



TEORIA E STORIA DEL DIRITTO PRIVATO

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

Stefano Liva

**Contributo allo studio della responsabilità
in duplum nel deposito**

Numero XVI Anno 2023
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. Trisciuglio (Univ. Torino)

Redazione

M. Beghini (Univ. Verona), M.V. Bramante (Univ. Telematica Pegaso), P. Capone (Univ. Napoli Federico II), S. Cherti (Univ. Cassino), C. De Cristofaro (Univ. Roma La Sapienza), N. Donadio (Univ. Milano), P. Pasquino (Univ. Salerno)

Segreteria di Redazione

C. Cascone, G. Durante, M.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

Contributo allo studio della responsabilità *in duplum* nel deposito

1. La *datio* con la quale si perfeziona il contratto di deposito e che genera la relativa *obligatio* viene delineata in modo puntuale e preciso nel dettato ulpiano che apre il titolo ‘*Depositum vel contra*’ del XVI libro del Digesto.

Ulp. 30 *ad ed.* D. 16.3.1 pr.: *Depositum est, quod custodiendum alicui datum est, dictum ex eo quod ponitur: praepositio enim de auget positum, ut ostendat totum fidei eius commissum, quod ad custodiam rei pertinet.*

Il giurista severiano, con una definizione di tipo etimologico che va oltre il dato linguistico e nella quale l’origine della parola corrisponde agli effetti giuridici dell’atto, mira a far emergere l’idea di affidamento: deposito è ciò che è stato dato a qualcuno per essere custodito, il prefisso ‘*de*’ rafforza il concetto ed è finalizzato a sottolineare come tutto quanto riguarda la custodia della cosa debba essere rimesso alla *fides* del depositario.

Con il presente contributo si intendono proporre, anche attraverso gli interessanti spunti di riflessione forniti dalla lettura di una *declamatio minor* di Quintiliano, alcune considerazioni su uno specifico e molto dibattuto aspetto relativo al *depositum*, rispetto al quale proprio la componente ‘fiduciaria’ assume, come vedremo, peculiari coloriture: oggetto di approfondimento sarà l’ambito, non scervo da zone d’ombra, nel quale la tutela per la mancata restituzione della *res* è rappresentata da un’*actio in duplum*, rimedio riparatorio connotato da un accentuato profilo sanzionatorio¹.

¹ La letteratura monografica relativa al deposito in generale non è particolarmente vasta e per essa si rimanda alle voci enciclopediche: F. BONIFACIO, voce *Deposito (dir. rom.)*, in *Noviss. dig. it.*, 5, Torino, 1960, 495 ss.; G. ASTUTI, voce *Deposito (storia)*, in *Enc. dir.*,

I riferimenti normativi nei quali alla responsabilità del depositario è associata una sanzione espressa *in duplum* sono essenzialmente tre e a ciascuno di essi è legata, quasi intrecciata, direttamente ed esplicitamente o sullo sfondo, quasi come un’ombra, una figura specifica di deposito, il cosiddetto deposito necessario².

2. Conviene prendere le mosse dall’editto pretorio introduttivo dell’*actio depositi in factum*, il cui dettato, riportato testualmente da Ulpiano nel libro 30 del suo Commentario *ad edictum*, «costituisce, in tema di deposito, la previsione normativa più risalente che corrisponda alle concezioni moderne, che risulti cioè sancita in via autoritativa»³.

Ulp. 30 *ad ed.* D. 16.3.1.1: *Praetor ait: «Quod neque tumultus neque incendii neque ruinae neque naufragii causa depositum sit, in simplum, earum autem rerum, quae supra comprehensae sunt, in ipsum in duplum, in heredem eius, quod dolo malo*

12, Milano, 1964, 212 ss.; G. NEGRI, voce *Deposito nel diritto romano, medievale e moderno*, in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, 5, Torino, 1989, 219 ss. Gli scritti che si occupano degli specifici aspetti dell’istituto trattati in questo contributo saranno segnalati nel corso dell’esposizione.

² L’espressione è estranea alle fonti romane e si deve ad un giurista bolognese vissuto a cavaliere dei secoli XIII e XIV, Pietro Boattieri, il quale, nel commentare la *Summa artis notariae* di Rolandino de’ Passeggeri, delineando i principii regolatori delle diverse figure del contratto di deposito, operò una distinzione tra «depositum voluntarium» e «depositum necessarium», che «fit ex irruente necessitate» (*Espositio in Summam artis notariae Domini Rolandini*, Venetiis, 1546, pars. I, cap. III, *de debitis et creditis*, rubr. XI, *Instrumentorum depositi*). Sul punto cfr. G.P. MASSETTO, *Ricerche sul deposito necessario nella dottrina del diritto comune*, in *SDHI*, 43, 1977, 221 ss.

³ Così G. NEGRI, voce *Deposito*, cit., 220. Cfr. anche C. BEDUSCHI, *Le azioni da deposito. Testi e lezioni di diritto romano (Lezioni)*, Trento, 1989-90. È opinione ormai consolidata in dottrina che questa formula abbia preceduto quella *in ius* di buona fede: per un esame dettagliato degli argomenti in tal senso, il cui valore deriva soprattutto dal loro insieme, cfr. G. GANDOLFI, *Il deposito nella problematica della giurisprudenza romana*, Milano, 1976, 83 ss. Sul rapporto tra le due azioni e sulle ragioni della loro coesistenza, oggetto di annoso dibattito in letteratura, si v. per tutti G. ROTONDI, *Contributi alla storia del contratto di deposito nel diritto romano*, in *Scritti giuridici*, 2. *Studi sul diritto romano delle obbligazioni*, Milano, 1922, 27 ss., G. GANDOLFI, *Il deposito*, cit., 92 ss., con ampia bibliografia; G. NEGRI, voce *Deposito*, cit., 222.

eius factum esse dicitur qui mortuus sit, in simplum, quod ipsius, in duplum iudicium dabo».

A norma dell’editto dunque, per ciò che non è stato depositato a causa di tumulto, incendio, rovina o naufragio è data un’azione *in simplum*⁴, mentre per le ipotesi sopra elencate è data un’azione *in duplum*⁵ contro lo stesso depositario (e *in simplum* contro l’erede⁶, a sua volta tenuto nel doppio qualora la mancata restituzione fosse da ascrivere al suo dolo e non a quello del defunto).

I successivi paragrafi di D. 16.3.1 contribuiscono a delineare i confini entro cui collocare il deposito necessario e a individuare la *ratio* che presiede all’applicazione di una sanzione più severa rispetto a quella comminata al depositario ordinario.

