

**BREVI CONSIDERAZIONI SU DUE PASSI DI POMPONIO IN TEMA DI 'FURTUM USUS':
D. 13.1.16 E D. 47.2.77(76) PR.**

1. Dal commentario a Quinto Mucio di Pomponio ci sono pervenuti due testi¹ – collocati rispettivamente nel *titulus* «*De condictione furtiva*» e in quello «*De furtis*» dei *Digesta* – relativi ad un uso non consentito della *res* da parte del comodatario e del depositario. Essi sono stati oggetto di forti critiche e di alcuni fraintendimenti, tali da rendere necessarie alcune riflessioni, data l'importanza di questi frammenti in relazione al *furtum usus*².

Vediamoli:

Pomp. 38 *ad Quint. Muc.*, D. 13.1.16: *Qui furtum admittit vel re commodata vel deposita utendo, condictione quoque ex furtiva causa obstringitur: quae differt ab actione commodati hoc, quod, etiamsi sine dolo malo et culpa eius interierit res, condictione tamen tenetur, cum in commodati actione non facile ultra culpam et in depositi non ultra dolum malum teneatur is, cum quo depositi agetur.*

Pomp. 38 *ad Quint. Muc.*, D. 47.2.77(76) pr.: *Qui re sibi commodata vel apud se deposita usus est aliter atque accepit, si existimavit se non invito domino id facere, furti non tenetur. Sed nec depositi ullo modo tenebitur: commodati an teneatur, in culpa aestimatio erit, id est an non debuerit existimare id dominum permissurum.*

¹ Essi vengono giustamente raccolti insieme da O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, II, Lipsiae, 1889, rist. Roma, 2000, 78 (Pomp. 321).

² Tra coloro che si sono occupati di questa particolare forma di furto, consistente nell'utilizzare una *res* altrui senza il consenso del *dominus* (sia in caso di utilizzo tout court, sia di utilizzo diverso da quello consentito), vd. C. FERRINI, «*Furtum usus possessionisve*». *Contributo alla dottrina del furto in diritto romano*, in *Riv. Pen.*, XXIII, 1886, ora in *Opere*, V, *Studi vari di diritto romano e moderno (sul diritto pubblico, penale etc.)*, Milano, 1930, 107 ss.; W. CARL, *Das furtum usus. Ein Beitrag zur Lehre des römischen furtum*, diss., Erlangen, Sankt Johann an der Saar, 1891; M. PAMPALONI, *Studi sopra il delitto di furto (Furto di possesso e furto di uso)*, in *Studi Senesi*, XI, 1894, ora in *Scritti Giuridici*, I, Pisa-Roma, 1941, 706; C.H. BRINCK, *Das furtum usus*, diss., Erlangen, Bonn, 1895; H. LEZIUS, *Zur Lehre von furtum usus (inwieweit ist auf einzelne Fälle des furtum usus die actio iniuriarum anwendbar?)*, Greifswald, 1897; W. MERTENS, *Die Einwirkung des furtum usus auf die Besitzverhältnisse*, Halle, 1912; M. BUURMANN, *Die Strafbarkeit des furtum usus (Gebrauchsanmassung)*, diss., Göttingen, 1923; A. STEINSIEK, *Das furtum usus*, diss., Erlangen, Düsseldorf, 1936; F. BOSSOWSKI, *De condictione ex causa furtiva*, in *AUPA*, XIII, 1927, 406 ss.; V. POLÁČEK, *Comodato e furto: spunti d'interpretazione dialettica*, in *Labeo*, XIX, 1973, 161 ss.; M.J. GARCÍA GARRIDO, *El furtum usus del depositario y del comodatario*, in *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana*, IV, Perugia, 1981, ora in *Miscelánea Romanística*, II, Madrid, 2006, 555; O. MILELLA, *Il consenso del 'dominus' e l'elemento intenzionale nel furto*, in *BIDR*, XXX, 1988, 408 ss.; L. PARICIO SERRANO, *La responsabilidad en el comodato romano a través de la casuística jurisprudencial*, in *Estudios en homenaje al Prof. J. Iglesias*, I, Madrid, 1998, 460 ss.; F. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Acerca de la posible extensión del concepto de 'furtum usus'*, in *Iuris vincula. Studi in onore di M. Talamanca*, II, Napoli, 2002, 401 s.; M. BRETONI, *Storia del diritto romano*¹⁰, Roma-Bari, 2004, 306 ss.; P. APATHY, *Comodatium und furtum*, in *Festschrift für H. Hausmaninger*, Wien, 2006, 15 s.; L. DESANTI, *Sapere di agire contro la volontà del proprietario, credere di averne il permesso. Riflessioni intorno al dolo nel furto d'uso*, in *AUFE*, XXIV, 2010, 17 ss.

Nel primo testo, il giurista, dopo aver sostenuto che colui che commetteva furto, per aver usato la cosa comodata (in modo diverso da quello consentito) o avuta in deposito, era tenuto anche con la *condictio ex causa furtiva*³, sottolinea come tale *condictio* si differenziasse dall'*actio commodati*. Precisamente, egli sarebbe stato tenuto per *condictio* anche se la perdita della *res* vi fosse stata senza dolo malo o colpa, mentre avrebbe risposto con l'*actio commodati*⁴ difficilmente oltre la colpa e con l'*actio depositi* non oltre il dolo malo.

Nel secondo, Pomponio ci informa che colui il quale avesse fatto un uso diverso della cosa comodata o depositata presso di sé, qualora avesse ritenuto di farlo senza la volontà contraria del *dominus*, non avrebbe commesso furto. Di seguito, il giurista sposta l'attenzione sull'eventuale responsabilità contrattuale: mentre per il deposito non sarebbe stato responsabile in alcun modo, per il comodato, invece, occorreva verificare se fosse stato in colpa nel ritenere che il *dominus* avrebbe permesso, se lo avesse saputo, il diverso uso della cosa⁵.

³ In caso di furto da parte del comodatario, infatti, il comodante avrebbe avuto contro di lui, oltre all'*actio furti* e all'*actio commodati* (vd., ad es., Ulp. 28 *ad ed.*, D. 13.6.5.8), anche la *condictio indebiti* (la quale era alternativamente concorrente con l'*actio commodati*: vd. Paul. *I. s. de conc. act.*, D. 44.7.34.1-2).

⁴ La strana espressione «*non facile ultra culpam*» allude, a mio avviso, al fatto che il comodatario, in caso di furto, avrebbe risposto «*ultra culpam*», cioè per *custodia*, mentre, se la cosa fosse andata perduta in altro modo, avrebbe risposto solo se fosse stato in colpa (o in dolo) (sul delicato problema della responsabilità del comodatario, vd., per tutti, C.M. TARDIVO, *Studi sul «commodatum»*, in *AG*, CCIV, 1984, 263 ss.; e, tra i più recenti, M. SERRANO-VICENTE, *Custodiam praestare. La prestación de custodia en el derecho romano*, Madrid, 2006, 173 ss.). Per W. LITEWSKI, *Depositary's liability in roman law*, in *AG*, CXC, 1976, 12 nt. 12, invece, essa alluderebbe al fatto che in alcuni casi, come ad es. in presenza di un patto, la responsabilità del debitore avrebbe potuto eccedere la normale misura (tale tesi, però, mal si concilia con la circostanza che le parole «*non facile*» sembrano riferirsi solo alla responsabilità del comodatario e non anche a quella del depositario). Non credo, comunque, che l'espressione sia interpolata, come vuole, ad es., F. PASTORI, *Gaio e la responsabilità contrattuale*, in *Labeo*, II, 1956, 299 s. nt. 17, il quale poneva a fondamento della sua ipotesi il fatto che, a suo avviso, si sarebbe trattato di una *formula in factum* – in quanto riguardava l'obbligo di restituzione –, per la quale il comodatario rispondeva per *custodia* (che egli inquadrava in una responsabilità obbiettiva). Ora, a parte il fatto che con la *formula in ius* ben si poteva far valere anche la semplice mancata restituzione (come egli stesso ammetteva in ID., *Il comodato nel diritto romano. Con contributi allo studio della responsabilità contrattuale*, Milano, 1954, 349; vd., però, pp. 149, 304), anche la tesi secondo cui vi sarebbe stata una diversa responsabilità per il comodatario a seconda che si fosse agito con l'*actio in factum* o con quella *in ius* (obbiettiva nel primo caso e subiettiva nel secondo: ID., *Il comodato*, cit., 257 ss.; vd. anche G. SCHERILLO, voce *Comodato (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 988 ss.) non mi sembra, allo stato delle fonti (vd., ad es., Ulp. 28 *ad ed.*, D. 13.6.5.3), convincente. Cfr. P. CERAMI, *Il comodato*, in *Derecho romano de obligaciones. Homenaje a J. L. Murga Gener*, a cura di J. Paricio, Madrid, 1994, 325 [= *Il comodato nella storia dell'esperienza giuridica: dal diritto classico ai diritti moderni*, in *AUPA*, XLIII, 1995, 314], il quale – modificando la sua precedente opinione (conforme al Pastori), contenuta in ID., *La concezione celsina del 'ius': Presupposti culturali ed implicazioni metodologiche*, in *AUPA*, XXXVIII, 1985, 200, con queste parole: «Anch'io ... avevo contrapposto un criterio oggettivo della responsabilità (*actio in factum*) ad un criterio soggettivo (*actio in ius*), ma tale contrapposizione mi sembra oggi, *re melius perpensa*, insostenibile» (ID., *Il comodato*, cit., 325 nt. 105 [= *Il comodato nella storia*, cit., 314 nt. 105]) – afferma «che alla duplicità formulare dell'*actio commodati* non corrispondeva affatto una diversa natura della responsabilità del comodatario: oggettiva (per "*custodia*"), nella *formula in factum*; soggettiva, nella *formula in ius*».

⁵ Era necessaria dunque una valutazione dell'atteggiamento soggettivo del comodatario. Secondo C. FERRINI, *Storia e teoria del contratto di comodato nel diritto romano*, in *AG*, LII-LIII, 1894, ora in *Opere*, III, *Studi vari di diritto romano e moderno (sulle Obbligazioni, sul Negozio giuridico, sulle Presunzioni)*, Milano, 1929, 126, il comodatario non avrebbe risposto qualora il suo convincimento si fosse fondato «su una base solida e seria» (F. PASTORI, *Il comodato*, cit., 281, parla di «ocu-

Per entrambi i testi, si è fortemente dubitato del duplice riferimento al comodato e al deposito⁶. In particolare, si è ritenuto che nel primo sia insitico il riferimento al comodato, mentre nel secondo quello al deposito⁷. In effetti, i rilievi formali mossi ad entrambi

lato giudizio»). Sul punto, vd. anche R. DE RUGGIERO, *'Depositum vel commodatum'*. Contributo alla teoria delle interpolazioni, in *BIDR*, XIX, 1907, 74; C.A. MASCHI, *La categoria dei contratti reali. Corso di diritto romano*, Milano, 1973, 301 s. Non condivisibili sono le critiche sulla genuinità della parte finale del testo, da «*in culpa aestimatio*», avanzate da S. SOLAZZI, *Recensione a F. PASTORI, Il comodato*, cit., in *Lura*, VI, 1955, 266. Secondo lo studioso, «se il commodatario avesse colposamente errato nell'interpretare la volontà del proprietario, egli sarebbe tenuto con l'*a. furti*», mentre nel passo si dà per assodato che manchi la tutela penale, e quindi si cerca se sia esperibile l'azione contrattuale. A suo avviso, quindi, «Pomponio non avrebbe perduto tempo in una ricerca inutile, se l'*a. commodati* fosse dipesa dalla medesima condizione dell'*a. furti*, e cioè che il comodatario non abbia con "oculato giudizio" acquistato la convinzione dell'assenso del comodante». Per l'*a.*, l'«assurdo ragionamento» del passo si eliminerebbe eliminando appunto la frase finale da «*in culpa aestimatio*». Il Solazzi, però, non si avvede che nel passo sono diverse le condizioni di esperibilità delle due azioni: per l'*actio furti*, la consapevolezza di andare contro il volere del comodante; per l'*actio commodati*, l'essere in colpa nel ritenere che non si stesse andando contro tale volontà. Per una analoga critica alla tesi del Solazzi, F. PASTORI, *Gaio*, cit., 299 nt. 16 (vd. anche *infra*, nt. 40).

