ai sensi dell'art. 1177 c.c., concorrendo in tal caso la causa del mandato (o della commissione) con quella del depositario, ancorché gli elementi di quest'ultimo contratto siano prevalenti, dovendo la disciplina della responsabilità del depositario in caso di perdita non imputabile della detenzione della cosa ex art. 1780 c.c. temperarsi con quella del mandato. Ne consegue che la diligenza è quella del buon padre di famiglia e, in esplicitazione del c.d. dovere di protezione, il custode è tenuto a predisporre tutto quanto necessario anche per prevenire fatti "esterni", quali il furto, che possano determinare la perdita della cosa”.

Il giudizio verte sull'accertamento dell'insussistenza della responsabilità per la perdita di un autoveicolo in capo al titolare di un autofficina che ha ricevuto in consegna dalla società proprietaria il bene “in conto esposizione al fine di tentarne la vendita”.

Le conclusioni raggiunte dalla Corte sono frutto di un orientamento giurisprudenziale consolidatosi nel tempo.

Le questioni di diritto sono due e tra loro strettamente collegate, in chiave di pregiudizialità logica: l'individuazione della disciplina applicabile al contratto in esame ed il regime probatorio vigente.

La Corte di cassazione, pur affermando che la causa complessiva del negozio sia quella del deposito, il cui effetto tipico è proprio l'insorgere dell'obbligo di custodia del bene a carico del depositario⁴⁴⁸, ritiene che tale effetto sia compatibile con la disciplina del mandato, con particolare riferimento alle modalità di assolvimento dell'obbligo medesimo⁴⁴⁹.

Tale interpretazione appare conforme rispetto agli interessi delle parti se si considera che la vendita del bene, la quale costituisce l'obiettivo del mandato, presuppone che l'auto sia esposta nell'officina con la conseguenza che l'esposizione possa dirsi garantita in quanto il bene sia custodito.

L'elemento di compatibilità tra il contratto di deposito e quello di mandato è rinvenuto nell'assolvimento dell'obbligo di custodia in ossequio alla diligenza del buon padre di famiglia, a prescindere dalla collocazione di tale obbligo nella struttura contrattuale.

Corollario di tale impostazione è l'applicabilità della disciplina sancita dall'art. 1780 c.c., la quale ricorre nel caso in cui la violazione dell'obbligo di custodia si esteri nella sua forma più grave: la perdita del bene.

La natura accessoria o principale dell'obbligo di custodia è tutt'altro che irrilevante in materia di ripartizione dell'onere della prova: la sentenza, infatti, affermata la regola della diligenza, enuncia l'eccezione, ossia in quale

⁴⁴⁸ Art. 1766 c.c.

⁴⁴⁹ Art. 1177 c.c.

caso “ha senso ritenere che la mera prova della diligenza del buon padre di famiglia nell’espletamento dell’attività di custodia, di cui al combinato disposto degli artt. 1176-1177-1768 c.c. non è idonea ad escludere la responsabilità di cui all’art. 1218 c.c.”.

L’ipotesi è quella del furto del bene oggetto di deposito, cui segue l’impossibilità per il depositario di adempiere l’obbligazione principale di restituzione della cosa (poiché rubata): ciò comporta la responsabilità del depositario a meno che non vinca la presunzione di colpa fissata dall’art. 1218 c.c. e quindi provando che il furto non sia a lui imputabile.

A fondare la responsabilità per colpa del custode non è necessaria la semplice prevedibilità ed evitabilità del furto (configurandosi una irragionevole presunzione di responsabilità), ma è necessario accertare che costui versi in una situazione di colpa, ossia che allo stesso tempo sia rimproverabile la mancata adozione di misure protettive ordinarie.

Il custode è contrattualmente responsabile per il furto ogni qual volta costui si dimostri negligente, ne deriva che il grado di esigibilità della condotta protettiva volta ad evitare il furto non può che essere desunta dalle circostanze concrete del caso di specie e valutata dal giudice di merito con un giudizio *ex ante*, ispirato al principio della causalità efficiente.

