



TEORIA E STORIA DEL DIRITTO PRIVATO

RIVISTA INTERNAZIONALE ONLINE - PEER REVIEWED JOURNAL
ISSN: 2036-2528

Carlo Pelloso

**Sulla responsabilità contrattuale di *fullo* e
sarcinator nel II secolo d.C.: considerazioni a
margine del pensiero di C.A. Cannata**

Numero XIII Anno 2020
www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com

Proprietario e Direttore responsabile
Laura Solidoro

Comitato Scientifico

A. Amendola (Univ. Salerno), E. Autorino (Univ. Salerno), C. Corbo (Univ. Napoli Federico II), J.P. Coriat (Univ. Paris II), J.J. de Los Mozos (Univ. Valladolid), L. Garofalo (Univ. Padova), P. Giunti (Univ. Firenze), L. Loschiavo (Univ. Teramo), A. Petrucci (Univ. Pisa), P. Pichonnaz (Univ. Fribourg), J.M. Rainer (Univ. Salzburg), S. Randazzo (Univ. LUM Bari), L. Solidoro (Univ. Salerno), J.F. Stagl (Univ. de Chile), E. Stolfi (Univ. Siena), V. Zambrano (Univ. Salerno).

Comitato Editoriale

A. Bottiglieri (Univ. Salerno), M. d'Orta (Univ. Salerno), F. Fasolino (Univ. Salerno), L. Gutiérrez Massón (Univ. Complutense de Madrid), L. Monaco (Univ. Campania L. Vanvitelli), M. Scognamiglio (Univ. Salerno), A. Trisciunglio (Univ. Torino)

Redazione

P. Capone (Univ. Napoli Federico II), S. Cherti (Univ. Cassino), C. De Cristofaro (Univ. Salerno), N. Donadio (Univ. Milano), P. Pasquino (Univ. Salerno)

Segreteria di Redazione

C. Cascone, G. Durante, S. Papillo

Sede della Redazione della rivista:

Prof. Laura Solidoro
Via R. Morghen, 181
80129 Napoli, Italia
Tel. +39 333 4846311

Con il patrocinio di:



Ordine degli Avvocati di Salerno



Dipartimento di Scienze Giuridiche
(Scuola di Giurisprudenza)
Università degli Studi di Salerno

Aut. Tr. Napoli n. 78 del 03.10.2007

Provider

Aruba S.p.A.

Piazza Garibaldi, 8

52010 Soci AR

Inscr. Cam. Comm. N° 04552920482 – P.I. 01573850616 – C.F. 04552920482

**Sulla responsabilità contrattuale
di *fullo* e *sarcinator* nel II secolo d.C.:
considerazioni a margine del pensiero di C.A. Cannata***

SOMMARIO: 1. *Culpa* e *custodia* nella ricostruzione del sistema classico di responsabilità contrattuale: il contributo di C.A. Cannata – 2. Il problema della cd. responsabilità senza colpa alla luce dell'*utilitas contrabentium* in età classica – 3. La responsabilità del *fullo* e del *sarcinator*: muovendo dalle Istituzioni di Gaio – 4. La responsabilità oggettiva *ex recepto* ed *ex contractu* tra 'naturalità' e 'accidentalità' – 5. Pagamento della mercede e ascrizione oggettiva al *conductor operis* della responsabilità contrattuale – 6. *Utilitas contrabentium*, responsabilità e tipo contrattuale in concreto.

1. '*Culpa*' e '*custodia*' nella ricostruzione del sistema classico di responsabilità contrattuale: il contributo di C.A. Cannata

Le pagine, molte e dense, che Carlo Augusto Cannata ha dedicato alla responsabilità contrattuale e, più ancora, ai confini tutt'altro che netti e lineari tra il criterio soggettivo della *culpa* e quello, antitetico, relativo al *custodiam praestare* sono non solo il frutto di un pensiero analitico e rigoroso che persuade o, comunque, ispira e costringe a riflettere (e che talora induce addirittura l'autore stesso a ricredersi e a riformularsi), ma anche una testimonianza cristallina di scrittura tanto limpida nella prosa quanto lucida nell'esposizione propositiva ed equilibrata nella critica a

* Il presente saggio, per le tematiche trattate, si inserisce nell'attività di ricerca del Team 'Diritto & Azione' nell'ambito del Progetto di Eccellenza 'Diritto, Cambiamenti e Tecnologie' del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Verona.

posizioni altrui¹. Non è certo per piaggeria che, anche di recente, si è scritto con convinzione che «after the studies of Carlo Augusto Cannata nothing more can be said about the essence, meaning and development of *custodiam praestare*»². Concordo: al più si potranno precisare intuizioni lasciate indimostrate, puntualizzare tesi poco elaborate, riformulare argomentazioni o ipotizzare – per giungere a risultati analoghi – percorsi logici differenti, così come si potranno colmare lacune rispetto a temi inesplorati o a fonti non considerate nel dettaglio, ma il pensiero dello studioso in tema di responsabilità contrattuale è un imprescindibile caposaldo, un monumento esemplare di magisterio e dottrina.

Quando negli anni Sessanta Cannata dava alle stampe la breve, ma indiscutibilmente influente³, monografia che condensava le sue *Ricerche*

¹ C.A. CANNATA, *Ricerche sulla responsabilità contrattuale nel diritto romano*, I, Milano, 1966, *passim*; ID., *Per lo studio della responsabilità per colpa nel diritto romano classico*, Milano, 1969, *passim*; ID., *La responsabilità contrattuale*, in *Derecho romano de obligaciones. Homenaje a J.L. Murga Gener*, Madrid, 1994, 143 ss.; ID., *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano (materiali per un corso di diritto romano)*, Catania, 1996, *passim*.

² S. KORDASIEWICZ, ‘*Receptum nautarum*’ and ‘*praestare custodiam*’ revisited, in *RIDA*, 58, 2011, 193 s. Va subito precisato come il sostantivo *custodia* nelle fonti romane, tanto letterarie quanto giuridiche, si rinvenga in plurime accezioni fra le quali quella ‘tecnica’ e ‘classica’, ovverosia volta, secondo alcuni, a denotare un tipico criterio di imputazione della responsabilità debitoria contrattuale o, secondo altri, ad alludere attraverso la menzione della condotta a un dato regime (come, ad esempio, emerge dagli scritti sulla responsabilità di Cannata). Nel significato di ‘attività materiale di vigilanza’, ‘guardia’, ‘protezione’, cfr. *Plaut. Merc.* 233, *Capt.* 457, *Most.* 406, *Rud.* 625, 696; *Apul.* 2.22, 7.13, 9.1, 9.17, 10.14; *D.* 7.1.73; *D.* 41.2.51; *D.* 47.2.52.12; *C.* 9.4.2 pr.; *C.* 12.57.1; *Gai* 1.104; nel significato di ‘potere su cose e/o persone’, cfr. *D.* 36.4.5 pr.; *D.* 37.9.1.17; *D.* 41.1.3.2; *D.* 41.2.3.13; *D.* 41.2.3.23; *D.* 41.2.47; *D.* 42.4.12; *Gai* 2.67. Per il verbo *custodire*, cfr. *C.* 5.3.20.7 (uso metaforico indicativo dell’osservanza), nonché il celebre *D.* 16.3.1 pr. (in tema di deposito). V., entro una letteratura italiana e straniera immensa, per una esaustiva rassegna bibliografica, M. SERRANO-VICENTE, ‘*Custodiam praestare*’. *La prestación de custodia en el derecho romano*, Madrid, 2006, 61 ss.

³ Basti pensare all’influsso esercitato da Cannata sulla monografia di M. SERRANO-VICENTE, ‘*Custodiam*’, cit., 307 (massimamente là ove sostiene che «toda la época clásica, la custodia se entiende como una actividad – técnica – y no como un criterio de responsabilidad»), o sui lavori di R. FERCIA, *Criteri di responsabilità dell’*exercitor*. *Modelli culturali dell’attribuzione di rischio e «regime» della nosaltà nelle azioni penali ‘in factum contra nautas, caupones et stabularios’*, Torino, 2002, 175 ss., 202 ss.; ID., *La responsabilità per*

sulla responsabilità contrattuale nel diritto romano, la romanistica dei secoli XIX e XX aveva già sperimentato e conosciuto, in tema di *custodia*

fatto di ausiliari nel diritto romano, Padova, 2008, 249 ss. (anzitutto con riguardo all'impostazione in generale dei rapporti tra responsabilità per colpa *ex locato-conducto* e responsabilità inclusiva della *custodia ex recepto* in diritto classico; cfr., inoltre, P. CERAMI, A. DI PORTO, A. PETRUCCI, *Diritto commerciale romano. Profilo storico*, Torino, 2004, 269 ss., 278; M.S. REVUELTA, *Configuración jurídica del ‘receptum nautarum, cauponum et stabulariorum’ y evolución de la responsabilidad recepticia en el derecho romano*, in *AFUDUC*, 10, 2006, 1085); o comunque – pur nella cornice della plausibilità della tesi che qualifica già *ex locato* la responsabilità senza colpa di *nautae, caupones, stabularii* – basti pensare all'eco del Cannata che riemerge nel ricostruire, per l'età classica nel suo complesso, le due forme di responsabilità in questione (ossia quella *ex contractu* e quella *ex recepto*) come distinte, essendo concepita la seconda in termini di una responsabilità ‘generale’, mentre quella per *custodia* in termini di una responsabilità per eventi tipici rigorosamente richiamati, vale a dire, in fine, il furto e il *damnum iniuria datum* di modo che «i due campi di responsabilità sarebbero ...venuti a coincidere solo nel periodo postclassico» (cfr. L. VACCA, *Considerazioni in tema di risoluzione del contratto per impossibilità della prestazione e di riparazione del rischio nella ‘locatio conductio’*, in *Garanzia e responsabilità. Concetti romani e dogmatiche attuali. Nuova edizione ampliata*, Torino, 2015, 203 ss., 205 e nt. 62; EAD., *Appartenenza e circolazione dei beni. Modelli classici e giustiniane*, Padova, 2006, 533 s. e nt. 64). E ancora basti pensare al superamento del dibattito tradizionale basato sulla netta dicotomia tra responsabilità oggettiva e responsabilità soggettiva per spiegare il contrasto tra diritto classico e diritto postclassico, e all'ascrizione al debitore non *dominus* anche di una serie di pericoli che giustificano l'*actio tenei* pur in assenza di colpa o dolo (così R. CARDILLI, *L'obbligazione di ‘praestare’ e la responsabilità contrattuale in diritto romano, II sec. a.C. - II sec d.C.*, Milano, 1995, *passim*, nonché, da ultima, S. GALEOTTI, *‘Mare monstrum mare nostrum’. Note in tema di ‘pericula maris’ e trasporto marittimo nella riflessione della giurisprudenza romana [I secolo a.C. - III secolo d.C.]*, Napoli, 2020, *passim*): e ciò sempre a mente della posizione assunta da Cannata, il quale insiste, a fine di una lunga disamina di fonti e letteratura, «sul fatto che la valutazione tipica riguarda, non la *culpa*, ma la *custodia*, o se si vuole, il potere di controllo», quando si tratti dell'imputazione al consegnatario della mancata restituzione del *res* affidata (C.A. CANNATA, *Ricerche sulla responsabilità contrattuale*, cit., 141 s., nonché, *amplius*, 39 ss.: il riferimento è a Betti, là ove sostiene che ‘responsabilità oggettiva’ sia una etichetta errata, in quanto la ‘colpa’ non è mai irrilevante, ma sempre da valutarsi «tipicamente, sulla base della situazione oggettiva, proprio perché si parte da questa considerazione dell'*id quod plerumque accidit*, che normalmente, quando il consegnatario, dotato di un potere di controllo sulla cosa, sta attento, il furto non si verifica»: E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, II.1, Padova, 1960, 353)

contrattuale, gli antipodi ricostruttivi che, nei loro radicali e monolitici estremismi, non lasciavano spazio a posizioni intermedie.

Nella prima metà dell'Ottocento Hasse, in uno studio che si focalizzava sulla *culpa* e sulla sua portata generale in materia di responsabilità, a *latere* del filo principale della sua trattazione imprimeva fisiologicamente alla *custodia* delle fonti romane (attività intesa quale protezione contrattuale della cosa affidata al debitore) un certo grado di diligenza in vista della difesa e della sorveglianza ultime contro ‘casi esterni’ quale il danneggiamento ingiusto oppure la sottrazione furtiva. Anzi, o ancor meglio, lo studioso traduceva la *custodia* in un tipo particolare di *diligentia*⁴ e così – ossia attribuendo alla *custodia* una valenza eminentemente soggettiva – gettava le basi per il modello jheringhiano, di lì a poco elaborato, secondo cui, per il diritto romano, anzi per il diritto senz'altro, «kein Übel ohne Schuld»⁵.

⁴ J.C. HASSE, *Die ‘Culpa’ des Römischen Rechts*, Bonn, 1838, 281 ss.

⁵ R. VON JHERING, *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*, Giessen, 1867, 8, secondo cui il fondamento del diritto romano è «der ewig wahre Satz: kein Übel ohne Schuld», posto che «das Gleichgewicht herzustellen zwischen dem Maß des Übels und der Schuld ist die höchste Aufgabe der Gerechtigkeit». Su tale scia si pone ancora Lusignani, secondo cui il diritto classico si sarebbe ispirato a un criterio soggettivo di responsabilità, mentre ai giuristi ‘postclassici’ sarebbe stata da ascrivere la paternità delle vestigia, riscontrabili nelle fonti di età giustiniana, della responsabilità oggettiva per *custodia*, corrispondente alla *diligentissima custodia* (L. LUSIGNANI, *Studi sulla responsabilità per custodia*, I, Modena, 1902, 23: «la parola *custodia* presenta nelle fonti romane un doppio significato. Essa ha talora un significato comune, e vuol dire: difesa, protezione di un oggetto dagli avvenimenti esteriori che possono colpirlo e danneggiarlo; talora un significato giuridico e vuol dire: la responsabilità derivante dal non avere impiegata quella difesa e quella protezione»); v., inoltre, L. MITTEIS, *Das ‘receptum nautarum’ in den Papyrusurkunden. Berichte über die Verhandlungen der königlichen Sächsischen Gesellschaft der Wissenschaften*, in *Pb.-hist. Kl.*, 1910, 270 ss.; P. KRÜCKMANN, ‘*Custodia*’, in *ZSS*, 64, 1944, 1 ss.; H.H. PFLÜGER, *Zur Lehre von der Haftung des Schuldners nach römischem Recht*, in *ZSS*, 65, 1947, 125; J. ROSENTHAL, ‘*Custodia* und Aktivlegitimation zur ‘*actio furti*’, in *ZSS*, 68, 1951, 217 ss. Ad una interpretazione di tipo soggettivistico che si connette a questo filone di studi dell'Ottocento, e per di più con riguardo a quel contratto che – più e meglio degli altri – potrebbe ben giustificare logicamente prima che storicamente il rigore di una responsabilità oggettiva hanno fatto recente ricorso: P. CERAMI, *Il comodato*, in *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al Profesor J.L. Murga Gener*, Madrid, 1994, 301 ss., in particolare 320 ss.; B. BERNDT, *Das ‘commodatum’. Ein*

Nel tentativo di superare questo modello, presentato peraltro come espressione di giustizia universale, è il Baron che nella seconda metà del secolo delle Pandette riesce – sulla scorta di qualche non marginale tentativo pregresso⁶ – a far emergere dalle fonti romane una ‘custodia in technischem Sinn’ corrispondente a una autentica forma di responsabilità tale da addossare al debitore – indipendentemente dalla *diligentia in custodiendo* – anche colpe altrui, nonché casi non rientranti nella sfera della *vis maior* (ossia eventi qualificabili come ‘niederer Zufall’ o ‘casus minor’)⁷.

Rechtswissenschaften im Wandel der Anschauungen – dargestellt anhand ausgewählter Einzelprobleme, Frankfurt, 2005, 139; A. MILAZZO, *Il contratto di comodato. Modelli romani e discipline moderne*, Torino, 2018, 305 ss. (che nega il carattere interpolato della colpa nella giurisprudenza classica e attribuisce ai giuristi classici la costruzione di una concezione soggettiva della responsabilità del comodatario, limitando la *custodia* ad un’attività di vigilanza, di sorveglianza). Posizione più equilibrata rispetto ai due estremi (soggettivo / oggettivo) assunse J. VÁZNÝ, ‘Custodia’, in *AUPA*, 12, 1929, 101 ss., accogliendo la classicità della responsabilità oggettiva – che all’epoca era divenuta *communis opinio* –, seppur solo per non numerosi casi (fra i quali quello del *commodatum*), laddove per tutti gli altri la responsabilità di diritto classico sarebbe stata limitata, ad avviso dell’autore, al *dolus* e alla *culpa* (cfr., per la responsabilità a titolo di custodia del comodatario, *ex plurimis*, sulle orme di K. VISKY, *La responsabilité dans le droit romain à la fin de la République*, in *RIDA*, 3, 1949, 437 ss.; P. APATHY, ‘Commodatum’ und ‘furtum’, in *Festschrift für H. Hausmaninger zum 70. Geburtstag*, Wien, 2006, 15 ss.; M. SERRANO-VICENTE, ‘Custodiam’, cit., 173 ss., 351; J. BELDA MERCADO, *La responsabilidad del comodatario en el derecho romano*, in *Revista Electrónica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 8 de febrero de 2007, 1 ss.).

⁶ Cfr. C.F. ELVERS, *Doctrinae juris civilis romani de culpa prima lineamenta*, Gottingae, 1822, 48 ss.; L. GOLDSCHMIDT, *Das ‘receptum nautarum, cauponum, stabulariorum’*, in *Zeitschrift für Handelsrecht*, 1860, 58 ss., 64 e nt. 12, 79 ss.

⁷ J. BARON, ‘*Diligentia exactissima*’, ‘*diligentissimus paterfamilias*’, oder die Haftung für ‘custodia’, in *AcP*, 52, 1869, 44 ss. (dove però si limita alla sola responsabilità per fatto colposo altrui la custodia); ID., *Die Haftung bis zur höheren Gewalt*, in *AcP*, 78, 1892, 203 ss. (dove si amplia la nozione di custodia, facendole abbracciare anche *casus minores*); cfr. J. BIERMANN, ‘Custodia’ und ‘vis maior’, in *ZSS*, 25, 1892, 33 ss. Sulla terminologia principata da Baron – in polemica con il Windscheid – per identificare gli eventi da addossare al debitore che risponde per *custodia*, cfr., per tutti, A. DE MEDIO, *Caso fortuito e forza maggiore in diritto romano*, in *BIDR*, 20, 1908, 157 ss. A impiegare il concetto tecnico di custodia entro una cornice squisitamente oggettivistica propende G.I. LUZZATTO, *Caso fortuito e forza maggiore come limite alla responsabilità contrattuale*, I. *La responsabilità per*

Valicata la soglia del Novecento e sotto l’egida della ‘caccia alle interpolazioni’ nonché degli apriorismi spesso stereotipati di questo movimento – il giurista classico è rigoroso, il postclassico nulla comprende del classico, il bizantino comprende il classico ma lo trasforma maniacalmente –, il sistema classico di responsabilità viene, per vie diverse, ricolpito all’insegna di una progressiva oggettivizzazione: v’è chi estirpa solo la nozione di *culpa lata*⁸; v’è chi ritiene irrilevante la *diligentia*, quale negazione di ‘Fahrlässigkeit’, ed eleva la *culpa*, quale ‘Verschulden’, a nesso eziologico tra fatto colpevole e conseguenze dannose dello stesso⁹, oppure chi, senza purificare – come molti altri – i testi del Digesto dalle menzioni della *culpa* con le sue modulazioni, immette quest’ultima in un contesto di responsabilità oggettiva in cui il giudice, senza vagliare profili concreti di volontà e qualità personali, valuta la rispondenza di azioni e omissioni a modelli astratti¹⁰; e, infine, v’è chi, oltre la responsabilità per dolo, giunge a non ammettere altro che la responsabilità oggettiva e financo a vedere nella

custodia, Milano, 1938, 72 ss.; ID., *Spunti critici in tema di responsabilità contrattuale*, in *BIDR*, 63, 1960, 47 ss.; ID., voce *Custodia*, in *NNDI*, V, Torino, 1960, 93 s.

⁸ A. DE MEDIO, *Studi sulla ‘culpa lata’ in diritto romano*, in *BIDR*, 17-18, 1905-1906, 5 ss., 106 ss.