⁶ Vd., tra gli altri, S. DI MARZO, *Saggi critici sui libri di Pomponio «ad Quintum Mucium»*, II, Palermo, 1900, 200 (secondo cui in entrambi i testi l'inserimento del deposito accanto al comodato sarebbe stato opera dei compilatori, i quali, nel primo passo, a differenza del secondo, «curarono di adattare al deposito il linguaggio del giurista, non avvertendo che pel comodato la frase veniva ad essere inesatta»); R. DE RUGGIERO, *'Depositum vel commodatum'*, cit., 72 ss. (il quale, mentre era fortemente convinto della non genuinità del riferimento al deposito nel secondo passo, riteneva che il primo – nonostante avesse in precedenza affermato che i compilatori avevano «inserito di sana pianta la menzione del comodato nella l. 16» [p. 73] – fosse «il risultato di una affrettata fusione di due luoghi più diffusi» [p. 79]); F. HAYMANN, *Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht*, I, *Über Haftung für 'custodia'*, in *ZSS*, XL, 1919, 181 ss. (il quale, riguardo al primo testo, nonostante ipotizzasse la non genuinità di «*sine dolo malo et culpa eius*» e della frase finale da «*non facile*», riteneva che il riferimento ad entrambi gli istituti fosse genuino; mentre, in relazione al secondo, attribuiva ai compilatori, oltre alle parole «*vel apud se deposita*» – ma inspiegabilmente non sembra considerasse spuria l'altra espressione riferentesi al deposito: «*sed nec depositi ullo modo tenebitur*» –, anche la parte finale del secondo testo, da «*commodati an teneatur*»); F. BOSSOWSKI, *De condicione*, cit., 406 ss. (il quale, pur ritenendo interpolato il primo passo – in particolare reputava insitico le frasi «*quae differet ab*», «*hoc, quod*», «*condicione tamen tenetur*», «*in commodati actione non facile ultra culpam et*», ipotizzando l'esclusione dal dettato originario di alcune frasi, che egli cerca di individuare –, era dell'avviso che il riferimento al comodato fosse genuino, a differenza di quello relativo al deposito nel secondo testo); T. MOMMSEN, P. KRÜGER, *Iustiniani Digesta*¹², Berlin, 1954, 208 ntt. 2-3, 323; PASTORI, *Il comodato*, cit., 279 s. (relativamente al solo secondo testo); ID., *Gaio*, cit., 299 s. nt. 17 (ivi, lo studioso si occupa anche di D. 13.1.16: in particolare, pur ritenendo la frase «*cum in commodati actione non facile ultra culpam ... teneatur*» interpolata, considerava genuino il riferimento al comodato); P. ZANNINI, *Spunti critici per una storia del commodatum*, Milano, 1983, 97 (ivi, in nt. 41, ulteriore bibliografia); P. CERAMI, *Il comodato*, cit., 324 e nt. 103 [= *Il comodato nella storia*, cit., 313 e nt. 103] (il quale, oltre a ritenere non genuino il riferimento al deposito nel secondo passo, considera, inspiegabilmente, aggiunte le parole «*vel deposita*» in D. 13.1.16: ciò comporterebbe infatti, da un lato, che nel passo si legga che il furto del comodatario avveniva con l'uso della cosa, dall'altro, che la frase finale «*et in depositi non ultra dolum malum teneatur is, cum quo depositi agetur*» sarebbe del tutto scollegata). Relativamente al solo secondo testo, vd. P. HUVELIN, *Études sur le furtum dans le très ancien droit romain*, I, *Le sources*, Lyon-Paris 1915, rist. Roma, 1968, 786 s. nt. 7; H.F. JOLOWICZ, *Digest XLVII.2 De furtis*, Cambridge, 1940, 113; J. ROSENTHAL, *Custodia und Aktivlegitimation zur Actio furti*, in *ZSS*, LXVIII, 1951, 259; W. LITEWSKY, *Depositary's liability*, cit., 13 e nt. 39 (secondo cui i riferimenti al deposito erano inserimenti postclassici, fatti a scopi didattici); R. ROBYE, *L'obligation de garde essai sur la responsabilité contractuelle en droit romain*, Bruxelles, 1987, 306 s. (il quale, pur ritenendo il riferimento al deposito come una probabile aggiunta dei compilatori, sostiene che si tratti «d'une hypothèse et non d'une certitude» [p. 307 nt. 29], ponendo l'attenzione sul fatto che anche nel deposito

i passi sono in larga parte condivisibili. Nel fr. 16 infatti viene preso in considerazione il semplice uso della *res*, che si adatta al deposito e non al comodato; inoltre, dopo che è sottolineata la differenza con il solo comodato (*quae differt ab actione commodati ...*), vengono nuovamente vagliati, nella parte finale, entrambi i negozi giuridici, con il soggetto che però si riferisce al solo deposito (*is, cum quo depositi agetur*). Nell'altro testo, invece, è preso in considerazione il solo uso diverso rispetto a quello per cui si era avuta la cosa (*usus est aliter atque accepit*), che mal si adatta al deposito, per il quale non era previsto affatto l'uso.

Tuttavia, questi rilievi formali possono, a mio avviso, spiegarsi pensando ad un accorciamento del testo originario. Mi induce a crederlo soprattutto un dato. Da Gellio⁸ siamo informati che Quinto Mucio Scevola formulò la regola secondo cui commetteva furto

sarebbe stato possibile – a suo avviso – che il proprietario acconsentisse che il depositario, magari per ricompensarlo del servizio reso, utilizzasse momentaneamente la *res*, senza che questo facesse trasformare il deposito in comodato); M. BRETONE, *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*⁴, Roma-Bari, 2001, 65; ID., *Storia*, cit., 307 nt. 54 (ivi si ritiene più probabile «che si sia insinuata nel testo la glossa di un annotatore», piuttosto che si sia trattato di «un intervento dei compilatori giustiniani»); viene però anche riconosciuta la possibilità «che Pomponio considerasse le due ipotesi del comodato e del deposito ... e che il suo discorso sia stato malamente riassunto»); L. DESANTI, *Sapere*, cit., 24 ss.

Per una 'sostanziale' genuinità dei passi, vd., tra gli altri, O. LENEL, *Palinnesia*, II, cit., 78 nt. 2, che si limitava a segnalare come glossa la parola «*depositi*» nella frase finale del primo passo (*cum quo depositi agetur*); C. FERRINI, *Storia*, cit., 149 s. (relativamente al secondo passo); M. LAURIA, *Ius Romanum*, I.1, Napoli, 1963, 159 s.; C.A. MASCHI, *La categoria*, cit., 298 ss. (il quale – relativamente al secondo testo – pur essendo sottolineando la presenza di alterazioni giustiniane, riteneva plausibile che il riferimento al deposito fosse classico); M.J. GARCÍA GARRIDO, *El furtum usus*, cit., 555 (per il secondo passo), 558 (riguardo al primo testo, ove egli afferma che esso «ha sufrido varias alteraciones y debe ser corregido en la referencia a la cosa depositada y comodada», senza però mettere in dubbio – se ho ben inteso il suo pensiero – il riferimento ad entrambi i negozi); F.M. DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale nel sistema della grande compilazione. Alle scaturigini della moderna teoria della responsabilità contrattuale*, II, Bari, 1982, 727 nt. 102 (limitatamente al secondo testo); W. PIKA, *Ex causa furtiva condicere im klassischen römischen Recht*, Berlin, 1988, 46 s. (in riferimento al primo); O. MILELLA, *Il consenso*, cit., 409 s. (il quale, riguardo al secondo passo, reputa genuino il riferimento al deposito «nonostante l'infelice formulazione ..., forse frutto di abbreviazione compilatoria»); R. CARDILLI, *L'obbligazione di «praestare» e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. a.C. - II sec. d.C.)*, Milano, 1995, 201 nt. 28 (secondo cui il riferimento al deposito nel secondo passo costituirebbe un'integrazione di Pomponio al pensiero di Quinto Mucio); F. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Acerca*, cit., 401 s. (per entrambi i testi); M. SERRANO-VICENTE, *Custodiam praestare*, cit., 258 ss. (per entrambi i passi). In senso dubitativo, vd., in relazione al secondo passo, E. DOMÍNGUEZ LÓPEZ, *La gratuidad y la utilidad como factores determinantes de la responsabilidad del comodatario*, Granada, 2001, 131 nt. 31, secondo cui il riferimento al deposito potrebbe essere tanto una integrazione di Pomponio quanto dei compilatori giustiniani.

⁷ Vd., però, S. DI MARZO, *Saggi critici*, cit., 200, che riteneva non genuini solo i riferimenti, in entrambi i testi, al deposito (vd. *supra*, nt. precedente). Cfr., nello stesso senso (a meno che non si tratti di una svista dell'autore, come indurrebbe a credere la sua motivazione: «dal momento che il problema dell'uso si pone in termini sensibilmente diversi nel deposito e nel comodato»), P. CERAMI, *Il comodato*, cit., 324 nt. 103 [= *Il comodato nella storia*, cit., 312 nt. 103] (vd. *supra*, nt. precedente).

⁸ Gell. 6.15.2: *Itaque Q. Scaevola in librorum, quos de iure civili composuit, XVI verba haec posuit: 'Quod cui servandum datum est, si id usus est, sive quod utendum accepit, ad aliam rem atque accepit usus est, furti se obligavit'*. Sulla terminologia usata da Quinto Mucio, '*servandum dare*' e '*utendum dare*', al posto di quella più recente, *commodare* e *deponere*, vd., tra gli altri, C. FERRINI, *Storia*, cit., 93 ss.; R. DE RUGGIERO, '*Depositum vel commodatum*', cit., 6 e nt. 1; G. ROTONDI, *Contributi alla storia del contratto di deposito nel diritto romano*, II, *Appunti sulla teoria romana del deposito*, in *Il Filangieri*, XXXV, 1909, ora in *Scritti giuridici*, II, *Studi sul diritto romano delle obbliga-*

chi, avendo ricevuto la cosa per custodirla, l'avesse usata, o chi, avendola ricevuta per usarla, l'avesse utilizzata in modo difforme rispetto a quello concordato. Considerando il duplice riferimento che faceva Quinto Mucio, mi sembra infatti del tutto plausibile che il giurista antoniniano, nel commentare la sua opera, avesse preso in considerazione entrambe le fattispecie, per le questioni trattate nei due frammenti. D'altronde, non si spiegherebbe il motivo per cui Pomponio avesse trattato di una problematica solo per il deposito e di un'altra solo per il comodato; le soluzioni riferite ad entrambi i negozi sono, inoltre, perfettamente plausibili.

Secondo il De Ruggiero⁹, però, nel secondo frammento il riferimento al deposito non sarebbe possibile, essendo inconcepibile, a suo avviso, «che il depositario immaginasse consentitogli dal *dominus* l'uso»¹⁰ – dato che un uso della cosa esorbiterebbe del tutto dal deposito¹¹ –, con la conseguenza che «il solo fatto dell'uso non consentito espressamente deve di per sé costituirlo responsabile. E la responsabilità ha fondamento nel dolo o nella colpa grave, non essendo lecito supporre cosa che è decisamente contraria al contenuto stesso del rapporto»¹². Ad avviso dell'autore, dunque, non era verosimile che Pomponio avesse negato ogni possibilità di esercitare l'azione di deposito, senza che vi fosse alcun serio fondamento riguardo a un presunto consenso del deponente. A sostegno della sua

zioni, Milano, 1922, 57 s.; F. PASTORI, *Il commodato*, cit., 7 ss.; E. DOMÍNGUEZ LÓPEZ, *La gratuidad*, cit., 10 ss. Tali autori ne attribuivano – in contrapposizione al O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II, Leipzig, 1901, 601 ss., che riteneva fosse 'tecnica' – origine all'uso popolare.

⁹ R. DE RUGGIERO, *'Depositum vel commodatum'*, cit., 72 ss. In senso simile, vd. F. PASTORI, *Il commodato*, cit., 279 s., 283, il quale però poneva maggiormente l'accento sulla impossibilità che il depositario che avesse usato la cosa fosse esente dalla responsabilità per furto: «Anche la responsabilità del depositario per il furto d'uso ha come presupposto il dolo: ma esso è implicito nel fatto che egli usi la cosa depositata, non essendo neppure ammissibile l'ignoranza circa lo scopo del deposito» (p. 279 nt. 38). Cfr. anche L. DESANTI, *Sapere*, cit., 26 s., la quale evidenzia che, se pure ai depositari potesse essere eccezionalmente concesso l'uso della cosa, ciò avveniva «in forza di espresse clausole che non lasciavano spazio all'incertezza: ragion per cui, o costoro "sapevano" di poter usare, andando in tal caso esenti da furto, o "sapevano" di non averne facoltà» (p. 27).