Ulp. 30 *ad ed.* D. 16.3.1.2-3: 2. *Merito has causas deponendi separavit praetor, quae continent fortuitam causam depositionis ex necessitate descendantem, non ex voluntate proficiscentem.* 3. *Eum tamen deponere tumultus vel incendii vel ceterarum causarum gratia intellegendum est, qui nullam aliam causam deponendi habet quam imminens ex causis supra scriptis periculum.* 4. *Haec autem separatio causarum iustam rationem habet. Quippe cum quis fidem elegit nec depositum redditur, contentus esse debet simpli, cum vero extante necessitate deponat, crescit perfidiae crimen et publica utilitas coercenda est vindicandae rei publicae causa: est enim inutile in causis huiusmodi fidem frangere.*

⁴ L’azione *in simplum* rappresenta il primo passo verso la configurazione del deposito come figura contrattuale. Secondo la ricostruzione di O. LENEL, *Das ‘Edictum perpetuum*³, Leipzig, 1927, 289, nell’editto perpetuo adrianeo le formule del deposito si trovavano sotto la rubrica «*de bonae fidei iudiciis*» (Tit. XIX): su questa apparente anomalia si v. NEGRI, voce *Deposito*, cit., 220 ss.

⁵ Sebbene i commentari giurisprudenziali conservatici non ne facciano menzione, è verosimile che l’editto riportasse anche la formula dell’azione da esperire nei casi di deposito necessario (cfr. NEGRI, voce *Deposito*, cit., 221).

⁶ Sull’azione si v. anche *infra*, nt. 58. Per il particolare andamento del testo edittoale cfr. *infra*, § 5.

Ulpiano sottolinea anzitutto la ragionevolezza della scelta del pretore di distinguere tra depositi compiuti *ex necessitate* e depositi volontari, quindi riconduce ai primi soltanto i casi nei quali l'unica *causa deponendi* sia quella di sottrarsi a un pericolo urgente⁷ che scaturisca dalle circostanze elencate.

Se nel caso del deposito volontario a venire in considerazione è il profilo meramente interpersonale e dunque il deponente deve accontentarsi, per l'*electio fidei* mal riposta, di agire *in simplum*, a fronte di un deposito necessario nel senso su definito il pretore accorderà a buon diritto una tutela più intensa, concedendo un'azione nel doppio del valore della *res*, la cui giustificazione risiede nel *crimen perfidiae* del depositario: in questi casi la violazione dell'affidamento appare particolarmente grave e il '*fidem frangere*' comporta, avendo riguardo al profilo pubblicistico dell'*utilitas rei publicae vindicandae causa*, l'opportuna applicazione di una pena.

L'intervento pretorio attestato nell'editto e riferito da Ulpiano non è tuttavia il primo caso testimoniato dalle fonti in cui al deposito viene associata un'azione *in duplum*: la configurazione del *depositum* come rapporto contrattuale rappresenta il naturale approdo di un processo storico nel quale confluiscono elementi non sempre facilmente identificabili e che ha un momento determinante nella legislazione decemvirale.

È un brano della *Collatio* a riferire di una norma della legge delle XII Tavole⁸ che prevedeva una condanna *in duplum* '*ex causa depositi*'.

⁷ Sottolineano il carattere dell'urgenza C. FERRINI, *Manuale di Pandette*, Milano, 1908, 673, e W. LITEWSKI, *Studien zum sogenannten 'depositum necessarium'*, in *SDHI*, 43, 1977, 190, al riguardo perentorio: «Im Zusammenhang damit ist § 3 von wesentlicher Bedeutung. Aus ihm geht deutlich hervor, dass das Vorliegen von vier Situationen allein nicht genügte. Damit die erhöhte Haftung angenommen werden konnte, war erforderlich, dass die Hinterlegung ausschliesslich wegen der Gefahr erfolgte [...] Er suggeriert, dass es um die Situationen ging, in denen es keine anderen bequemeren Mittel zum Schutze der Sache gab».

⁸ XII Tab. 8.19 (FIRA I, 61): cfr. M. TALAMANCA, *Le dodici tavole ed i negozi obbligatori*, in *Le Dodici tavole. Dai Decemviri agli Umanisti*, a cura di M. Humbert, Pavia, 2005, 344, nt. 39. J. GOTHOFREDUS (*Fragmenta XII Tabularum nunc primum tabulis restituta probationibus, notis*, Heidelbergae, 1816, *Lib. III Probationum ad tabulam III de rebus creditis probationes*,

Coll. 7.10.11 = Paul. Sent. 2.12.11: *Ex causa depositi lege duodecim tabularum in duplum actio datur, edicto praetoris in simplum.*

Il testo, tratto dal secondo libro delle *Sententiae* di Paolo, opera che rappresenta una delle principali fonti della *Collatio*⁹, è probabilmente «un sunto, ridotto a massima, di una complessa situazione»¹⁰ la cui ricostruzione ha generato un vivacissimo dibattito in letteratura in ordine a due questioni tra loro in qualche modo interconnesse: la reale natura e le caratteristiche dell’azione decemvirale e il rapporto di quest’ultima con la previsione edittale che ha definito i contorni della disciplina processuale formulare.

Di seguito passeremo in rassegna le opinioni più significative espresse in dottrina, non senza premettere alcune brevi considerazioni di natura metodologica.

La mancanza di elementi testuali sufficienti ha contribuito evidentemente ad alimentare polemiche, talvolta aspre, in seno alla letteratura e non consente di addivenire ad una dimostrazione certa basata su prove; il tentativo di fornire una proposta ricostruttiva, frutto di una sistemazione dei dati coerente con il contesto storico di riferimento, passa tuttavia, a mio avviso, dalla constatazione che la norma decemvirale sia a sua volta il punto di emersione di una realtà più risalente – di un periodo arcaico che, con il suo substrato economico-sociale tipico dell’antica società agricola romana, ha inevitabilmente influenzato la protostoria del deposito – della quale è dunque importante tenere conto per provare a cogliere l’apporto che la prassi può aver fornito al progressivo delinearci del piano giuridico¹¹.

lex de deposito) ha provato a ricostruire il precetto decemvirale – artificiosamente secondo Gandolfi (*Il deposito*, cit., 47) – sulla falsariga della formula edittale *in factum*, senza peraltro affrontare, nella relativa *probatio*, l’argomento del deposito necessario: SI QUID ENDO DEPOSITO DOLO MALO FACTUM ESCIT, DUPLIONE LUITO.

⁹ Sui testi relativi al deposito contenuti nella *Lex Dei* si v. F. LUCREZI, *Il deposito in diritto ebraico e romano. Studi sulla ‘Collatio’*, VIII, Torino, 2017, 17 ss.

¹⁰ Così C.A. MASCHI, *La categoria dei contratti reali. Corso di diritto romano*, Milano, 1973, 131.