⁹ J. KUNKEL, ‘*Diligentia*’, in *ZSS*, 45, 1925, 266 ss. Cfr. E. SECKEL, ‘*Custodia*’, in *Handlexicon zu den Quellen des römischen Rechts*⁹, Jena, 1907, 116 ss. (che configura la *custodia* come responsabilità per *casus maior*, con riguardo alle *res* che sono *custodiri solitae*); B. KÜBLER, *Das Utilitätsprinzip als Grund der Abstufung bei der Vertragshaftung im klassischen römischen Recht*, in *Festgabe der Berliner juristischen Fakultät für O. Gierke*, 2, Berlin, 1910, 234 ss. (che nega gradazioni interne a *culpa* e *custodia*); F. SCHULZ, *Die Aktivlegitimation zur ‘actio furti’ im klassischen römischen Recht*, in *ZSS*, 32, 1911, 23 ss.; ID., *Lusignanis ‘Custodia’-Forschungen. Ein kritischer Bericht*, in *Krit. Vierteljahr.*, 1912, 22 ss. (che critica, su basi più storiche che dogmatiche, l’approccio soggettivistico impartito all’interpretazione della *custodia* classica e pone le fondamenta della ricostruzione di Kunkel); F. HAYMANN, *Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht*, I. *Über Haftung für ‘custodia’*, in *ZSS*, 40, 1919, 167 ss. (che con rigore inquisitorio espunge ogni riferimento soggettivistico alla *custodia* e ogni nesso di questa con la *diligentia*).

¹⁰ G. MARTON, *Un essai de reconstruction du développement probable du système classique romain de responsabilité civile*, in *Mélanges F. De Visscher*, 2, Paris, 1949, 177 ss.; ID., *Rinascita della dottrina classica della responsabilità per custodia*, in *Iura*, 6, 1956, 124 ss.

colpa solo il rapporto tra condotta umana (anche non integrante il fatto colpevole) e l'evento dannoso o il pericolo da addossarsi al debitore¹¹.

È in questo contesto di polarizzazioni che si inserisce il fondamentale contributo di Cannata: un contributo di ‘revisione’ che tentava – con le parole dello stesso – «una determinazione dei limiti di applicabilità della nozione di custodia che lasciasse lo spazio dovuto alla colpa anche nel campo della responsabilità contrattuale, nonché di individuare i nessi ... fra la colpa contrattuale e quella aquiliana», e ciò «precisando le relative nozioni ed il senso generale di criterio di responsabilità, e denunciando altresì il carattere equivoco delle categorie della responsabilità soggettiva e oggettiva»¹². Lungo queste direttrici, che ispirano non solo lo studio dato alle stampe dal Cannata nel 1966, ma anche le opere – monografiche e non – successive, si dipanano i principali nodi ‘storici’ e ‘dogmatici’ che i testi dei giuristi classici – filtrati dalle rielaborazioni postclassiche e bizantine – nascondono (e vanno fatti emergere) o evidenziano (e vanno riletti e risolti), nonché le correlate ricostruzioni del pensiero giuridico – flessibile e rigoroso – dei *prudentes* classici oltre le utili, ma spesso inadeguate, etichette modernizzanti incapaci di cogliere appieno un metodo proprio di chi è aduso al contempo «all'analisi casistica ed alla costruzione dommatica»¹³.

Di qui, nella cornice ricostruttiva del sistema contrattuale dei criteri di imputazione del fatto dannoso, il rilievo centrale – del tutto persuasivo e finemente argomentato sulle fonti – secondo cui per la giurisprudenza di età classica il *culpam praestare* sia segno linguistico che, impiegato in senso stretto, rivela l'assicurazione alla controparte, nell'esecuzione della prestazione dovuta, o dell'assenza o della presenza di certe condotte secondo un giudizio di riprovevolezza che, prescindendo da indagini sul profilo della volontà malevola, si basa su un criterio tanto soggettivo (in quanto non si può prescindere dal vaglio del comportamento dell'obbligato) quanto oggettivo (giacché la valutazione viene condotta

¹¹ V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*², Napoli, 1935 (rist. 1958), 62 ss.

¹² C.A. CANNATA, *Sul problema*, cit., 4.

¹³ C.A. CANNATA, *Sul problema*, cit., 30.

confrontando i profili soggettivi in concreto con plurimi modelli di base, come l'uomo *frugi et diligens*, il *prudens et diligens pater familias*, il *diligentissimus quisque* o il *diligentissimus pater familias*)¹⁴.

Di qui, a complemento di quanto appena sintetizzato, l'adesione di Cannata – frutto di un procedere cognitivo per ‘approssimazioni successive’¹⁵ – alla concezione tradizionale ‘oggettivistica’ della

¹⁴ C.A. CANNATA, *Sul problema*, cit., 23 ss., 47 ss.

¹⁵ C.A. CANNATA, *Sul problema*, cit., 68 ss.; ID., *Ricerche*, cit., 23 ss., 39 ss., 62 ss., 119 ss. Invero lo studioso ritiene che per diritto classico la locuzione *custodiam praestare* si riferiva non a un criterio di responsabilità, ma a «un'obbligazione contrattuale» tale per cui «se, per determinare il regime di responsabilità relativo all'inadempimento ..., i romani non dovevano ricorrere ad altri criteri», ciò si giustificava per «il modo particolare in cui i giuristi valutavano la prestazione stessa», ossia «alla stregua della sua idoneità in astratto a preservare la cosa dagli eventi pregiudizievoli» (ID., *Ricerche*, cit., 128 s.). In particolare, secondo Cannata, il *praestare* si risolveva in una condotta umana (ossia quella di «garantire il creditore con la propria rispondenza che accadrà tutto ciò che serve ad assicurare al creditore la propria soddisfazione») e il segno *custodia* concerneva una «prestazione precisa» dotata di un carattere ulteriore rispetto alla *diligentia*, ossia al «darsi da fare non specificato *a priori* nei suoi elementi» (ID., *Sul problema*, cit., 69, 130). Dunque, ad avviso dello studioso, chi *custodiam praestat* è, in realtà, solo tenuto a una «obbligazione di risultato», tale per cui «il difetto del risultato» (ossia «non la salvezza della cosa in assoluto ..., bensì la sua salvezza da certi pericoli») assurge di per sé solo a «inadempimento imputabile» (ID., *Ricerche*, cit., 129 s.; ma v. A. METRO, ‘*Custodiam praestare*’, in *Labeo*, 13, 1967, 60 ss.). Sulla nozione ‘comportamentale’ del ‘*praestare custodiam*’, v., altresì, G.C.J.J. VAN DEN BERGH, ‘*Custodiam Praestare*’: ‘*Custodia*?-*Liability* or *Liability for Failing* ‘*Custodia*’?, in *RH*, 43, 1975, 59 ss., ancorché lo studioso concluda – non *in toto* coerentemente con la sua pregressa trattazione nel senso di un «duty to guard over an object» – che «in classical law *custodia* was not a general category of liability (not a ‘Haftungstypus’) but a liability for failure to guard properly over things one has in his keeping for reasons of profit»; G. MACCORMACK, ‘*Custodia*’ and ‘*culpa*’, in *ZSS*, 89, 1972, 149 ss. («*custodia* expresses not a standard of liability but the content of an obligation. *Custodiam praestare* means not ‘to be liable for *custodia*’ but ‘to show, furnish *custodia*’»; cfr., inoltre, ID., ‘*Culpa*’, ‘*Custodia*’ and ‘*Diligentia*’. *Criteria of Liability or Content of Obligation?*, in *Index*, 22, 1994, 189 ss.); P. VOICI, ‘*Diligentia*’, ‘*custodia*’, ‘*culpa*’. *I dati fondamentali*, in *SDHI*, 61, 1990, 29 ss., 62 ss.; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, Capetown - Wetton - Johannesburg, 1990, 194; R. FERCIA, *Dovere di diligenza e ‘rischi funzionali*’, Napoli, 2005, 13 ss.; P.J. DU PLESSIS, *Letting and Hiring in Roman Legal Thought: 27 BCE–284*, Leiden, 2012, 59 ss.; M. SERRANO-VICENTE, ‘*Custodiam*’, cit., 307; v., anche, P. CORNIOLEY, *Due aspetti poco noti della ‘custodia*’, in *Labeo*, 15, 1969, 201

responsabilità per *custodia* in senso tecnico descrivibile – sulla esplicita scorta di Baron – come una «responsabilità senza colpa»¹⁶. Questa

ss.). Intende in senso comportamentale (ma non prestazionale), il *custodiam praestare* L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, Padova, 2007, 27, secondo cui – sulla scorta di D. 19.2.60.2 – «questa espressione sta a significare che il debitore è tenuto a salvaguardare la cosa del creditore, cioè è tenuto a porre in essere le misure idonee ad evitare che essa vada perduta o subisca danni per effetto di attività che provengano da terzi» (cfr. L. MANNA, *Buona fede e doveri di protezione: tutele processuali, in ‘Actio in rem’ e ‘actio in personam’. In ricordo di M. Talamanca*, II, a cura di L. Garofalo, Padova, 2011, 279 ss., la quale, tra l’altro, propende esplicitamente per la qualifica in termini di ‘dovere di protezione’ della *custodia* di cui a Gai 3.203-207, D. 4.9.5 pr., D. 19.2.9.5).

¹⁶ Così C.A. CANNATA, *Sul problema*, cit., 22, 70; v., inoltre, ID., *La responsabilità*, cit., 163. L’esito pratico, e di marca oggettivistica, cui approda il Cannata è ben condivisibile, anche se – personalmente – ‘responsabilità a prescindere dalla colpa’ mi pare locuzione atta a meglio inquadrare l’istituto che ‘responsabilità senza colpa’, atteso che per esserci responsabilità contrattuale (con riguardo ai casi di *praestare custodiam*) non è essenziale – e non va provata – l’assenza di colpa (come per esempio è, invece, nel regime classico delle azioni nossali dove la colpa del *dominus* implica una sua responsabilità diretta escludendo il suo essere tenuto *noxaliter*), bensì è il solo fatto oggettivo dell’inadempimento da parte di chi ha potere di custodia su cosa da *reddere* o *tradere* al creditore a implicare la responsabilità. Inoltre, vorrei qui notare che ‘*praestare*’ è innegabilmente verbo con una polisemia alquanto accentuata (cfr., *ex plurimis*, G. GROSSO, *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione. Obbligazioni alternative e generiche*³, Torino, 1966, 20 ss.; F. PASTORI, *Concetto e struttura dell’obbligazione nel diritto romano*, Milano, 1985, 144 ss., 180 ss., 232 ss.; R. ROBAYE, *L’obligation de garde: essai sur la responsabilité contractuelle en droit romain*, Bruxelles, 1987, *passim*; R. CARDILLI, *L’obligation de ‘praestare’ et la responsabilité contractuelle en droit romain*, in *RIDA*, 43, 1996, 81 ss.; C.A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità*, cit., 124 ss.; M. SERRANO-VICENTE, ‘*Custodiam*’, cit., 49 ss.). Nulla, quindi, esclude che esso possa essere impiegato per individuare un contegno umano suscettibile di assurgere anche a ‘prestazione dovuta’ *ex obligatione*. Del pari, è indiscutibile che *custodia* sia sostantivo idoneo a indicare – senza dubbio – tanto un potere su cose o persone quanto una attività umana (cfr. A. METRO, *L’obbligazione di custodire nel diritto romano*, Milano, 1966, 27 ss.; G.C.J.J. VAN DEN BERGH, ‘*Custodiam*’, cit., 59 ss.; ma v. già sulla bipartizione semantica tra custodia-condotta e custodia-responsabilità, J. ROSENTHAL, ‘*Custodia*’ und *Aktivlegitimation*, cit., 217 ss.). Tuttavia, se, circa i sintagmi costituiti dal verbo *praestare* in unione con l’accusativo *dolum*, *culpam*, *custodiam*, è indubbio come almeno i primi due (*dolum praestare*, *culpam praestare*) in definitiva «significhino rispondere per dolo e per colpa, o, se si vuole, a titolo di dolo e di colpa» (C.A. CANNATA, *Sul problema*, cit., 69), e non, invece, ‘porre in essere una prestazione di dolo e di colpa’: in altre parole è incontroverso che essi

significhino ‘rispondere dell’inadempimento contrattuale in presenza di dolo e/o di colpa’. Ergo, non vedo perché, dato il particolare atteggiarsi del verbo *praestare* in contesti legati ai problemi di inadempimento e di responsabilità, anche il nesso ‘*custodiam praestare*’ non possa esser inteso nel senso di ‘rispondere da parte del debitore nei limiti del singolo criterio di imputazione dell’inadempimento rilevante’, ossia nei limiti della *custodia*, ossia ‘rispondere dell’inadempimento contrattuale in presenza di potere custodiente’. Questo sostantivo è un termine connotato ‘positivamente’ (come del resto lo è *diligentia*), a differenza di dolo e di colpa (termini, invece, aventi senso ‘negativo’): ma ciò ben può spiegarsi in quanto, allorché la responsabilità sia a fondamento oggettivo, è il solo costituirsi di una relazione materiale tra debitore e cosa affidata (purché qualificata dall’*utilitas* prevalente o esclusiva *pro debitore*) che rende responsabile quest’ultimo nel caso di mancata restituzione (o mancata consegna) della *res* affidatagli a seguito di certi accadimenti specificamente individuati (e, in seno al *ius controversum* classico, variabili da autore ad autore e da epoca a epoca); di contro, in caso di criteri soggettivi di imputazione, è non l’inadempimento in sé e per sé, ma quello *lato sensu* colpevole, a porsi a scaturigine della responsabilità. Già Labeone in D. 19.2.60.2 ascriveva oggettivamente e direttamente la perdita per furto al conduttore di *vestimenta poliendave* (prescindendo così dal considerare rilevante una valutazione sul modo di custodire, ossia di condurre l’attività custodiente): sul passo cfr., in particolare, M. SERRANO-VICENTE, ‘*Custodiam*’, cit., 156 ss. e nt. 393, con ampia bibliografia, nonché G. MANCINETTI, *L’emersione dei doveri “accessori” nella ‘locatio conductio’*, Padova, 2017, 226 ss., che persuasivamente approfondisce – contro il pensiero di T. MAYER-MALY, ‘*Locatio conductio*’. *Eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht*, Wien-München, 1956, 209 – il nesso del testo labeoniano appena citato con D. 47.2.91(90) pr., passo che ulteriormente corrobora, già per la dottrina del primo principato, la dipendenza della legittimazione all’*actio furti* del detentore (*fullo*) dal suo interesse contrattuale a che la *res* sia *salva* e, quindi, alla sua legittimazione passiva all’azione contrattuale (esperita *ex locato* dal *dominus*) a titolo di *custodia* (v., inoltre, D. 12.7.2, nonché D. 19.2.60.6, D. 19.2.60.9, e D. 47.2.91 pr.). Di poi, è noto che Gaio in alcuni famosissimi passi delle Istituzioni, contrapponendo il depositario al rammendatore e al lavandaio (conduttori d’opera), sottolinea come il primo – benché debba *custodire* una *res*: cfr. D. 16.3.1 pr.; D. 16.3.6; v., inoltre, I. 3.26.13; D. 16.3.1.8-9 – *custodiam non praestat* ed è *obnoxius* (ossia ‘fatto responsabile’) solo se l’inadempimento è a lui imputabile a titolo di dolo (o, in altre parole, sottolinea che qui non è l’oggettivo fatto della impossibilità a restituire, innestatosi a valle della contrattuale *custodia*, a fondare l’obbligo risarcitorio), laddove i secondi, al pari del comodatario e del creditore pignoratizio, *custodiam praestant* (anche se la *merces* è corrispettivo dell’*ars* da esercitarsi sulla cosa in loro *custodia*). In contesti specifici in cui è affrontato apertamente il tema della responsabilità contrattuale, pare evidente come il sintagma ‘*praestare custodiam*’ non sia impiegato come sinonimo del verbo *custodire* (ossia ‘tenere presso di sé’ e, talora,

funzionerebbe come un regime di responsabilità per cui – riprendendo Cannata testualmente – «il soggetto che le sia sottomesso risponde della mancata restituzione (o comunque consegna) della cosa ove questa sia perita per furto», nel senso che il fatto che determina l'impossibilità della prestazione «non viene attribuito al debitore sotto il profilo del nesso causale, ma che semplicemente gli viene imputato secondo la natura del criterio di imputazione adottato»¹⁷.

Ergo, sempre a seguire lo studioso, là ove l'inadempimento sia provocato da ‘cause non estranee’ al debitore, non sarebbe la *custodia* a rilevare nel suo rigore oggettivo, ma entrerebbe in gioco la *culpa*, a livello sostanziale, quale fonte di responsabilità – nelle forme omissive o commissive di negligenza, imperizia, imprudenza, così come di violazione del regolamento contrattuale – nonché, complementariamente e a livello processuale, l'assenza di *culpa* quale oggetto di un onere probatorio teso alla liberazione del *reus* dall'*actione teneri* e, quindi, dall'obbligo risarcitorio stesso. Al di là della condivisibilissima osservazione secondo cui la versione classica della responsabilità per *custodia* e quella soggettivizzata postclassica della *diligentia exactissima in*

‘sorvegliare’): anzi. Al contempo tale sintagma, espressivo di un rapporto di origine contrattuale che, esistente tra debitore-detentore e cosa altrui, va qualificato in termini di *custodia*, è perifrasi omogenea – seppur incontrovertibilmente antitetica – alla locuzione ‘*dolum praestare*’ denotativa del concetto (a-prestazionale) di ‘responsabilità a titolo di dolo’ (Gai 3.205-207; D. 4.9.5 pr.). Inoltre, nel pensiero di Giuliano in opposizione a quello di Marcello (D. 13.6.5.6; D. 13.6.19; D. 19.2.41; D. 9.1.11.9) ancora il comodatario come il depositario remunerato (quale *conductor*), benché aventi *custodia alicuius rei*, non sono legittimati all'*actio ex lege Aquilia*, mentre sono legittimati all'*actio furti* (v. D. 47.2.14.12, 16; D. 47.2.12 pr.; D. 47.2.91[90]), in quanto in tal caso il *damnum iniuria datum* (presupponente un *frangere* o un *rumpere*, ma non un totale *perire*: cfr. D. 50.6.19) non è considerato evento da ricomprendere nella *custodia* e, quindi, giustifica l'azione *ex contractu* esperita da comodante e deponente, mentre, in caso di furto, le controparti responsabili a titolo di *custodia* sono convenibili *ex comodato* o *ex locato*: per Giuliano (come per Labeone con riguardo al *fullo*), dunque, a comodatario e depositario remunerato compete azione di furto in quanto e finché abbiano interesse a che la cosa altrui loro affidata non venga rubata, giacché se viene rubata, rispondono contrattualmente.

¹⁷ C.A. CANNATA, *Sul problema*, cit., 22.