¹⁰ R. DE RUGGIERO, *'Depositum vel commodatum'*, cit., 75.

¹¹ R. DE RUGGIERO, *'Depositum vel commodatum'*, cit., 75, infatti, a fondamento della sua tesi, poneva in evidenza come un accordo che permetteva l'utilizzo della *res* fosse inconciliabile con il deposito. Secondo R. ROBAYE, *L'obligation*, cit., 307 nt. 29, invece, in alcuni casi l'uso concesso dal proprietario al depositario, come ad es. un uso limitato per ricompensarlo del servizio reso, non avrebbe trasformato il deposito in comodato. Entrambi gli studiosi, però, non hanno tenuto conto che in realtà il ritenere che il proprietario permettesse l'utilizzo della *res* prescindeva dai confini del deposito, così come non avrebbe commesso furto chi riteneva, senza che vi fosse nessun contratto esistente tra lui e il proprietario, che questi avrebbe senz'altro acconsentito, se lo avesse saputo, all'utilizzo della *res*, perché magari suo amico. Nel valutare se un soggetto avesse commesso furto, cioè, si andava a verificare non se vi fosse stato un contratto alla base che avrebbe permesso l'utilizzo della *res* (o su cui fondare la convinzione che il proprietario avrebbe acconsentito), ma semplicemente se egli avesse agito nella consapevolezza di andare contro la volontà del proprietario. Che il problema dell'elemento intenzionale ai fini della configurabilità del furto d'uso potesse presentarsi anche per il deposito sembra ammetterlo pure O. MILELLA, *Il consenso*, cit., 402 nt. 42, il quale, analizzando Paul. 2 *sent.*, D. 16.3.29 pr. (= Paul. *Sent.* 2.12.5; *Coll.* 10.7.5), così scriveva: «Se, infatti, nell'ipotesi del *sacculum* o dell'*argentum signatum* (non aperto), dovrebbe presumersi l'intenzione del *dominus* contraria all'uso della cosa, e, ciononostante, l'uso si ammette possa avvenire *invito me*, a maggior ragione il problema sorgerebbe nel caso in cui la volontà del deponente non risultasse altrettanto manifestamente chiara».

¹² R. DE RUGGIERO, *'Depositum vel commodatum'*, cit., 76.

tesi, il De Ruggiero fa un confronto con un passo delle Istituzioni giuliane (Gai 3.196-197)¹³, in cui il giurista, dopo aver parlato di furto d'uso sia per il depositario che per il comodatario, passa a trattare il caso di un uso che si presumeva non vietato, riservando tale ipotesi al comodatario, senza fare cenno al depositario; ciò, a suo avviso, «dimostra che il problema si presentava soltanto per comodato»¹⁴, e che dunque il depositario che avesse utilizzato la cosa avrebbe commesso sempre furto d'uso (oltre ad essere responsabile con l'*actio depositi*).

I rilievi del De Ruggiero, se pure persuasivi, non sono probanti. Innanzi tutto, qui non si tratta di valutare se si fosse avuto il diritto di utilizzare la cosa, ma solamente se vi fosse stata la consapevolezza di agire contro il volere del *dominus* (*invito domino*), cosa che poteva mancare anche per il deposito¹⁵. Si pensi al caso in cui un depositario, amico del deponente, avesse utilizzato la cosa (ad esempio un soprabito), per una sua necessità impellente (ad esempio una giornata nevosa), confidando, data l'amicizia intercorrente tra i due, che il *dominus*, se avesse saputo della sua necessità, avrebbe di certo acconsentito all'uso della stessa. In tal caso, non vi sarebbero stati, a mio avviso, gli estremi del furto né tantomeno – non essendoci dolo da parte del depositario – di una responsabilità contrattuale (*actio depositi*).

¹³ Gai 3.196: *Itaque si quis re quae apud eum deposita sit utatur, furtum committit. Et si quis utendam rem acceperit eamque in alium usum transtulerit, furti obligatur, veluti ... 197. Placuit tamen eos, qui rebus commodatis aliter uterentur, quam utendas accepissent, ita furtum committere, si intellegant id se invito domino facere, eumque, si intellexisset, non permissurum; at si permissurum credant, extra furti crimen videri; optima sane distinctione, quod furtum sine dolo malo non committitur.*

¹⁴ R. DE RUGGIERO, *'Depositum vel commodatum'*, cit., 78. In senso analogo, vd. F. PASTORI, *Il comodato*, cit., 279 s., 283; L. DESANTI, *Sapere*, cit., 24 ss., la quale indica anche, come prova a sostegno della non genuinità del riferimento al deposito, il fatto che nella testimonianza di Gellio riportante il parere di Quinto Mucio il deposito era considerato prima del comodato, mentre in D. 47.2.77(76) pr. «esso risulta introdotto successivamente, grazie alle parole *vel apud se deposita*, che parrebbero "intruse" in una affermazione concernente il comodato» (p. 26). La studiosa, però, non si avvede che anche nell'altro testo pomponiano (D. 13.1.16), in cui non è in dubbio la presenza del deposito, il riferimento a questo segue quello del comodato, segno evidente che il giurista prendesse in considerazione prima appunto il comodato e poi il deposito. Per quanto riguarda poi la circostanza – fatta notare anche dalla Desanti (p. 27 nt. 31) –, che nel *pignus* (vd. Gai. 13 *ad ed. prov.*, D. 47.2.55.54 pr.) l'uso della cosa da parte del creditore era ritenuto furto, senza indagare sull'elemento intenzionale, può a mio avviso spiegarsi in due modi: o ritenendo che nel deposito vi fosse alla base un rapporto fiduciario tra deponente e depositario (che era simile a quello presente nel comodato: vi era sovente un'amicizia tra le parti), che non c'era (o quanto meno non era altrettanto rilevante) in caso di pegno, sulla base del quale era possibile che il depositario utilizzasse la cosa non in mala fede; oppure ipotizzando che Pomponio avesse un'opinione diversa rispetto agli altri giuristi. Che il giurista antoniniano tenesse in maggiore considerazione l'intenzionalità del ladro risulta da Ulp. 42 *ad Sab.*, D. 47.2.46.8, in cui si legge che egli – difformemente ad altri: vd., oltre lo stesso Ulpiano nel passo in questione, Gai. 3.198 – riteneva vi fosse furto nel caso in cui il ladro credesse di agire *invito domino*, mentre il *dominus* era, invece, consenziente (sembra che anche Nerazio avesse un'opinione analoga a Pomponio: vd. Paul. 1 *ad Ner.*, D. 47.19.6, in cui Paolo non accoglie la decisione del giurista precedente). Sottolineava l'importanza per Pomponio dell'elemento soggettivo del furto B. ALBANESE, *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano*, in *AUPA*, XXV, 1956, 134 ss. (vd. anche O. MILELLA, *Il consenso*, cit., 410 ss.).

¹⁵ D'altronde, anche per il furto 'normale', cioè il *furtum rei* del terzo, occorre che vi fosse la consapevolezza che si stesse andando contro il volere del *dominus* (vd., ad es., Gell. 11.18.20 [sul testo, vd. *infra*, nt. 59]; Paul. *Sent.* 2.31.1; Ulp. 42 *ad Sab.*, D. 47.2.46.7); e, in tal caso, a maggior ragione non sarebbe stato «lecito supporre cosa che è decisamente contraria al contenuto stesso del rapporto», non essendovi alcun rapporto giuridico alla base (vd. anche *supra*, nt. 11). Cfr., sul punto, le similari considerazioni fatte da C. FERRINI, *Storia*, cit., 125 s.

Più rilevante è la circostanza che Gaio – per quanto riguarda il requisito della mancata consapevolezza per la configurazione del furto – faccia riferimento solo al comodato e non anche al deposito. Ciò potrebbe trovare una spiegazione nel fatto che il giurista stesse riportando una soluzione che si era consolidata, come il verbo «*placuit*» (che troviamo all'inizio di Gai 3.197)¹⁶ sembrerebbe testimoniare. Non è escluso cioè che i giuristi si fossero occupati precipuamente dell'uso difforme rispetto a quello per cui si era accettata la *res* da parte del comodatario – che, stando a quanto ci racconta Gellio, costituiva una questione che aveva suscitato interesse già tra i *veteres*, e in particolare in Bruto¹⁷ –, tralasciando l'uso della cosa da parte del depositario¹⁸. Ben poteva essere pertanto che Pomponio si fosse invece occupato anche di tale questione, e che la sua soluzione, data anche la sua contemporaneità con Gaio, non fosse stata registrata da quest'ultimo.

2. Dopo aver ritenuto plausibili i riferimenti, contenuti nei due frammenti, ad entrambi i negozi giuridici, passiamo ad analizzare il contenuto di tali passi.

Per quanto riguarda il primo, è significativa l'indicazione delle differenze tra la *condictio ex causa furtiva* e l'azione contrattuale (*commodati* e *depositi*). Essa non deve essere intesa in senso astratto e generale, ma deve essere considerata rispetto alla fattispecie esaminata dal giurista: non avrebbe avuto senso, infatti, specificare la maggiore responsabilità scaturente dalla *condictio*, se il comodatario e il depositario, i quali avevano commesso il furto d'uso che aveva dato origine alla *condictio*, avessero risposto in ogni caso della perdita, essendo appunto in dolo (altrimenti non vi sarebbe stato furto). Dal passo, pertanto, può ricavarsi che il comodatario e il depositario che avessero commesso *furtum usus* sulla cosa, pur ricadendo su di loro il *periculum* della perdita della stessa, attraverso la *condictio ex causa furtiva* (*etiamsi sine dolo malo et culpa eius interierit res, condictione tamen tenetur*), non rispondevano immediatamente con l'azione contrattuale come se la cosa fosse già perduta, ma solo se tale perdita, avvenuta successivamente al loro furto, fosse a questi imputabile (*cum in commodati actione non facile ultra culpam et in depositi non ultra dolum malum teneatur is ...*)¹⁹.

¹⁶ Per il testo, vd. *supra*, nt. 13. Vd. anche le considerazioni fatte *infra*, nt. 60.

¹⁷ Gell. 6.15.1: *Labeo in libro de duodecim tabulis secundo acria et severa iudicia de furtis habita esse apud veteres scripsit idque Brutum solitum dicere et furti damnandum esse, qui iumentum aliorum duxerat, quam quo utendum acceperat, item qui longius produxerat, quam in quem locum petierat*. Gellio ci riferisce che Labeone scrisse, nel suo commentario alle Dodici Tavole, che i *veteres* avessero previsto «*acria et severa iudicia de furtis*», e che Bruto fosse solito affermare che commetteva furto chi, avendo ricevuto in prestito un giumento per condurlo in un certo luogo, lo avesse portato in un luogo diverso o più lontano. Vd. anche Val. Max. 8.2.4, e lo stesso Gai 3.196.

¹⁸ Cfr. P. ZANNINI, *Responsabilità per furto e tutela del deposito e del comodato in età repubblicana*, in *Atti del seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano*. Milano, 7-9 aprile 1987, II, Milano, 1990, 177, secondo il quale non bisogna «porre in dubbio che un regime analogo dovesse valere anche per il deposito, specie se si considera che ipotesi del tipo in questione erano certo assai meno frequenti».

¹⁹ In senso analogo, vd. W. PIKA, *Ex causa furtiva*, cit., 46 s.; J. BELDA MERCADO, *La responsabilidad del comodatario en el derecho romano*. *Contract Liability in Commodatum under Roman Law*, in *Revista Electrónica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 2007

Sappiamo²⁰ però che, qualora la perdita della *res* fosse stata consequenziale all'uso non consentito, il detentore sarebbe stato responsabile anche per quei casi ai quali normalmente non rispondeva²¹ (come ad esempio, per il comodatario, l'uccisione del *servus* o del cavallo in battaglia o da parte dei *latrones*)²². Pertanto, l'ipotesi presa in considerazione da Pomponio non può che essere quella di una perdita che non fosse direttamente collegabile all'uso non consentito.

Sembrerebbe però che un passo di Ulpiano vada contro quanto abbiamo appena sostenuto:

Ulp. 30 *ad ed.*, D. 16.3.1.25: *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*²³.

Ulpiano afferma che, se il depositario avesse venduto la cosa e poi l'avesse fatta ritornare «*in causam depositi*» e di seguito l'avesse perduta senza *dolo malo*, sarebbe stato responsabile a titolo di deposito, perché era stato in *dolo* nel momento in cui aveva venduto.