L’eccessivo rigore della prova liberatoria è avvertito dalla Corte, la quale rassicura l’interprete che la prevalenza dell’art. 1218 c.c. sull’art. 1768 c.c. ha un senso solo nelle

ipotesi in cui vi è inadempimento certo dell'obbligo di custodia, come appunto nel caso di furto.

BIBLIOGRAFIA

AA. VV., *Lineamenti di storia del diritto romano*, Milano, 1998

ADDEO-FRANZESE, *Contratto di ormeggio e responsabilità del gestore del porto: occorre una regolamentazione normativa*, in *Impegno Forense*, VI, 1-2, 2005

AGAMBEN, *Homo sacer, il potere sovrano e la nuda vita*, Torino 1995

ALBANESE, *La nozione del furtum nell'elaborazione dei giuristi romani*, in *Jus*, IX, 1958, 320 ALBANESE, *Il possesso del sequestratario*, in *AUPA*, 1948.

ALBANESE, *Papiniano e la definizione di obligatio*, in *Scritti giuridici*, 1964

ALBANESE, voce *Furto (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969

ALBANESE, *Premesse allo studio del diritto privato romano*, Palermo, 1978

ALBANESE, *La nozione del furtum fino a Nerazio*, in *Ann. Palermo*, 1953

ALBANESE, *L'amicitia nel diritto privato romano*, in *Scritti giuridici*, I Palermo, 1991

ALBANESE, *'Sacer esto'*, in *BIDR*, 1988

ALBANESE, *La struttura della manomissio inter amicos. Contributo alla storia dell'amicitia romana*, in *AUPA*, IXXX, 1962

ALBANESE, *Il processo privato romano delle legis actiones*, Palermo, 1987

ALBERTARIO, *Variazioni di responsabilità nell'actio depositi derivanti da patto*, in *BIDR*, XXV (1912)

AMBROSINO, *La legis actio sacramenti in personam e la protezione giuridica dei rapporti fiduciari*, in *Studi V. Arangio-Ruiz*, II, Napoli, pp. 144 ss.

ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1960

ARANGIO-RUIZ, *La repression du vol flagrant et du vol non-flagrant dans l'ancien droit romain*, in *Rariora*, Roma, 1946

ARCHI, *Gli studi di diritto penale romano da Ferrini a noi. Considerazioni e punti di vista critici*, in *Scritti di diritto romano*, III, 1950, Milano, 1981

ARLOTTA, *Parcheggio automatizzato e responsabilità del gestore*, in *Nuova Giur. Comm.*, 2005

ASTUTI, *Deposito*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1963

ASTUTI, *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea*, III, Napoli, 1984.

BAILEY, *Phases in the Religion of Ancient Rome*, Berkeley, 1932

BASSANELLI SOMMARIVA *Proposta per un nuovo metodo di ricerca nel diritto criminale*, in *BIDR*, 1986

BAUMAN, *Vite di scarto*, Roma-Bari 2005

BEDUSCHI, *Le azioni da deposito. Testi e problemi di diritto romano*, in *Dispense per il corso di diritto romano, Anno accademico 1989-90*, Trento.

BERTOLINI, *Appunti didattici di diritto romano*, Torino, 1905

BENNET, *Sacer esto*, da *Transactions and Proceedings of the American Philological Association*, LXI, 1930

BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, Padova, 1960

BETTI, *Sul valore dogmatico della categoria contrahere in giuristi proculiani e sabiniani*”, in *BIDR*, 1954.

BIONDI, “*Iudicia bona fidei*”, in *Annali del seminario giuridico dell'università di Palermo*, VII (1918)