*custodiendo*¹⁸ esprimono il medesimo criterio sostanziale, tale quadro presenta – a mio modo di vedere – taluni margini di controvertibilità con

¹⁸ L’assetto ‘oggettivo’, infatti, non viene rispecchiato dallo stato proprio del diritto giustiniano (cfr. C.A. CANNATA, *Sul problema*, cit., 73 ss., 178 ss.; ID., *La responsabilità*, cit., 86 ss., 142 ss.; ancora imprescindibile è l’ampia trattazione di V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità*, cit., 67 ss.). Disancorata dal suo rigoroso regime classico, la *custodia* – per opera dei bizantini, che comunque cristallizzano orientamenti epiclassici e postclassici – si configura come un tipo particolare di *diligentia* (una *diligentia* qualificata spesso come *exacta*, *exactior* o *exactissima* nonché come *custodiendae rei*, se non è la *custodia* stessa a essere detta *diligens*) elevato a criterio soggettivo di determinazione e imputazione della responsabilità: così, ad esempio, si trova scritto nella compilazione sia che il comodatario, a differenza del mutuatario, non è responsabile della perdita della cosa detenuta quando ciò sia dovuto a un *casus maior cui humana infirmitas resistere non potest* (un evento troppo potente perché le forze di un uomo siano in grado di resistergli), sia che egli, altrimenti, *exactissimam diligentiam custodiendae rei praestare compellitur* (è tenuto a una condotta perfettamente diligente nella custodia della cosa), laddove *nec sufficit ei eandem diligentiam adhibere quam suis rebus adhibet* (non è sufficiente che egli impieghi la stessa diligenza con cui è solito custodire le cose di sua proprietà); cfr., tra gli altri, D. 13.6.5.5; D. 17.2.72; D. 18.6.2.1; D. 18.6.3; I. 3.14.2-4; I. 3.24.5). Altrove si specifica che, con riguardo alle cose comodate, si ha da usare una *talis diligentia qualem quisque diligentissimus pater familias suis rebus adhibet*, con il limite, ovviamente, dei *casus quibus resisti non potest* (come la morte degli schiavi che avvenga senza dolo o colpa del comodatario, una rapina, una sommossa, un naufragio, un incendio, la fuga di schiavi che non si usa sorvegliare costantemente), sempre che, ovviamente, non vi sia stata violazione degli accordi contrattuali, come nel caso in cui venga comodata dell’argenteria perché sia usata solo in casa del comodatario e, invece, quest’ultimo la perda in mare – avendola portata con sé durante un viaggio – a seguito di un attacco di pirati (cfr. D. 13.6.18 pr.; D. 44.7.1.4; I. 3.27.1). Altrove la *custodia* è tradotta in una condotta di φυλάττειν ἐπιμελῶς (Bas. 20.1.13.6) o in una ἀκριβεστάτη φυλακή (Bas. 60.12.12 pr.), ἐπιμέλεια (Par. Theoph. 4.16-17), mentre talora scompare addirittura del tutto, assorbita nella *culpa* (D. 50.17.23). E ancora la legittimazione all’*actio furti* del *non dominus* che veniva legata al *custodiam praestare* nell’età del pieno principato (Gai 3.204-207; D. 47.2.12 pr.), dai compilatori viene connessa alla responsabilità per *culpa* (D. 47.2.14.10; D. 47.2.14.12). Fu proprio la giustiniana *diligentia* richiesta in *custodiendo* ad essere transmutata, nel *code civil*, in ‘obligation de veiller à la conservation de la chose’ (art. 1137) e così, mediatamente, a dare vita, nel codice italiano del 1865, alla ‘obbligazione di custodia’ (art. 1219, corrispondente all’art. 1177 dell’attuale codice civile), posta accanto al generale ‘dovere di diligenza’ (art. 1224, corrispondente all’art. 1176 dell’attuale codice civile): sulle differenze intercorrenti tra questi articoli, cfr. G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*², in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da P.

riguardo alla sottile divaricazione ipotizzata da Cannata in punto di fondamento della responsabilità e in punto di prova che i *prudentes* avrebbero operato tra l’inadempimento per cause esogene (*custodia*) e quello per cause endogene (*culpa*)¹⁹: non pochi testi, infatti, ora paiono valutare la *culpa* solo come ‘causa di esclusione del limite della

Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2006, 170 ss.; sul punto mi permetto di rinviare a C. PELLOSO, *L’obbligo di custodia*, in *Trattato delle obbligazioni*, diretto da M. Talamanca e L. Garofalo, I.2, Padova, 2014, 645 ss., circa la concezione della ‘custodia’ emergente dal codice napoleonico e dal codice italiano, tanto del 1865 quanto del 1942 (il quale ultimo isola sì la custodia dalla diligenza, ma la connota comunque in termini di contenuto di obbligazione), in assenza di un vero e diretto antecedente nelle costruzioni della *iurisprudenzia* romana di età classica.

¹⁹ C.A. CANNATA, *Sul problema*, cit., 68 ss., 74 ss. Più esattamente lo studioso assume come la custodia, intesa solo quale attività dovuta da certi debitori per evitare la perdita dovuta a furto (e, nel pensiero di alcuni giuristi classici, anche il danneggiamento: cfr. D. 13.6.19; D. 19.2.41) della cosa affidata, una volta isolata dal dovere di diligenza debitorio e considerata, così, in modo autonomo, talora (vale a dire nel pensiero dei classici) corrisponderebbe – implicandola, ma non esaurendosi in essa – a una responsabilità di tipo oggettivo (ossia senza colpa), talaltra – nelle rappresentazioni di età epiclassica e postclassica – come *diligentia in custodiendo*, riflettendosi in un regime non più oggettivo di responsabilità, ma comunque rigorosissimo ancorché soggettivo. Alla luce della prima accezione – il debitore rispondendo anche per fatti dannosi cagionati da terzi evitabili in astratto con la *custodia* (C.A. CANNATA, *Ricerche*, cit., 39 ss.) –, la costruzione classica e la responsabilità determinata dal difetto *in custodiendo* di *diligentia exactissima* non corrisponderebbero, in pratica, a due regimi diversi, trattandosi di due formulazioni dommatiche diverse, ma comunque allusive allo stesso ‘criterio di imputabilità’, tale da escludere l’obbligo risarcitorio solo in caso di *vis* (ID., *Sul problema*, cit., 70 ss.). Se non che – a giudizio di Cannata, che ragiona su testi gaiani e ulpianei celeberrimi come Gai. 9 *ad ed. prov.* D. 13.6.18 pr., Gai. 5 *ad ed. prov.* D. 19.2.40, Gai. 2 *rer. cott.* D. 44.7.1.4, Ulp. 28 *ad ed.* D. 13.6.5.7 – nel contesto classico della responsabilità oggettiva (quale, ad esempio, quella del comodatario) si distinguerebbero con precisione i problemi legati alla *custodia* da quelli connessi alla *culpa*, mentre nel quadro successivo della responsabilità soggettiva, si attuerebbe una fusione omologante di ‘criteri’. In altre parole, per diritto classico, secondo Cannata il debitore, «ove i danni provengano da cause estranee ... non disporrà ... di prova liberatoria, mentre se provengono da lui ... egli potrà liberarsi provando ... la dovuta diligenza»; di contro, per diritto giustiniano, un debitore come colui che ha ricevuto in comodato un bene «risponderà per tutti i danni con il solo limite della *vis maior*» (ID., *Sul problema*, cit., 75 s.).

responsabilità²⁰ (e non come qualifica dell’inadempimento necessaria per fondare l’insorgere dell’obbligo risarcitorio), ora paiono alludere non

²⁰ Anzitutto, molti passi concernenti il comodatario e il prestatore d’opera su cosa altrui presentano la *culpa* di tali parti contraenti non come ‘fondamento della loro responsabilità’ (invocato ‘in prima battuta’ dal comodante o dal locatore), né paiono implicare che per tali tipi di debitori sia – talora – sufficiente provare (controbuttando ‘in prima battuta’ al creditore) l’assenza di colpa per andare esenti dall’obbligo risarcitorio. La concreta situazione contenziosa presupposta nella quale si inserisce il richiamo alla *culpa* di comodatario e *conductor operis* sembra più articolata e, soprattutto, non ‘in prima battuta’: il creditore chiede il risarcimento del danno per inadempimento oggettivamente imputabile al debitore (provando il titolo contrattuale del credito esigibile e l’inadempimento, e non la *culpa* solo); il debitore invoca una causa di esonero di responsabilità (provando l’evento specifico cagionante l’impossibilità sopravvenuta, e non solo l’assenza di sua *culpa*; il creditore invoca, solo allora, la *culpa* – quale violazione contrattuale o quale esecuzione difettosa – non per fondare la propria pretesa, ma per escludere la causa di esonero di responsabilità fatta valere dal debitore: Gaio (Gai. 2 *rer. cott.* D. 44.7.1.4) esprime in termini generali questo assetto di posizioni contrapposte assai lucidamente, là ove rimarca che ‘*is vero qui utendum accepit, si maiore casu, cui humana infirmitas resistere non potest, veluti incendio ruina naufragio, rem quam accepit amiserit, securus est*’, anche se – precisa – ‘*et in maioribus casibus, si culpa eius interveniat, tenetur, veluti si quasi amicos ad cenam invitaturus argentum, quod in eam rem utendum accepit, per egre proficiscens secum portare voluerit et id aut naufragio aut praedonum hostiumve incursum amiserit*’ (sul passo, ancora fondamentali sono sia V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità*, cit., 67 ss., sia G.I. LUZZATTO, *Caso*, cit., 72.; sulle corrispondenze con D. 13.6.18 pr. e I. 3.14.2 v. F.M. DE ROBERTIS, *I problemi della responsabilità contrattuale nelle Istituzioni di Gaio e le lacune del manoscritto veronese*, in *Studi in onore di B. Biondi*, I, Milano, 1965, 382 ss.; v., più di recente, A. MILAZZO, *Il contratto*, cit., 262 s., 265 s.). Così – a mente di Ulp. 28 *ad ed.* D. 13.6.5.7 (cfr. R. CARDILLI, *L’obbligazione*, cit., 308; A. MILAZZO, *Il contratto*, cit., 295) – se è vero che generalmente il *damnum mortis* è a carico del comodante, sicché se muore in guerra lo schiavo o il cavallo concesso in comodato con fini bellici, il *periculum* è del comodante, che, a più forte ragione, non ha diritto al risarcimento, altrettanto vero è che, se il cavallo o lo schiavo comodati muoiono in guerra quando il comodato è concessione finalizzata solo all’uso pacifico del bene, la causa di esonero della responsabilità accampata dal comodatario viene esclusa dalla *culpa* di quest’ultimo (*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*); così come, tra l’altro, è responsabile il comodatario – secondo la puntualizzazione ulpiana del pensiero di Namusa –, se muore lo schiavo prestato gratuitamente come imbianchino che cade da una impalcatura male allestita o se muore cadendo da impalcatura quando il prestito è finalizzato ad un uso diverso, mentre non

risponde se l'evento morte si verifica in assenza di violazioni contrattuali o negligenze o imperizie previe (*plane si sic commodavi, ut ad bellum duceres, meum erit periculum. nam et si servum tibi tectorem commodavero et de machina ceciderit, periculum meum esse* Namusa ait: *sed ego ita hoc verum puto, si tibi commodavi, ut et in machina operaretur: ceterum si ut de plano opus faceret, tu eum imposuisti in machina, aut si machinae culpa factum minus diligenter non ab ipso ligatae vel funium perticarumque vetustate, dico periculum, quod culpa contigit rogantis commodatum, ipsum praestare debere*); così come, stando a Mela, anche per lo schiavo comodato in veste di muratore che muoia sotto un ponteggio negligenzemente allestito, non opera per il comodatario alcuna esenzione di responsabilità (*nam et Mela scripsit, si servus lapidario commodatus sub machina perierit, teneri fabrum commodati, qui negligentius machinam colligavit*); cfr. inoltre, Pomp. 21 *ad Quint. Muc. D.* 13.6.23. Analogo mi pare il ragionamento di Labeone implicato da Ulp. 32 *ad ed. D.* 19.2.13.1 (su cui, da ultimi, v. G. MANCINETTI, *L'emersione*, cit., 187 ss., e S. GALEOTTI, ‘Mare’, cit., 106 ss.): *si navicularius onus Minturnas vehendum conduxerit et, cum flumen Minturnense navis ea subire non posset, in aliam navem merces transtulerit eaque navis in ostio fluminis perierit, tenetur primus navicularius? Labeo, si culpa caret, non teneri ait: ceterum si vel invito domino fecit vel quo non debuit tempore aut si minus idoneae navi, tunc ex locato agendum*. Il passo testé richiamato affronta il caso di una *locatio rerum vehendarum* per via fluviale con, in fase di esecuzione, trasbordo (e sub-conduzione) del cargo da parte del conduttore in altra nave a seguito di un – verisimilmente imprevedibile – abbassamento del livello del fiume e, poi, successivo affondamento della seconda nave alla bocca del fiume e perdita delle *res vehendae*. Forse interrogato dal *locator*, il giurista augusteo citato da Ulpiano sentenza lapidariamente che – a seguito di impossibilità sopravvenuta delle prestazioni dovute (*vehere e reddere*) – il primo *navicularius* non risponde (*non teneri*) se non vi è sua *culpa*. Ma con ciò il giurista non dice affatto che è la colpa il fondamento della responsabilità del *conductor* delle *res vehendae* (come, invece, ritengono – *ex plurimis* – R. ROBAYE, *L'obligation*, cit., 90; R. CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., 353 ss.) e, dunque, che basta provarne l'assenza per essere esonerati dall'obbligo risarcitorio; Labeone, invece, precisa che il *casus* (necessità di trasbordo e naufragio) che ha condotto all'impossibilità sopravvenuta della prestazione – invocato, a difesa, dal conduttore per contestare la pretesa attorea – deve essere ‘*non culpa determinatus*’. Il problema affrontato non è quello del fondamento della responsabilità, bensì quello del suo limite, rilevando così non – a monte – la colpa quale fonte, ma l'assenza di colpa a valle di un *casus* o di una *vis maior* per escludere la responsabilità fondata sull'inadempimento (cfr., in termini di una responsabilità a fondamento oggettivo, J.C. VAN OVEN, ‘*Actio de recepto et actio locati?*’, in *TR*, 24, 1956, 148; J.A.C. THOMAS, *Carriage by Sea*, in *RIDA*, 8, 1960, 502 s.). Tutte queste ipotesi, insomma, per come i passi sono formulati mi paiono implicare – in chiave processuale o comunque di dialettica concreta tra creditore e debitore – non un immediato richiamo (dell'assenza) della *culpa* da parte del *reus*, ma un richiamo (della presenza) della *culpa* da

alla sufficienza di una prova liberatoria della diligenza, bensì a un’ipotesi di imputazione dell’inadempimento contenuta – o, meglio, implicata – ‘empiricamente’, se non ‘dommaticamente’, nel più severo regime di responsabilità cui il debitore viene assoggettato, ancorché incolpevole²¹.

parte dell’*actor*, così da vincere la difesa (o eccezione) elevata dal *reus* per dedurre eventi, *prima facie*, esonerativi.

²¹ I giuristi classici, nell’ambito di una osservazione complessiva del rapporto obbligatorio presieduto sul piano della responsabilità dal regime del *custodiam praestare*, è vero che talora si richiamano alla *culpa* non a valle (cioè sul piano del limite), ma a monte (cioè sul piano del fondamento in concreto): ma ancora una volta mi pare non nel senso che la prova della assenza di colpa sia bastevole per contrastare la pretesa creditoria al risarcimento, bensì in quello – ora implicito (come in Ulp. 29 *ad Sab.* D. 13.6.10 pr.), ora esplicito (come si vedrà nei testi di seguito citati) – che, se il debitore è rigorosamente tenuto responsabile per fatti a lui esterni – giusta il regime, per l’appunto, più gravoso per il debitore in quanto operativo oggettivamente –, è giocoforza ritenere che responsabilità vi sia anche nelle ipotesi di inadempimento ‘con colpa’ del debitore. Così in Ulp. 32 *ad ed.* D. 19.2.12.6, se da Ulpiano è addressata oggettivamente al *conductor* la perdita dei *vestimenta polienda* a seguito dell’attività distruttiva di topi (sostituendo, a mente dello scolio di Stefano a Bas. 20.1.13.6 [Schelt. B. 31175; Hb. 2.341], con J. PARIS, *La responsabilité de la ‘custodia’ en droit romain*, Paris, 1926, 62 ss., e con V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità*, cit., 85 s., ‘*quia debuit ab hac re cavere*’ con ‘*custodiam praestare debet*’; v., *contra*, R. ROBAYE, *L’obligation*, cit., 184 ss.; P. VOCI, ‘*Diligentia*’, cit., 85; G. MANCINETTI, *L’emersione*, cit., 321 ss.), a più forte ragione, la responsabilità sussiste nel caso in cui l’inadempimento sia dovuto a *ignorantia* colpevole del prestatore d’opera: *si fullo vestimenta polienda acceperit eaque mures roserint, ex locato tenetur, quia debuit ab hac re cavere. et si pallium fullo permutaverit et alii alterius dederit, ex locato actione tenebitur, etiamsi ignarus fecerit*. Analogamente se, ad avviso di Cartilio (Ulp. 28 *ad ed.* D. 13.6.5.13), il rischio è oggettivamente ascritto al comodatario in caso di perdita di un vassoio quale ‘accessorio’ dello schiavo prestato gratuitamente come cameriere (cfr., da ultimo, sul punto, A. MILAZZO, *Il contratto*, cit., 286), ‘a più forte ragione’ (*quare*) il comodatario risponderà se la perdita è dovuta a sua colpa (di talché, così intendendo il passo, non sarebbe affatto necessaria la supposta inserzione postclassica ipotizzata da V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità*, cit., 96, per il tratto ‘*quare culpam in eam quoque praestandam*’): *si me rogaveris, ut servum tibi cum lance commodarem et servus lancem perdidit, Cartilius ait periculum ad te respicere, nam et lancem videri commodatam: quare culpam in eam quoque praestandam*. E con questa chiave di lettura potrebbe intendersi anche Ulp. 28 *ad ed.* D. 13.6.5.3 (*commodatum autem plerumque solam utilitatem continet eius cui commodatur, et ideo verior est Quinti Mucii sententia existimantis et culpam praestandam et [diligentiam] <custodiam>*): cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità*, cit., 98; C.A. CANNATA, *Sul problema*, cit., 103, nt. 56; diversamente, v. R. CARDILLI, *L’obbligazione*, cit., 188 ss. che

Ma non è tanto all’approfondimento degli aspetti da ultimi menzionati – ossia alla coesistenza in capo a comodatari e prestatori d’opera di un regime di responsabilità ora fondato sulla *culpa*, ora determinato dal *custodiam praestare* – che intendo dedicare, nel prosieguo, ossia nella sua parte preponderante, il mio contributo.

2. Il problema della cd. responsabilità senza colpa alla luce dell’*utilitas contrabentium* in età classica

A valle della ricostruzione proposta da Cannata del sistema della responsabilità contrattuale classica per come schematizzata nelle pagine precedenti, la presente indagine muove da alcune osservazioni che lo studioso, a conclusione della perlustrazione della selva dei problemi implicati dalla *custodia*, dispiega sul perché della ‘responsabilità oggettiva’; ossia sulla scelta, tanto dogmatica quanto pratico-operativa, che aveva ispirato i *prudentes* ad assogettare taluni debitori a un regime così gravoso da prescindere da qualsivoglia controllo, in concreto, sulla psiche e sull’atteggiamento di quei contraenti che – si riteneva logico e giusto – dovessero essere tenuti al risarcimento ‘senza colpa’ (o, come preferisco riformulare la precisazione di Cannata, ‘a prescindere dalla colpa’).

salva come muciana la giuntura paritetica tra *culpam praestare* e *diligentiam praestare* alla luce anzitutto di D. 9.2.31, anche se qui, in verità, non si pongono sullo stesso piano, come criteri di imputazione, colpa e diligenza, ma si qualifica la prima proprio come difetto di diligenza; B. BERNDT, *Das ‘commodatum’*, cit., 118 ss., 123, secondo cui nel periodo tardo-repubblicano i rapporti gratuiti ‘di aiuto’ erano ispirati alla diligenza). A tutto ciò si aggiunga che da un testo come quello conservato in Ulp. 28 *ad ed.* D. 13.6.5.14, in ipotesi in cui la fattispecie concreta integri un comodato, le cause ignote determinanti la sopravvenienza dell’impossibilità della prestazione – tanto per Labeone, quanto per Ulpiano – sono poste a carico del comodatario, sicché per la prova esonerativa non sembra sufficiente l’assenza di colpa: *Si de me petisses, ut triclinium tibi sternerem et argentum ad ministerium praeberem, et fecero, deinde petisses, ut idem sequenti die facerem et cum commode argentum domi referre non possem, ibi hoc reliquero et perierit: qua actione agi possit et cuius esset periculum? Labeo de periculo scripsit multum interesse, custodem posui an non: si posui, ad me periculum spectare, si minus, ad eum penes quem relictum est. ego puto commodati quidem agendum, verum custodiam eum praestare debere, penes quem res relictae sunt, nisi aliud nominatim convenit.*

Cannata, nelle pagine finali delle sue *Ricerche*, osserva come «si dovrebbe, innanzi tutto, stabilire a chi incombessse, nel diritto classico, l’obbligo di *custodiam praestare*», per poi subito affrontare il problema attinente ai «criteri che potevano determinare la presenza dell’obbligo suddetto nei singoli rapporti»²². Il primo rilievo concerne il riconoscimento da parte della giurisprudenza classica e forse della stessa giurisprudenza repubblicana di un «orientamento che i maestri postclassici sistemarono nel cosiddetto ‘Utilitätsprinzip’» e la plausibilità che i *prudentes* tendessero proprio in ragione di tale principio «ad addossare, ad alcuni soggetti piuttosto che ad altri, l’obbligo di *custodiam praestare*»²³. «Tuttavia», prosegue lo studioso, «se considerazioni sull’*utilitas contrahendi* sono calzanti per spiegare la presenza dell’obbligo di *custodia* in certi casi piuttosto che in certi altri (come nella *locatio rei servandae* ..., o nel comodato, quando questo sia nel solo interesse del comodatario, piuttosto che nel deposito, o che nel comodato concesso nell’interesse del comodante), altre volte la presenza della *custodia* si spiega solo con considerazioni d’altro genere»: così, se l’*horrearius* era assoggettato a tale regime «perché questo era lo scopo del servizio e della cosa che egli metteva a disposizione della controparte», o se il depositario *qui se obtulit* rispondeva oggettivamente «perché ... con la sua offerta spontanea vincolava la scelta della controparte, determinandone l’affidamento», infine, con riguardo particolare al *fullo* e al *sarcinator* – casi emblematici, nelle trattazioni del secondo secolo d.C., di prestatori d’opera retribuiti e chiamati a risarcire il danno patito dal committente per perdita della *res locata* a seguito di furto –, Cannata superava rapidamente l’ostacolo scrivendo che in questi casi di *conductio operis* «a sua volta, la *custodia* ... trovava probabilmente origine nell’intento di evitare inconcludenti questioni di prova»²⁴. L’avverbio ‘probabilmente’ denunciava tutta la congetturalità della stenografica soluzione proposta

²² C.A. CANNATA, *Ricerche*, cit., 131 s.