Nella fattispecie esaminata, dunque, il depositario rispondeva con l'*actio depositi*, anche se la perdita della cosa era dovuta a causa a lui non imputabile e non fosse consequenziale all'uso non consentito della *res* da parte del depositario²⁴. A ben guardare, però, la deci-

[<http://www.refdugr.com/documentos/articulos/7.pdf>], 10. Cfr., relativamente al deposito, G. ROTONDI, *Contributi alla storia del contratto di deposito nel diritto romano*, III, *La misura della responsabilità nell'actio depositi*, in *AG*, LXXXIII, 1909, ora in *Scritti giuridici*, II, cit., 119.

²⁰ Ulp. 28 *ad ed.*, D. 13.6.5.7: *Sed interdum et mortis damnum ad eum qui commodatum rogavit pertinet: nam si tibi equum commodaveris, ut ad villam adduceres, tu ad bellum duxeris, commodati teneberis: idem erit et in homine. ...*; Gai. 9 *ad ed. prov.*, D. 13.6.18 pr.: *In rebus commodatis talis diligentia praestanda est, qualem quisque diligentissimus pater familias suis rebus adhibet, ita ut tantum eos casus non praestet, quibus resisti non possit, veluti mortes servorum quae sine dolo et culpa eius accidunt, latronum hostiumve incursus, piratarum insidias, naufragium, incendium, fugas servorum qui custodiri non solent. Quod autem de latronibus et piratis et naufragio diximus, ita scilicet accipiemus, si in hoc commodata sit alicui res, ut eam rem peregre secum ferat: alioquin si cui ideo argentum commodaverim, quod is amicos ad cenam invitaturum se diceret, et id peregre secum portaverit, sine ulla dubitatione etiam piratarum et latronum et naufragii casum praestare debet. ...*; Gai. 2 *aur.*, D. 44.7.1.4: *... is vero qui utendum accepit, si maiore casu, cui humana infirmitas resistere non potest, veluti incendio ruina naufragio, rem quam accepit amiserit, securus est. ... Sed et in maioribus casibus, si culpa eius interveniat, tenetur, veluti si quasi amicos ad cenam invitaturus argentum, quod in eam rem utendum acceperit, peregre proficiscens secum portare voluerit et id aut naufragio aut praedonum hostiumve incursu amiserit.*; Paul. *Sent.* 2.4.3: *Servus vel equus si a latronibus, vel in bello, in aliam causam commodati occisi sunt, actio commodati datur: custodia enim et diligentia rei commodata praestanda est.*

²¹ Cfr., per tutti, C. FERRINI, *Storia*, cit., 149. F.M. DE ROBERTIS, *La responsabilità*, II, cit., 666, dopo aver giustamente riferito che in questi casi l'inadempimento sarebbe imputabile a colpa, per aver il comodatario indebitamente esposto la *res* ad eventi di forza maggiore, avanza un'altra ipotesi interpretativa: «Potrebbe tuttavia anche pensarsi alla mora, in base al principio *fur semper moram facere videtur*, conseguente al *furtum usus* derivante dall'uso non consentito della cosa commodata». Tuttavia, che tale principio possa trovare applicazione anche per la responsabilità contrattuale mi sembra non verosimile. Basti pensare che, cessato l'uso non consentito, qualora vi fosse stata la perdita della cosa, il comodatario non avrebbe risposto, come può evincersi appunto da D. 13.1.16.

²² Vd. Ulp. 28 *ad ed.*, D. 13.6.5.4. Vd. anche Gai. 9 *ad ed. prov.*, D. 13.6.18 pr.: per il testo, vd. *supra*, nt. 20.

²³ Sostanzialmente uguale è un passo di Paolo: Paul. *Sent.* 2.12.10 (= *Coll.* 10.7.10): *Si rem apud te depositam vendideris eamque postquam redemeris perdidideris, semel admissa dolo perpetua depositi actione teneberis.* A. METRO, *L'obbligazione di custodire nel diritto romano*, Milano, 1966, 141, ha posto l'accento sulla presenza di una precisazione in più rispetto al testo ulpiano, cioè sulla parola «*perpetua*» riferita all'*actio depositi*, che alluderebbe all'azione *in ius*, essendo quella *in factum* annuale. Secondo F. SCOTTI, *Il deposito nel diritto romano. Testi con traduzione italiana e commento*, Torino, 2008, 33 s. nt. 140, in questi due testi si alluderebbe a una perdita dolosa della *res* da parte del depositario, a differenza dell'altro testo, in cui si fa riferimento al perimento fortuito o per forza maggiore.

sione ulpiana è giustificata dal fatto che il depositario, vendendo la cosa avuta in deposito, aveva commesso non un semplice furto d'uso, ma un vero e proprio *furtum rei*, in quanto la vendita presuppone il possesso della *res* (e dunque esso sarebbe stato tolto al proprietario)²⁵. Pertanto, il depositario, nel momento in cui commetteva furto per aver venduto la cosa, risultava essere immediatamente e incondizionatamente responsabile per la perdita della stessa, anche qualora avesse successivamente deciso di far rientrare la *res* appunto «*in causa depositi*»²⁶.

Vi era dunque una soluzione diversa, qualora il detentore si fosse appropriato della *res*, realizzando una cd. *interversio possessionis*²⁷. In tal caso, infatti, la cosa si sarebbe considerata come già perduta e la responsabilità contrattuale sarebbe stata immediata (oltre ovviamente a quella per il furto). Una conseguenza pratica – data comunque la presenza, concorrente, della *condictio ex causa furtiva*²⁸ – si sarebbe avuta in caso di furto subito dallo stesso detentore ladro, che avesse avuto la legittimazione attiva all'*actio furti*²⁹. Questi, infatti, in caso di *furtum usus* conservava tale legittimazione, nonostante fosse divenuto ladro³⁰, dato che essa si fondava su una precedente

²⁴ F.M. DE ROBERTIS, *La responsabilità*, II, cit., 727 nt. 103, sottolineava come la decisione contenuta nel passo costituisse «una singolare posizione, in quanto non giustificabile alla luce del nesso causale tra il dolo e l'inadempimento essendo quest'ultimo causato da un caso di forza maggiore». A suo avviso, essa sarebbe giustificata dall'intento di Giustiniano di sanzionare comunque, anche a discapito del nesso di causalità, «la scorrettezza del comportamento nei rapporti contrattuali» (sul punto, vd. anche ID., *La responsabilità*, cit., I, Bari, 1983, 480 s.). È da ritenere, invece, che la decisione sia perfettamente inquadrabile nell'ambito dei principi classici. Come ha giustamente sottolineato E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, II.1, Padova 1960, 124 nt. 24, infatti, essa si giustificerebbe «alla luce della *perpetuatio obligationis* con trapasso del rischio, che si opera, qui come nella mora, con la violazione dell'affidamento». Né convincente risulta la critica di F.M. DE ROBERTIS, *La responsabilità*, II, cit., 727 nt. 103, secondo il quale nella fattispecie non si sarebbe ancora verificato l'inadempimento, non essendo ancora scaduto il termine. Qui, infatti, con la perdita della cosa dovuta al dolo del depositario, si sarebbe avuta un'immediata responsabilità per inadempimento. Il fatto poi che il depositario l'avesse riportata *in causam depositi* avrebbe comportato sì un riacquisto del possesso da parte del depositante (con il conseguente venir meno della qualifica di *res furtiva*: Paul. 54 *ad ed.*, D. 41.3.4.10), ma non sarebbe bastato per escludere la responsabilità del depositario, essendo necessaria l'effettiva restituzione della *res* al depositante (che avrebbe però escluso la responsabilità per la restituzione della cosa, ma non quella per l'abuso fatto, che comportava, ad es., la restituzione dell'eventuale guadagno ottenuto dalla vendita, in quanto il depositario avrebbe potuto riottenere la cosa ad un prezzo più basso, o addirittura gratuitamente). Sul punto, cfr. F. SCOTTI, *Il deposito*, cit., 34 nt. 142, la quale sottolinea che «il depositario, vendendo la cosa, ha comunque violato la *fides*, in lui riposta dal deponente, 'indipendentemente' dall'avvenuto recupero della cosa stessa» [gli 'apici' sostituiscono lo spazio usato nel testo].

²⁵ Che la vendita della *res* da parte del depositario comportasse perdita del possesso per il deponente risulta chiaro in un passo di Paolo: Paul. 54 *ad ed.*, D. 41.3.4.10.

²⁶ Cfr. C. GERLINGS JUNIOR, *Dissertatio juridica inauguralis, de deposito voluntario*, Trajecti ad Rhenum, 1827, 34 s.

²⁷ «*Si possessionem eius apiscatur intervertendi causa, facit furtum*» diceva Celso, a proposito del depositario: Cels. 12 *dig.*, D. 47.2.68(67) pr.

²⁸ Sulla concorrenza tra *condictio ex causa furtiva* e azione contrattuale, vd. Paul. *l. s. de conc. act.*, D. 44.7.34.1-2.

²⁹ È il caso del comodatario (vd., ad es., Gai 3.205-206; Ulp. 28 *ad ed.*, D. 13.6.5.15; Ulp. 29 *ad Sab.*, D. 47.2.14.16), ma non del depositario (le fonti infatti sono concordi nel negare l'*actio furti* al depositario: vd. Gai 3.207; Ulp. 29 *ad Sab.*, D. 47.2.14.3; Ulp. 56 *ad ed.*, D. 47.8.2.23; Mod. 2 *diff.*, Coll. 10.2.6).

³⁰ Che il ladro non avesse la legittimazione attiva all'*actio furti* risulta chiaramente dalle fonti: vd., per tutte, D. 47.2.14.4 (Ulp. 29 *ad Sab.*): ... *quia in omnium furum persona constitutum est, ne eius rei nomine furti agere possint, cuius ipsi fures sunt.*

'*causa honesta*'³¹; qualora invece avesse realizzato una *interversio possessionis*, non gli sarebbe stata riconosciuta in nessun caso l'*actio furti*³², in quanto la possibilità di essere convenuto con l'azione contrattuale – che era a fondamento della sua legittimazione attiva³³ – non sarebbe dipesa dalla sottrazione fatta dal terzo, ma sarebbe stata un effetto diretto del proprio furto. Inoltre, con l'impossessamento della *res* veniva ad estinguersi la sua precedente posizione giuridica, cioè di detentore della cosa ricevuta dal *dominus*³⁴, sorgendone un'altra: quella di possessore in mala fede. E, in qualità di possessore in mala fede, non gli era riconosciuta la legittimazione all'*actio furti*³⁵.

³¹ Vd. Paul. 9 *ad Sab.*, D. 47.2.11: *Tum is cuius interest furti habet actionem, si honesta causa interest*; Pomp. 38 *ad Quint. Muc.*, D. 47.2.77(76).1: ... *tamen cum eo is cuius interest furti habet actionem, si honesta ex causa interest*. Si spiegherebbe così la decisione, presente in in passo Ulpiano (Ulp. 42 *ad Sab.*, D. 47.2.48.4: *Si ego tibi polliendum vestimentum locavero, tu vero inscio aut invito me commodaveris Titio et Titio furtum factum sit: et tibi competit furti actio, quia custodia rei ad te pertinet, et mihi adversus te, quia non debueras rem commodare et id faciendo furtum admiseris: ita erit casus, quo fur furti agere possit*), in cui si riconosce l'*actio furti* a favore del *fullo* che avesse commesso furto nel comodare ad un terzo la veste che gli era stata consegnata per lavarla. Su tale questione e, in particolare, sulle problematiche relative al testo, rinvio al mio L. PARENTI, *Riflessioni su una decisione di Ulpiano riguardante l'actio furti a favore del fullo ladro: D. 47.2.48.4 (Ulp. 42 ad Sab.)*, in *Quaderni Lupiensis di Storia e Diritto*, IV, 2014, 161 ss.

³² Paul. 13 *ad ed.*, D. 4.9.4 pr.: *Sed et ipsi nautae furti actio competit, cuius sit periculo, nisi si ipse subripiat et postea ab eo subripiatur, aut alio subripiante ipse nauta solvendo non sit*; Ulp. 29 *ad Sab.*, D. 47.2.14.8: *Item Pomponius libro decimo ex Sabino scripsit, si is cui commodavi dolo fecerit circa rem commodatam, agere cum furti non posse*. Il contrasto tra questi due passi e Ulp. 42 *ad Sab.*, D. 47.2.48.4 (per il testo, vd. *supra*, nt. precedente) sarebbe, quindi, solo apparente, in quanto la differenza di soluzione si baserebbe sulla diversa tipologia di furto. Sul punto, rinvio a L. PARENTI, *Riflessioni*, cit., 161 ss., spec. 180 ss.