- BISCARDI, *La dottrina romana dell'obligatio rei*, Milano, 1991
- BISCARDI, *Le garanzie reali del credito*, Siena, 1956/1957
- BONGHI, *Storia di Roma*, Milano, 1888
- BOVE, *Il deposito della cosa dovuta*, in *Labeo*, 1955
- BRASIELLO, *Corso di diritto romano. Atto illecito, pena e risarcimento del danno*, Milano, 1957
- BRETONE, *Storia del diritto romano*, Roma-Bari, 2006
- BRUNI, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 1926
- BRUNO SIOLA, *Variazioni pregiustinianee al principio classico 'depositum ei qui dedit reddendum est'*, Napoli 1989.
- BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, Torino, 1993
- BURDESE, *Manuale di diritto pubblico romano*, Torino, 1987
- BURDESE, *Riflessioni sulla repressione penale romana in età arcaica*, in *Conferenze romanistiche*, II, Milano, 1967
- BURILLO, *Las formulas de la 'actio depositi'*, in *SDHI*, 1962
- CANNATA, "Credutum" e "obligationes", in *Labeo*, XX (1974), pp. 104 ss.
- CANNATA, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano. Materiali per un corso di diritto romano*, Catania, 1996.
- CANNATA, *Ricerche sulla responsabilità contrattuale nel diritto romano*, I, Milano, 1966.
- CANNATA, *Per lo studio della responsabilità per colpa nel diritto romano classico*, Milano, 1969
- CANTARELLA, *I supplizi capitali in Grecia e a Roma. Origini e funzioni della pena di morte in antichità classica*, Milano, 1991

CAPOGROSSI COLOGNESI, *I compiti del 'rex' e i suoi principali collaboratori*, in *Linaementi di storia del diritto romano*, Milano, 1989

CARANDINI, *La leggenda di Roma, dalla nascita dei gemelli alla fondazione della città*, Milano, 2006

CASTRO, *I contratti di deposito*, Torino, 2007

CATALANO, *Populus romanus Quirites*, Torino, 1975

CATALANO, *Per lo studio dello ius divinum*, in *Studi e materiali di storia delle religioni*, XXXIII, 1962

CENTOLA, *Recenti studi di diritto criminale romano. Spunti e prospettive di ricerca*, in *SDHI*, LXIII, 1997

CHINDEMI, *Limiti della responsabilità del gestore di parcheggio in area recintata*, in *Nuova Giur. Comm.*, 2001

CIAN, *Codice civile e leggi collegate*, Padova, 2010

CIAN-TRABUCCHI, *Commentario breve al codice civile*, Padova, 2009

COGLIOLO, *Il deposito irregolare*, in *Rivista universitaria di giurisprudenza e di diritto*, 1908

COLUSSI, *Glossario degli antichi volgari italiani*, Helsinki, 1990, vol. 4 tomo I

COPPA-ZUCCARI, *Il deposito irregolare*, Modena, 1901

CORBINO, *Il formalismo negoziale*, Torino, 1994

CUQ, *Manuel des institutions des romains*, Paris, 1928

DALLA MASSARA, *La problematica della causa nel contesto del contratto*, Padova, 2002

DALMARTELLO-PORTALE, *Il contratto di deposito in generale*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1963

DAMIANO, *Il contratto di ormeggio del posto barca*, in www.altalex.com

DE MEDIO, *Studii sulla colpa lata in diritto romano*, in *BIDR*, XVII, 1905

DE MEDIO, *Valore e portata della regola 'magna culpa dolus est'*, in *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda per XXV anno del suo insegnamento*, II, Napoli, 1906

DENBURG, *Diritto delle obbligazioni*, Berlino, 1903

DE RUGGIERO R., *Depositum vel commodatum. Contributo alla teoria delle interpolazioni*, in *BIDR*, XIX (1907)

DEVOTO - OLI, *Dizionario della lingua italiana*, Firenze, 1976, 672

DUMEZIL, *La religione romana arcaica*, Milano 1977

EVANS-JONES, *The action of the XII Tables 'ex causa depositi'*, in *Labeo*, XXXIV, 1988

EVANS-JONES, *The actio depositi in factum as a noxal action*, in *BIDR*, LXXXIII, 1980

EVANS-JONES, *The measure of damages in the actio depositi in factum*, in *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis*, LV (1987)

EVANS-JONES, *The penal characteristics of the 'actio depositi in factum'*, in *SDHI*, 1986

FALCONE, *'Obligatio est iuris vinculum'*, Torino, 2003

FASCIONE, *Il mondo Nuovo. La costituzione romana nella 'Storia di Roma arcaica' di Dionigi di Alicarnasso*, Napoli, 1988

FASCIONE, *Fraus legis, indagini sulla concezione della frode alla legge nella lotta politica e nella esperienza giuridica romana*, Milano, 1983

FERRETTI, *Complicità e furto nel diritto romano*, Milano, 2005

FERRINI, *Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrinale*, Roma, 1976