¹¹ Si v. a titolo di esempio, in riferimento al *commodatum*, le recenti interessanti considerazioni circa l’oscillazione tra piano sociale e piano giuridico, decisiva nella

3. L’origine del deposito in età arcaica va ricercata guardando ad una società chiusa, in un ambiente caratterizzato da attività essenzialmente agro-pastorali¹², nelle pieghe di una vita di relazione nella quale il gruppo domestico, in linea di principio organizzato per essere economicamente autosufficiente, poteva tuttavia trovarsi talvolta in situazioni tali da indurre il *pater familias* a rivolgersi a persone di fiducia per affidare in custodia determinati oggetti, come in caso di pericolo o per fare fronte alle necessità legate a periodi di assenza forzata¹³.

I rapporti che in tal modo scaturivano, il vincolo di solidarietà che si creava tra chi affidava una *res* e chi era chiamato a custodirla, poggiavano su due architravi, *amicitia* e *fides*, capaci di convalidare e fornire protezione ai patti che avevano ad oggetto la restituzione della cosa data¹⁴.

È l’amicizia, sentimento mai tanto potente quanto in età arcaica, che costituisce la matrice dalla quale si sviluppano i tratti essenziali che contraddistinguono la figura negoziale del deposito in età preclassica e classica.

Il rapporto di amicizia è naturale presupposto dei negozi che precedono cronologicamente il futuro contratto di deposito, negozi caratterizzati dalla gratuità, che si costituiscono tra amici, e che sull’amicizia fondano anche la fiducia di riottenere la cosa data: chi accetta di custodire gratuitamente non può che essere un *amicus*, e la limitazione al dolo della responsabilità del depositario è la logica

definizione dello schema contrattuale, di G. TURELLI, *Per un’archeologia del comodato. Dalla ‘essenziale gratuità’ dell’art. 1803 cod. civ. al ‘gratia deberi’ di Cic. fin. 2.35.117*, in *TSDP*, 14, 2021, 10 ss.

¹² Sui riflessi in gran parte visibili anche nella legislazione decemvirale di questa struttura socio-economica si v. D. MANTOVANI, *Introduzione alla storia di Roma*, Milano, 1999, 191 ss.

¹³ G. ROTONDI, *Contributi*, cit., 11, fa l’esempio dell’«assenza per causa di milizia» che doveva essere tutt’altro che insolita per il periodo.

¹⁴ Cfr. C.A. MASCHI, *La categoria*, cit., 100 ss.: l’autore sostiene che i rapporti così costituiti non restassero privi di tutela, non ostando il più recente principio ‘*ex nudo pacto actio non nascitur*’ che riguardava un’epoca in cui la nozione di obbligo contrattuale da deposito era già diffusa. Del medesimo G. GANDOLFI, *Il deposito*, cit., 170; G. NEGRI, voce *Deposito*, cit., 227.

conseguenza del fatto che il suo onere venga assunto volontariamente e, appunto, gratuitamente.

La concezione romana dell'*amicitia*¹⁵ è strettamente legata alla *fides*.

L'amico va aiutato, e tradirne la fiducia rappresenta un crimine; la mancata restituzione è una violazione della *fides*¹⁶, e il dovere di custodia del depositario assume carattere sacrale¹⁷.

In sintesi dunque, possiamo ricondurre l'attuazione dell'arcaico negozio di deposito ad un *pactum* basato sull'amicizia, convalidato dall'elemento sacrale della *fides* e avente per oggetto la restituzione della cosa data.

Le vicende legate alle forme più risalenti di *depositum* non sono state a mio avviso adeguatamente considerate quando si è cercato di cogliere la natura dell'azione decemvirale citata in Coll. 7.10.11 = Paul. Sent. 2.12.11: posto che, come opportunamente sottolineato da Negri, «in epoca decemvirale l'affidamento in deposito continua ad essere inteso come un patto fondato sulla *fides*»¹⁸, cercheremo di mostrare come il

¹⁵ Sul concetto di *amicitia* si v. le interessanti e dotte considerazioni di R. RACCANELLI, L. BELTRAMI, *Dono e amicizia*, in *Con i Romani. Un'antropologia della cultura antica*, a cura di M. Bettini e W.M. Short, Bologna, 2014, 187 ss.

¹⁶ Questo concetto essenziale ed elementare apparirà conservato ancora nell'evoluto diritto classico: basti pensare all'*infamia* che colpirà il condannato con l'*actio depositi* o al *crimen perfidiae* evocato in Ulp. 30 *ad ed.* D. 16.3.1.4, su cui *infra*, nt. 60. Sul valore 'normativo' della *fides* si v. D. NÖRR, *Die 'Fides' im römischen Völkerrecht*, Heidelberg, 1991, 28 ss.; R. FIORI, *'Homo sacer': dinamica politico-costituzionale di una sanzione politico-religiosa*, Napoli, 1996, 152 ss.

¹⁷ Echi della natura quasi religiosa della responsabilità assunta da chi riceve la cosa in deposito permangono vivissimi nella coscienza comune anche in epoca più tarda: si v. in tal senso Cic. *de off.* 1.10.31 e 3.25.95; Giov. *satyr.* 13.10 (in cui il *depositum* è definito '*sacrum*') ed il venir meno agli obblighi da esso imposti un '*crimen violatae fidei*') e Sen. *de ben.* 4.71: *Depositum reddere per se expetenda res est.*

¹⁸ Per G. NEGRI, voce *Deposito*, cit., 228, il patto, lungi dall'essere privo di rilievo giuridico, assume anzi un nuovo significato alla luce di un frammento di Gaio tratto dal quarto libro del commentario alle dodici tavole, dal quale si evince l'efficacia del *pactum* nell'ordinamento della *fides* purché non contenga regole dell'autonomia privata che siano in contrasto con norme introdotte da *leges publicae* (Gai 4 *ad leg. duod. tab.* D. 47.22.4: *sodales sunt qui eiusdem collegii sunt ... his autem potestatem facit lex pactionem quam velint sibi ferre, dum ne quid ex publica lege corrumpant ...*).

contesto storico possa offrire utili indicazioni per proporre un’interpretazione della portata della norma riferita nel brano paolino.

4. Le ipotesi formulate in letteratura sul significato da attribuire all’azione *ex causa depositi* sono, come detto, svariate: cominciamo con il fare un breve cenno a quelle che possono considerarsi ormai superate, perché confutate a buon diritto dalla dottrina dell’ultimo secolo.

Secondo una teoria che affondava le radici nella dottrina più antica, ripresa da Glück¹⁹ e da Karlowa²⁰, l’*actio* contemplata dalle XII Tavole avrebbe avuto carattere contrattuale²¹: la congettura non ha avuto tuttavia alcun seguito, poiché è parso assolutamente assurdo immaginare una tutela civile del deposito in questi termini, in età così risalente²².

Del pari abbandonata è l’idea sostenuta da Voigt, secondo la quale l’azione decemvirale sarebbe stata diretta a tutelare non il deposito vero e proprio, bensì una *mancipatio fideiuciae causa* effettuata allo scopo di affidare in custodia la cosa, dalla quale sarebbe dipesa la responsabilità *in duplum*, posta in relazione con l’*obligatio auctoritatis*²³. Tra le molte

¹⁹ F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, 16, trad. it., Milano, 1897, 354, nt. g ed ivi bibliografia precedente.