³³ Non a tutti coloro che avessero interesse a che la cosa non fosse rubata veniva riconosciuta l'*actio furti*: occorre, infatti, qualora non si fosse proprietari, che il rischio (*periculum*) della cosa rubata fosse a proprio carico: vd., ad es., Pap. 8 *quaest.* D. 47.2.79(78). Sul problema della legittimazione attiva all'*actio furti*, vd., per tutti, F.M. DE ROBERTIS, *La legittimazione attiva nell'actio furti II. La regola dell'interesse e i criteri a base della legittimazione*, in *AUBA*, X, 1949, ora in *Scritti vari di diritto romano*, III, *Diritto penale*, Bari, 1987, 261 ss. (ivi, pp. 261 s. nt. 1, una breve sintesi di diverse posizioni dottrinarie); e, tra i più recenti, J.U. Wacke, *Actiones suas praestare debet. Die Last zur Klagenabtretung an den Ersatzpflichtigen und dessen Eigentumserwerb - Römischrechtliche Grundlagen des Zessionsregresses nach §255 (1. Fall) BGB*, Berlin, 2010, 168 ss. L'"interesse" necessario per la legittimazione attiva all'*actio furti* stava, infatti, verosimilmente nel *damnum*, inteso come diminuzione patrimoniale, che un soggetto veniva a subire dall'attività delittuosa. Chiaro in tal senso Giavoleno: Iav. 15 *ex Cass.*, D. 47.2.72(71).1: *Eius rei, quae pro herede possidetur, furti actio ad possessorem non pertinet, quamvis usucapere quis possit, quia furti agere potest is, cuius interest rem non subripi, interesse autem eius videtur, qui damnum passurus est, non eius qui lucrum facturus esset*. Diminuzione patrimoniale che poteva derivare anche dall'esperimento (eventuale) di un'azione contrattuale contro colui che risultava responsabile per la perdita della cosa rubata. Cfr. Paul. 22 *ad ed.*, D. 9.1.2 pr. – *Haec actio non solum domino, sed etiam ei cuius interest competit, veluti ei cui res commodata est, item fulloni, quia eo quod tenentur damnum videntur pati* –, relativo però all'*actio de pauperie* (che è in qualche modo assimilabile, per quanto riguarda la legittimazione attiva, all'*actio furti*), in cui viene riconosciuto, a fondamento della legittimazione attiva, il *damnum* derivante dalla responsabilità in cui si incorreva, per le *pauperies*, nei confronti del proprietario della *res*.

³⁴ In conformità con quanto indicato da Paolo: Paul. 2 *man.*, D. 47.2.86(85) pr.

³⁵ Ulp. 29 *ad Sab.*, D. 47.2.12.1.

3. Passiamo ora ad analizzare il secondo frammento. Innanzi tutto, occorre sottolineare come vi sia stato un errore di interpretazione da parte del García Garrido³⁶. Egli infatti è dell'avviso che in tale passo Pomponio, modificando la regola muciana, avesse escluso la responsabilità per il furto del depositario: «Pomponio, en sus comentarios a Quinto Mucio Escévola, modifica la regla y distingue claramente entre el depósito y el comodato»³⁷; in che cosa consistesse tale modifica, lo specifica in seguito: «Pomponio opinaba que el depositario no respondía por hurto de ningún modo»³⁸. Nel passo invece è affermato semplicemente che il depositario, se non avesse commesso furto d'uso ritenendo di non usare la cosa *invito domino*, non sarebbe stato responsabile neanche con l'*actio depositi*, in mancanza di dolo malo. Da ciò si deduce che se il depositario fosse stato consapevole di usare la cosa *invito domino* avrebbe senz'altro commesso furto d'uso.

Neanche l'interpretazione del passo del Fernández de Buján³⁹ è condivisibile. Lo studioso ritiene, al pari del García Garrido, che nel testo vi sia una differenza tra il depositario e il comodatario in ordine alla configurabilità del furto (d'uso). A suo avviso, mentre il depositario avrebbe risposto di furto solo in caso di dolo, il comodatario ne avrebbe risposto anche in caso di mera colpa, cioè se egli avesse dovuto razionalmente avere coscienza dell'opposizione del comodante⁴⁰. Nel testo, però, il riferimento alla colpa del comoda-

³⁶ M.J. GARCÍA GARRIDO, *El furtum usus*, cit., 555 ss.

³⁷ M.J. GARCÍA GARRIDO, *El furtum usus*, cit., 555.

³⁸ M.J. GARCÍA GARRIDO, *El furtum usus*, cit., 558. Lo studioso, inoltre, sottolinea come la giurisprudenza del principato, nel considerare necessaria l'intenzione furtiva per la configurazione del furto, «no admiten el hurto de uso en el depósito. En correspondencia a estos nuevos criterios, desde finales de la República el Pretor concede una *actio in factum* para reclamar la cosa depositada» (p. 565). A suo avviso, però, alcuni giuristi classici avrebbero avuto un atteggiamento eccessivamente conservatore, come Gaio nelle sue Istituzioni (Gai 3.196-197), il quale espone la dottrina dei *veteres*, «llegando incluso a admitir la responsabilidad por hurto en el depósito» (p. 566).

³⁹ F. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Acerca*, cit., 401 s.

⁴⁰ F. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Acerca*, cit., 401: «Así, mentre que en el depósito de mantiene la regla de que no hay hurto si el depositario usó creyendo que el depositante lo consentiría, en el comodato el jurista exige que el comodatario esté libre también de culpa. Así, si el comodatario razonablemente – es decir diligentemente – debería haber tenido conciencia de la oposición del comodante, aunque actúe sin dolo, responde por hurto ...». Secondo l'autore, la ragione di tale differenza di trattamento tra il comodatario e il depositario ai fini della configurazione del delitto di furto potrebbe derivare dal differente interesse contrattuale (nel deposito, l'interesse è del deponente, mentre nel comodato è del comodatario), tale da giustificare appunto una maggiore severità per il comodatario. Sulla non condivisibilità della tesi dello studioso, cfr. L. DESANTI, *Sapere*, cit., 25 nt. 25.

Dello stesso avviso del Fernández de Buján, sembra fosse già S. SOLAZZI, *Recensione*, cit., 1955, 266, il quale, nella sua rigida critica al passo, affermava che «se il commodatario avesse colposamente errato nell'interpretare la volontà del proprietario, egli sarebbe tenuto con l'*a. furti*» (poche frasi dopo, invero, lo studioso sembra contraddirsi: «Se mancano la coscienza e la volontà di trasgredire le regole dell'*usus*, l'*actio furti* è negata; pur mancando quella coscienza e quella volontà, è concepibile che il commodante possa chiedere un indennizzo per le lesioni subite con la concessione di un uso più grave o più lungo del pattuito»). Per una critica a tale affermazione dello studioso, vd. F. PASTORI, *Gaio*, cit., 299 nt. 16 (vd. anche *supra*, nt. 5). Sul punto, vd. anche P. ZANNINI, *Spunti*, cit., 129 s. nt. 29, secondo il quale, in caso di «abuso circa l'utilizzazione della *res commodata*, si doveva indagare, ai fini dell'esperibilità dell'*actio furti*, se il comodatario avesse o meno agito con la 'ragionevole' convinzione che tale suo comportamento, pur difforme da quello pattuito, sarebbe stato ugualmente consentito dal comodante, o comunque non sarebbe stato da lui vietato» (gli 'apici' sono miei).

tario è fatto in funzione della responsabilità contrattuale (fatta valere mediante l'*actio commodati*) e non di quella delittuale, la quale è presa in considerazione nella prima parte del passo ed esclusa dalla mancanza di dolo.

Né è plausibile il significato che il Maschi⁴¹ sembra attribuire alla frase «*sed nec depositi ullo modo tenebitur*». Secondo lo studioso, la mancata responsabilità del depositario non sarebbe assoluta, ma limitata al contratto di deposito. A suo parere, infatti, il depositario avrebbe risposto di un altro contratto, precisamente di comodato; ciò «semplicemente perché un deposito non è sorto giacché mai nel deposito può aversi uso della cosa e, ipotizzata la concessione dell'uso, non sarà sorto un deposito ma un comodato». Tuttavia, è lo stesso studioso a sostenere l'esistenza di una «incongruenza» tra la prima e la seconda parte del passo pomponiano (che egli lascia insoluta), in quanto la soggettiva convinzione del depositario che il deponente gli avesse concesso l'uso della cosa non sarebbe stata sufficiente ad escludere la sua responsabilità per il deposito, essendo necessario che il depositante avesse effettivamente concesso quest'uso. Tale 'incongruenza', però, verrebbe meno semplicemente attribuendo alla frase il significato, più immediato, secondo cui il depositario non sarebbe stato affatto responsabile contrattualmente (né cioè attraverso l'*actio depositi* né con altre azioni).

Non convincente, inoltre, è la tesi del Ferrini, secondo cui la «decisione si riporta evidentemente alla responsabilità per il caso fortuito»⁴². Dal passo, invero, non può ricavarsi quanto sostenuto dallo studioso. Qui infatti, a differenza dell'altro testo esaminato (... *interierit res* ...), non vi è alcun riferimento alla perdita della *res*, ma viene preso in considerazione il semplice uso non consentito della stessa, senza che vi fosse stato dolo; pertanto, la responsabilità presa in considerazione non può che essere quella per quell'uso⁴³.

Altra questione è stabilire quanto nel passo si possa far risalire a Quinto Mucio⁴⁴. Secondo il Cerami⁴⁵, la soluzione pomponiana rispecchierebbe fedelmente, almeno nella sostanza⁴⁶, il pensiero muciano. Lo studioso fonda il suo assunto sulla constatazione che la

⁴¹ C.A. MASCHI, *La categoria*, cit., 301 (vd. anche pp. 302 ss., in cui lo studioso, per corroborare la sua tesi, analizza le fattispecie, presenti nelle fonti, nelle quali un deposito, in cui veniva concesso l'uso della *res*, si trasformava in altro negozio).

⁴² C. FERRINI, *Storia*, cit., 149. Egli infatti era dell'avviso che dovesse 'sempre' «ammettersi l'azione di comodato per estorcere al commodatario il vantaggio percepito da siffatta esorbitanza dall'uso concessogli», essendosi comunque «oltrepassati i confini oggettivi del contratto» (p. 150). Nello stesso senso, vd. R. DE RUGGIERO, *'Depositum vel commodatum'*, cit., 74 nt. 2. Ritengo invece che, in mancanza di colpa (o dolo per il depositario), solo qualora il comodatario (o il depositario) avesse ricevuto 'qualcosa' attraverso l'uso non consentito della *res* (ad es.: il denaro ricevuto dal terzo come canone, in caso di locazione), sarebbe stato obbligato a consegnarla al *dominus* – con l'*actio commodati* (o *depositi*) – (che vi fosse tale obbligo si può ricavare dalle fonti: vd., ad es., Ulp. 30 *ad ed.*, D. 16.3.1.47), altrimenti (in caso cioè di semplice godimento derivante dall'uso non consentito della *res*) non sarebbe stato obbligato in alcun modo.

⁴³ Di tale avviso era anche R. DE RUGGIERO, *'Depositum vel commodatum'*, cit., 74 s., il quale riteneva comunque possibile la 'congettura' del Ferrini.

⁴⁴ Sulle difficoltà di tale individuazione, eloquenti sono le parole di C.A. MASCHI, *La categoria*, cit., 299: «non sappiamo di preciso fin dove arrivava Q. Mucio e quanto sia ulteriore elaborazione della materia attribuibile a Pomponio». Cfr. A. PERNICE, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, II.22, Halle, 1900, rist. Aalen, 1963, 156.

⁴⁵ P. CERAMI, *Il comodato*, cit., 323 s. [= *Il comodato nella storia*, cit., 311 ss.]. Nello stesso senso, già P. ZANNINI, *Spunti*, cit., 98 s., il quale, pur non escludendo che la seconda parte appartenga a Pomponio, sottolinea non solo che la prima frase, senza la seconda, costituirebbe una «soluzione ... che parrebbe di per sé piuttosto ovvia e scontata», ma anche che l'opera di Pomponio avendo – come risulterebbe dall'*Index Florentinus* (*Index Flor.* 11.1) – come titolo «*Ad Quintum Mucium lectionum* βιβλία τριακονταεννέα», lascerebbe «supporre che esso rappresenti in realtà il portato di una semplice *lectio* di Pomponio ad *Quintum Mucium*».

frase «*qui re ... furti non tenetur*» – che egli ritiene appartenere al giurista repubblicano – «acquista pregnanza logica solo alla luce della seconda parte; diversamente si risolverebbe in un’asserzione tautologica, atteso che non si commette furto senza dolo»⁴⁷. La tesi dello studioso, però, non convince. Innanzi tutto, non mi sembra affatto che l’asserzione secondo cui non si commetteva furto d’uso se si fosse usata la cosa ritenendo di non agire *invito domino* sia «tautologica». Tant’è vero che Gaio – e così Giustiniano⁴⁸ –, nelle sue *Institutiones* (Gai 3.197)⁴⁹, riferisce proprio questo, commentando tale distinzione (tra chi avesse usato la *res* consapevole di usarla contro il volere del *dominus* e chi invece avesse ritenuto che il *dominus* avrebbe acconsentito a tale uso) in questo modo: «*optima sane distinctio, quod furtum sine dolo malo non committitur*»⁵⁰.