²³ ID., *Ricerche*, cit., 132 s.

²⁴ ID., *Ricerche*, cit., 133 s. Per una giustificazione in termini ‘economicistici’ della responsabilità aggravata di tipo oggettivo di *nautae*, *caupones* e *stabularii*, cfr. M.F. CURSI, *Danno e responsabilità extracontrattuale nella storia del diritto privato*, Napoli, 2010, 84 ss.

ad un problema che anche un altro grande studioso della responsabilità contrattuale non poteva che avvertire come sfuggente: da un lato, infatti, Arangio-Ruiz evidenzia che «nelle istituzioni, Gaio ... mostra di vedere una certa connessione fra mercede e custodia: ma la frase resta troppo vaga ... per potersene indurre che la percezione della mercede sia ragione esclusiva della maggiore responsabilità»; dall’altro precisa che nel commento all’editto provinciale lo stesso giurista «si guarda bene dal dire che la prestazione della *custodia* derivi dalla mercede che viene pagata così al *fullo* o *sarcinator*, come al *nauta* o *caupo* o *stabularius*», ma «tutti costoro perché siano tenuti non lo dice, probabilmente perché non gli riesce di formulare in proposito un principio generale»²⁵.

C’è forse qualche spazio – ammantato di una probabilità pari o maggiore a quella dell’ipotesi appena ricordata – di leggere alternativamente la responsabilità per *custodia* di *fullo* e *sarcinator*, e proprio alla luce di quel principio che lo stesso Cannata vede come il primo e il fondamentale criterio ispiratore dei gradi di imputabilità dell’inadempimento, ossia quello del gioco della distribuzione di vantaggi e svantaggi negoziali tra creditore e debitore²⁶? Nella Roma del principato, infatti, il giudizio di responsabilità prevede, in conformità alla logica dell’*utilitas contrahentium*²⁷, differenziati criteri di imputazione

²⁵ V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità*, cit., 125.

²⁶ Tale probabilità acquista maggior consistenza sia mettendo in luce la giustapposizione omologante, operata da Gaio nelle Istituzioni, tra *fullo* e *sarcinator*, da un lato, e comodatario, dall’altro, all’insegna del criterio dell’‘utile contrattuale’ ai fini della determinazione della medesima responsabilità (Gai 3.206: *Quae de fullone aut sarcinatore diximus, eadem transferemus et ad eum, cui rem commodavimus. nam ut illi mercedem capiendi custodiam praestant, ita hic quoque utendi commodum percipiendi similiter necesse habet custodiam praestare*), sia valorizzando la supposta – e di per sé poco comprensibile – diversità di trattamento riservata *iure civili* ai singoli *conductores operis* (così C.A. CANNATA, *Ricerche*, cit., 102 ss., 133 s.; *contra*, v. V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità*, cit., 108), tale per cui i *nautae* non risponderebbero per *custodia*, mentre a tal titolo risponderebbero i *fullones* e i *sarcinatores*.

²⁷ Di tale *regula* si rinviene traccia in non pochi brani, tra cui il celeberrimo D. 50.17.23 (benché qui non ne appaia una esplicita menzione: v. S. TAFARO, ‘*Regula* e ‘*ius antiquum*’ in D. 50.17.23. *Ricerche sulla responsabilità contrattuale*, I, Bari, 1984, *passim*; ID., *Debito e responsabilità. Profili romanistici*, Bari, 2000, 69 ss.); cfr. Coll. 10.2.1; D. 13.6.5.2-3; D.

13.6.18 pr. Sul punto, con G. SANTUCCI, *Diritto romano e diritti europei. Continuità e discontinuità nelle figure giuridiche*², Bologna, 2018, 79 s., è opportuno ricordare quanto segue: «ridimensionato da tempo l'apporto della critica interpolazionistica, sono ben pochi i risultati che, maturati nel suo ambito, attualmente conservano valore; si può quindi predicare con verisimile sicurezza che il criterio dell'*utilitas* appartiene pienamente al patrimonio concettuale della giurisprudenza classica che lo applicò con consapevolezza e larghezza di visione e non fu principio che si affermò nella stagione posteriore del diritto postclassico-giustiniano. Non solo, ma se, come è stato fatto, si decidesse di valorizzare alcune indirette testimonianze, si potrebbe ulteriormente affermare che si tratta di un criterio già conosciuto, anche se con probabilità non ancora in forme compiute, da giuristi della tarda Repubblica e del primo Principato, come Quinto Mucio Scevola, Alfeno e Sabino. Di converso, l'*utilitas contrabentium* sembrerebbe trovare una posizione del tutto marginale nel pensiero dei compilatori giustiniani, essendo ricordata nelle Istituzioni imperiali in un solo passaggio e in modo del tutto incidentale». Sul tema, v. B. KÜBLER, *Das Utilitätsprinzip*, cit., 235 ss.; ID., *Die Konträrklagen und das Utilitätsprinzip*, in *ZSS*, 38, 1917, 73 ss.; G. SEGRÈ, ‘*Obligatio*’, ‘*obligare*’, ‘*obligari*’ nei testi della giurisprudenza classica e del tempo di Diocleziano, in *Studi in onore di P. Bonfante*, III, Milano, 1930, 523, nt. 77; V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità*, cit., 54; E. BETTI, *Imputabilità dell'inadempimento dell'obbligazione in diritto romano*, Roma, 1958, 73, 107 ss.; J.H. MICHEL, *Gratuité en droit romain*, Bruxelles, 1962, 325 ss., 333, 339, 348 ss.; F.M. DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale in diritto romano dalle origini a tutta l'età postclassica*, Bari, 1994, 297, nt. 13; R. CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., 505 ss.; C.A. CANNATA, *Sul problema*, cit., 153 ss., 181; L. MANNA, *Spunti per una indagine dei criteri della responsabilità contrattuale in diritto postclassico*, in *Atti del II Convegno sulla problematica contrattuale in diritto romano*, Milano, 11-12 maggio 1995, Milano, 1998, 441 ss.; M. NAVARRA, *Ricerche sulla 'utilitas' nel pensiero dei giuristi romani*, Torino, 2002, 133 ss., 160, ntt. 337 s.; EAD., *Note in tema di 'utilitas': Modestino e Coll. 10.2*, in *Labeo*, 50, 2004, 84 ss.; EAD., ‘*Utilitas contrabentium*’ e *sinallagma*, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, II, a cura di L. Garofalo, Padova, 2007, 225 ss.; H. ANKUM, *La responsabilità contrattuale nel diritto romano classico e nel diritto giustiniano*, in *Diritto romano e terzo millennio. Radici e prospettive dell'esperienza giuridica contemporanea. Relazioni del convegno internazionale di diritto romano (Copanello, 3-7 giugno 2000)*, a cura di F. Milazzo, Napoli, 2004, 141 ss.; G. SANTUCCI, ‘*Utilitas contrabentium*’. Note minime su una ‘regula’ che ‘cacciata dalla porta rientrò dalla finestra’, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, III, Napoli, 2008, 283 ss.; L. GAROFALO, *Gratuità e responsabilità contrattuale*, in *TSDP*, 5, 2012, 67 ss.; sul tema ho già avuto modo di esporre recentemente qualche mia idea: C. PELLOSO, ‘*Custodia*’, ‘*receptum*’ e *responsabilità contrattuale*, in *Sem. Compl.*, 29, 2016, 266, 270 ss. Contro la classicità del principio, è d'uopo ancora rammentare: A. PERNICE, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, II.2, 1, Halle, 1900 (rist. Aalen, 1963), 149 s.; W. KUNKEL, ‘*Diligentia*’, cit., 312 s.; F. WIEACKER, *Haftungsformen*

dell’inadempimento varianti da contratto a contratto. Si opta per il parametro meno rigoroso per il debitore (*dolus*), se questi è ritenuto non ricavare dal contratto alcun vantaggio (o comunque un vantaggio inferiore rispetto a quello di controparte); per quello mediano (*culpa*), se il debitore, al pari della controparte, tanto trae profitto quanto sopporta sacrificio in ragione del *negotium* divisato; per quello più severo ed eterogeneo rispetto ai primi due in quanto fondativo di una responsabilità oggettiva (*custodia*), se la parte tenuta in forza del contratto alla restituzione della cosa consegnata nel suo esclusivo (o prevalente) interesse non provveda in tal senso²⁸.

des römischen Gesellschaftsrechts, in ZSS, 54, 1934, 57 ss., e ID., *Textstufen klassischer Juristen*, Göttingen, 1960, 218 s.; D. NÖRR, *Die Entwicklung des Utilitätsgedankens im römischen Haftungsrecht*, in ZSS, 73, 1956, 97 s.

²⁸ S. TAFARO, ‘*Regula*’, cit., 311: «il principio dell’utilità dei contraenti postulava proprio la necessità di graduare la responsabilità in corrispondenza della utilità contrattuale», traducendosi «nella maggiorazione di responsabilità ove vi fosse stato l’utile del solo debitore, nella individuazione del criterio della *culpa* dove vi fosse stata reciprocità di utilità e nella attenuazione della responsabilità, limitata al dolo, dove il vantaggio economico fosse stato del solo creditore». Ergo, avendosi a paradigma il comportamento del depositario e del comodatario che, a causa del perimento della cosa, non la possano restituire, esso è da valutare, come regola generale, alla stregua rispettivamente del *dolus* e della *custodia* (essendo entrambi i contratti essenzialmente gratuiti), laddove, quanto al contegno del compratore e del venditore che non eseguano quanto dovuto *ex contractu*, sempre di regola, rispondono a titolo di colpa: cfr., per tutti, M. TALAMANCA, voce ‘*Custodia*’ (*dir. rom.*), in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, 562 s.; ID., voce *Colpa. Colpa civile* (*dir. rom. e interm.*), in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 519 ss.; ID., voce *Vendita* (*dir. rom.*), in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, 446 ss. Ben diversamente, il sistema italiano ha congegnato – al livello del fondamento della responsabilità – un sistema rigidamente oggettivo e, per ciò, di per sé insensibile, almeno *prima facie*, alla logica duttile della *regula* romana dell’*utilitas contrabentium*, tale per cui solo in forza di precisi correttivi empirici sarebbe possibile scalfire la natura monolitica del giudizio di responsabilità (incapace, in punto di principio, di differenziare tanto la responsabilità del depositario da quella del comodatario, quanto quella del comodatario normale da quella del comodatario che detiene anche con vantaggio del comodante). La dottrina, per esempio, ha ricavato il principio secondo cui la responsabilità del soggetto tenuto alla prestazione, in quanto non riceve alcuna utilità in base al contratto, va valutata con minor rigore, dalla specifica disciplina di alcune figure di contratti gratuiti, come quella versata nell’art. 1710 cod. civ. (ove è stabilito che «il mandatario è tenuto a eseguire il

Più esattamente, dunque, il sintagma ‘*praestare custodiam*’ definisce (o implica, secondo la formulazione preferita da Cannata) un criterio, non generale, bensì proprio di certune fattispecie obbligatorie, che addossa a quel debitore la cui *utilitas* sia *ex contractu* assolutamente o relativamente preponderante il ‘*periculum*’ del verificarsi di determinati eventi (*periculum*, ovviamente, da intendere in senso a-tecnico in quanto assorbito nella sfera del problema preliminare della responsabilità e non invece in quella che, esclusa la responsabilità, concerne *ex post* il problema del ‘rischio’ e, quindi, della determinazione della parte contrattuale su cui addossare la perdita economica conseguente la sopravvenuta impossibilità)²⁹. E ciò «indipendentemente dalla ricerca di un nesso causale fra il comportamento del debitore e l’evento nonché, *a fortiori*, fra la qualificazione psichica di tale comportamento e l’evento, in funzione di una valutazione tipica della possibilità del debitore di evitare l’accadimento», sicché «i limiti della responsabilità per custodia vanno ... cercati nella determinazione degli eventi per cui il debitore è chiamato a rispondere»³⁰ (fermo restando il limite negativo, ricavato *ex post*, della forza maggiore, il cui prodursi determina la questione ulteriore su chi, in forza di un inadempimento non imputabile neppure per *custodia*, debba sopportare il *periculum*, al contrario, qui da intendere in senso tecnico)³¹.

Posto, dunque, che quello dei classici si rivela un metodo ‘positivo’, ossia teso ad acclarare le singole ipotesi integranti i fatti costitutivi della responsabilità (e non, come di poi accadrà ad opera dei Bizantini, un metodo ‘negativo’ per cui si individua, *toto coelo*, l’area estranea a detta

mandato con la diligenza del buon padre di famiglia», e si precisa, sempre all’interno del comma iniziale, che, «se il mandato è gratuito, la responsabilità per colpa è valutata con minor rigore»), nonché nell’art. 1768 cod. civ. (ove, precisato al comma 1 che «il depositario deve usare nella custodia la diligenza del buon padre di famiglia», si afferma al comma successivo che, «se il deposito è gratuito, la responsabilità per colpa è valutata con minor rigore»): v. G. SANTUCCI, ‘*Diligentia quam in suis*’ e valutazione della responsabilità per colpa ‘con minor rigore’ nel codice civile italiano, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, II, Napoli, 2006, 375 ss.

²⁹ Cfr., paradigmaticamente, A. DE MEDIO, *Caso*, cit., 157 ss.

³⁰ Cfr. M. TALAMANCA, voce ‘*Custodia*’, cit., 562.

³¹ Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità*, cit., 77.

responsabilità), il ‘*praestare custodiam*’ è forse vero che si atteggia a criterio oggettivo di imputazione dell’inadempimento da concepirsi in termini di *essenziale* o *naturale negotii* che, anzitutto, addossa al conduttore impegnato contrattualmente a *opus facere* dietro corrispettivo³² l’ipotesi del ‘furto non qualificato’ della *res aliena* a lui *locata* dal committente?

3. La responsabilità del ‘*fullo*’ e del ‘*sarcinator*’: muovendo dalle Istituzioni di Gaio

Se già Labeone, per l’epoca a cavaliere tra la repubblica e il principato, pare incline a connettere *tout court* la responsabilità *ex locato* del prestatore d’opera al furto delle vesti che il committente ha lasciato per il loro lavaggio presso quest’ultimo³³, con riguardo al secondo secolo d.C.,

³² T. MAYER-MALY, ‘*Locatio conductio*’, cit., 129 ss.; J.A.C. THOMAS, *The Nature of ‘merces’*, in *Acta Juridica*, 1, 1958, 191 ss.; I. MOLNÁR, *Rechte und Pflichten der Subjekte der ‘locatio conductio’*, in *Index*, 12, 1983-1984, 156 ss., 170 s.

³³ Ciò attesta il tormentato Lab. 5 *post. a Iav. epit.* D. 19.2.60.2, in cui si riporta il caso di un lavandaio-conductor che a seguito di furto ha perso le vesti del *locator*, il quale però sa a chi rivolgersi per ripeterle (secondo me con riferimento solo alla *conductio* e alla *rei vindicatio*, e non anche all’*actio furti poenalis*: sulla scorta di R. CARDILLI, *L’obbligazione*, cit., 370, v., diversamente, G. MANCINETTI, *L’emersione*, cit., 228 ss., con ampio ragguaglio dottrinale circa il problema della autenticità del passo e quello del suo rapporto con Gai 3.205 e con D. 47.2.91[90] pr.). Ciò nonostante – prosegue il frammento – il committente non vuole ripeterle e agisce *ex locato* contro il *fullo*. A questo punto il giudice è chiamato a valutare se il committente possa piuttosto agire contro il ladro e recuperare da questo le sue cose a spese del tintore, oppure se, ciò risultando impraticabile, il tintore vada condannato e il committente, allora, debba cedergli le azioni (cfr. E. LEVY, *Nachträge zur Konkurrenz der Aktionen und Personen*, Weimar, 1962, 19; I. REICHARD, *Die Frage des Drittschadensatzes im klassischen römischen Recht*, Köln-Weimar-Wien, 1994, 100 ss.; v., inoltre, conformemente anche il passo gaiano tratto dal libro decimo del commentario all’editto provinciale contenuto in D. 19.2.25.8): il giudice dell’*actio locati* sembra concedere al *fullo* una sorta di *beneficium excussionis*, in quanto – si è messo in luce da J.U. WACKE, *La cessione della ‘rei vindicatio’ in favore del responsabile per la perdita della cosa*, in *Iura*, 56, 2006-2007, 139 ss., 141 s. – «se le vesti sono ancora reperibili presso il ladro, esse – *a posteriori* – non possono dirsi del tutto perdute», mentre la formula dell’*actio* contrattuale esperita nei suoi confronti avrebbe consentito, in quanto *ex fide bona*, «la compensazione giudiziale fra le reciproche pretese di attore e convenuto». Parimenti, non mi pare da seguire, sul punto, P.J. DU PLESSIS, *Letting*, cit.,

vengono invece in rilievo alcuni celeberrimi paragrafi tratti dal libro terzo del manuale di Gaio, «nostro primo maestro in materia di responsabilità per *custodia*» anche per la «semplice eleganza del suo linguaggio»³⁴.

Qui il giurista antoniniano, in realtà, si sta occupando non tanto dell'autonomo problema del variare dei criteri di imputazione dell'inadempimento in ragione degli interessi dedotti nel contratto, bensì dell'argomento, eterogeneo ma connesso, della legittimazione attiva

62, che a commento del passo scrive: «where a customer's clothes were stolen by a third party ..., two options were available at law. The customer could either sue the thief delictually or he could sue the fuller *ex locato* for breach of contract». Invero, il passo riporta un pensiero classico, quello di Labeone e di Giavoleno, che non pare supportare l'assunto dello studioso. Nel frammento i *prudentes* si limitano a precisare come il *fullo* risponda – oggettivamente e contrattualmente – del furto dei *vestimenta* del *locator* (anche se questo sa chi è il ladro e può agire nei confronti di questi o con una rivendica o con una *condictio*, e non invece con un'*actio furti*); inoltre puntualizzano come il giudice, in forza degli ampi poteri decisori *ex fide bona* che gli derivano dal *iudicium locati*, possa anche assolvere il *fullo*, invitando ad agire – a spese, ovviamente, di quest'ultimo – contro il *fur* possessore, quando vi sia la certezza della fruttuosità di quest'ultima azione reipersecutoria.