FERRINI, *Manuale di Pandette*, Milano, 1953

- FIorentino, *Del deposito*, in *Comm.*, SB, 61
- FIORI, *Homo sacer, dinamica politico-costituzionale di una sanzione giuridico-religiosa*, Napoli, 1990
- GABRIELLI, *Contratto preliminare*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1993
- GALASSO, v. *Deposito*, in *Dig. Civ.*, Torino, 1989
- GALLO, v. *Deposito in diritto comparato*, in *Dig. civ.*, Torino 1989
- GALLONE, *Parcheggio, contratto di posteggio e responsabilità*, Padova, 1999
- GANDOLFI, *Il deposito nella problematica della giurisprudenza romana*, Milano, 1976
- GAROFALO, *Fondamenti e svolgimenti della scienza giuridica romana, Concetti e vitalità del diritto penale romano*, Padova, 2005
- GAROFALO, *Studi sulla sacertà*, Padova, 2006
- GAROFALO, *'Demonstratio finum' e compravendita*, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, Padova, 2007
- GIOFFREDI, *Religione e diritto nella più antica esperienza romana*, in *SDHI*, XX, 1954
- GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, Parigi, 1929
- GIUNTI, *Adulterio, un reato tra storia e propaganda*, Milano, 1990
- GLUCK, *Pandette*, 16 (trad. PREDÀ), 1893
- GOFFREDI, *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, Roma, 1955
- GONZALEZ-DE LOS RIOS, *El derecho penal: de Roma al derecho actual*, Madrid, 2005
- GRISI, *Il deposito in funzione di garanzia*, Milano, 1999

GROSSO, *Schemi giuridici e società nella storia del diritto privato romano. Dall'epoca arcaica alla giurisprudenza classica diritti reali e obbligazioni*, Torino, 1940

GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, Torino, 1936

GUARINO, *Storia del diritto romano*, Napoli, 2000

GUARINO, *Il 'furtum' nelle 'XII Tabulae'*, in ID., *Pagine di diritto romano*, IV, Napoli, 1994

HERRERA BRAVO, *Breves consideraciones sobre los orìgenes penales del deposito*, Madrid, 2005
HERRERA, *La custodia como obligacion singular del depositario en el contrato de deposito*", in *Estudios en homenaje al profesor Juan Iglesias*, Madrid, 1988

HUVELIN, *Etudes sur le 'furtum' dans le très ancien droit roman*, I, *Les sources*, Lyon – Paris, 1915

KASER, *Religione e diritto in Roma arcaica*, estratto dagli *Annali del seminario giuridico dell'università di Catania*, n. 3, 1949

KASER, *Das altrömische Ius*, in *PWRE*

JACOB, *La question romaine du sacer. Ambivalence du sacré ou construction symbolique de la sorti du droit*, in *Revue Historique*, Paris, 2006

JHERING, *Geist des romischen Rechts*, Lipsia, 1921

LA ROSA, *La repressione del 'furtum' in età arcaica*, Napoli, 1990

LINDSAY, *Sextus Pompeius Festus, de verborum significatu quae supersunt cum Pauli epitome*, Lipsia, 1933, Fest. (Paul.)

LITEWSKY, *Depositary's Liability in Roman Law*, in *AG, CXC* (1976)

LOMBARDI, *Dalla 'fides' alla 'bona fides'*, Milano, 1961

LONGO, *Corso di diritto romano. Il deposito*, Milano, 1946

LONGO, *Appunti sul deposito irregolare*, in *BIDR*, XVII, 1905

LUCCHINI, *Furto degli oggetti contenuti all'interno dell'automobile e responsabilità del parcheggiatore*, in *Nuova Giur. Comm.*, 1991

LUMINOSO-PALERMO, *La trascrizione del contratto preliminare*, Padova, 1998

LUTTAZZO, *Spunti critici in tema di responsabilità contrattuale*, in *BIDR*, LXIII (1960)

LUZZATO, *Procedura civile romana. Le legis actiones*, Bologna, 1948

MACCHIORO, *Roma capta, saggio intorno alla religione romana*, Roma 1928

MAC CORMACK, *Gift, debt, obligation and the real contract*, in *Labeo*, XXXI, 1985 MAGANZANI L., *La "diligentia quam suis" del depositario dal diritto romano alle codificazioni nazionali*, Roma, 2006