²⁰ Cfr. O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II, Leipzig, 1901, 601 ss.

²¹ Si pensava ad un’azione che, tutelando il deposito come rapporto negoziale, prevedesse una sanzione a carico del depositario inadempiente: tale sanzione sarebbe stata poi mitigata dal pretore che avrebbe ridotto il doppio del valore della cosa al valore semplice dell’*id quod interest*.

²² Si v. in questo senso G. ROTONDI, *Contributi*, cit., 13 ss.; C. LONGO, *Corso di diritto romano. Il deposito*, Milano, 1946, 3; M. WLASSAK, *Rechtshistorische Abhandlungen, aus seinem Nachlasse herausgegeben und bearbeitet von Ernst Schönbauer*, Wien, 1965, 100; G. GANDOLFI, *Il deposito*, cit., 47; W. LITEWSKI, *Studien*, cit., 193; R. EVAN-JONES, *The action of the XII Tables ‘ex causa depositi’*, in *Labeo*, 34, 1988, 190; G. NEGRI, voce *Deposito*, cit., 228; P. SCHEIBELREITER, *Zwischen ‘furtum’ und Litiskreszenz: Überlegungen zur ‘poena dupli’ der ‘actio ex causa depositi’*, in *RIDA*, 56, 2009, 132.

²³ G. VOIGT, *Die XII Tafeln*, II, Leipzig, 1883, 479 ss. L’azione non avrebbe integrato un rimedio indipendente relativo al deposito, ma sarebbe stata basata sulla *fideiucia* utilizzata per effettuare un deposito. In senso analogo anche J. PAOLI, *‘Lis infititatio crescit in duplum’*, Paris, 1933, 170 s., secondo cui la responsabilità *in duplum* sarebbe da ricondurre al fatto che nella *mancipatio fideiuciae causa* il *pactum fideiuciae* diviene una *lex mancipii*, comportando il raddoppiamento della condanna in caso di *infittatio* per effetto

obiezioni avanzate²⁴, basti segnalare quella che giudica inverosimile che si ricorresse per qualsiasi deposito ad un negozio così complesso, che implicava il trasferimento della proprietà²⁵.

Unanimemente respinta infine la proposta di Ubbelhode²⁶, secondo il quale l’azione *in duplum* ‘*ex causa depositi*’ era un’*actio perfidiae*, diretta a perseguire ogni comportamento contrario alla *fides* che non rientrasse nella fattispecie del furto²⁷, della quale non v’è tuttavia alcuna traccia nelle fonti.

Più complesso e articolato è invece il discorso relativo alla natura penale dell’azione decemvirale, su cui converge l’opinione della quasi totalità degli studiosi, pur con significative differenze che vanno analizzate.

L’ammontare della condanna *in duplum*, le tracce che sopravvivono nella tutela del rapporto in età classica²⁸, unitamente all’argomento

del precetto decemvirale riferito da Cicerone nel *De officiis* (Cic. *de off.* 3.16.65: ... *quae essent lingua nuncupata, quae qui infitiatus esset, dupli poenam subiret* ...). *Contra*, con argomenti assolutamente condivisibili, si v. per tutti C. LONGO, *Corso*, cit., 19 ss.; J. SONDEL, *Szczególne rodzaje depozytu w prawie rzymskim*, (= *Die besonderen Arten des Depositums im römischen Recht*), Kraków, 1967, 28 ss.; G. GANDOLFI, *Il deposito*, cit., 49 s.

²⁴ La teoria di Voigt, formulata facendo leva essenzialmente sul passo di Gaio (Gai 2.60) nel quale si attesta l’applicazione della *fiducia cum amico* in funzione di deposito e sul fatto che Paolo non parli di un’*actio depositi* ma di un’*actio ex causa depositi*, è stata giustamente considerata inattendibile dalla romanistica più recente. Cfr. G. ROTONDI, *Contributi*, cit., 14, che sottolinea come la responsabilità *in duplum* come conseguenza della *mancipatio* colpisse il mancipante e non chi riceveva la *res*; J. BURILLO, *Las formulas de la ‘actio depositi’*, in *SDHI*, 28, 1962, 238; W. LITEWSKI, *Studien*, cit., 193 e nt. 17; G. NEGRI, voce *Deposito*, cit., 228, che chiarisce come non siano ipotizzabili una *legis actio fiduciae*, di cui manca testimonianza, né un *actio in factum fiduciae* in età precedente l’introduzione del processo formulare.

²⁵ Insistono soprattutto su questo aspetto C.A. MASCHI, *La categoria*, cit., 130; R. EVAN-JONES, *The action*, cit., 191.

²⁶ A. UBBELHODE, *Zur Geschichte der benannten Realcontracte auf Rückgabe derselben Species*, Marburg-Leipzig, 1870, 38 ss.

²⁷ Nell’ambito di applicazione dell’azione sarebbe rientrato dunque il caso di infedeltà del depositario.

²⁸ Si pensi in particolare al criterio di responsabilità costituito dal *dolus malus*, alla problematica relativa alla trasmissibilità passiva dell’*actio in factum* e al carattere nossale dell’azione contrattuale da deposito.

sistematico rappresentato dalla collocazione del testo paolino in un titolo della *Collatio*, il X, nel quale, al di là dell'intitolazione privatistica, i temi trattati riguardano, in buona misura, questioni di tipo penale²⁹, portano a ritenere senza ombra di dubbio che l'*actio* prevista dalle Dodici Tavole, diretta a colpire la mancata restituzione della cosa depositata, intesa come illecito extracontrattuale³⁰, avesse carattere penale.

Discorso diverso, che ha diviso e divide gli studiosi, è se detta azione fosse una mera applicazione dell'*actio furti* o configurasse invece un rimedio autonomo, specifico per il deposito.

A sostenere per primo che l'azione decemvirale ‘*ex causa depositi*’ non fosse altro che l'*actio furti non manifesti* è stato Jhering³¹, che ha fatto leva essenzialmente su due argomenti: l'identica misura della pena, *in duplum*, e la responsabilità per furto del depositario in caso di utilizzo della *res* attestata in età classica³².

Questa teoria ha avuto un certo seguito³³ e non può considerarsi tramontata³⁴ ma ritengo tuttavia che non sia da accogliere.

L'*actio furti nec manifesti*, pur comminando la pena del doppio, presuppone l'*amotio rei*, la sottrazione di cosa mobile altrui, «intesa materialisticamente e restrittivamente»³⁵, che non si ravvisa nell'ipotesi

²⁹ Il titolo X della *Collatio*, intitolato *De deposito*, è l'unico, insieme al XVI, *De legitima successione*, ad apparire, a differenza degli altri quattordici, di tipo privatistico, anziché relativo alla repressione criminale: tale diversità tuttavia, reale e sostanziale nel titolo XVI, è solo apparente nel X. Cfr. sul punto F. LUCREZI, *Il deposito*, cit., 17.