³⁴ Gai 3.205-207. La citazione nel testo è da V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità*, cit., 104. Sui paragrafi in questione e sui numerosi problemi implicati, la letteratura è sterminata: cfr., oltre a V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità*, cit., 62 ss., a titolo solo esemplificativo, G.I. LUZZATTO, *Caso*, cit., 38 s., 72 ss. e nt. 1, 77, nt. 2, 81 nt. 1; F.M. DE ROBERTIS, *La legittimazione attiva nell'actio furti?*, in *AUBA*, 10, 1949, 66 ss., nonché ID., *La responsabilità*, cit., 329 ss.; J. ROSENTHAL, '*Custodia*', cit., 248 s.; F. PASTORI, *Il commodato nel diritto romano. Con contributi allo studio della responsabilità contrattuale*, Milano, 1954, 187 s. e ID., *Gaio e la responsabilità contrattuale*, in *Labeo*, 2, 1956, 311 ss., 319 s.; S. SOLAZZI, *La responsabilità del commodatario nelle Istituzioni di Gaio*, in *Iura*, 6, 1955, 140 s., 143 ss.; D. NÖRR, *Die Entwicklung*, cit., 65 ss.; E. BETTI, *Imputabilità*, cit., 55 ss.; J. MICHEL, *Gratuité en droit romain. Études d'histoire et d'ethnologie juridique*, Bruxelles, 1962, 327 ss.; G. MACCORMACK, '*Custodia*', cit., 160 ss.; A. METRO, *L'obbligazione*, cit., 96 ss. e 146 ss.; G.C.J.J. VAN DEN BERGH, '*Custodia*', in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, I, Milano, 1982, 611, nonché ID., '*Custodiam*', cit., 67; M. SARGENTI, *Problemi della responsabilità contrattuale*, in *Atti del seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano*, I, Milano, 1988, 108 ss.; R. ROBAYE, *L'obligation*, cit., 265 ss., 274 s.; P. VOICI, '*Diligentia*', cit., 62 ss.; R. CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., 486 ss.; C.A. CANNATA, *Sul problema*, cit., 70 ss.; A. LOVATO, *Sulle azioni di furto e di rapina nell'esperienza giustiniana*, in *Atti Accademia romanistica costantiniana (XI Convegno internazionale in onore di F.B.J. Wubbe)*, Napoli, 1996, 636 e nt. 9; M. SERRANO-VICENTE, '*Custodiam*', cit., 144; P.J. DU PLESSIS, *Letting*, cit., 63 s.

all'azione penale di furto attribuita a talune figure di prestatori d'opera in ragione della loro responsabilità contrattuale e quindi dell'interesse a che la cosa fosse salva (interesse e legittimazione all'*actio furti* destinati a venir meno – secondo un orientamento risalente allo stesso Labeone – ove il *locator* avesse liberato il *conductor* dall'*actio ex locato*)³⁵. Infatti, con riguardo particolare all'*obligatio consensu contracta* (contratto consensuale sinallagmatico e oneroso) della *locatio conductio operis*, il lavandaio (*fullo*) e il rammendatore (*sarcinator*), ovverosia i conduttori dell'opera, sono detti – di regola – titolari di *actio furti*. Non, invece, il proprietario della *res* che viene *locata* ai fini dell'esercizio dell'*opus facere* dietro corrispettivo in danaro (*merces*): ciò si spiega perché quest'ultimo, in quanto *locator*, non ha alcun interesse a che la cosa non perisca presso il *conductor* che la detiene, potendo conseguire quanto gli spetta (ossia un risarcimento del danno nei limiti del suo interesse positivo all'esatto adempimento) proprio attraverso l'esperimento dell'*actio ex locato* che esiterà in una condanna del *reus* a pagare una somma di danaro surrogatoria della mancata restituzione della *res locata* e dell'*opus factum*. E tutto ciò – precisa Gaio – a meno che, di contro, il conduttore non risulti insolubile: in questo caso, in cui non è possibile per il locatore conseguire il *suum* con azione contrattuale, l'*actio furti*³⁶ – al netto dell'azione reipersecutoria

³⁵ Cfr. D. 47.2.12 pr.; v., inoltre, Gai 3.203; D. 13.6.5.15; D. 47.2.14.16; D. 47.2.91(90) pr.; I. 4.1.16. Da considerare altresì D. 47.2.14 pr. (in ambito di compravendita) e D. 47.2.14.10 (in ambito di comodato al *filius familias*) e in contrasto con D. 47.2.52.9 (in tema di *filius* o *servus conductor operis*), nonché D. 47.2.14.3 (sulla legittimazione all'*actio furti* negata al depositario). Sul problema della legittimazione attiva all'*actio furti*, fondamentale è F.M. DE ROBERTIS, *La legittimazione*, cit., 66 ss.; nonché J.U. WACKE, *‘Actiones suas praestare debet’. Die Last zur Klagenabtretung an den Ersatzpflichtigen und dessen Eigentumserwerb - Römischrechtliche Grundlagen des Zessionsregresses nach §255 (1. Fall) BGB*, Berlin, 2010, 168 ss.; L. PARENTI, *Riflessioni su una decisione di Ulpiano riguardante l'actio furti a favore del 'fullo' ladro: D. 47.2.48.4 (Ulp. 42 'ad Sab.')*, in *Quaderni Lupiensis di Storia e Diritto*, 4, 2014, 161 ss.; M. SERRANO-VICENTE, *Enfoques jurisprudenciales en torno a la legitimación activa a la 'actio furti': Gayo, Papiniano, Ulpiano y Paulo*, in *Sem. Compl.*, 28, 2015, 1041 ss.; G. MANCINETTI, *L'emersione*, cit., 229 s., 292 ss.

³⁶ Ma, come precisa correttamente C.A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità*, cit., 71, «per stabilire la ... legittimazione attiva all'*actio furti* e l'esclusione della legittimazione del *dominus rei* un altro elemento di fatto può venire in

quale *dominus* – gli compete proprio in ragione del suo interesse a che la cosa gli sia resa intatta. Ecco il paragrafo centrale:

Gai 3.205: *Item si fullo polienda curandave aut sarcinator sarcienda vestimenta mercede certa acceperit eaque furto amiserit, ipse furti habet actionem, non dominus, quia domini nihil interest ea non periisse, cum iudicio locati a fullone aut sarcinatore suum consequi possit, si modo is fullo aut sarcinator rei praestandae sufficiat; nam si solvendo non est, tunc quia ab eo dominus suum consequi non potest, ipsi furti actio competit, quia hoc casu ipsius interest rem salvam esse.*

Le cose, nella prassi, dovevano andare così: Tizio lasciava a Caio un bene da rammendare o da riparare; Caio subiva un furto (vuoi prima, vuoi dopo l'esecuzione dell'*opus*) e non restituiva a Tizio il bene; Tizio – anzitutto non sapendo presso chi *repetere* le *res* perdute – agiva contrattualmente contro l'inadempiente e solvibile Caio (mentre se Caio non fosse stato solvibile, sarebbe stato Tizio il legittimato all'*actio furti*); Caio, una volta condannato (sempre che il giudice dell'*actio ex locato* non avesse ritenuto di assolverlo, essendo maggiormente praticabile – a sue spese – una *rerum repetitio* da parte del *dominus* presso il *fur*)³⁷, a sua volta agiva per furto contro il ladro (laddove se fosse stato da subito *liberatus* da Tizio non sarebbe stato legittimato all'azione di furto)³⁸. Nel paragrafo in questione Gaio non scrive espressamente che in caso di impossibilità di restituire il *conductor operis* è tenuto *ex locato* per il solo fatto che la *res locata* in vista dell'*opus* è stata furtivamente sottratta, senza

considerazione, e cioè la solvibilità del *custos*: ma ciò nulla ha a che fare con la sua responsabilità».

³⁷ Lab. 5 *post. a Iav. epit.* D. 19.2.60.2: *Vestimenta tua fullo perdidit et habes unde petas nec repetere vis: agis nihilo minus ex locato cum fullone, sed iudicem aestimaturum, an possis adversus furem magis agere et ab eo tuas res consequi fullonis videlicet sumptibus: sed si hoc tibi impossibile esse perspexerit, tunc fullonem quidem tibi condemnabit, tuas autem actiones te ei praestare compellet.*

³⁸ Iav. 9 *ex post. Lab.* D. 47.2.91(90) *pr.*: *Fullo actione locati de domino liberatus est: negat eum furti recte acturum Labeo. item si furti egisset, priusquam ex locato cum eo ageretur et, antequam de furto indicaretur, locati actione liberatus esset, et fur ab eo absolvi debet. quod si nihil eorum ante accidisset, furem ei condemnari oportere. Haec idcirco, quoniam furti eatenus habet actionem, quatenus eius interest.*

che alcun ulteriore elemento valutativo sia necessario per escludere o stabilire la responsabilità. Vero è che ciò risulta chiaro *in primis* dalla precisazione che al proprietario ‘*nihil interest ea non periisse*’ (il che significa non solo che è esclusa la sua legittimazione attiva all’*actio furti* – che dipende non dal dominio, ma, come risaputo, dall’interesse di chi, tenendo a proprio vantaggio una cosa propria o altrui, ha interesse a che tale *res* sia *salva* –, ma anche che il conduttore è titolare di tale interesse, ‘potendo’ il *dominus* in quanto locatore convenirlo in giudizio *ex contractu* e ottenerne ‘oggettivamente’ la condanna al risarcimento del danno nei limiti del suo interesse all’esatto adempimento, posto che non è da escludere che la proposizione ‘*cum...possit*’ abbia valore non causale, ma circostanziale condizionale). Di poi, si evince dall’uso iniziale di *item* che richiama il caso – trattato poco sopra – del pegno, contratto reale e gratuito con obbligazione principale restitutoria in capo al creditore pignoratizio, parte che risulta titolare di un primario interesse a che ‘*rem salvam fore*’, ossia a che ‘*rem non perire*’ (rispondendo egli oggettivamente nei confronti del debitore pignorante della mancata restituzione a seguito di furto), e che, per tanto, ha legittimazione attiva all’*actio furti*:

Gai 3.203-204: *Furti autem actio ei competit, cuius interest rem salvam esse, licet dominus non sit. itaque nec domino aliter competit, quam si eius intersit rem non perire. 204. Unde constat creditorem de pignore subrepto furti agere posse; adeo quidem, ut quamvis ipse dominus [id est ipse debitor] eam rem subripuerit, nihilo minus creditori competat actio furti.*

Il ragionamento trova conferma e precisazione nel prosieguo del commentario, dove Gaio estende al comodato quanto già esposto in materia (oltre che di pegno) di *locatio conductio operis* e puntualizza che al comodatario (e non al comodante) compete l’azione di furto, in quanto il primo, come il *conductor* risponde a titolo di *custodia* ‘dietro un corrispettivo’, così è tenuto parimenti per *custodia*, percependo del tutto gratuitamente un beneficio dal comodante³⁹:

³⁹ Il che non si riscontra, invece, nel depositario, che tiene presso di sé la cosa e risponde della mancata restituzione solo a titolo di dolo (ciò essendo perfettamente

Gai 3.206: *Quae de fullone aut sarcinatore diximus, eadem transferemus et ad eum, cui rem commodavimus. nam ut illi mercedem capiendo custodiam praestant, ita hic quoque utendi commodum percipiendo similiter necesse habet custodiam praestare.*

4. La responsabilità oggettiva ‘ex recepto’ ed ‘ex contractu’ tra ‘naturalità’ e ‘accidentalità’

Il prestatore d’opera non intellettuale – come il lavandaio e il rammendatore – in forza del criterio della *utilitas contrabentium* è ovviamente chiamato a rispondere a titolo di *culpa* per l’inesatta esecuzione del *facere*, atteso che, sotto questo profilo, ciascuna parte sopporta benefici e sacrifici⁴⁰.

Tuttavia, con riguardo all’obbligo restitutorio presupponente l’attività di custodia, la responsabilità fatta valere con *actio ex locato* del *fullo* e del *sarcinator*, così come quella del *nauta*, del *caupo*, dello *stabularius*, è identificata anche altrove dallo stesso Gaio come *custodiae nomine*: nel libro quinto del commento all’editto provinciale – come si rimarca esplicitamente da parte del giurista – la mercede, cui hanno diritto vuoi

giustificato alla luce del principio della *utilitas contrabentium*): Gai 3.207: *Sed is, apud quem res deposita est, custodiam non praestat tantumque in eo obnoxius est, si quid ipse dolo malo fecerit; qua de causa si res ei subrepta fuerit, quia restituendae eius nomine depositi non tenetur nec ob id eius interest rem salvam esse, furti [itaque] agere non potest, sed ea actio domino competit.* Cfr. G.I. LUZZATTO, *Caso*, cit., 38 s.; F. PASTORI, *Il commodato*, cit., 185 ss.; S. SOLAZZI, *La responsabilità*, cit., 143 s.; F. PASTORI, *Gaio*, cit., 319 s.; E. BETTI, *Imputabilità*, cit., 56, 127; V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità*, cit., 64 s.; A. METRO, ‘Custodiam’, cit., 65 s.; G. MACCORMACK, ‘Custodia’, cit., 160 s.; W. LITEWSKY, *Depositary’s Liability in Roman Law*, in *AG*, 190-191, 1976, 36 s.; R. ROBAYE, *L’obligation*, cit., 265 ss.; M. SARGENTI, *Problemi*, cit., 108 ss.; C.A. CANNATA, *Sul problema*, cit., 71 s. Cfr., inoltre, D. 47.2.14.3; D. 47.8.2.23; Coll. 10.2.6.

⁴⁰ Cfr. Ulp. 32 *ad ed.* D. 19.2.9.5: *Celsus etiam imperitiam culpa adnumerandam libro octavo digestorum scripsit: si quis vitulos pascendos vel sarciendum quid poliendumve conduxit, culpam eum praestare debere et quod imperitia peccavit, culpam esse: quippe ut artifex, inquit conduxit.* Per la non classicità del passo, cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità*, cit., 196 e nt. 1; E. BETTI, *Imputabilità*, cit., 69 s. e 139 ss.; I. DE FALCO, ‘Diligentiam praestare’. *Ricerche sull’emersione dell’inadempimento colposo delle ‘obligationes’*, Napoli, 1991, 81 ss.; per la genuinità, v. C.A. CANNATA, *Sul problema*, cit., 56 ss.; R. CARDILLI, *L’obbligazione*, cit., 442 ss. Cfr., inoltre, D. 9.2.8.1; D. 19.2.13.5-6; D. 19.2.25.7; D. 50.17.23.

conductores operis come il vettore o il prestatore d’opera manuale⁴¹ vuoi *locatores rei* come l’albergatore e il parcheggiatore⁴², non rappresenta il

⁴¹ Anzitutto a mente di Ulp. 14 *ad ed. D.* 4.9.3.1 (... *si quidem merces intervenerit, ex locato vel conducto: sed si tota navis locata sit, qui conduxit ex conducto etiam de rebus quae desunt agere potest: si vero res perferendas nauta conduxit, ex locato convenitur: sed si gratis res susceptae sint, ait Pomponius depositi agi potuisse* ...), sulla polimorfa qualificazione del trasporto marittimo, v., da ultima, S. GALEOTTI, ‘*Mare*’, cit., 86 ss., nonché – più in generale – su quella di ‘trasporto’, ‘albergo’ e ‘posteggio’, nonché sull’importanza di tale qualificazione per il (mutevole) regime della responsabilità contrattuale di *nautae, cauponae, stabularii*, cfr. C. PELLOSO, ‘*Custodia*’, cit., 281 ss. Lasciando a parte il caso del trasporto marittimo gratuito (corrispondente a un *depositum* che prevede il dolo quale criterio d’imputazione dell’inadempimento), nel caso di una *locatio navis* (cfr. D. 14.2.2. pr.; D. 14.2.10.1-2) l’armatore garantisce al conduttore l’*uti frui* e, dunque, l’idoneità della nave allo scopo cui è destinata (il trasporto di passeggeri e/o merci): è dunque nei soli limiti di tale prestazione (che non include quella di *vehere* e di *reddere*) che i *vitia* della *navis locata*, ove cagionino danni imputabili a *culpa* o *dolus* del locatore, implicano responsabilità nei limiti dell’*id quod interest*, potendosi agire *ex conducto* ‘*etiam de rebus quae desunt*’; in ipotesi di *locatio mercium vehendarum* (cfr. D. 14.2.10 pr.), invece, si garantisce il risultato del trasporto e la controprestazione della *merces* da parte del *locator* è dovuta al *nauta-conductor* soltanto se i beni giungono a destinazione, sicché il *detrimentum* o l’*interitus* delle *res vehendae* imputabili fondano l’esperienza da parte del cliente-*locator* dell’*actio locati* per far valere le sue ragioni nei limiti dell’interesse positivo, mentre il *periculum* di perdita di merci, pur non imputabile al vettore, viene comunque addossato a quest’ultimo, privato del diritto alla *vectura* (sul punto v. le lucide osservazioni generali di L. VACCA, *Considerazioni*, cit., 203 ss., nonché l’ampia trattazione di R. FERCIA, *Criteri*, cit., 177 ss., 187, il quale muta parzialmente opinione in ID., *La responsabilità*, cit., 313 ss., là ove ritiene che l’*actio conducti* contro il *nauta-locator* sia esperibile anche per perdita dovuta a eventi non imputabili) Cfr., inoltre, Pap. 8 *quaest. D.* 19.5.1.1 (*domino mercium in magistrum navis, si sit incertum, utrum navem conduxerit an merces vehendas locaverit, civilem actionem in factum esse dandam Labeo scribit*), passo che attesta come già in età augustea la scienza giuridica avvertisse come insidioso e meritevole di soluzioni uniformi il problema della corretta interpretazione dell’atteggiarsi dell’assetto di interessi dedotto nel contratto di trasporto tra vettore e il cliente e, quindi, quello della sussunzione della fattispecie concreta in un dato tipo astratto (sul passo, da ultima, con ampio ragguaglio bibliografico, cfr. S. GALEOTTI, ‘*Mare*’, cit., 126 ss., e nt. 263).

⁴² Diversamente dal rapporto tra cliente e *nauta*, il contratto con *cauponae* e *stabularii* corrispondeva sempre a una locazione di uno spazio in cui il *locator* permetteva ai *viatores* di *in caupona manere* e ai *iumenta* di *apud eum stabulari*: cfr. A. FÖLDI, ‘*Cauponae*’ e ‘*stabularii*’ nelle fonti del diritto romano, in *Festschrift F. Sturm*, Liège, 1999, 119 ss.; R. FERCIA, *Criteri*, cit., 176 s., 204 s.; P. CERAMI, ‘*Tabernae deversoriae*’. Settore economico e regime giuridico nel

corrispettivo in danaro della correlata attività custodiente delle *res* ora *conductae* (per essere trasportate, o pulite o rammendate) o delle *res* introdotte nei locali del *locator* (quali la locanda o la stalla), ma è sinallagmaticamente interrelata solo al *facere* del conduttore o al *pati/permittere* del *locator*, ossia alle condotte principalmente dedotte in contratto⁴³:

Gai. 5 *ad ed. prov.* D. 4.9.5 pr.: *Nauta et caupo et stabularius mercedem accipiunt non pro custodia, sed nauta ut traiciat vectores, caupo ut viatores manere in caupona patiatur, stabularius ut permittat iumenta apud eum stabulari: et tamen custodiae nomine tenentur. nam et fullo et sarcinator non pro custodia, sed pro arte mercedem accipiunt, et tamen custodiae nomine ex locato tenentur*⁴⁴.

periodo imprenditoriale, in *Studi in onore di A. Metro*, I, a cura di C. Russo Ruggeri, Milano, 2009, 470; S. KORDASIEWICZ, ‘*Receptum*’, cit., 202, 207.

⁴³ Così, persuasivamente, da ultima anche S. GALEOTTI, ‘*Mare*’, cit., 179.