MAJELLO, *Custodia e deposito*, Napoli, 1995

MAROI, *Elementi religiosi del diritto romano arcaico*, estratto da *Archivio giuridico*, vol. 59, 1933 MAROTTOLI, *'Leges sacratae'*, Roma, 1979

MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 2004

MARTONE, *Contratto preliminare, vizi della cosa*, in *Studium juris*, 1999, 59

MASCHI, *La categoria dei contratti reali*, Milano, 1973

MASCHI, *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti romani*, Milano, 1937

MASTROPAOLO, v. *Deposito*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, X, 1988

MEILLET, *Latin credo et fides*, in *MSL*, 22, 1929

METRO, *L'obbligazione di custodire nel diritto romano*, Milano, 1966

- MICHEL, *Gratuité en droit romain*, Bruxelles, 1962
- MOMIGLIANO, *Storia di saggi della religione romana*, Firenze 1988
- NEGRI, *Deposito nel diritto romano, medievale e moderno*, in *Digesto*, Torino, 1989, 223
- NICOSIA, *Il processo privato romano. Le origini*. Catania 1980
- NICOSIA, *Il processo privato romano. II La regolamentazione decemvirale. Corso di diritto romano*, Catania, 1984
- ORESTANO, *I fatti di normazione nell'esperienza romana arcaica*, Torino, 1967
- ORESTANO, *Dal ius al fas, rapporto fra il diritto divino e umano in Roma dall'età primitiva all'età classica*, in *BIDR*, 1939
- ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987
- PALERMO, *Contratto preliminare*, Padova, 1991
- PANERO, *El deposito*, in *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al profesor José Luis Murga Gener*, Madrid, 1994
- PASTORINO, *La religione romana*, Milano, 1973
- PELLOSO, *Studi sul furto nell'anichità mediterranea*, Padova, 2008
- PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, Roma, 1928
- PETTINATO, *La saga di Gilgamesh*, Milano, 1992
- PICCALUGA, *Terminus. I segni di confine nella storia romana*, Roma, 1974
- PIGHI, *La religione romana*, Torino 1967
- PUGLIESE, *Il processo civile romano. Le legis actiones*, Roma, 1961

ROBAYE, *L'obligation de garde. Essai sur la responsabilité contractuelle en droit romain*, Bruxelles, 1987

ROTONDI, *Studii sul diritto romano delle obbligazioni*, Milano, 1908

ROTONDI, *La misura della responsabilità nell'actio depositi*, in *AG*, 83, 1999, 117

RUPKE, *La religione romana*, Torino, 2004

SABBATUCCI, *Sacer*, in *SMSR*, XXIII, 1951-52

SANFILIPPO, *Istituzioni di diritto romano . Decima edizione curata ed aggiornata da Alessandro Corbino ed Antonino Metro*, Catania, 1953

SANTALUCIA, *Studi di diritto penale romano*, Roma, 1994

SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Milano, 1989

SARGENTI, *Problemi della responsabilità contrattuale*, in *Atti sulla problematica contrattuale in diritto romano*, Milano, 1987, I

SCAPINI, *Diritto e procedura penale nell'esperienza giuridica romana*, Parma, 1992

SCOTTI, *Il deposito nel diritto romano. Testi con traduzione italiana e commento*, Torino, 2008, 43

SINI, *Populus et religio dans la Rome republicaine*, in *Archivio storico e giuridico Sardo di Sassari*, 1995

TALAMANCA, *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, Padova, 2006

TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990

TONDO, *'Leges regiae' e 'paricidas'*, Firenze, 1973

TONDO, *Il sacramentum militiae nell'ambiente culturale romano-italico*, in *SDHI*, XXIX, 1963

TURCHI, *Religione di Roma antica*, Bologna 1933

UBBELOHDE, *Zur Geschichte der benannten Realkontracte*, Berlino 1901

VINCI, *Fines regere. Il regolamento dei confini dall'età arcaica a Giustiniano*, Milano, 2004

VISKY, *La responsabilité dans le droit romain à la fin de la République*, in *Revue internationale des droits de l'antiquité*, Bruxelles, 1949

VOCI, *Diritto sacro romano in età arcaica*, in *SDHI*, 1953

VOIGT, *Die XII Tafeln*, 2

VOLTERRA, *Processi penali contro i defunti in diritto romano*, in *Revue internationale des droits de l'antiquité*, Bruxelles, 1949

ZUCCOTTI, *In tema di sacerità*, in *Labeo*, 1998

INDICE DEGLI AUTORI

Addeo: p. 174 nt. 436.