³⁰ Si v. a riguardo le considerazioni di G. ROTONDI, *Contributi*, cit., 18.

³¹ R. VON JHERING, *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*, in *Vermischte Schriften jurist. Inhalts*, Leipzig, 1879, 190.

³² Gai 3.196.

³³ Cfr. nello stesso senso R. LEONHARD, voce ‘*Depositum*’, in *RE*, 5.1, Stuttgart, 1903, col. 235; V. ARANGIO-RUIZ, *Le formule con ‘demonstratio’ e la loro origine*, in *Studi Cagliari*, 4, 1912, ora in ‘*Rariora*’, Roma, 1946, 56 s.; J. BURILLO, *Las formulas*, cit., 238 ss.; GANDOLFI, *Il deposito*, cit., 54 ss.

³⁴ Per NEGRI, voce *Deposito*, cit., 228, «la questione è *sub iudice*»; esprimono dubbi anche F. BONIFACIO, voce *Deposito*, cit., 496 e G. ASTUTI, voce *Deposito*, cit., 213.

³⁵ Così C.A. MASCHI, *La categoria*, cit., 134, il quale sottolinea come anche altre azioni, come ad esempio quella penale nel doppio contro il tutore legittimo che abbia sottratto cose del pupillo (*actio rationibus distrabendis*), pur avendo tratti comuni, non si identificano con l'*actio furti*. Nello stesso senso già G. ROTONDI, *Contributi*, cit., 15.

di mancata restituzione da parte del depositario e che si distingue dalla *contractatio* classica³⁶; il passo delle *Pauli Sententiae* peraltro parla espressamente di un’azione di deposito e, come vedremo, questa testimonianza è supportata da ulteriori evidenze dell’esistenza di tale rimedio³⁷: per tali ragioni credo che l’*actio ex causa depositi* debba essere intesa come una specifica ed autonoma azione penale, introdotta dalle XII Tavole per perseguire il depositario infedele e, pur se analoga, certamente distinta rispetto all’*actio furti*³⁸.

5. Ulteriore e più delicato problema è rappresentato dal tentativo di definire l’ambito di applicazione dell’azione decemvirale: in passato si è ritenuto che la sanzione *in duplum* fosse rivolta ai soli casi di ‘deposito necessario’, la maggior parte degli studiosi ritiene che viceversa riguardasse ogni tipo di deposito, ma la questione merita di essere riconsiderata e approfondita.

È opportuno cominciare illustrando lo stato dell’arte, per poi svolgere qualche considerazione e proporre una soluzione in qualche misura inedita.

Secondo una corrente di pensiero sviluppatasi nella seconda metà dell’Ottocento, fondata su elementi di natura indiziaria, forniti da due testi contenuti nella *Collatio*, e su argomentazioni più solide, scaturite dal peculiare andamento del dettato edittale e da alcune caratteristiche dell’*actio depositi in factum* pretoria, sui quali torneremo a breve, l’*actio* prevista dalle XII Tavole sarebbe stata destinata solo a casi di deposito ‘tipici’, ossia «*tumultus, incendii, ruinae naufragii causas*»³⁹.

³⁶ Cfr. B. ALBANESE, *La nozione del furto fino a Nerazio*, in *AUPA*, 23, 1958, 8 ss.

³⁷ Sul punto si v. le opportune e condivisibili considerazioni di R. EVAN-JONES, *The action*, cit., 199.

³⁸ Sono di questo avviso anche C. LONGO, *Corso*, cit., 3; M. KASER, *Das altrömische Ius*, Göttingen, 1949, 219; A. WATSON, *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Oxford, 1965, 157; J. SONDEL, *Szegedolne*, cit., 20 ss.; W. LITEWSKI, *Studien*, cit., 193 s.; R. EVAN-JONES, *The action*, cit., 192 s.

³⁹ Cfr. A. ASHER, *Über die Depositumsklagen des classischen römischen Rechts*, in *ZZP*, 22, 1865, 266 ss.; F. EISELE, *Die materielle Grundlage der ‘exceptio’. Eine römisch-rechtliche*

Quindi, sulla scorta di uno studio di Rotondi, il quale pur definendo tale teoria «assai seducente e non priva di argomenti di notevole valore»⁴⁰, finiva per contestare l’idea che il rimedio decemvirale avesse un ambito di applicazione così circoscritto, è divenuta dominante nel corso del Novecento l’opinione, talvolta sostenuta apoditticamente⁴¹, che l’*actio in duplum* fosse uno strumento diretto a tutelare ogni forma di deposito⁴².

Non mancano tuttavia anche nella letteratura più recente voci discordanti, come mostrano i dubbi, a mio parere fondati, manifestati da Maschi, secondo cui «non si può escludere che le XII tav. contemplassero solo i casi di deposito *ex necessitate*»⁴³, e, pur con un approccio e con conclusioni parzialmente divergenti, da Evan-Jones, a parere del quale lo scopo dell’*actio ex causa depositi* «was narrower than that suggested by the majority view»⁴⁴.

A fronte di un contesto dottrinale tanto eterogeneo, che su questo specifico problema, per quanto mi consta, non ha espresso elementi di sostanziale novità nell’ultimo trentennio, occorre servirsi di quell’elasticità che avrà ispirato la ricerca della sanzione più opportuna per garantire una tutela efficace alle situazioni emerse dalla vita concreta⁴⁵: credo dunque che il tentativo di comprendere il regime del deposito decemvirale non possa prescindere dalla valorizzazione del piano storico e dalla necessità di rifuggire da un eccessivo schematismo nonché da pregiudizi dogmatici.

Come anticipato, indicazioni importanti in ordine alla possibile portata dell’azione decemvirale possono essere tratte dal tenore della

Untersuchung, Berlin, 1871, 52 ss.; T. NIEMEYER, ‘*Fiducia cum amico*’ und ‘*depositum*’, in *ZSS*, 12, 1892, 296 ss.

⁴⁰ G. ROTONDI, *Contributi*, cit., 16.

⁴¹ Si v. BONIFACIO, voce *Deposito*, cit., 496; J. SONDEL, *Szczegolne*, cit., 21; W. LITEWSKI, *Studien*, cit., 194.

⁴² Cfr. GANDOLFI, *Il deposito*, cit., 48; NEGRI, voce *Deposito*, cit., 229.

⁴³ C.A. MASCHI, *La categoria*, cit., 132.

⁴⁴ R. EVAN-JONES, *The action*, cit., 189.

⁴⁵ Si v., in senso analogo per la giurisprudenza classica, le condivisibili considerazioni di G. GANDOLFI, *Il deposito*, cit., 9 e 19, riprese da G. NEGRI, voce *Deposito*, cit., 222.

clausola edittale, con la quale il deposito assurge al rango di rapporto negoziale sul piano del diritto pretorio per effetto dell’azione promessa.