Inoltre, a mio avviso, la seconda frase non può che appartenere a Pomponio⁵¹. Qui, infatti, si discute sulla possibile responsabilità contrattuale del comodatario per l’uso difforme rispetto a quello concordato della *res*, riconoscendola nel caso in cui questi fosse stato

Tra i favorevoli all’attribuzione della seconda parte a Quinto Mucio, vd. A. PERNICE, *Labeo*, cit., 286 s.; C. FERRINI, «*Furtum usus possessionisve*», cit., 108 e nt. 1; P. ZANNINI, *Spunti*, cit., 98 s.; P. CERAMI, *Il comodato*, cit., 323 s. [= *Il comodato nella storia*, cit., 311 ss.]; R. CARDILLI, *L’obbligazione*, cit., 200 ss.; L. DESANTI, *Sapere*, cit., 29 nt. 38; nonché, sia pur in modo dubitativo, R. DE RUGGIERO, *‘Depositum vel commodatum’*, cit., 73 s.; E. DOMÍNGUEZ LÓPEZ, *La gratitud*, cit., 130 ss.

⁴⁶ E «a prescindere da ulteriori e successive modifiche testuali»: P. CERAMI, *Il comodato*, cit., 324 [= *Il comodato nella storia*, cit., 313]. Sul punto, vd. *supra*, nt. 6.

⁴⁷ P. CERAMI, *Il comodato*, cit., 324 [= *Il comodato nella storia*, cit., 313 s.].

⁴⁸ I. 4.1.7: *Placuit tamen eos, qui rebus commodatis aliter uterentur, quam utendas acceperint, ita furtum committere, si se intellegant id invito domino facere eumque, si intellexisset, non permissurum, ac si permissurum credant, extra crimen videri: optima sane distinctio, quia furtum sine affectu furandi non committitur*. Il testo riprende quasi fedelmente il passo gaiano, ad eccezione del riferimento all’*affectio furandi*, che viene a sostituire il *dolus malus*, presente in Gaio.

⁴⁹ Per il testo, vd. *supra*, nt. 8.

⁵⁰ Non condivisibili sono le critiche sull’inciso avanzate da S. SOLAZZI, *La responsabilità del comodatario nelle Istituzioni di Gaio*, in *Iura*, VI, 1955, ora in *Scritti di diritto romano*, V, Napoli, 1972, 636 s., che lo riteneva una glossa assieme alle frasi «*eumque ... non permissurum*» e «*at si permissurum ... videri*» (vd. anche ID., *Recensione*, cit., 266, in cui sosteneva che la chiusa fosse un «glossema di un imbecille»). Secondo F. PASTORI, *Gaio*, cit., 292 ss. (a cui fa seguito L. DESANTI, *Sapere*, cit., 32 nt. 46), la *distinctio* di cui parlava Gaio non era tra chi avesse utilizzato la *res* sapendo di agire *invito domino* e chi l’avesse utilizzata credendo che il *dominus* gli avrebbe dato il permesso, ma tra quanto affermato nel § 196 e nel § 197; si trattava quindi di una *distinctio* «che discriminava la posizione del comodatario da quella del depositario alla luce del concetto di dolo» (p. 294). Tale tesi, però, non convince. Se, infatti, attribuiamo a *distinctio* il significato di distinzione tra la disciplina dei *veteres* (contenuta nel § 196) e quella della giurisprudenza successiva (§ 197), non avrebbe alcun senso elogiarla con l’aggettivo *optima* (non può essere ottima una distinzione tra una disciplina vecchia e una nuova); se invece la si vuole intendere – come sembrerebbe fare il Pastori – nel senso di distinzione tra la posizione del depositario e quella del comodatario, non mi sembra che la frase «*quod furtum sine dolo malo non committitur*», che Gaio pone a giustificazione del suo commento positivo (*optima sane distinctio*), possa ben adattarsi.

⁵¹ In tal senso, vd. F. PASTORI, *Il comodato*, cit., 284 s.; G. SCHERILLO, voce *Comodato*, cit., 985 s. (il quale riteneva che «della *condictio furtiva* parlasse Quinto Mucio, mentre gli sviluppi sull’*actio commodati* sono di Pomponio», anche cioè quelli relativi all’altro testo); J. BELDA MERCADO, *La responsabilidad*, cit., 10 (nello stesso senso dello Scherillo). Vd. anche G. CICOGNA, *Ancora sull’uso del comodato*, in *BIDR*, XIX, 1907, 245 s., secondo il quale sarebbero appartenuti a Pomponio, oltre che l’intera seconda parte del testo, anche il riferimento all’elemento intenzionale come indispensabile per la configurazione del furto (mentre Quinto Mucio, a suo avviso, si sarebbe limitato a stabilire la regola, ‘in positivo’, secondo cui il comodatario che avesse usato la cosa in modo differente da

in colpa nel ritenere che il *dominus* avrebbe acconsentito a tale utilizzo. Ora, poiché con l'*actio commodati in factum* si poteva far valere solo la mancata restituzione della *res* (*si paret ... redditam non esse*)⁵², è chiaro che l'*actio commodati* di cui si discute nel testo non può che essere quella *in ius*⁵³, che era di buona fede⁵⁴. E la formula *in ius* dell'*actio commodati* è, secondo la migliore dottrina⁵⁵, più recente rispet-

quanto stabilito, avrebbe commesso furto); M. BRETONE, *Storia*, cit., 307, il quale ritiene che Pomponio abbia ripetuto la regola di Quinto Mucio, integrandola «in qualche misura», «soffermandosi sull'elemento psicologico nel furto del comodatario (e del depositario)» (cfr. ID., *I fondamenti*, cit., 65).

Non credo che la circostanza che nel passo di Gellio, riportante il parere di Quinto Mucio (Gell. 11.18.20; sul testo vd. *infra*, nt. 59), non si faccia riferimento all'*actio commodati* o *depositi* possa essere presa come prova della non considerazione da parte del giurista repubblicano della responsabilità contrattuale, in caso di furto d'uso. Gellio, infatti, si stava occupando solamente della responsabilità da furto e, quindi, è normale che non abbia fatto alcun riferimento alla responsabilità contrattuale (in tal senso, cfr. P. CERAMI, *Il comodato*, cit., 323 s. [= *Il comodato nella storia*, cit., 312]).

⁵² A cui però i giuristi classici affiancarono anche il caso in cui la cosa fosse stata deteriorata, ritenendo che non vi potesse essere una vera *restitutio*: vd., ad es., Ulp. 28 *ad ed.*, D. 13.6.3.1 (cfr., per l'*actio depositi in factum*, Ulp. 30 *ad ed.*, D. 16.3.1.16). Sulle formule *in factum* dell'*actio commodati* e di quella *depositi*, vd. M. MANTOVANI, *Le formule del processo privato. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano*², Padova 1999, 66.

⁵³ Cfr. C. FERRINI, *Storia*, cit., 126 (vd. anche pp. 149 s.); F. PASTORI, *Gaio*, cit., 298 s.; G. SCHERILLO, voce *Comodato*, cit., 987; M. SERRANO-VICENTE, *Custodiam praestare*, cit., 259. «Nel *quidquid dare facere oportet ex fide bona* rientra non soltanto la mancata restituzione dell'*eadem res*, ma altresì ogni possibile pregiudizio economico del comodante: ritardo, danneggiamento, uso indebito» (P. CERAMI, *Il comodato*, cit., 312 [= *Il comodato nella storia*, cit., 297]). Sulla formula dell'*actio commodati in ius*, vd. M. MANTOVANI, *Le formule*, cit., 52 (per l'*actio depositi in ius*: p. 51).

Non condivisibili sono i dubbi riguardanti la formula *in ius* dell'*actio commodati* presente nel nostro passo di E. DOMÍNGUEZ LÓPEZ, *La graduidad*, cit., 134, secondo la quale potrebbe ben trattarsi invece della formula *in factum*. A suo avviso, infatti, il semplice uso non autorizzato della *res* non poteva essere invocato comunque come autonoma *causa petendi*, neanche con la formula *in ius*, in quanto occorreva, per assumere rilievo giuridico, che si materializzasse in una perdita o in una distruzione o in un deterioramento della cosa. L'a., sul punto, pone l'accento sul fatto che l'azione con formula *in ius*, data la presenza della sigla 'NR' ('*nisi restituat*': P.E. HUSCHKE, *Studien des Römischen Recht*, I, Breslau, 1830, 316. Tale sigla è contenuta nel Codice Veronese, relativamente alla formula dell'*actio depositi in ius*: Gai 4.47), non sarebbe potuta essere esercitata in caso di restituzione della *res*, e, quindi, non sarebbe stata in grado di sanzionare il mero utilizzo (senza alcun deterioramento) non consentito della *res*. Come è stato già evidenziato, però, non è accettabile la presenza della clausola restitutoria per due motivi: l'inutilità di tale clausola, data l'ampiezza dei poteri attribuiti al giudice nei *iudicia bonae fidei*; l'errata collocazione di essa, che avrebbe dovuto precedere e non seguire la *condemnatio* (vd., tra i tanti, G. ROTONDI, *Contributi alla storia del contratto di deposito nel diritto romano*, I, *Le due formole classiche dell'actio depositi*, in *RISG*, XLV, 1908, ora in *Scritti giuridici*, II, cit., 7; C.A. MASCHI, *La categoria*, cit., 161 s. e 162 s. nt. 32; G. GANDOLFI, *Il deposito*, cit., 77 ss.; P. CERAMI, *Il comodato*, cit., 312 [= *Il comodato nella storia*, cit., 297]; D. MANTOVANI, *Le formule*, cit., 51. *Contra*, tra gli altri, A. METRO, *L'obbligazione*, cit., 135 s. nt. 122 [con qualche dubbio]; C.M. TARDIVO, *Studi*, cit., 247 ss.). Inoltre, a voler ammettere l'esistenza di tale clausola, si sarebbe avuta come conseguenza che l'*actio in ius* avrebbe di fatto sanzionato solo la mancata restituzione della *res*, venendo meno quello che – secondo l'opinione preferibile (vd., per tutti, F. PASTORI, *Il comodato*, cit., *passim*, spec. 140 ss.) – è stata la *ratio* dell'introduzione della nuova formula accanto a quella *in factum* (cioè il sanzionare quelle situazioni a cui la precedente azione non poteva riferirsi, come il ritardo, l'uso indebito, e il danneggiamento). Pertanto, la clausola restitutoria si deve ritenere un errore del copista (vd. G. ROTONDI, *Contributi*, I, cit., 7; C.A. MASCHI, *La categoria*, cit., 162 nt. 32. Secondo il G. GANDOLFI, *Il deposito*, cit., 77, si sarebbe trattato invece di un glossema «in funzione meramente esplicativa o di *memorandum*», poi inserito nel testo dal copista). L'esistenza di tale clausola, inoltre, renderebbe inspiegabile Lab. 2 *Pith.*, D. 16.3.34, in cui viene riconosciuta l'*actio depositi* contro il depositario che aveva richiesto e ottenuto del denaro dal depositante per restituirgli la *res*, che aveva poi consegnato senza alcun deterioramento. Inoltre, contro la tesi di Domínguez López, secondo cui nell'*actio commodati in ius* non si sareb-

to a quella *in factum*, essendo sorta verosimilmente nel I sec. d.C.⁵⁶, ben oltre comunque l'epoca di Quinto Mucio⁵⁷. Pertanto, la parte finale del passo è senz'altro di fattura pomponiana.

be potuto sanzionare il mero abuso, senza deterioramento, osta un passo di Ulpiano riguardante l'*actio depositi in ius*, Ulp. 30 *ad ed.*, D. 16.3.1.38, in cui viene riconosciuta l'azione contro il depositario che avesse letto le tavole testamentarie *pluribus praesentibus*, nonostante le tavole fossero rimaste, intatte, a disposizione del deponente. Sul punto, cfr. F. SCOTTI, *Il deposito*, cit., 34 nt. 140, secondo cui «il depositario risponde per la sola ragione di aver dolosamente usato la cosa».