Agamben: p. 75.

Albanese: p. 28 nt. 21; p. 36 nt. 46 e 47; p. 47; p. 47 nt. 69, 70, 72, 73, 74 e 75; p. 50; p. 50 nt. 83, 84 e 85; p. 58 nt. 101; p. 66 nt. 121 e 123; p. 67 nt. 129; p. 75 nt. 154; p. 76 nt. 157; p. 87; p. 87 nt. 190; p. 88 nt. 191; p. 89 nt. 192; p. 90 nt. 197 e 198; p. 153 nt. 388.

Albentario: p. 124 nt 313.

Ambrosino: p. 106.

Arangio-Ruiz: p. 31 nt. 31; p. 38 nt. 50; p. 42 nt. 60; p. 45; p. 46; p. 46 nt. 68; p. 47 nt. 69; p. 66 nt. 121.

Archi: p. 55 nt. 97.

Arlotta: p. 180 nt. 444.

Astuti: p. 97 nt. 209; p. 116 nt. 281; p. 136 nt. 349; p. 139 nt. 352; p. 140 nt. 354 e 355; p. 142 nt. 359; p. 143 nt. 362; p. 150 nt. 379; p. 151 nt. 380; p. 154 nt. 390; p. 156 nt. 395.

Bailey: p. 64 nt. 113.

Bassanelli Sommariva: p. 75 nt. 154.

Bauman: p. 75 nt. 154.

Beduschi: p. 99 nt. 220; p. 113 nt. 269; p. 125 nt. 318; p. 126 nt. 324.

Bertolini: p. 24 nt. 11; p. 110 nt. 257; p. 111 nt. 262; p. 112 nt. 263; p. 114 nt. 274; p. 119 nt. 295; p. 120 nt. 296.

Bennet: p. 75 nt. 154.

Betti: p. 26 nt. 13; p. 31 nt. 31; p. 66 nt. 123; p. 67 nt. 130; p. 96 nt. 207.

Biondi: p. 69 nt. 133.

Biscari: p. 69 nt. 133.

Bonghi: p. 79 nt. 168.

Bove: p. 80 nt. 171.

Brasiello: p. 55 nt. 96.

Bretone: p. 67 nt. 125, 126 e 128.

Bruni: p. 26 nt. 15.

Bruno Siola: p. 120 nt. 299.

Burdese: p. 31 nt. 28; p. 35 nt. 42 e 43; p. 36 nt. 44; p. 52 nt. 87, 88 e 89; p. 53 nt. 90; p. 69 nt. 117; p. 69 nt. 133; p. 71 nt. 138; p. 74 nt. 147; p. 102 nt. 231.

Burillo: p. 38 nt. 50; p. 42; p. 43 nt. 64; p. 44.

Cannata: p. 38; p. 52 nt. 87; p. 110 nt. 257.

Cantarella: p. 75 nt. 152.

Capogrossi Colognesi: p. 70 nt. 135.

Carandini: p. 71 nt. 139.

Castro: p. 158 nt. 397 e 398; p. 159 nt. 400 e 403; p. 160 nt. 405, 406 e 407; p. 163 nt. 415; p. 164 nt. 417; p. 165 nt. 420; p. 169 nt. 429 e 430; p. 171 nt. 432.

Catalano: p. 62 nt. 109.

Centola: p. 55 nt. 97.

Chiendemi: p. 180 nt. 443.

Cian: p. 161 nt. 411; p. 163 nt. 416; p. 164 nt. 418; p. 165 nt. 419 e 423.

Cogliolo: p. 144 nt. 365.

Colussi: p. 17 nt. 3.

Coppa: p. 144 nt. 365.