Ne riportiamo dunque nuovamente il testo, dedicando particolare attenzione alla sua formulazione:

QUOD NEQUE TUMULTUS NEQUE INCENDII NEQUE RUINAE NEQUE NAUFRAGII CAUSA DEPOSITUM SIT, IN SIMPLUM, EARUM AUTEM RERUM, QUAE SUPRA COMPREHENSAE SUNT, IN IPSUM IN DUPLUM ... IUDICIUM DABO.

Cominciamo con il dire che la concessione di un’*actio depositi in duplum* suggerisce l’esistenza di un rapporto di derivazione con l’azione decemvirale⁴⁶; l’andamento anomalo e piuttosto contorto del dettato edittale⁴⁷, che comincia con una negazione che pone in posizione di preminenza la disciplina del deposito necessario, mi pare inoltre convalidi la convinzione che il punto di riferimento del pretore fosse rappresentato da casi di deposito dotati di determinate caratteristiche, certamente non identificabili con quelli ‘*ex voluntate proficiscentes*’⁴⁸.

⁴⁶ Cfr. G. ROTONDI, *Contributi*, cit., 25 («io non so pensare che provvedendo a questa nuova difesa egli [il pretore] non avesse sempre presente quell’antichissima azione intorno a cui l’istituto si era venuto svolgendo»); R. EVAN-JONES, *The action*, cit., 199 («It would indeed be a great coincidence that deposit was singled out for special treatment in the XII Tables with an action *in duplum*, that there was an action *in duplum* mentioned in the edict which was perpetual [...] yet there was no connection between these two remedies»); G. NEGRI, voce *Deposito*, cit., 227. *Contra* C. LONGO, *Corso*, cit. 56 ss.; W. LITEWSKI, *Studien*, cit., 193.

⁴⁷ Alcuni autori hanno avanzato l’ipotesi, per il vero meramente congetturale, che il testo non corrispondesse alla redazione originaria: così C. LONGO, *Corso*, cit. 56 ss., per il quale l’editto adrianeo sarebbe il risultato della fusione di due differenti clausole dell’editto più antico, le quali avrebbero disposto distintamente per il deposito ordinario e per quello necessario e J. BURILLO, *Las formulas*, cit., 245 s., che ravvisa a sua volta un nucleo più risalente, dettato in materia di deposito normale, risalente al I sec. a.C., ed un altro, successivo di qualche decennio, concernente il deposito necessario.

⁴⁸ Si v. in questo senso A. ASHER, *Über die Depositumsklagen*, cit., 266 ss., secondo cui la ragione di questa formulazione sarebbe da ricondurre alla storia del deposito: egli riteneva che la legge delle XII Tavole si fosse occupata dei soli casi di deposito

Rotondi, nel sostenere che l’azione decemvirale riguardasse tutti i depositi senza distinzione, ha ritenuto che il pretore avesse mitigato l’asprezza della legislazione antica, riservando la sanzione *in duplum* ai soli casi di deposito ‘*tumultus, incendii, ruinae naufragii causa*’⁴⁹.

A me pare tuttavia che vi possa essere anche una lettura alternativa, che consente di superare le perplessità suscitate dall’idea che il pretore decidesse di accordare al depositario infedele un trattamento più mite in tutti i casi di deposito ordinario⁵⁰, avvalorata dalle parole utilizzate da Ulpiano nel suo commento alla disposizione editale: il giurista severiano, come visto in precedenza⁵¹, giudicava positivamente la scelta di separare i casi di deposito necessario da quelli di deposito volontario, utilizzando in due occasioni espressioni analoghe e significative (al § 2 di D. 16.3.1 ‘*Merito has causas deponendi separavit praetor*’; al § 4 ‘*Haec autem separatio causarum iustam rationem habet*’), dalle quali sembra potersi ricavare il fatto che il pretore non abbia voluto abolire la pena del doppio prevista dalla legislazione decemvirale per i depositi ordinari bensì distinguere opportunamente i casi già tutelati di deposito necessario, per i quali veniva conservato il trattamento sanzionatorio originario, da quelli volontari, per i quali veniva concessa un’*actio in simplum*⁵².

6. Io dunque ritengo che l’azione decemvirale ‘*ex causa depositi*’ avesse un ambito di applicazione più ristretto rispetto a quello comunemente accordatole, guardasse cioè a depositi con caratteristiche specifiche per

necessario e ciò spiegherebbe la peculiare costruzione del testo editale. Lo stesso autore ritiene significativo anche Coll. 7.10.11 = Paul. Sent. 2.12.11, poiché al tempo in cui scrive Paolo esisteva una sola *actio in duplum* e il giurista cita l’azione decemvirale; dello stesso parere anche T. NIEMEYER, ‘*Fiducia*’, cit., 322 s., il quale sostiene anche che Coll. 7.10.3 = Paul. Sent. 2.12.3 (*Deponere videtur, qui in metu ruinae incendii naufragii apud alium custodiae causa deponit*) mostrerebbe che i casi di deposito necessari rappresentavano il paradigma di riferimento.

⁴⁹ G. ROTONDI, *Contributi*, cit., 25.

⁵⁰ Cfr. a riguardo R. JHERING, *Das Schuldmoment*, cit., 37 e T. NIEMEYER, ‘*Fiducia*’, cit., 318.

⁵¹ Cfr. *supra*, § 2

⁵² Cfr. C.A. MASCHI, *La categoria*, cit. 132, a parere del quale (nt. 27) tale procedimento sarebbe stato coerente con «un generale orientamento della prassi pretoria».

individuare le quali, non necessariamente quelle indicate dal pretore, connotate dall’urgenza e dall’imminenza del pericolo⁵³, credo si debba fare riferimento a quanto suggerito dal contesto storico.

Come detto in precedenza, la realtà socio-economica del V secolo a.C., al pari di quella del periodo precedente, induce ad associare il ricorso al deposito a situazioni di pericolo o di necessità, nelle quali ci si rivolgeva ad un amico, facendo leva su un affidamento, la cui violazione veniva percepita alla stregua di un *crimen* e giustificava, attesa la carica intrinseca di disvalore, la severità della sanzione.

È possibile ipotizzare, pur con tutte le cautele e le inevitabili incertezze del caso, che l’*actio in duplum* decemvirale sia stata rivolta a colpire la mancata restituzione della *res* in queste circostanze – quando cioè la rottura della *fides* sia apparsa tanto più grave in ragione dello stato di necessità di chi decideva di affidarsi alla collaborazione di un amico⁵⁴ – e che il pretore, avendo ben presente la disciplina quiritaria, vi si sia collegato, confermando la sanzione nel doppio per i depositi ‘*ex necessitate descendentes*’ – puntualmente elencati e ricondotti, forse per la prima volta, entro l’alveo di situazioni in cui alla necessità si aggiunge un incombente pericolo che annulla ogni facoltà di scelta del deponente⁵⁵ – e

⁵³ Sul punto concordo con R. EVAN-JONES, *The action*, cit., 207, secondo cui «the idea that it was the XII Tables which first used this phrase (*tumultus, incendii, ruinae naufragii causa*) and allowed the *actio depositi* only in these cases is doubtful».