⁵⁴ Sull'esistenza di queste due formule – la prima più antica, la seconda più recente –, vd., tra gli altri, C. FERRINI, *Storia*, cit., 81 ss.; R. DE RUGGIERO, '*Depositum vel commodatum*', cit., 11 ss.; G. SEGRÈ, *Sull'età dei giudizi di buona fede di comodato e di pegno*, in *Studi in onore di C. Fadda*, VI, Napoli, 1906, 331 ss., ora in *Scritti vari di diritto romano*, Torino, 1952, 348 ss.; F. PASTORI, *Il comodato*, cit., 59 ss.; ID., *Sulla duplicità formulare dell'«actio commodati»*, in *Labeo*, II, 1956, 89 ss.; G.I. LUZZATTO, «*Commodati ... vel contra*», in *Labeo*, II, 1956, 357 ss.; G. SCHERILLO, voce *Comodato*, cit., 986 ss.; C.A. MASCHI, *La categoria*, cit., 150 ss.; C.M. TARDIVO, *Studi*, cit., 225 ss.; R. ROBAYE, *L'obligation*, cit., 74; E. DOMÍNGUEZ LÓPEZ, *La gratuidad*, cit., 59 ss.; J. ZABLOCKI, «*Ex fide bona*» nella formula del comodato, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese. Padova, Venezia, Treviso 14-16 giugno 2001*, a cura di L. Garofalo, IV, Milano, 2003, 456 ss.; M. SERRANO-VICENTE, *Custodiam praestare*, cit., 174 ss.; B. VERONESE, *Buona fede e duplicità delle tutele processuali nei contratti di deposito e comodato*, in '*Actio in rem*' e '*actio in personam*'. In ricordo di M. Talamanca, a cura di L. Garofalo, II, Padova, 2011, 263 ss. Per le fonti, vd., in particolare, Gai 4.47; Paul. 6 *ad Sab.*, D. 17.2.38 pr.; I. 4.6.28. *Contra*, per la negazione dell'esistenza della formula *in ius*, vd., per tutti, A. D'ORS, *Observaciones sobre et «dictum de rebus creditis»*, in *SDHI*, XIX, 1953, 181 ss.; J. PARICIO, *La pretendida fórmula «in ius» del comodato en el Edicto pretorio*, in *RIDA*, XXIX, 1982, 235 ss.; ID., *Una nota complementaria sobre la pretendida fórmula de buena fe del comodato (Contraposición entre D. 13, 6, 13 pr. y D. 12, 6, 17, 5)*, in *Studi in onore di A. Biscardi*, VI, Milano, 1987, 355 ss. (il quale, però, ha modificato nel tempo la sua opinione: vd. ID., *Genesi e natura dei «bonae fidei iudicia»*, in *Atti del Convegno «Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico» (Siena, Certosa di Pontignano 13-15 dicembre 2001)*, in *Rivista di diritto online*, I, 2001 [<http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/index.html?/rivistadirittoromano/attipontignano.html>], 209 e nt. 14, 211 s., 214; ID., '*Formulae commodati*', in *Iuris vincula. Studi in onore di M. Talamanca*, VI, Napoli, 2000, 163 ss.). Alcuni hanno riconosciuto l'esistenza di un'*actio commodati in ius*, ma non di buona fede: vd., tra gli altri, E. LEVY, *Zur Lehre von den sogenannten actiones arbitrariae*, in *ZSS*, XXXVI, 1915, 1 ss.; ID., *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, II.1, Berlin, 1922, rist. Aalen, 1964, 52 ss.; M. KASER, *Mores maiorum und Gewohnheitsrecht*, in *ZSS*, LIX, 1939, 71 e nt. 1. Altri, per spiegare l'omissione dell'*actio commodati* dall'elenco gaiano dei *iudicia bonae fidei* (Gai 4.62), hanno sostenuto che l'*actio commodati in ius*, pur essendo di buona fede, non rientrasse tra i *iudicia bonae fidei*, come sarebbe confermato dalla posizione editale del comodato, rientrante nel titolo «*De rebus creditis*», e non in quello «*De bonae fidei iudiciis*»: vd. V. ARANGIO-RUIZ, *Le formule con demonstratio e la loro origine*, in *Studi economico-giuridici dell'Università di Cagliari*, IV, 1912, ora in *Scritti di diritto romano*, I, Napoli, 1974, 339 ss. (tesi ritenuta verosimile da A. METRO, *L'obbligazione di custodire nel diritto romano*, Milano, 1966, 159 nt. 174).

Per quanto riguarda i motivi che portarono all'introduzione della *formula in ius*, essi vanno individuati nell'impossibilità di sanzionare il ritardo, l'abuso della cosa e il deterioramento: sul punto, vd., per tutti, F. PASTORI, *Il comodato*, cit., *passim*, spec. 140 ss.

⁵⁵ Risulta ormai del tutto superata la tesi, avanzata in passato, secondo cui l'*actio in factum* sarebbe stata successiva a quella *in ius*: tra i sostenitori, vd. A. THON, *Zur Lehre von den in factum actiones*, in *ZRG*, II, 1863, 293; O. KARLOWA, *Römische*, cit., 603 s.

⁵⁶ Tra coloro che la collocano tra la fine del I e l'inizio del II secolo d.C., vd. G. SEGRÈ, *Sull'età dei giudizi di buona fede di comodato e pegno*, in *Studi giuridici in onore di C. Fadda*, VI, Napoli, 1906, 331 ss., ora in *Scritti vari di diritto romano*, Torino, 1952, 61 ss.; G. SCHERILLO, voce *Comodato*, cit., 987 s.; C.A. MASCHI, *La categoria*, cit., 218 ss., spec. 225; P. CERAMI, *Il comodato*, cit., 311, 325 [= *Il comodato nella storia*, cit., 295 s., 314] (che non esclude «che essa sia stata suggerita da Giuvenzio Celso figlio»: p. 311 [= *Il comodato nella storia*, cit., 296]); J. PARICIO, '*Formulae commodati*', cit., 183 s. (che ha modificato la sua precedente opinione, che

Non escluderei, inoltre, che anche la prima frase fosse propria del giurista antoniniano⁵⁸. Dalle fonti, infatti, sembrerebbe che la particolare attenzione all'elemento doloso nell'ambito del furto si fosse avuta con Sabino⁵⁹. Risulta quindi difficile accettare l'ipotesi

negava l'esistenza della *formula in ius* dell'*actio commodati*: vd. *supra*, nt. 54). Tra quelli che invece la considerano di età labeoniana, vd. M. KASER, *Quanti ea res est*, München, 1935, 71 ss.; P. VOCI, *La dottrina romana del contratto*, Milano, 1946, 76.

Riguardo alla formula *in ius* dell'*actio depositi*, anch'essa ritenuta giustamente posteriore a quella *in factum* (e precedente all'*actio commodati in ius*), sembrerebbe (così come quella dell'*actio commodati*) essere conosciuta da Sabino – vd. Paul. 6 *ad Sab.*, D. 17.2.38. Sul passo, però, sono stati avanzati gravi dubbi sulla sua classicità: vd., ad es., R. DE RUGGIERO, '*Depositum vel commodatum*', cit., 36 ss.; per una sostanziale genuinità, vd., per tutti, V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, Napoli, 1949, 24) –, ma non da Cicerone (vd. *infra*, nt. seguente). Sulle due formule dell'*actio depositi* (e sulla posteriorità di quella *in ius*), vd., per tutti, G. ROTONDI, *Contributi*, I, cit., 1 ss.; G. GANDOLFI, *Il deposito nella problematica della giurisprudenza romana*, Milano, 1976, 88 ss.; e, tra i più recenti, B. VERONESE, *Buona fede*, cit., 263 ss. G. ROTONDI, *Contributi*, I, cit., 39, però, era dell'avviso che l'*actio in ius* fosse sconosciuta a Sabino, ritenendo il passo contenente il riferimento al giurista interpolato (ipotesi che sembrerebbe non escludere, tra i recenti, F. SCOTTI, *Il deposito nel diritto romano. Testi con traduzione italiana e commento*, Torino 2008, 7 nt. 29: «È anche possibile, come sostengono alcuni, che l'azione *in ius* venga introdotta in piena età classica o, addirittura, in età giuliana» [ne attribuiva la paternità a Giuliano J. BURILLO, *Las formulas de la 'actio depositi'*, in *SDHI*, XXVIII, 1962, 284]. Sul punto, cfr. C.A. MASCHI, *La categoria*, cit., 221 ss., il quale pur ritenendo il passo verosimilmente interpolato, non escludeva del tutto che Sabino avesse conosciuto l'*actio depositi* [e *commodati*] *in ius*, datando tale azione [e quella di comodato], comunque, tra la seconda metà del I sec. e la prima metà del II sec. d.C., fino all'età di Celso, il quale sicuramente la conosceva), collocandone la data nella «seconda metà del primo secolo dell'impero» (p. 45), e comunque in un periodo precedente all'introduzione dell'*actio commodati in ius* (pp. 42 ss.); secondo G. GANDOLFI, *Il deposito*, cit., 88 ss., invece, l'*actio in ius* sarebbe conosciuta non solo da Sabino, ma, sulla base di Lab. 2 *pith.*, D. 16.3.34, anche da Labeone, ritenendo quindi che essa «già esistesse all'inizio del principato» (p. 89).

⁵⁷ In senso contrario, vd. A. SACCOCCIO, *Si certum petetur. Dalla condictio dei veteres alle conditiones giustiniane*, Milano, 2002, 487 nt. 4: «l'*actio commodati in ius* è probabilmente nota già a Q. Mucio: si può argomentare da D.13,1,1,16, *Pomp.*, 38 *ad Q. Muc.*». Lo studioso, dunque, sembrerebbe fondare la sua convinzione proprio dall'assunto che il riferimento all'*actio commodati* nel nostro passo sia di fattura muciana. Tuttavia, osta a tali convinzioni il fatto che negli elenchi ciceroniani delle azioni in buona fede (Cic. *off.* 3.17.70; *top.* 10.42; 17.66; *nat. deor.* 3.30.74) non compare l'*actio commodati* (né l'*actio depositi*).

⁵⁸ In tal senso, vd. P. HUVELIN, *Études*, cit., 786 s. nt. 7; G. CICOGLIA, *Ancora sull'uso*, cit., 245 s.; M.J. GARCÍA GARRIDO, *El furtum usus*, cit., 566; L. PARICIO SERRANO, *La responsabilidad*, cit., 462 ss.; O. MILELLA, *Il consenso*, cit., 410. Sembrerebbe essere di tale avviso anche M. BRETONE, *Storia*, cit., 307 (vd. *supra*, nt. 52). In senso contrario, vd., tra gli altri, A. PERNICE, *Labeo*, cit., 286 s.; C. FERRINI, «*Furtum usus possessionis*», cit., 108 e nt. 1; F. HAYMANN, *Textkritische*, cit., 182; G. SCHERILLO, voce *Comodato*, cit., 986 nt. 55; P. ZANNINI, *Spunti*, cit., 98; P. CERAMI, *Il comodato*, cit., 324 [= *Il comodato nella storia*, cit., 312]; E. DOMÍNGUEZ LÓPEZ, *La gratuidad*, cit., 139; L. DESANTI, *Sapere*, cit., 27 ss. F. PASTORI, *Gaio*, cit., 294, modificando una precedente opinione (ID., *Il comodato*, cit., 283 ss.), in cui attribuiva senz'altro a Quinto Mucio le parole contenute nell'intera prima parte del passo (ad esclusione del riferimento al deposito ritenuto interpolato), si domandava se fosse stato Quinto Mucio a considerare la responsabilità del furto d'uso alla luce del concetto di dolo o, piuttosto, ciò appartenesse alla successiva giurisprudenza.