Corbino: p. 142 nt. 360; p. 143 nt. 361.

Cuq: p. 45; p. 45 nt. 67.

Dalla Massara: p. 27 nt. 18.

Dal Martello: p. 161 nt. 412; p. 162 nt. 413.

Damiano: p. 174 nt. 435.

De Los Rios: p. 32 nt. 34.

De Medio: p. 136 nt. 348.

Denburg: p. 26 nt. 13.

De Ruggiero: p. 110 nt. 256.

Devoto: p. 171.

Dumezil: p. 62 nt. 106; p. 81 nt. 172; p. 82 nt. 175.

Evans-Jones: p. 97 nt. 211; p. 98 nt. 214.

Falcone: p. 67 nt. 129.

Fascione: p. 70 nt. 135; p. 82 nt. 176; p. 83 nt. 177.

Ferretti: p. 47 nt. 69; p. 48 nt. 73.

Ferrini: p. 65 nt. 118 e 119; p. 66 nt. 124.

Fiorentino: p. 159 nt. 142.

Fiori: p. 74 nt. 147; p. 75 nt. 155; p. 78 nt. 163; p. 79 nt. 168; p. 81 nt. 173; p. 82 nt. 174 e 179; p. 85; p. 85 nt. 182, 185 e 186; p. 86 nt. 187 e 188.

Franzese: p. 174 nt. 436.

Gabrielli: p. 159 nt. 404.

Galasso: p. 158 nt. 396.

Gallo: p. 158 nt. 396.

Gallone: p. 175 nt. 436.

Gandolfi: p. 30 nt. 27; p. 32 nt. 32; p. 38 nt. 50; p. 41 nt. 57, 58 e 59; p. 58 nt. 102; p. 94 nt. 204; p. 98 nt. 215; p. 99 nt. 218 e 219; p. 100 nt. 223 e 225; p. 101 nt. 227 e 229; p. 104 nt. 238; p. 112 nt. 265; p. 117 nt. 283; p. 120 nt. 301; p. 126 nt. 323.

Garofalo: p. 55 nt. 97; p. 64 nt. 114; p. 69 nt. 131 e 132; p. 70 nt. 135 e 136; p. 73 nt. 145; p. 74 nt. 147; p. 76 nt. 147; p. 77 nt. 161 e 162; p. 80 nt. 196; p. 81 nt. 181.

Gioffredi: p. 63 nt. 109.

Girard: p. 45 nt. 66.

Giunti: p. 70 nt. 35; p. 74 nt. 147.

Gluck: p. 29 nt. 24.

Gioffredi: p. 28 nt. 21.

Gonzalez: p. 32 nt. 34.

Grisi: p. 158 nt. 396.

Grosso: p. 32 nt. 35; p. 96 nt. 208; p. 104 nt. 235; p. 109 nt. 250.

Guarino: p. 27 nt. 20; p. 36 nt. 45; p. 47 nt. 69; p. 59 nt. 105; p. 62 nt. 107 e 108; p. 63 nt. 110; 67 nt. 129; p. 71 nt. 137.

Herrera Bravo: p. 30 nt. 26.

Huvelin: p. 47 nt. 69.

Kaser: p. 53 nt. 92; 58 nt. 102; p. 62 nt. 106; p. 64 nt. 115; p. 74 nt. 147.

Jacob: p. 75 nt. 155.

Jhering: p. 62 nt. 109.

La Rosa: p. 47 nt. 71; p. 53 nt. 91.

Lindsay: p. 74 nt. 149; p. 78 nt. 164 e 165; p. 83 nt. 177.

Litewsky: p. 123 nt. 313.

Lombardi: p. 82 nt. 176; p. 83 nt. 177; p. 84 nt. 178 e 180.

Longo: p. 26 nt. 13; p. 31 nt. 32; p. 32 nt. 33; p. 34 nt. 40; 110 nt. 258; p. 111 nt. 262; p. 112 nt. 266; p. 114 nt. 271; p. 116 nt. 280; p. 120 nt. 297 e 298; p. 121 nt. 303 e 304; p. 122 nt. 305, 307 e 308; p. 123 nt. 311; p. 124 nt. 315; p. 140 nt. 357; p. 142 nt. 358; p. 144 nt. 366; p. 145 nt. 367.