⁴⁴ Sul passo, v. – tra i più recenti – A. PETRUCCI, *Per una storia della protezione dei contraenti con gli imprenditori*, I, Torino, 2007, 127 ss., 139 s.; J. GONZÁLEZ ROMANILLOS, *Evolución de la responsabilidad del ‘nauta’ en el derecho romano*, in *Foro*, 3, 2006, 489 s.; R. FERCIA, *La responsabilità*, cit., 17 s., nt. 51, 296, nt. 6, 302, nt. 24; C. PELLOSO, ‘*Custodia*’, cit., 284 s., 289 s. Dal frammento gaiano – che non mi pare affatto in contraddizione con quelli delle istituzioni: cfr. F. PASTORI, *Il commodato*, cit., 239 s., nt. 10; R. CARDILLI, *L’obbligazione*, cit., 495; M.F. CURSI, ‘*Actio de recepto*’ e ‘*actio furti (damni) in factum adversus nautas, caupones, stabularios*’. Logiche differenziali di un sistema composito, in *Studi per G. Nicosia*, III, Milano, 2007, 136, nt. 60 – non credo sia possibile ricavare che la *merces* si configuri come il corrispettivo per l’attività di *custodia* (da intendersi quale detenzione temporanea della *res*, come lo è, invece, in ipotesi di deposito oneroso: cfr., paradigmaticamente, oltre a D. 19.2.40, D. 13.6.19), o che il suo versamento sia, data la consensualità del contratto, presupposto per l’insorgenza dell’obbligo di *opus facere* sulla *res conducta* (nonché di quello di restituirla) in capo al *fullo* e al *sarcinator*. Mi pare andare oltre lo scritto e il pensiero di Gaio M.F. CURSI, ‘*Actio*’, cit., 136, nt. 60 (che pur considera i contenuti di Gai 3.205-206 e di D. 4.9.5 pr. compatibili), là ove suggerisce che la *merces* sia in qualche modo legata tanto alla *custodia*-attività quale obbligo accessorio, quanto alla prestazione di *facere* quale obbligo principale (v., però, in termini analoghi, già V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità*, cit., 104 s., nt. 1, 108): cosa che invece sembra essere esclusa proprio dal tenore del commento gaiano – ritenuto autentico – all’editto provinciale. Del pari non riesce a convincermi F.M. DE ROBERTIS, ‘*Receptum nautarum*’: studio sulla responsabilità dell’armatore in diritto romano, con riferimento alla disciplina particolare concernente il ‘caupo’ e lo ‘stabularius’, Bari, 1952, 96, nt. 3, là ove sostiene sia che la *merces*

Il giustapporre, come fa Gaio, all’insegna della *custodia* ‘*nauta et caupo et stabularius*’, da una parte, e ‘*fullo et sarcinator*’, dall’altra, non è operazione innocua e priva di rilievo, così come non è – come all’apparenza potrebbe sembrare – un’opzione metodologica semplicistica e a-problematica. Va infatti subito precisato, al proposito, che, secondo la più persuasiva opinione tra quelle sostenute in letteratura e direttamente ispirata dagli studi di Cannata⁴⁵, la responsabilità di armatori, albergatori e parcheggiatori include e supera quella (civilistica e contrattuale) per *custodia* solo sul piano del diritto pretorio (in quanto originata *ex recepto*): quindi, ne consegue plausibilmente che tali *exercitores, iure civili*, siano tenuti *ex locatione conductione* al criterio soggettivo della *culpa*, laddove in forza di *receptum* siano tenuti responsabili – dopo l’intervento labeoniano – con il solo limite della *vis maior* rilevante in giudizio non automaticamente, ma *ope exceptionis*⁴⁶. Come si può arguire sia da espresse

è intesa dal Gaio delle Istituzioni come corrispettivo della *custodia* (come pure in D. 19.2.40), sia che D. 4.9.5 pr. è stato rimaneggiato dai post-classici in quanto – a differenza del Gaio istituzionale – il frammento non connette più ‘sinallagmaticamente’ la mercede all’attività custodiente (cfr. R. FEENSTRA, *Deux textes de Gaius sur la responsabilité contractuelle*, in *Mélanges H. Lévy-Bruhl. Droits de l’antiquité et sociologie juridique*, Paris, 1959, 113 s.; J. PARIS, *Responsabilité de la ‘custodia’*, cit., 152; S. SOLAZZI, *Appunti di diritto romano marittimo. Le azioni contro il ‘nauta’*, in *Riv. dir. nav.*, 1936, 113 ss.). Ad un contrasto tra i due segmenti gaiani pensa pure B. SANTALUCIA, *L’opera di Gaio ‘ad edictum praetoris urbani’*, Milano, 1975, 38, ipotizzando però un’evoluzione del commento gaiano all’editto provinciale rispetto al pensiero espresso nel manuale: dalla ‘mercede come corrispettivo anche della *custodia*’, alla ‘mercede come corrispettivo della sola *ars*’.

⁴⁵ Cfr., alla luce di D. 4.9.3.1 (... *et quia in locato conducto culpa, in deposito dolus dumtaxat praestatur*), D. 4.9.5 pr. (... *et tamen custodiae nomine tenentur*), D. 19.2.40 (*qui mercedem accipit pro custodia alicuius rei, is huius periculum custodiae praestat*), C.A. CANNATA, *Ricerche*, cit., 49, nt. 25, nonché 102 ss., 108, sulle orme già di R. FEENSTRA, *Deux textes de Gaius*, cit., 112; A. MAGDELAIN, *Le consensualisme dans l’édit du préteur*, Paris, 1958, 146, nt. 324, 150, nt. 333; v., inoltre, G. MACCORMACK, ‘*Custodia*’, cit., 164, nt. 50; R. FERCIA, *Criteri*, cit., 189 ss. e nt. 109, 203 ss.; R. CARDILLI, *L’obbligazione*, cit., 264, nt. 89, 275, nt. 114, 491; A. PETRUCCI, *Per una storia*, I, cit., 127 ss., 130, 139 ss.; M.F. CURSI, ‘*Actio*’, cit., 135 ss.; S. GALEOTTI, ‘*Mare*’, cit., 178 s.; C.A. CANNATA, *Ricerche*, cit., 102 ss., 108 s.

⁴⁶ Cfr. Ulp. 14 ad ed. D. 4.9.3.1: *Ait praetor: ‘nisi restituent, in eos iudicium dabo’. ex hoc edicto in factum actio proficiscitur. sed an sit necessaria, videndum; quia agi civili actione ex hac causa poterit: si quidem merces intervenerit, ex locato vel conducto: sed si tota navis locata sit, qui conduxit ex conducto etiam de rebus quae desunt agere potest: si vero res perferendas nauta conduxit, ex locato*

enunciazioni veloci e generali, ma pur sempre in tal senso, da parte di Ulpiano⁴⁷, sia – ancorché solo congetturalmente – dal regime del *periculum* ascritto in capo al *nauta* da Labeone in un suo laconico ma

convenietur: sed si gratis res susceptae sint, ait Pomponius depositi agi potuisse. miratur igitur, cur honoraria actio sit inducta, cum sint civiles: nisi forte, inquit, ideo, ut innotesceret praetor curam agere reprimendae improbitatis hoc genus hominum: et quia in locato conducto culpa, in deposito dolus dumtaxat praestatur, at hoc edicto omnimodo qui recipit tenetur, etiamsi sine culpa eius res perit vel damnum datum est, nisi si quid damno fatali contingit. inde Labeo scribit, si quid naufragio aut per vim piratarum perierit, non esse iniquum exceptionem ei dari. idem erit dicendum et si in stabulo aut in caupona vis maior contigerit (sul passo, v. S. GALEOTTI, ‘*Mare*’, cit., 88 s., 136 ss.). Secondo la tesi qui preferita, in conformità al *ius civile* e in forza del rapporto contrattuale di *locatio conductio*, gli *exercitores* in parola non avrebbero risposto per *custodia*, ma a titolo di *culpa*, conformemente alle indicazioni ritenute genuine di D. 4.9.3.1, laddove la responsabilità aggravata – presa in considerazione in D. 4.9.5 pr. (atteso che il giurista precisa nel paragrafo successivo ‘*quaecumque de furto diximus, eadem et de damno debent intellegi: non enim dubitari oportet, quin is, qui saluum fore recipit, non solum a furto, sed etiam a damno recipere videatur*’) – sarebbe stata solo *ex recepto*. Se in D. 19.2.40 si precisa che il depositario retribuito sia riceve la *merces pro custodia*, sia risponde per *custodia* (*qui mercedem accipit pro custodia alicuius rei, is huius periculum custodiae praestat*), in D. 4.9.5 pr. si assume che il *fullo* e il *sarcinator* sono responsabili *ex locato* nei limiti della *custodia* per il caso di furto, benché non ricevano la *merces* per la *custodia*, mentre armatori, albergatori, parcheggiatori rispondono a titolo di *custodia*, ma non solo per furto, bensì anche per danneggiamento in quanto tenuti *ex recepto* (e non *ex locato*), come si ricava dal § 1 (*quaecumque de furto diximus, eadem et de damno debent intellegi: non enim dubitari oportet, quin is, qui saluum fore recipit, non solum a furto, sed etiam a damno recipere videatur*). Si tratta quindi di una responsabilità *iure praetorio* solo assimilata empiricamente a quella civilistica *ex contractu*. M.F. CURSI, ‘*Actio*’, cit., 132 ss., 137; R. FERCIA, *Criteri*, cit., 186 ss., 189, nt. 109; S. KORDASIEWICZ, ‘*Receptum*’, cit., 207; S. GALEOTTI, ‘*Mare*’, cit., 179, nt. 113. Da rilevare come, muovendo da una serrata critica testuale (secondo la quale in D. 4.9.5 pr. non sarebbe stato genuino il riferimento alla responsabilità contrattuale per *custodia* del *fullo* e del *sarcinator* da assimilare a quella dei *nautae*, *caupones* e *stabularii*), R. FEENSTRA, *Deux textes*, cit., 105 ss., 112 ss., considerava per *custodia* sia la responsabilità degli imprenditori marittimi e terrestri come giustificata solo dall’apposita assunzione del *receptum* (assunzione rievocata da Gaio, ancorché implicitamente), sia quella di lavandai e rammendatori (oggetto di una qualche allusione anche in D. 19.2.40).

⁴⁷ Che la responsabilità civile dei *nautae* sia, di regola, per colpa (ossia tale per cui in ipotesi di furto, danneggiamento, *casus, vis*, cause ignote, il *nauta-conductor* non risponde e l’*actio locati* non è utilmente esperibile dal cliente-*locator*), pare ricavarsi anzitutto da D. 4.9.3.1 (*in locato conducto culpa, in deposito dolus dumtaxat praestatur*): cfr., per tutti, R. FERCIA, *Criteri*, cit., 189 ss.

significativo responso⁴⁸, sia dalla esplicita connessione tra legittimazione all’*actio furti* di *nautae*, *caupones* e *stabularii* e la loro responsabilità *ex recepto*⁴⁹,

⁴⁸ Un ulteriore appiglio per ritenere a titolo di ‘colpa’ la responsabilità civile degli *exercitores* si potrebbe rinvenire implicitamente – come già rilevavo in C. PELLOSO, ‘*Custodia*’, cit., 286 s., nt. 34 – nel seguente passo: *si vehenda mancipia conduxisti, pro eo mancipio, quod in nave mortuum est, vectura tibi non debetur* (Lab. 1 *pith. a Paulo epit.* D. 14.2.10 pr.) Sul punto, recentemente, è intervenuta in senso critico rispetto alla mia lettura del frammento S. GALEOTTI, ‘*Mare*’, cit., 114 ss.: secondo la studiosa sia sarebbe impossibile sapere «se la morte dello schiavo sia imputabile a una *culpa* del *nauta*, oppure a cause che questi non poteva controllare», sia sarebbe da escludere «che il perimento del *servus* sia dovuto a una *vis maior*», e ciò «non solo perché ..., qualora il conduttore avesse dovuto restituire al locatore l’*idem* ..., il rischio della perdita per cause di forza maggiore sarebbe gravato sul *dominus mercium*, ma soprattutto perché è proprio Labeone a concepire un’*exceptio* in favore del *nauta convenuto ex recepto*, ove mai il perimento del carico fosse dipeso da circostanze irresistibili, quali il naufragio o la *vis piratarum*». Tale approccio al succitato testo labeoniano non mi convince, perché – in definitiva – mi sembra confondere (o comunque omologare) il problema della responsabilità con quello del pericolo in senso tecnico. Anzitutto, non è vero che – *iure civili* come *iure praetorio* – in caso di perimento per forza maggiore il ‘rischio’ cada sul *locator* committente del trasporto (cfr. D. 19.2.62) e che l’eccezione introdotta da Labeone *pro nauta* sia concepita in modo tale da escludere per tale parte contrattuale, quale *conductor*, il rischio dell’impossibilità sopravvenuta (cfr. D. 4.9.3.1: *Labeo scribit, si quid naufragio aut per vim piratarum perierit, non esse iniquum exceptionem ei dari*). Vero è, invece, che, grazie a Labeone, in tali ipotesi sia il *nauta* non è più tenuto a risarcire il danno patito dal *dominus mercium*, sia l’*exceptio* paralizza l’azione esperita dal committente per il risarcimento del danno: in altre parole il regime è quello della esclusione dell’obbligo risarcitorio del vettore in casi come quello di naufragio o incursione di pirati, senza che ciò risolva l’ulteriore e conseguente problema del pericolo. Problema che può formularsi in questi termini: una volta esclusa l’imputazione della responsabilità al *nauta* e, quindi, una volta escluso che il *dominus mercium* – perse le merci – possa ottenere risarcimento dal *nauta*, quest’ultimo ha diritto o meno alla *vectura*? O, in altri termini: il *periculum* è in capo al locatore delle stesse o in capo al conduttore delle merci (irresponsabile)? A valle di questi rilievi, la semplice impostazione del problema che emerge dal passo (‘è dovuta o non è dovuta la *vectura*?’) implica, a mio modo di vedere, una questione squisitamente incentrata sul ‘pericolo in senso tecnico’, ossia una questione – sottoposta al giurista dal *nauta* stesso, e forse suscitata proprio a seguito dell’introduzione dell’*exceptio Labeoniana* – che vede quella preliminare sulla ‘responsabilità’ come già risolta in senso negativo (‘il *nauta* non è responsabile contrattualmente: ciò detto, ha questi diritto *ex contractu* di richiedere la *vectura*, o, al contrario, grava su di lui, e non sul committente, il *periculum*?’). Se quindi, prima e dopo Labeone, il rischio in senso tecnico rimane in capo

la tesi implicante per tali *exercitores* la forma di responsabilità più rigorosa e oggettiva è – e ritengo a ragione – da ritenere superata (segno ulteriore di quanto le interpretazioni avanzate da Cannata siano state influenti per la corretta impostazione dei problemi, in una con la loro plausibile risoluzione, emergenti dalle fonti romane)⁵⁰.

al *nauta* (in quanto, se il *nauta* con l’eccezione labeoniana paralizza la pretesa risarcitoria invocando come causa di esclusione della responsabilità la *vis maior*, non può invece analogamente fa valere tale *vis* per chiedere la *vectura* e addossare il *periculum* sul *locator*) è possibile – ancorché non certo – che chi, *conductor*, trasportava merci non rispondesse contrattualmente a titolo di *custodia*, in quanto se così fosse stato, allora sarebbe stato anche ben più logico addossare al committente-*locator* il rischio dell’impossibilità non imputabile.

⁴⁹ V. Ulp. 14 ad ed. D. 4.9.1.8: ... *puto omnium eum recipere custodiam, quae in navem illatae sunt, et factum non solum nautarum praestare debere*, Ulp. 38 ad ed. D. 47.5.1.4: *Quod si receperit sabvum fore caupo vel nauta, furti actionem non dominus rei subreptae, sed ipse habet, quia recipiendo periculum custodiae subit*. Se queste parti contrattuali avessero avuto interesse *iure civili* ad avere la *res salva* in quanto responsabili contrattualmente *custodiae nomine*, il riferimento ulpiano al *receptum* per giustificare l’esperibilità dell’azione di furto sarebbe – credo – assai poco perspicuo.

⁵⁰ Cfr., anzitutto, F. HAYMANN, *Textkritische Studien*, cit., 206 s., il quale considerava, con riguardo a D. 4.9.3.1, l’ipotesi della responsabilità per *culpa* un rimaneggiamento giustiniano e il *receptum* comportare una responsabilità oggettiva e assoluta che trascendeva il contenuto della *custodia* tecnica (propria in generale dei *conductores operis*; sulle differenze tra il *teneri ex recepto* ed il *praestare custodiam* relativo al rapporto di locazione, v. R. CARDILLI, *L’obbligazione*, cit., 264 nt. 89 e 275 nt. 114). V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità*, cit., 81 e 106 ss., invece, pur lasciando inalterato il riferimento alla *culpa* in D. 4.9.3.1, giungeva, a vedere, per il diritto del secondo secolo d.C., nella *custodia* un ‘effetto naturale’ del contratto di *locatio conductio operis* prodotto con la ricezione delle *res* da parte di albergatori, armatori, stallieri ossia della «sua iniziata esecuzione» (e ciò sempre alla luce di D. 19.2.40 e di D. 4.9.5 pr., per cui «sarebbe gravemente scorretto che se i nocchieri albergatori e stallieri non rispondessero di custodia altrettanto usualmente quanto il rammendatore e il lavandaio»); non distante da tale approccio risulta, in definitiva, il pensiero di J.C. VAN OVEN, ‘*Actio*’, cit., 139 ss., 149 ss., che ipotizza un assorbimento, ormai compiuto in età gaiana, del *receptum* nella *locatio*, tanto che in D. 4.9.5 pr.-1 (inteso espressamente come parte di una lunga digressione sulla *locatio conductio* all’interno di una trattazione sui *recepta*) si concepisce la *locatio* dei *nautae*, *caupones* e *stabularii* come un contratto dal quale discende ormai una responsabilità – ancorché originariamente per *culpa* – per *custodia* analoga a quella di *fullones* e *sarcinatores* (cfr., altresì, R. ROBAYE, *L’obligation*, cit., 118, secondo cui si può «considérer comme

possible, voire probable, que le *nauta*, le *caupo* et le *stabularius* devaient ‘*praestare custodiam*’ comme devaient le faire d’autres débiteurs de la chose d’autrui, dont le *fullo* et le *sarcinator*); di segno opposto è la ricostruzione proposta da A. FÖLDI, *Anmerkungen zum Zusammenhang zwischen der Haftung ‘ex recepto nautarum cauponum stabulariorum’ und der Haftung für ‘custodia’*, in *RIDA*, 40, 1993, 263 ss., che pensa a un assorbimento della *custodia* nella responsabilità da *receptum*, figura magistratuale la cui originaria introduzione sarebbe stata tesa a colmare una lacuna del diritto civile e non, invece, ad un aggravamento del regime civilistico (in termini simili v. già J.A.C. THOMAS, *Carriage*, cit., 490 ss., 500 s., secondo cui il *receptum*, data l’assenza di un vero obbligo restitutorio in capo ai *nautae-conductores*, avrebbe previsto una gravissima responsabilità oggettiva poi ridimensionata dall’*exceptio Labeontiana*, gettandosi così le basi per l’estensione compilatoria del paradigma della responsabilità a titolo di *custodia* ai rapporti di *locatio conductio operis* in generale). V., con enfasi particolare sull’evoluzione del regime che conduce ad una generale omologazione in punto di responsabilità dei conduttori d’opera, anche E. BETTI, *Imputabilità*, cit., 145 s., 169 ss. (seguito da I. DE FALCO, ‘*Diligentiam*’, cit., 79 s., nt. 27, nonché da M.F. CURSI, ‘*Actio*’, cit., 127 ss.), che riconosceva che il regime della responsabilità degli *exercitores* dell’epoca classica non differiva, in pratica, da quello dei *conductores operis*, ma contemporaneamente rilevando che «è dato riscontrar nelle fonti le tappe di una evoluzione, che dalla originaria limitazione della responsabilità alla violazione della *fides* nei traffici per il *nauta*, il *caupo*, lo *stabularius*, giunge fino al regime classico, nel quale la garanzia di conservazione (*custodia*) è divenuta ormai un ‘*naturale negotii*’, attraverso l’assunzione di garanzia attuata col *receptum*» (v. E. BETTI, ‘*Periculum*’. *Problema del rischio contrattuale in diritto romano classico e giustiniano*, in *Studi in onore di P. De Francisci*, I, Milano, 1956, 146 s.). Lungo una via non diversa, sotto numerosi aspetti, da quella percorsa da Arangio Ruiz, De Robertis riteneva – ipotizzando la non genuinità del tratto di D. 4.9.3.1 sui criteri soggettivi dei vettori (locatori e depositari) – che i *nautae* e gli analoghi imprenditori terrestri rispondevano già *iure civili* per *custodia*, così come tutti gli altri *locatores operis faciendi* (quali il lavandaio e il rammendatore), ma – ad avviso dello studioso – l’editto introduttivo della tutela del *receptum* avrebbe avuto una funzione solo limitativa dell’originaria responsabilità: il che veniva giustificato considerando D. 4.9.5 pr. sia non allusivo al *receptum* ma alla responsabilità contrattuale *ex locato conducto*, sia spurio nella parte di comparazione, «in definitiva fuori luogo», tra gli *exercitores*, da un lato, e il *fullo* e il *sarcinator*, dall’altro, in cui si escludeva l’esistenza – provata invece dal Gaio istituzionale in modo espresso e da D. 19.2.40 in modo inespresso – di un autentico sinallagma tra la *custodia* e la *merces* (cfr. F.M. DE ROBERTIS, ‘*Receptum*’, cit., 95 s.; ID., *La responsabilità dell’armatore in diritto romano e i limiti di validità del principio limitativo*, in *Riv. dir. nav.*, 14, 1953, 13 ss.; ID., *Ancora sul ‘receptum nautarum’ (‘actio de recepto’ e ‘actio locati’)*, in *Riv. dir. nav.*, 19, 1958, 241 ss.; ID., *D. 19.2.31 e il regime dei trasporti marittimi nell’ultima età repubblicana*, in *SDHI*, 31, 1965, 95 ss., 98 s.); sulle difficoltà ‘pratiche’ di giustificare

Tuttavia, e proprio alla luce di tali rilievi, come poter giustificare per *ius civile* l'apparentemente diverso regime valevole per *fullones* e *sarcinatores*, chiamati nella loro qualità di *conductores operis* (ossia in una posizione sia analoga a quella dei *conductores mercium vebendarum*, sia vicina a quella di *locatores* che permettevano a viandanti di *in caupona manere* e ai *iumenta* di *stabulari*) a rispondere a titolo di *custodia*? Inoltre, sempre a mente della logica sottesa all'*utilitas contrabentium*, una volta posto che il richiamo a tale rigoroso criterio di imputazione della responsabilità del *conductor* pare potersi ben giustificare per l'assunta prevalenza – presupposta anche da Gaio in ragione della connessione suggerita tra il regime del comodato e quello della locazione d'opera – dei benefici contrattuali in capo al conduttore rispetto a quelli del locatore (al pari della esclusività dell'interesse del negozio a favore del comodatario, che appunto non sopporta sacrifici a differenza del comodante), come motivare una tale prevalenza⁵¹?

l'editto *de recepto*, ammettendo già *iure civili* una responsabilità per *custodia* – e ciò anche contro il testo incluso dai compilatori in D. 4.9.3.1 – v. C. BRECHT, *Zur Haftung der Schiffer im antiken Recht*, München, 1962, 84 ss., in part. 90 ss., secondo cui va limitata l'introduzione del *receptum* alla sola salvaguardia dei bagagli introdotti sulla nave dai *vectores* (cfr. inoltre G.I. LUZZATTO, *Caso*, cit., 157 ss.).