⁵⁹ Vd. Gell. 11.18.20: *Verba sunt Sabini ex libro iuris civilis secundo: 'qui aliena rem adtrexavit cum id se invito domino facere iudicare deberet, furti tenetur'*. Il passo, famosissimo, è di fondamentale importanza per la ricostruzione dell'elemento soggettivo del furto. Vd., per tutti, P. HUVELIN, *Études*, cit., 704 ss.; B. ALBANESE, *La nozione del furtum*, cit., 282 e nt. 445; ID., *La nozione del «furtum» nell'elaborazione dei giuristi romani*, in *Jus*, IX, 1958, ora in *Scritti giuridici*, I, Palermo, 1991, 322. Sul punto, cfr. L. DESANTI, *Sapere*, cit., 18 ss., la quale ritiene – conformemente a F. SCHULZ, *Classical Roman Law*, Oxford, 1954, 580 [vd. anche, tra gli altri, M.A. FENOCCHIO, *Sulle tracce del delitto di furtum. Genesi sviluppi vicende*, Napoli, 2008, 128 s. nt. 250, 370 s. Già P. HUVELIN, *Études*, cit., 705 s., pur ritenendo che la

che già un secolo prima si fosse operata una valutazione concreta del dolo con riguardo ad un caso così particolare. D'altronde Gellio, nel riportare il parere di Quinto Mucio, non fa alcun accenno alla rilevanza dell'elemento intenzionale⁶⁰.

Per quanto riguarda invece la misura della condanna che sarebbe stata inferta al comodatario che avesse utilizzato la *res* in modo difforme da quello concordato, e che fosse stato in colpa nel presumere che il proprietario avrebbe acconsentito, è chiaro che, in caso di restituzione della *res* (senza alcun deterioramento), si sarebbe tenuto conto non del valore della *res*, ma dell'uso non autorizzato della stessa. Il comodatario, cioè, avrebbe dovuto rispondere, oltre che per eventuali guadagni ricevuti dall'utilizzo della *res*, «anche del

regola sabiniana si estendesse ad un ambito generale, era dell'avviso che essa fosse maggiormente inerente al cd. *furtum improprium*] – che la regola enunciata da Sabino riguardasse precipuamente il furto d'uso. Se pure il giurista, con l'utilizzo del termine «*adtractavit*», abbia sicuramente voluto ricomprendere anche tale ipotesi, non mi sembra che da esso si possa evincere chiaramente (anche perché non mi pare certo che il termine fosse usato con un significato più ristretto, e meno intenso, rispetto a quello di *concretare*: vd. Liv. 28.24.14) che egli stesse facendo riferimento proprio al furto d'uso (né mi sembrano probanti i rilievi fatti da L. DESANTI, *Sapere*, cit., 19, secondo cui il passo gelliano «si collocava in uno squarcio dedicato ad ipotesi di furto senza sottrazione clandestina» [vd. anche pp. 19 s. nt. 10]; a me sembra, invero, che Gellio stesse semplicemente delimitando i confini della fattispecie delittuosa).

È chiaro che il furto, anche prima di Sabino, era pur sempre considerato come un fatto doloso, ma evidentemente fu con questo giurista che si diede maggiore considerazione alla volontà interna di colui che sottraeva la cosa, per escludere appunto la responsabilità per quei casi che in precedenza venivano invece puniti come furto. Vd. B. ALBANESE, voce *Furto (storia)*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1969, 317: «Sotto il profilo subiettivo, la giurisprudenza approfondisce specificamente il generico, precedente, requisito del *dolus malus*. Si comincia con l'individuare il *dolus malus* tipico del *furtum* nell'*agere invito domino* (a partire da Sabino)».

⁶⁰ Gell. 6.15.2. Per il testo, vd. *supra*, nt. 8. Sul punto, cfr. O. MILELLA, *Il consenso*, cit., 410, il quale ha posto l'accento non solo sul mancato riscontro della riserva «*si existimavit se non invito domino id facere*» nel passo di Gellio, ma anche sul fatto che essa «somiglia troppo alla formula sabiniana (così come è riferita dallo stesso autore in 11, 18, 20), per poter essere attribuita al giurista repubblicano». A mio avviso, un ulteriore indizio sulla mancata attenzione da parte di Quinto Mucio all'elemento intenzionale nel furto d'uso è possibile ricavare da Gai 3.196-197. Gaio, infatti, dopo aver riportato il parere dei *veteres*, riguardante il comodatario che avesse portato un cavallo in guerra, commettendo in tal modo furto, introduce, con l'espressione «*placuit tamen*», la *distinctio*, ritenuta «*optima*», tra chi avesse usato la cosa consapevole di andare contro la volontà del *dominus* e chi invece l'avesse fatto ritenendo che il *dominus* avrebbe dato il suo assenso. Il *placuit*, dunque, non sembra si riferisca ai *veteres* (di cui Quinto Mucio sembra farne parte: vd. Gai 1.188), come il «*tamen*», senza alcun pronome di riferimento a questi, sembrerebbe confermare, ma ad una giurisprudenza posteriore, verosimilmente a partire da Sabino. Sul riferimento alla dottrina sabiniana in Gai 3.197, cfr. P. HUVELIN, *Études*, cit., 786 (vd., però, p. 705, in cui l'a. aveva espresso il dubbio che nel paragrafo si facesse riferimento ad un orientamento precedente a Sabino); B. ALBANESE, *La nozione del furtum*, cit., 151; M.J. GARCÍA GARRIDO, *El furtum usus*, cit., 556, 566; L. DESANTI, *Sapere*, cit., 31 s., secondo la quale, tuttavia, l'elemento intenzionale sarebbe stato già considerato da Quinto Mucio, ma 'in senso negativo', cioè per escludere la configurabilità del furto, mentre Sabino, traendo spunto da tale impostazione, avrebbe introdotto una enunciazione (ripresa da Gaio appunto nel § 197), riguardante l'elemento intenzionale, 'in senso positivo', cioè per la configurabilità del furto. A favore invece del riferimento all'insegnamento di Quinto Mucio, vd., per tutti, F. PASTORI, *Il commodato*, cit., 283 s. (il quale, però, ha poi modificato la sua netta posizione in una molto più dubitativa in *ID.*, *Gaio*, cit., 292 ss. e 294 s. nt. 3); E. DOMÍNGUEZ LÓPEZ, *La gratuidad*, cit., 131 nt. 33.

vantaggio indiretto e non apparente» che gli avesse procurato l'uso della cosa, avendogli fatto risparmiare, ad esempio, le spese di no-lo⁶¹. E ciò era ben possibile dato il carattere di buona fede dell'*actio in ius*.

Un'ultima annotazione. Dal passo si può dedurre che il detentore che avesse commesso furto d'uso, versando in dolo, sarebbe stato sempre responsabile 'contrattualmente'. Ciò sembrerebbe essere in contrasto con quanto è stabilito nel primo passo, ove – come abbiamo visto – viene riferito che il comodatario e il depositario non sempre rispondevano rispettivamente con l'*actio commodati* e quella *depositi*, in caso di perimento della *res* successivo ad un furto d'uso. Tuttavia, questa apparente antinomia trova, a mio avviso, spiegazione nel fatto che Pomponio, nel primo testo, stava considerando esclusivamente la responsabilità per la perdita della cosa, mentre nel secondo la responsabilità per l'uso non consentito. In altre parole, il giurista, nel sostenere che il comodatario e il depositario non erano sempre tenuti con l'azione contrattuale per la perdita della *res*, non voleva intendere che essi, nei casi in cui non erano tenuti, non rispondevano affatto contrattualmente per l'uso non consentito. Si trattava semplicemente di una questione (quella della responsabilità per l'uso) che Pomponio aveva lasciato in sospeso, affrontandola nel secondo passo⁶².

4. In conclusione, a parte i rilievi formali, non vi sono elementi tali da escludere la genuinità sostanziale dei due passi. Inoltre, per quanto riguarda la questione della paternità di Quinto Mucio o di Pomponio dei riferimenti all'*actio commodati* e *depositi*, è certo che, almeno quelli in D. 47.2.77(76) pr.⁶³, appartengono al giurista antoniniano, dato che si tratta di azioni di buona fede, non conosciute da Quinto Mucio.

Attraverso l'analisi dei due frammenti, inoltre, riusciamo a comprendere i confini della responsabilità contrattuale in cui sarebbero incorsi il comodatario e il depositario che avessero commesso *furtum usus* sulla *res* ricevuta. Questi infatti, sarebbero stati immediatamente responsabili, mediante l'esercizio dell'*actio commodati* o dell'*actio depositi in ius* (di buona fede), e la loro condanna sarebbe stata

⁶¹ Vd. C. Ferrini, *Storia*, cit., 149. Sul punto, vd. anche le considerazioni fatte *supra*, nt. 52. Per quanto riguarda, invece, la misura della condanna dell'*actio furti*, sembrerebbe, invece, che fosse sempre commisurata al doppio del valore della cosa, né le fonti permettono di ipotizzare una misura differente – come invece fa F. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Acerca*, cit., 407 s. –, che tenesse conto, anziché del valore della cosa, di quello relativo all'uso indebito o – come ritiene lo studioso (p. 407) – del «perjuicio irrogado por la utilización indebida».

⁶² Ciò, forse, potrebbe trovare conferma nella frase finale del passo, «*is, cum quo depositi agetur*», ove viene preso in considerazione l'esperimento dell'azione contro il depositario, che non si spiegherebbe se questo non fosse affatto tenuto, ma che avrebbe un senso, considerando appunto che il deponente avrebbe potuto comunque agire per il semplice uso non consentito.

La questione si potrebbe spiegare altresì, ipotizzando che Pomponio stesse considerando, nel primo testo, le azioni *commodati* e *depositi*, *in factum*, mentre nel secondo quelle *in ius* (per la diversità delle azioni nei due testi, vd. F. PASTORI, *Gaio*, cit., 298 s., 300 nt. 17. Vd. però le osservazioni fatte *supra*, nt. 4, relativamente al motivo per cui lo studioso riteneva che in D. 13.1.16 si parlasse di *actio in factum*). Non mi sembra probabile, però, che il giurista, in due passi verosimilmente consecutivi (nella ricostruzione di O. LENEL, *Palingenesia*, II, cit., 78 [Pomp. 321], sono infatti raccolti insieme, e precisamente D. 13.6.1.13 prima di D. 47.2.77[76] pr., anche se non sappiamo se vi fossero altre parti del commentario pomponiano non utilizzate dai compilatori; anche in tal caso comunque i testi, per il loro contenuto, non dovevano essere molto distanti), avesse trattato di due tipologie di azioni differenti.

⁶³ Non sappiamo per certo se anche nell'altro testo tali riferimenti appartenessero a Pomponio o al giurista repubblicano. Dalle considerazioni fatte *supra*, nt. precedente, sarei propenso ad attribuire anche questi al giurista posteriore.

parametrata, non al valore della *res*, ma all'uso non autorizzato della stessa. Inoltre, nel caso in cui, successivamente al furto d'uso, la cosa fosse perita per causa a loro non imputabile, essi non sarebbero stati responsabili 'contrattualmente' per tale perdita (ma solo mediante *condictio ex causa furtiva*), sempre che questa non fosse stata consequenziale all'uso non consentito della *res* (in tal caso, infatti, ne avrebbero risposto comunque). E il fatto che il detentore, che avesse commesso furto d'uso, non fosse immediatamente responsabile per la 'perdita' della *res* risulta essere – come abbiamo visto – di fondamentale importanza in caso di furto subito dallo stesso detentore/ladro, potendo questi – a differenza di quanto avveniva in caso di *furtum rei* (a seguito di *interversio possessionis*) – conservare la legittimazione attiva all'*actio furti* (qualora l'avesse avuta) e agire quindi contro il ladro.

ABSTRACT

Forti critiche e alcuni fraintendimenti nell'interpretazione dei due passi di Pomponio, D. 13.1.16 e D. 47.2.77(76) pr., hanno reso necessario un intervento che mirasse a individuare l'esatta portata dei due frammenti, data la loro importanza nell'ambito del *furtum usus*. In particolare, si è cercato di individuare la misura e i limiti della responsabilità del comodatario e del depositario in caso di uso illegittimo della *res* ricevuta, avendo particolare riguardo all'ipotesi che esso configuri *furtum usus*, evidenziando i diversi effetti rispetto al *furtum rei* realizzato dal detentore.

Harsh criticisms and some misunderstandings in the interpretation of two texts of Pomponius, D. 13.1.16 and D. 47.2.77 (76) pr., needed an intervention aimed at identifying the exact scope of the two fragments. This has been made necessary relative to their great importance in the realm of *furtum usus*. In particular, we tried to identify the extent and limits of liability of the bailee and of the depositary, in the case of unlawful use of the *res* receipt, having particular regard to the hypothesis that it constitutes *furtum usus*, highlighting the different effects compared to *furtum rei* made by the holder.

Parole chiave:

Furtum usus;
actio commodati;
actio depositi.

LUCIO PARENTI

Ricercatore di diritto romano e diritti dell'antichità
Università degli Studi di Teramo
e-mail: lparenti@unite.it