⁵⁴ Anche R. EVAN-JONES (*The action*, cit., 194 e 207, nt. 99) giunge alla conclusione che l’*actio ex causa depositi* decemvirale non riguardasse ogni forma di deposito, ma ipotizza, con argomenti a mio avviso non del tutto persuasivi, essenzialmente fondati sull’impiego del verbo *deponere* nelle commedie plautine, che sanzionasse rapporti con soggetti da ricercare invece fuori dalla cerchia delle amicizie e dediti istituzionalmente a compiti di custodia, quali banchieri o custodi di templi.

⁵⁵ Cfr. *supra*, D. 16.3.1.3-4. Non è escluso peraltro che, anche dopo la puntuale indicazione delle quattro situazioni tipiche, la responsabilità *in duplum* potesse applicarsi ad altre situazioni di grave pericolo: è di questa opinione J. SONDEL, *Saxegolne*, cit., 5 ss., che a supporto della sua supposizione fa riferimento all’espressione ‘*fortuitam causam depositionis ex necessitate descendentem*’ che ricorre in D. 16.1.2 (*contra* W. LITEWSKI, *Studien*, cit., 189); va segnalato in questo senso anche un passo di Paolo, Coll. 7.10.4 = Paul. Sent. 2.12.4: *Deponere videtur et is, qui suspectam habens vel minus idoneam custodiam domus vel vim latronum timens apud aliquem rem custodiendam commendat*. Sul testo, che segue immediatamente quello in cui Paolo si riferisce alle situazioni di urgente necessità

provvedendo a regolare e tutelare anche il deposito volontario, che sul finire della repubblica, nel mutato contesto proprio di un’economia mercantile, doveva certamente aver acquisito un’importanza di gran lunga maggiore⁵⁶.

Questo scenario alternativo mi pare possa essere quello che meglio concilia il dato testuale con quello storico – poiché salda la disciplina decemvirale tanto al periodo precedente, alla forma di tutela arcaica del deposito⁵⁷, quanto al momento di sviluppo successivo, ossia all’*actio depositi in factum in duplum*, il cui carattere perpetuo, attestato da un passo di Nerazio⁵⁸, anomalo in un’azione pretoria⁵⁹, sembra suggerire ancora una volta l’esistenza di un legame con il rimedio previsto nelle XII Tavole⁶⁰ – pare poter trovare conforto, come avremo modo di verificare,

elencate dal pretore (Coll. 7.10.3 = Paul. Sent. 2.12.3: *Deponere videtur, qui in metu ruinae incendii naufragii apud alium custodiae causa deponit*; cfr., *supra*, nt. 48), si v. F. LUCREZI, *Il deposito*, cit. 24, che parla di «circostanze che comportano una responsabilità aggravata del depositario, da condannare, in caso di inottemperanza, *in duplum*».

⁵⁶ G. ROTONDI, *Contributi*, cit., 24.

⁵⁷ Si v. diffusamente *supra*, § 3.

⁵⁸ Nerat. 2 *membr.* D. 16.3.18: *De eo quod tumultus incendii ruinae naufragii causa depositum est, in heredem de dolo mortui actio est pro hereditaria portione et in simplum et intra annum quoque: in ipsum et in solidum et in duplum et in perpetuum datur.*

⁵⁹ Gai 4.110: *Quo loco admonendi sumus eas quidem actiones, quae ex lege senatusve consultis proficiscuntur, perpetuo solere praetorem accomodare, eas vero quae ex propria ipsius iurisdictione pendent plerumque intra annum dare*; Gai 4.111: *Aliquando tamen et perpetuo eas dat, scilicet cum imitatur ius legitimum: quales sunt eae, quas bonorum possessoribus ceterisque qui heredis loco sunt accomodat. Furti quoque manifesti actio, quamvis ex ipsius praetoris iurisdictione proficiscatur, perpetuo datur; et merito, cum capitali poena pecuniaria constituta sit.*

⁶⁰ Cfr. A. ASHER, *Über die Depositumsklagen*, cit., 268; T. NIEMEYER, ‘*Fiducia*’, cit., 323; G. ROTONDI, *Contributi*, cit., 49, per il quale questo sarebbe un caso in cui ‘*imitatur ius civile*’ (così già F. GLÜCK, *Commentario*, cit., 359.) Nel senso della continuità, pare inoltre essere particolarmente significativa l’espressione scelta da Ulpiano per giustificare la sanzione nel doppio in caso di deposito *extante necessitate*: il giurista parla di *perfidiae crimen* (cfr. *supra*, D. 16.3.1.4) – volendo con ciò rimarcare la particolare gravità del comportamento del depositario infedele – e la concezione che esprime mostra evidenti analogie e punti di contatto con quella arcaica (cfr. *supra*, ntt. 16 e 17), poi recepita nella legislazione decemvirale. Sul punto si v. MASCHI, *La categoria*, cit., 133.

guardando alle caratteristiche dei casi più significativi di deposito trattati nelle *declamationes minores* di Quintiliano⁶¹.

7. Questi testi retorici potranno inoltre fornirci qualche interessante indicazione in ordine ad un’ulteriore questione relativa alla responsabilità *in duplum* del depositario, che ha diviso profondamente la dottrina, legata alla difficile interpretazione di un passo delle Istituzioni di Giustiniano che associa l’applicazione della pena all’*infitiatio*.

Nel titolo *de actionibus* (4.6), a seguito di indicazioni perfettamente in linea con la disciplina classica ai paragrafi 17 (*si depositi agetur eo nomine, quod tumultus incendii ruinae naufragii causa depositum sit, in duplum actionem praetor reddit*) e 23 (*in duplum agimus veluti furti nec manifesti, damni iniuriae ex lege Aquilia, depositi ex quibusdam casibus*), si legge:

I. 4.6.26: *Sed furti quidem nec manifesti actio, et servi corrupti, a ceteris de quibus simul locuti sumus eo differt quod hae actiones omnimodo dupli sunt: at illae, id est damni iniuriae ex lege Aquilia et interdum depositi, infitiatione duplicantur, in confitentem autem in simplum dantur...*

L’inserimento dell’azione di deposito tra le azioni che, talvolta, *infitiatione duplicantur*, lasciando presagire il fatto che l’*actio in duplum* trovasse applicazione soltanto nel caso in cui il depositario avesse negato fraudolentemente di aver ricevuto la cosa⁶², mal si concilia con il testo della clausola edittale che, per i casi elencati di deposito necessario, prevede sempre la sanzione nel doppio.