⁵¹ Non affronta in questi termini (cioè di *utilitas contrabentium*) il problema della responsabilità del *conductor* per mancata restituzione della *res aliena* P.J. DU PLESSIS, *Letting*, cit., 66, il quale, proprio a mente di D. 4.9.5 pr. e di Gai 3.206, ritiene che «because of the process involved, tailoring was classified ... as an *ars* (skill/process), thereby indicating that tailor exercised a skill ... in return for the payment of money» e che, quindi, «the tailor was liable for *custodia*, since under the contract he took control of the customer's fabric which had to be transformed into clothes or garments which had to be mended» (*custodia* da intendere, però, nel senso per cui «the fuller is expected to behave in a professional manner and must take all reasonable measures to prevent loss» [ID., *Letting and Hiring*, cit., 63]). Sempre astraendo dal criterio giuridico dell'*utilitas*, giustifica congetturamente a livello 'sociologico' la responsabilità per *custodia* di lavandai e rammendatori G.C.J.J. VAN DEN BERGH, '*Custodiam*', cit., 67: «some persons have maximum liability for things in their keeping. They also all have a similar position: they have a business-relation with the owner of the object, they keep it for the purpose of making profit. Making profit actually is the main *species utilitatis* ... All the persons concerned belong to the class of small shopkeepers or tradesmen, and more often than not they practise *sordida munera* ... The conclusion lies at hand, that the extended liability

Secondo una prima scuola di pensiero (alternativa alla soluzione abbozzata da Cannata), sarebbe d’uopo assumere che il *conductor operis* (obbligato *consensu*) sia tenuto a titolo di *custodia* in quanto è nel suo prevalente interesse, al livello ‘economico’, l’adempiere l’obbligazione e lo svolgere, grazie alla detenzione della *res aliena* da restituire, la propria attività di ‘impresa’⁵². Ciò però parrebbe contrastare proprio con la natura di contratto sinallagmatico e oneroso della *locatio conductio operis* da cui, avendosi riguardo all’intera operazione negoziale, ciascuna parte – sia il cliente che loca ed è tenuto a versare la mercede, sia il prestatore d’opera che conduce ed è tenuto a *facere* dietro corrispettivo prima che a *reddere* la *res* – ricava indubbiamente a proprio vantaggio un beneficio⁵³: così ritenendo, peraltro, sarebbe anche necessario postulare che per i *prudentes* fosse vagliabile contenutisticamente il sinallagma e, quindi, la ‘giustizia’ dello scambio parametrata a criteri esogeni rispetto alla volontà delle parti contrattuali.

in this case is based on social prejudice». Ma tale approccio mi pare sia prescindere dalla implicita connessione tra *utilitas* e responsabilità emergente proprio da Gai 3.206 sia non spiegare la supposta responsabilità aggravata civilistica per *fullones* e *sarcinatores* in opposizione alla responsabilità soggettiva per *ius civile* di armatori, albergatori e parcheggiatori (aggravata solo dal *receptum iure praetorio*). Come già rimarcato nelle pagine iniziali di questo scritto, – seppur fuggevolmente e con poca convinzione – anche C.A. CANNATA, *Ricerche*, cit., 133 s., preferisce giustificare la responsabilità per *custodia* di *fullo* e *sarcinator* in nome di presunte ragioni probatorie.

⁵² Cfr., in questi termini, M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 597.

⁵³ Tale logica è sottesa anche alle versioni di Ulpiano e di Modestino della *regula* dell’*utilitas contrahentium*, entrambe consegnateci nella riscrittura post-classica incentrata sui criteri di imputazione soggettiva, e la seconda addirittura intorbidita da macroscopiche falle di razionalità: Ulp. 29 *ad Sab.* D. 50.17.23 (*contractus quidam dolum malum dumtaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam. dolum tantum: depositum et precarium. dolum et culpam mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, item dotis datio, tutelae, negotia gesta: in his quidem et diligentia societas et rerum communio et dolum et culpam recipi*); Mod. *diff.* 2 *sub tit. de dep. et comm.* Coll. 10.2.1-2 (*commodati iudicio conventus et culpam praestare cogitur [...] commodati enim contractu, quia utriusque contrahentis utilitas intervenit, utrumque praestatur: in depositi vero causa deponentis utilitas vertitur et ibi dolum tantum praestatur. 2. Sed in ceteris quoque partibus iuris ista regula custoditur; sic enim et in fiduciae iudicium et in actionem rei uxoriae dolum et culpa deducitur, quia utriusque contrahentis utilitas intervenit*). V., altresì, D. 4.9.3.1, D. 13.6.5.2.

Per altra e speculare via, la responsabilità del *fullo* e del *sarcinator* per *custodia* sarebbe giustificabile a mente dell’esistenza dell’obbligo in capo al *locator* di pagare la prestazione della controparte con la *merces* (e non – si badi – a mente dell’avvenuto pagamento della medesima): il diritto alla *merces*, quindi, integrerebbe di per sé un vantaggio contrattuale idoneo ad elevare ad ‘oggettiva’ la responsabilità del prestatore d’opera⁵⁴; oppure l’*opera* o *ars*, per cui il *locator* si impegna a pagare la *merces* al *conductor*, risulterebbe una prestazione tale da fondare, data la sua natura specialistica, un dovere di diligenza professionale particolarmente intenso o addirittura tendente all’oggettivazione⁵⁵. Ma anche così ritenendo, perché il vantaggio della mercede da pagare (*pro conductor*) dovrebbe essere considerato preponderante rispetto al vantaggio derivante dall’*opus* da prestare (*pro locatore*), o perché il criterio di imputazione relativo alla mancata restituzione dovrebbe essere tendenzialmente oggettivo, contro la soggettività pura di quello attinente al *facere* tecnico presupponente *peritia* (lavare / rammendare)?

Né, del resto, onde comprendere appieno la più grave responsabilità del *conductor operis*, giova precisare che gli *artifices* rispondono, in epoca

⁵⁴ Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità*, cit., 104 s. (la cui soluzione, però, non è univoca: ora sostiene che è la responsabilità per *custodia* che influisce sull’entità della mercede, ora che è la funzione della mercede a determinare o contribuire a giustificare la responsabilità oggettiva); cfr. F.M. DE ROBERTIS, ‘*Receptum*’, cit., 96, nt. 3 (che instaura un rapporto diretto tra custodia e mercede); M.F. CURSI, ‘*Actio*’, cit., 136, nt. 60 (che pare considerare globalmente – e non analiticamente – il fascio di prestazioni del conduttore d’opera rispetto all’obbligo di pagare la mercede del locatore); S. KORDASIEWICZ, ‘*Receptum*’, cit., 208 (secondo cui «according to Gaius the only motive for the obligation to keep an object safe of the *fullo* and *sarcinator* is the compensation they received»).

⁵⁵ Cfr., in tal senso, P.J. DU PLESSIS, *Letting*, cit., 60 (sulla scia di G.C.J.J. VAN DEN BERGH, ‘*Custodiam*’, cit., 59 ss., 69; G. MACCORMACK, ‘*Custodia*’, cit., 160, 195; M. SERRANO-VICENTE, ‘*Custodiam*’, cit., 141): «the essence of the contract of letting and hiring between fuller and customer lay in the skill of the fuller and his staff in concluding the *operae*. The customer was paying *merces* for a certain specialist treatment (*operae/ars*). Owing to the nature of the treatment to which the clothes were subjected, the fuller and his staff accepted the clothing into their care. They were therefore held liable for the loss of these clothes which were in their care (*custodiae nomine*)»; cfr. P.J. DU PLESSIS, *Letting*, cit., 63.

classica, dell’inadempimento o dell’inesatto adempimento della prestazione principale (ossia il *facere*) solamente per *imperitia*; mentre con riguardo all’ulteriore obbligo di restituire, invece, essi a differenza del depositario (che *dolum praestat*), addirittura, paiono di regola *custodiam praestare* (benché – come noto – da D. 4.9.3.1 risulti chiaro come anche la responsabilità *ex locato* o *ex conducto* sia per *culpa*)⁵⁶. Anche in questa prospettiva ‘analitica’, infatti, non si vede perché – sempre alla luce dell’*utilitas contrabentium*, nonché a mente della ‘gratuità’ dell’attività di *custodia* se da sola considerata (non solo risultante da D. 4.9.5 pr., ma neppure contraddetta da Gai 3.205-206) – il criterio di imputazione, con particolare riguardo al solo obbligo restitutorio del conduttore, sia comunque il più severo (e non, invece, quello soggettivo più blando per il debitore).

5. Pagamento della mercede e ascrizione oggettiva al ‘conductor operis’ della responsabilità contrattuale

Come si è avuto modo di rilevare nel precedente paragrafo, le principali vie percorse dalla dottrina per spiegare la responsabilità contrattuale del *conductor operis* per mancata restituzione della *res aliena* paiono non pienamente appaganti.

Si tratta, infatti, di tentativi diretti a fondare la responsabilità a titolo di *custodia* sia del *fullo* sia del *sarcinator* accomunati dalla convinzione che l’interesse di questi obbligati a *facere* e a *reddere* sia ‘fisiologicamente’ sempre prevalente su quello delle controparti contrattuali (come, del resto, la tesi che discorre della *custodia* in termini di un dovere di diligenza particolarmente intenso se non di un obbligo di risultato, implica una correlazione biunivoca tra tale posizione del prestatore d’opera e la conclusione del contratto). A fronte e in ragione della *locatio conductio operis* la detenzione della cosa su cui impartire l’*opus* – ed è a questo livello che divergono le spiegazioni delle tesi in parola – o risulta necessaria per l’altrimenti impossibile esecuzione della primaria prestazione di *facere*, o

⁵⁶ Cfr., sulla scia di C.A. CANNATA, *Sul problema*, cit., 57, quanto scrive L. MANNA, *Buona fede*, cit., 391 s.

è orientata al conseguimento dell’asseritamente superiore vantaggio rappresentato dal corrispettivo in danaro.

Invero, da un lato, la lettura ‘economicistica’ non pare considerare adeguatamente la *ratio* della *utilitas contrabentium* in rapporto al ‘gioco di interessi’ interno alla locazione d’opera unitariamente intesa quale contratto sinallagmatico e oneroso (e quindi tale per cui ciascuna parte sia sopporta sacrifici, sia ottiene benefici). Dall’altro, la lettura della prevalenza dell’interesse del *conductor* al pagamento del corrispettivo, interpretando la frase ‘*mercedem capiendō custodiam praestant*’ che si rinviene nelle *Institutiones* come indice della necessità di intendere la *merces* quale corrispettivo anche dell’attività custodiente e restitutoria (il che, invece, non è, atteso che l’espressione testé citata ben può significare solo ‘con il ricevere la mercede’), pare prescindere dai contenuti del passo gaiano tratto dal commento all’editto provinciale dove si precisa come l’obbligo di pagare la *merces* da parte del locatore sia legato sinallagmaticamente all’obbligo di *opus facere* e non all’attività di *custodire* e di *reddere*.

Una soluzione ulteriore potrebbe, in verità, immaginarsi. Anzitutto, come si è visto, la responsabilità per *custodia* del *fullo* e del *sarcinator* (parti di un contratto consensuale) viene omologata a quella del creditore pignoratizio e del comodatario (ossia parti di contratti reali conclusi nell’interesse prevalente o esclusivo del detentore della *res aliena*). Di poi, posta la gratuità dell’attività custodiente, la prevalente utilità dei *conductores operis* potrebbe giustificarsi proprio alla luce delle espressioni gaiane ‘*mercede certa*’ (forse da correggere in ‘*mercede captā*?), ‘*mercedem capiendō*’, ‘*mercedem accipiunt*’⁵⁷.

⁵⁷ Cfr. in Gai 3.205-206 le espressioni ‘*vestimenta mercede certa acceperit*’; ‘*mercedem capiendō custodiam praestant*’ (riguardanti il caso del *fullo* e del *sarcinator*, *conductores operis*), e in D. 4.9.5 pr., la frase ‘*et fullo et sarcinator non pro custodia, sed pro arte mercedem accipiunt*’. Cfr., del resto lo scolio a Bas. 60.12.12 in cui si intima di non credere che ὁ κναφεύς καὶ ὁ ῥάπτης ἄκραν ἐπιμέλειαν χρεωστοῦσιν, ma di ben considerare che per tale regime (che i classici definivano come oggettivo e non come soggettivo) ἡ συμπεφωνημένον ἦν ἡ διατίμησις γέγονεν, ἥτις αὐξεῖ τὴν ἐπιμέλειαν, ἢ ἄλλο τι τῶν αὐξανόντων αὐτήν, atteso che queste parti contraenti κατὰ φύσιν γὰρ μέσην ἐπιμέλειαν χρεωστοῦσιν (Heimb. 5.455; Schelt. B. 3342). Ad una non essenzialità inerente al contratto della responsabilità per custodia del venditore allude pure I. 3.23.3a.

A voler valorizzare questi due elementi, la responsabilità per *custodia* non inerbirebbe *per se* al sotto-tipo del contratto consensuale di *locatio conductio operis*, ma sarebbe giustificata, in concreto, dal pagamento anticipato al *fullo* o al *sarcinator* (quale elemento di realtà) e dalla conseguente detenzione, *mercede iam capta*, del bene su cui eseguire l’opera (quale *status* di cose che renderebbe il *conductor* la parte contrattuale avente, nell’assetto degli equilibri negoziali concreti, l’*utilitas* prevalente).

Partendo dalla logica del negozio, oltre che dai testi gaiani, si potrebbe, in altre parole, ipotizzare che si accedesse alla rigorosa forma di responsabilità, in quanto oggettiva, del ‘*praestare custodiam*’ (con ascrizione all’obbligato del verificarsi di taluni eventi in corso di *custodia* tali da rendere impossibile la restituzione, come il furto non qualificato da violenza)⁵⁸, non in forza di un *essentiale negotii*, ma solo a condizione

⁵⁸ Tale assetto è comprovato dal giurista Nerazio, il quale ci informa che la responsabilità per *custodia* non è comunque tale da addossare al debitore che deve *custodiam praestare* la perdita della *res* a seguito di violenza (Nerat. 3 *membr.* D. 19.1.31 pr.). Inoltre, a parte qualche titubanza, con riguardo all’ipotesi di comodato (originariamente tutelato mediante *actio praetoria in factum* per il solo caso di oggettiva ‘*res non reddita*’), già i giuristi repubblicani ritenevano ascrivibile al debitore, oltre al caso di *amissio* per furto, il pericolo della fuga dello schiavo, purché esso fosse stato consegnato già in catene o purché, per l’età, esso dovesse essere comunque oggetto di qualche sorveglianza (Ulp. 28 *ad ed.* D. 13.6.5.6; cfr., in tema, pure D. 13.6.18 pr. e D. 50.17.23). A partire dal secondo secolo d.C., per di più, la responsabilità per *custodia* venne estesa almeno dal giurista Marcello, in polemica con il più tradizionalista Giuliano (che, verisimilmente, limitava il *praestare custodiam* al caso di impossibilità di *reddere* la *res conducta* o la *res commodo data* solo a seguito di *amissio* o integrale *interitus*), sì da includere tra i fatti positivamente orbitanti entro la sfera di rispondenza del debitore (comodatario e depositario remunerato), oltre al furto, alla fuga dello schiavo, alla distruzione, ogni danneggiamento umano proveniente da terzi (*damnum iniuria ab alio datum*), anche se non tale da comportare il totale perimento della cosa detenuta e, quindi, anche se non tale da rendere impossibile una materiale restituzione della *res perita* nel senso di *scissa* o *fracta* o *vi raptata*: Ulp. 5 *ad ed.* D. 19.2.41: *Sed de damno ab alio dato agi cum eo non posse Iulianus ait: qua enim custodia consequi potuit, ne damnum iniuria ab alio dari possit? sed Marcellus interdum esse posse ait, sive custodiri potuit, ne damnum daretur, sive ipse custos damnum dedit: quae sententia Marcelli probanda est*; v. Iul. 1 *dig.* D. 13.6.19: *Ad eos, qui servandum aliquid conducunt aut utendum accipiunt, damnum iniuria ab alio datum non pertinere procul dubio est: qua enim [cura aut diligentia] <custodia> consequi possumus, ne aliquis damnum nobis iniuria det?* Sui due passi – da leggersi insieme a Ulp. 5 *ad ed.* D. 50.16.9 (Marcellus

che i conduttori che erano tenuti a *opus facere pro locatore* avessero già ricevuto la mercede oltre che la *res aliena*, ossia la *res* del committente (*locator*) su cui apprestare la propria attività lavorativa.

Di contro, in assenza di questi due concorrenti dati reali (presa in consegna della *res conducenda* e versamento *pro conductore* della *certa merces*), i *fullones* e i *sarcinatores*, custodendo la *res aliena* gratuitamente, sarebbero stati chiamati a rispondere per dolo o per colpa grave. Pur essendo il contratto in oggetto sinallagmatico (al livello di effetti obbligatori) e oneroso (al livello di causa), là ove si abbia riguardo al nesso di interdipendenza esistente tra il *facere opus* del conduttore quale prestatore d’opera e il *mercedem dare* del locatore quale committente, infatti, a voler concentrare l’attenzione sull’obbligo, da porre a *latere* di quello caratterizzante il negozio divisato, di custodire e di restituire la *res aliena*, è chiaro come, in assenza di un’autentica controprestazione dovuta dal locatore, e quindi una volta escluso – *utilitate contrahentium* – il criterio mediano della *culpa* a valle della ‘gratuità’ dell’obbligo in parola, restino in gioco ai fini dell’imputazione in capo al conduttore dell’inadempimento gli antipodici criteri del *dolus* (operativo ove l’interesse del conduttore fosse ritenuto o nullo o minore rispetto a

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

quello del locatore) e della *custodia* (operativo nel caso opposto). Ora, ciò precisato, essendo la *merces* già versata e i *vestimenta* consegnati in vista dell’*opus* (*polire, curare, sarcire*), l’*utilitas* contrattuale potrebbe ben dirsi – nel caso di furto da parte di terzi subito dal *fullo* o dal *sarcinator* – tutta di quest’ultima parte contrattuale, quale creditore già *in toto* soddisfatto e debitore contrattuale sia detentore di cosa altrui in vista della restituzione sia ancora inadempiente della prestazione di *facere* sulla cosa detenuta.