Lucchini: p. 181 nt. 447.

Luminoso: p. 159 nt. 404.

Luttazzo: p. 124 nt. 313.

Luzzato: p. 28 nt. 21.

Macchioro: p. 62 nt. 106.

Mac Cormack: p. 109 nt. 248.

Majello: p. 159 nt. 402.

Maroi: p. 62 nt. 106.

Marrone: p. 39 nt. 51 e 53.

Martone: p. 159 nt. 404.

Maschi: p. 31 nt. 33; p. 56 nt. 98; p. 57 nt. 100; p. 59 nt. 104; p. 87 nt. 189; p. 91 nt. 199; p. 92 nt. 200 e 201; p. 93 nt. 202 e 203; p. 97 nt. 210; p. 104 nt. 237; p. 105 nt. 239.

Mastropaolo: p. 158 nt. 399.

Meillet: p. 85 nt. 183.

Metro: p. 26 nt. 17; p. 117 nt. 286; p. 119 nt. 292 e 294.

Michel: p. 112 nt. 264.

Momigliano: p. 62 nt. 107.

Negri: p. 99 nt. 220; p. 100 nt. 221 e 222; p. 158 nt. 396.

Nicosia: p. 28 nt. 21.

Oli: p. 171.

Orestano: p. 62 nt. 106 e 109.

Palermo: p. 159 nt. 404.

Panero: p. 28 nt. 23; 114 nt. 272; p. 117 nt. 282; 120 nt. 300.

Pastorino: p. 62 nt. 106.

Pelloso: p. 37 nt. 49; p. 47 nt. 69 e 71; p. 48 nt. 73.

Perozzi: p. 123 nt. 313.

Pettinato: p. 71 nt. 141.

Piccaluga: p. 80 nt. 169; p. 81 nt. 171.

Pighi: p. 62 nt. 106; p. 64 nt. 115.

Pugliese: p. 28 nt. 21.

Robaye: p. 117 nt. 284; 119 nt. 293.

Rotondi: p. 31 nt. 30 e 31; p. 34 nt. 39 e 40; p. 57 nt. 99; p. 58 nt. 103; 96 nt. 206; p. 105 nt. 240; p. 107 nt. 244, 246 e 247; p. 109 nt. 249; p. 110 nt. 253 e 255; p. 113 nt. 270; p. 114 nt. 273; p. 124 nt. 314.

Rupke: p. 62 nt. 106.

Sabbatucci: p. 75 nt. 153.

Sanfilippo: p. 26 nt. 14.

Santalucia: p. 70 nt. 135; p. 73 nt. 144; p. 74 nt. 147.

Sargenti: p. 117 nt. 284.

Scapini: p. 55 nt. 96.

Scotti: p. 103 nt. 233; p. 106 nt. 243; p. 121 nt. 302; p. 128 nt. 328; p. 129 nt. 331; p. 130 nt. 333; p. 134 nt. 341; p. 135 nt. 345; p. 140 nt. 355; p. 143 nt. 364; p. 145 nt. 367.

Sini: p. 63 nt. 111.

Talamanca: p. 33 nt. 36 e 37; p. 37 nt. 48; p. 51 nt. 86; p. 54 nt. 94; p. 55 nt. 95; p. 63 nt. 110; p. 66 nt. 120; p. 100 nt. 226; p. 116 nt. 278; p. 143 nt. 363; p. 145 nt. 368.

Tondo: p. 70 nt. 135; p. 71 nt. 142; p. 74 nt. 147; p. 76 nt. 158 e 159.

Trabucchi: p. 163 nt. 416.

Turchi: p. 62 nt. 106.

Ubbolohde: p. 58 nt. 102.

Vinci: p. 80 nt. 169; p. 81 nt. 171.

Visky: p. 28 nt. 22; p. 124 nt. 313.

Voci: p. 62 nt. 106; p. 64 nt. 114; p. 70 nt. 134; p. 73 nt. 145; p. 76 nt. 159.

Voigt: p. 31 nt. 29.

Volterra: p. 77 nt. 160.

Zuccari: p. 144 nt. 365.

Zuccotti: p. 75 nt. 154.