Come giustificare, del resto, sempre in ossequio alla regola della *utilitas contrahentium*, la responsabilità a titolo di *custodia*, in ipotesi di deposito oneroso nella forma di *locatio conductio operis*, dove emerge, da una parte, la corrispettività tra l’attività custodiente del depositario e il pagamento della mercede, nonché, dall’altra, la sopportazione di sacrifici e di benefici in capo a ciascuna parte⁵⁹?

6. ‘*Utilitas contrahentium*’, responsabilità e tipo contrattuale in concreto

I rapporti interessati indiscutibilmente dalla responsabilità per *custodia* erano tutelati in età classica da *iudicia bonae fidei* (talora affiancati da

⁵⁹ Cfr. Gai. 5 *ad ed. prov.* D. 19.2.40: *Qui mercedem accipit pro custodia alicuius rei, is huius periculum custodiae praestat* (cfr. O. LENEL, ‘*Palingenesia iuris civilis*’, I, Lipsiae, 1889, col. 198 che pone il frammento a premessa di D. 4.9.5 pr. così da unirli in un solo testo [fr. 119]). Anche questo passo può, del resto, interpretarsi come prova che l’*accipere mercedem* è presupposto per la responsabilità a titolo di *custodia*, mentre il criterio di imputazione dell’inadempimento del conduttore d’opera (quale è il depositario che detiene dietro corrispettivo) è di regola la *culpa*, come emerge da Ulp. 14 *ad ed.* D. 4.9.3.1 (nel tratto finale ‘*et quia in locato conducto culpa, in deposito dolus dumtaxat praestatur*’); cfr., inoltre, Ulp. 28 *ad ed.* D. 13.6.5.2 (... *dolum in deposito: nam quia nulla utilitas eius versatur apud quem deponitur, merito dolus praestatur solus: nisi forte et merces accessit [tunc enim, ut est et constitutum, etiam culpa exhibetur] aut si hoc ab initio convenit, ut et culpam et periculum praestet is penes quem deponitur*); Ulp. 14 *ad ed.* D. 4.9.3.1 (... *sed si gratis res susceptae sint, ait Pomponius depositi agi potuisse [...] et quia in locato conducto culpa, in deposito dolus dumtaxat praestatur*). In ipotesi siffatte di contratto oneroso è chiaro come il debitore risponda (oltre che per dolo) per colpa, poiché ciascuna parte sopporta sacrifici patrimoniali e ottiene benefici patrimoniali, sicché, in virtù del principio dell’utilità dei contraenti, il criterio di imputazione non può che essere quello ‘mediano’ tra quello più rigoroso della custodia e quello più lieve del dolo.

formulae, più risalenti, in *factum conceptae*)⁶⁰; rapporti in cui il debitore detentore di cosa altrui si reputava traesse dal negozio esclusivo o prevalente interesse.

⁶⁰ Circa la coesistenza, in età classica, di diverse *actiones* per il comodato e per il deposito, cfr. L. FRANCHINI, *Osservazioni in merito alla recezione nel ‘ius civile’ dei ‘iudicia bonae fidei’, in ‘Actio in rem’ e ‘actio in personam’*. In ricordo di M. Talamanca, II, a cura di L. Garofalo, Padova, 2011, 115 ss.; ID., *La recezione nel ‘ius civile’ dei ‘iudicia bonae fidei’. Questioni di metodo e di merito*, Napoli, 2015, 132 ss.; B. VERONESE, *Buona fede e duplicità delle tutele processuali nei contratti di deposito e comodato*, in ‘*Actio*’, II, cit., 241 ss.; sulla maggior risalenza delle azioni concepite in termini di fatto, v. L. PARENTI, *Brevi considerazioni su due passi di Pomponio in tema di ‘furtum usus’: D. 13.1.16 e D. 47.2.77(76) pr.*, in *TSDP*, 7, 2014, ntt. 54 ss. Per il comodato, la formula pretoria, interpretata letteralmente, era concepita in modo tale da poter sanzionare solo il ‘*non reddere*’ da parte del comodatario; solo una lettura meno rigorosa dei *verba* formulari avrebbe permesso alla giurisprudenza classica di estendere il rimedio anche alle ipotesi di deterioramento e perimento della *res commoda data* (cfr. D. 13.6.3.1; D. 16.3.1.16); la formula diretta *in ius*, invece, risultava idonea, data l’*intentio incerta ex fide bona*, a far valere qualsivoglia pregiudizio il comodante avesse patito, come nel caso di mancata restituzione, di ritardo nell’adempimento, di danneggiamento, di uso non consentito: v., sul punto, M. SERRANO-VICENTE, ‘*Custodiam*’, cit., 259; cfr., inoltre, F. PASTORI, *Il comodato*, cit., 140 ss.; G. SCHERILLO, voce *Comodato (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 987; P. CERAMI, *Il comodato*, cit., 312; J. PARICIO, ‘*Formulae commodati?*’, in ‘*Iuris vincula. Studi in onore di M. Talamanca*, VI, Napoli, 2000, 163 ss. Sulla non sicura idoneità dell’*actio commodati in ius* a sanzionare la mancata restituzione, v. F. PASTORI, *Il comodato*, cit., 149, 304 (ma v., altresì, 349); ID., *Gaio*, cit., 298 ss.: tuttavia, a tale tesi paiono opporsi gli stessi *verba* dell’*intentio incerta (quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona)*; sulla inidoneità dell’*actio commodati in ius* a sanzionare il mero ‘uso non consentito’, ossia l’uso non accompagnato da qualche deterioramento, v. E. DOMÍNGUEZ LÓPEZ, *La gratuidad y la utilidad como factores determinantes de la responsabilidad del comodatario*, Granada, 2001, 130 ss. (v., inoltre, O. BEHREND, *Dalla mediazione arbitrale alla protezione giudiziaria. Genesi e vicende delle formule di buona fede e delle cd. ‘formulae in factum conceptae’*, in *Diritto e giustizia nel processo. Prospettive storiche, costituzionali e comparatistiche*, a cura di C. Cascione e C. Masi Doria, Napoli, 2002, 287; M.J. GARCÍA GARRIDO, *Derecho privado romano. Acciones, casos, instituciones*⁴, Madrid, 1989, 230): l’assunto della studiosa, tuttavia, parte dalla convinzione della bontà della sigla NR, sciolta in ‘*nisi restituit*’, in *Gai* 4.47; *contra* (sia per l’inutilità di una tale clausola in un giudizio di buona fede, sia per l’incongruenza della collocazione della clausola restitutoria dopo la *condemnatio*, anziché prima), tra i molti, v. O. LENEL, *Das ‘Edictum perpetuum’. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*³, Leipzig, 1927, 288, nt. 12; G. ROTONDI, *Contributi alla storia del contratto di deposito nel diritto romano*, in *Scritti giuridici*, II, *Studii sul diritto romano delle obbligazioni*, a cura di E.

Che, proprio nella cornice della buona fede quale criterio indicativo della condotta oggetto di *oportere* richiedibile contrattualmente dalla controparte (e quindi capace anche di ispirare il fondamento, oggettivo o soggettivo, della responsabilità debitoria), fosse il concreto atteggiarsi dei pesi e dei contrappesi dell’operazione negoziale divisata dalle parti a determinare il grado di imputabilità non è affatto stravagante: da un lato, la buona fede richiedeva che il giudice, nella scelta del criterio da applicare al caso concreto, fosse guidato dal principio giurisprudenziale dell’*utilitas contrahentium* (ossia dell’interesse di ciascuna parte contrattuale); dall’altro, proprio in ragione della buona fede (a monte) e dell’*utilitas contrahentium* (a valle), non poteva esistere un predeterminato e unico criterio di imputazione dell’inadempimento, indistinto per ciascun e singolo contratto (come sembra emergere, invece, dal sistema monistico *ex art. 1218 cod. civ.*)⁶¹, ma i plurimi criteri dovevano variare non solo a seconda della gratuità e dell’onerosità (ossia con riguardo al tipo negoziale in astratto), ma anche a seconda della principale o prevalente utilità che il debitore e/o il creditore traevano (ossia con riguardo al tipo negoziale in concreto).

Se è vero che il comodatario rispondeva, di regola, per *custodia* perché dall’affare ricavava esclusivi vantaggi, mentre il comodante sopportava

Albertario, Milano, 1922, 7 ss.; A. METRO, *L’obbligazione*, cit., 135 s., nt. 122; G. GANDOLFI, *Il deposito nella problematica della giurisprudenza romana*, Milano, 1976, 77 ss.; C.M. TARDIVO, *Studi sul ‘commodatum’*, in *AG*, 204, 1984, 248 s.; P. CERAMI, *Il comodato*, cit., 311 s.; B. VERONESE, *Buona fede*, cit., 241 ss.; L. PARENTI, *Brevi considerazioni*, cit., nt. 53. Va, infine, precisato che – sempre con riguardo al comodato – la supposta contrapposizione tra criterio oggettivo di responsabilità per l’*actio in factum* e criterio soggettivo per l’*actio in ius* (v., in tal senso, J. PARIS, *La responsabilité*, cit., 107 ss., su cui cfr. E. CARRELLI, *In tema di responsabilità per ‘custodia’ in riguardo ad alcuni studi recenti*, in *Rassegna bibliografica della Scienze Giuridiche Sociali e Politiche*, 6, 1931, 607 ss.; F. PASTORI, *Il comodato*, cit., 181, 254 ss., 257 ss., 314, 354; v. anche G. SCHERILLO, voce *Comodato*, cit., 988 ss.; P. CERAMI, *La concezione celsina del ‘ius’? Presupposti culturali ed implicazioni metodologiche*, in *AUPA*, 38, 1985, 200) non trova sicuro sostegno nelle fonti (v. M. SERRANO-VICENTE, *‘Custodiam?’*, cit., 210 s. e nt. 599, nonché P. CERAMI, *Il comodato*, cit., 325).

⁶¹ Cfr. C. PELLOSO, *‘Custodia’*, cit., 263 ss.

solo sacrifici⁶², altrettanto vero è che così non sarebbe stato nell’ipotesi in cui il contratto fosse stato concluso nel prevalente o esclusivo o concorrente interesse del comodante⁶³. Nel *depositum*, se il depositario di

⁶² Cfr., *ex plurimis*, Gai 3.206; D. 13.6.5.7-9; D. 13.6.5.13; D. 13.6.5.15, nonché, seppur interpolato, D. 13.6.5.3.

⁶³ Si tratta del particolare e ‘anomalo’ caso di ‘comodato nell’interesse del comodante’: cfr. E. BETTI, *Imputabilità*, cit., 75 s., che, sulla scorta di Ulp. 28 *ad ed.* D. 13.6.5.10 (*interdum plane dolum solum in re commodata qui rogavit praestabit, ut puta si quis ita convenit: vel si sua dumtaxat causa commodavit, sponsae forte suae vel uxori, quo honestius culta ad se deduceretur, vel si quis ludos edens praetor scaenicis commodavit, vel ipsi praetori quis ultro commodavit*) rileva come l’*actio commodati directa* sarebbe tesa a sanzionare la responsabilità contrattuale nei soli limiti del dolo «se il comodante avesse dato in prestito alcunché al padre della propria sposa, per rendere e far apparire più elevata la condizione di questa, pensando alla *deductio ad domum* ed al proprio interesse a che essa si svolgesse nel modo più solenne; oppure se il pretore in una qualche città di provincia avesse prestato a degli attori i propri mobili per rendere più decorosa la scena e più apprezzabile la rappresentazione». Parimenti, cfr. Gai. 9 *ad ed. prov.* D. 13.6.18 pr.: *Haec ita, si dumtaxat accipientis gratia commodata sit res, at si utriusque, veluti si communem amicum ad cenam invitaverimus tuque eius rei curam suscepisses et ego tibi argentum commodaverim, scriptum quidem apud quosdam invenio, quasi dolum tantum praestare debes: sed videndum est, ne et culpa praestanda sit, ut ita culpa fiat aestimatio, sicut in rebus pignori datis et dotalibus aestimari solet*. Il legislatore italiano ha dimostrato di allontanarsi dalla semplice eleganza costruttiva dei *prudentes*, posto che negli artt. 1803-1812 cod. civ. (da leggersi in una con la disciplina generale *ex artt.* 1218 ss. cod. civ.) non sembra esservi formale indizio di qualche diversificazione del regime della responsabilità del comodatario in ragione dell’*utilitas contrahentium* (ma v., per una recente rivalutazione e generalizzazione dell’art. 1710 e dell’art. 1768, comma 2, cod. civ., che – in tema di mandato e deposito gratuiti – enunciano il principio per cui la responsabilità della parte tenuta alla prestazione senza corrispettivo va valutata con ‘minor rigore’, L. GAROFALO, *Gratuità*, cit., 49 s., 160). L’assetto di interessi diviso dalle parti contraenti ben può caratterizzarsi, dunque, per la presenza di quello che all’oggi è detto ‘scambio empirico’ e, dunque, addirittura essere connotato dall’inerenza di un vantaggio – esterno al contratto e rilevante appunto empiricamente – al sacrificio proprio ed ineludibile del comodante senza che ad esso corrisponda, in capo alla controparte che *de iure* riceve solo benefici, un simmetrico sacrificio. Le ipotesi di comodato ricordate in D. 13.6.5.10 e in D. 13.6.18 pr. integrerebbero gli estremi del contratto connotato causalmente da un cd. scambio empirico, atteso che una parte sopporta un sacrificio così da ricavarne un vantaggio, anche prescindendo dall’esistenza di un analogo sacrificio a carico della controparte; quanto al sistema italiano, circa le forme consensuali atipiche dei contratti reali gratuiti, tali per cui la parte che deve la prestazione e sopporta il sacrificio risulta mossa dal vantaggio che si ripromette di trarre

regola rispondeva per dolo, di contro colui *qui se optulit* sarebbe stato tenuto *custodiae nomine* (e, invero, altro tipo contrattuale – ossia quello della *locatio* – si integrava in ipotesi in cui l’attività del deponente fosse stata dietro corrispettivo)⁶⁴. Parimenti, nulla osta a ritenere che un *conductor*, detentore di cosa altrui in funzione dell’adempimento di un’obbligazione consistente in un *facere* (per cui era tenuto *culpa nomine*) dovesse di necessità rispondere oggettivamente della mancata restituzione della *res* (in primo luogo a seguito di furto), solo se già retribuito attraverso la pregressa soluzione della *merces* da parte del *locator*, come si è ipotizzato ragionando a margine di Gai 3.205, oltre che di D. 4.9.5 pr. e di D. 19.2.40⁶⁵.

In altre parole, soggetti come il comodatario e il creditore pignoratorio, da un lato, e come il depositario remunerato, quello *qui se optulit*, nonché il *fullo* e il *sarcinator*, dall’altro, quando e se traevano dalla singola operazione negoziale un’*utilitas* superiore se non esclusiva (rispetto a quella di comodante, debitore pignorante, deponente, committente), non erano *ex fide bona* obbligati accessoriamente a ‘custodire’, ossia vincolati – in vista della restituzione e *a latere* delle prestazioni dovute in via principale – a ‘sorvegliare’ e ‘mantenere’ la cosa oggetto del contratto⁶⁶. Essi, invece, erano contrattualmente tenuti a *reddere* ora la medesima *res* consegnata, ora la *res* una volta trasformata, in seno ad un’operazione negoziale gratuita od onerosa a seconda del tipo, in forza della quale si dava comunque vita a una relazione ‘*debitor-res*’ che,

dall’esecuzione della stessa, v. L. GAROFALO, *Gratuità*, cit., 166, sulla scia di C. MANZINI, *Il contratto gratuito atipico*, in *Contratto e impresa*, 1986, 909 ss., nonché di C. SCOGNAMIGLIO, *Problemi della causa e del tipo*, in *Regolamento*, a cura di G. Vettori, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, II, Milano, 2006, 120 ss.

⁶⁴ Per il caso di deposito gratuito: cfr., *ex plurimis*, D. 16.3.1 pr.; D. 16.3.6; D. 16.3.8; Gai 3.207; D. 4.9.5 pr.-1; D. 4.9.3.1; in tema di depositario *qui se optulit*, D. 16.3.1.35.

⁶⁵ Cfr., paradigmaticamente, D. 19.2.13.6, D. 19.2.25.8 D. 47.2.12 pr. in tema di *fullo* (lavandaio); D. 19.2.60.6 e D. 19.2.60.9, nonché C. 4.65.1 e C. 4.65.4, in tema di *horrearius* (depositario in magazzino); per il depositario *qui mercedem accipit pro custodia*, cfr. D. 16.3.1.8, nonché D. 19.2.40.

⁶⁶ Così, invece, M.F. CURSI, ‘*Actio*’, cit., 136, nt. 60, 137; v., inoltre, C.A. CANNATA, *Sul problema*, cit., 72 (che discorre di rischi che l’attività di custodia è destinata a evitare). In tal senso, cfr., altresì, P.J. DU PLESSIS, *Letting*, cit., 59 ss.

chiamata tecnicamente *custodia*, si esplicava unicamente nella detenzione della cosa nel prevalente o solo interesse del debitore detentore e assurgeva a criterio oggettivo di imputazione della responsabilità (in termini di oggettiva allocazione alla sfera debitoria di fatti – il furto, il danneggiamento da parte di animali non soggetti al controllo debitorio, la fuga di certune categorie di schiavi, talora anche il *damnum iniuria datum* da parte di un terzo – determinanti la sopravvenienza dell’impossibilità della esatta esecuzione della prestazione). Quindi, a prescindere dallo sforzo concretamente profuso – in modo vuoi medio, vuoi massimo, vuoi minimo – nell’esercizio di siffatta eventuale condotta di sorveglianza, liberamente tenuta per la prevenzione e/o l’eliminazione dei rischi connessi, si ascriveva allo stesso debitore, proprio in quanto *custodiam praestabat*, il verificarsi di certuni fatti che, positivamente previsti dai *prudentes*, erano tali da pregiudicare la restituzione *tout court* o l’integrale restituzione dovuta *ex contractu*⁶⁷. Ora era il tipo contrattuale in astratto che predicava la responsabilità a titolo di *custodia*, mentre la prassi lo poteva escludere nel tipo in concreto (come nel *commodatum* e nel *pignus datum*); ora era il tipo in concreto inverato nella prassi che reclamava una responsabilità debitoria oggettiva contro il più blando criterio immanente al tipo in astratto (come nel *depositum* e in plurime forme di *locatio conductio*).

Come scriveva Cannata «da lezione della giurisprudenza romana in materia di responsabilità è una lezione di analisi penetrante delle diverse situazioni pratiche la quale non è unicamente sboccata in un patrimonio di soluzioni raggiunte, ma si è pure – e soprattutto – concretata nella costruzione degli strumenti appropriati a raggiungerle»⁶⁸.

Abstract

Quale è il rapporto esistente tra *utilitas contrabentium* e responsabilità a titolo di *custodia*? Come giustificare nei contratti a prestazioni

⁶⁷ Cfr., in questi termini, C.A. CANNATA, *Ricerche*, cit., 26 s., 62 ss., 86 ss., 97 s.; ID., *Sul problema*, cit., 70.

⁶⁸ C.A. CANNATA, *Sul problema*, cit., X.

corrispettive la forma più grave di responsabilità? Il saggio muove da queste due fondamentali domande, cercando di mettere a frutto alcuni spunti presenti nel pensiero di Carlo Augusto Cannata per rileggere i celebri passi delle Istituzioni di Gaio in cui si tratta, nella cornice del problema della legittimazione attiva per azione per furto, della responsabilità contrattuale di lavandai e sarti.

When facing a contractual text, as well as a conduct that may correspond to the conclusion of a contract, the interpreter is required to solve complex questions of interpretation and construction. What is the connection between *utilitas contrahentium* and liability for *custodia*? How can the strictest form of liability be explained in contracts for consideration? The essay starts from these two fundamental questions, trying to make use of some of the ideas present in Carlo Augusto Cannata's thought in order to reread the famous passages of Gaius's Institutions in which he deals with the contractual liability of launderers and tailors, within the framework of the problem of the standing to sue for theft.

Parole chiave

responsabilità contrattuale, contratto d'opera, *utilitas contrahentium*

liability in contract, contracting for work, *utilitas contrahentium*

CARLO PELLOSO
Professore associato
Università degli Studi di Verona
Email: carlo.pelloso@univr.it