Le possibili spiegazioni fornite in letteratura sono diverse, ma nessuna è a tal punto appagante da aver risolto il problema e dissipato l’incertezza⁶³.

⁶¹ Cfr. *infra*, § 9.

⁶² Sul tema della litiscrescenza a proposito del deposito necessario, cfr. J. PAOLI, ‘*Li infitiando*’, cit., 159 ss.

⁶³ Già J. BURILLO, *Las formulas*, cit., 253, lamentava il fatto che ancora non fosse stata presentata alcuna «*aclaración plausible*»; in termini analoghi, più di recente, P. SCHEIBELREITER, *Zwischen ‘furtum’*, cit., 154.

Una prima corrente di pensiero attribuisce l’inclusione dell’*actio depositi* nell’elenco di I. 4.6.26 ad una svista dei compilatori; un’altra ne vede il segno di una riforma giustiniana⁶⁴.

È opportuno, per provare a fare un po’ di chiarezza, passare in rassegna gli argomenti prodotti dai sostenitori delle teorie su esposte, mettendo nel contempo in evidenza per ciascuna gli elementi di perplessità.

Chi ritiene che la formulazione del passo delle Istituzioni sia frutto di un errore, riconduce l’equivoco ad uno schematismo eccessivo nella classificazione delle azioni che ha ispirato la redazione del titolo ‘*de actionibus*’, che avrebbe fatto sì che «il principio dell’*infinitatio* venisse quasi inconsciamente esteso dall’*a. legis Aquiliae*, a cui effettivamente spettava, all’*actio depositi* che nulla ci aveva a vedere»⁶⁵, e fa notare inoltre che l’*actio depositi in duplum* non compaia né in I. 4.16.1⁶⁶, né in altro elenco delle ‘*actiones quae per infinitationem duplentur*’⁶⁷.

Per quel che riguarda la presunta svista dei compilatori, credo si debba tenere in debito conto l’utilizzo dell’avverbio ‘*interdum*’ (*at illae, id est damni iniuriae ex lege Aquilia et interdum depositi, infinitatione duplicantur*), che tradisce una riflessione e mal si concilia con l’ipotesi di uno sbaglio frutto di precipitazione; quanto al fatto che soltanto in I. 4.6.26 sia accostata all’*infinitatio* l’azione di deposito, trovo condivisibile l’opinione di Litewski, che invita a non sopravvalutarne la mancata menzione in I. 4.16.1, «da die dort enthaltene Aufzählung nur Beispiele enthält»⁶⁸.

⁶⁴ Nell’ambito della letteratura più risalente non mancava chi riteneva invece che già *Pactio in duplum* delle XII Tavole fosse da applicarsi solo ‘*adversus infinitatorem*’: cfr. J. CUJACIUS, *Interpretationes ad Julii Pauli Sentent. Recept. Libros V, liber I, tit. XIX, § 1*, in *Opera omnia in decem tomos distributa*, I, Lutetiae Parisiorum, 1658, col. 335. Sul punto *infra*, § 9 e nt. 98.

⁶⁵ Così G. ROTONDI, *Contributi*, cit., 135.

⁶⁶ I. 4.16.1: *At adversus infinitantes ex quibusdam dupli vel tripli actio constituitur, veluti si damni iniuriae aut legatorum locis venerabilibus relictorum nomine agitur*.

⁶⁷ Gai 4.171; Paul. Sent. 1.19.1: cfr. G. ROTONDI, *Contributi*, cit., 133; J. BURILLO, *Las formulas*, cit., 254; G. ASTUTI, voce *Deposito*, cit., 221; G.P. MASSETTO, *Ricerche*, cit., 253 e nt. 75.

⁶⁸ W. LITEWSKI, *Studien*, cit., 202, nt. 57.

Lo stesso Litewski invece, nel solco di una tradizione risalente⁶⁹, sostiene che il principio affermato in I. 4.6.26 rifletta l’opinione di Giustiniano e che sia diretto ad introdurre un’innovazione rispetto alla disciplina classica espressa dalla clausola edittale riportata e commentata da Ulpiano⁷⁰.

Anche riguardo a questa proposta interpretativa non mancano tuttavia rilievi critici di un certo valore: in particolare, viene rimarcato il fatto che – anche in ragione dell’impostazione dell’opera istituzionale, attenta alla prospettiva storica – le innovazioni vengano di norma poste in evidenza, come avvenuto ad esempio nel caso del mutamento di disciplina in forza del quale si è negata la possibilità per il depositario di opporre la compensazione⁷¹.

⁶⁹ Cfr. A. SCHULTING, *Jurisprudentia vetus ante-justiniana*, Leipzig, 1737, 771; F. GLÜCK, *Commentario*, cit., 358.

⁷⁰ W. LITEWSKI, *Studien*, cit., 201: per l’autore I. 4.6.26 sarebbe da leggere come un’integrazione rispetto alla disciplina contenuta in I. 4.6.17, e dunque I. 4.6.23, che afferma la responsabilità *in duplum* per il deposito *ex quibusdam casibus*, sarebbe da intendere come riferito al deposito necessario in caso di *infitiatio*. Tra coloro che propendono per una modifica giustiniana cfr. anche F. BONIFACIO, voce *Deposito*, cit., 497; A. GUARINO, *Diritto privato romano*¹⁰, Napoli, 1994, 884.

⁷¹ Cfr. I. 4.6.30. Sul punto si v. in particolare G. GANDOLFI, *Il deposito*, cit., 21 ss.: l’autore, da quanto può ricavarsi dal tenore del suo discorso, sembra escludere che la disciplina del deposito, all’infuori del caso relativo alla compensazione, abbia subito altre significative modifiche ascrivibili a Giustiniano e nel contempo contesta la tendenza della *communis opinio* «ad elevare troppo spesso l’accusa di disattenzioni veramente inspiegabili o il sospetto di glossemi accidentali» (p. 10), anche se su I. 4.6.26 e sulla questione dell’*infitiatio* non prende esplicita posizione. Analogamente G. NEGRI, voce *Deposito*, cit., 231, che annovera tra le innovazioni giustiniane la compensazione ma nulla dice a proposito del deposito necessario. Secondo G. ROTONDI, *Contributi*, cit., 134, inoltre, sarebbe sorprendente una minor severità nei confronti del depositario infedele da parte di «un imperatore che ha sempre cercato di assicurare al deposito una difesa più rigorosa». In questo senso va segnalata l’opinione di J. SONDEL, *Szegedne*, cit., 12 ss., secondo cui l’*interdum* di I. 4.6.26 sarebbe riferito non al deposito necessario ma a quello ordinario: l’ipotesi è suggestiva, e in questo caso l’intervento giustiniano andrebbe letto nel senso di una maggior severità verso il depositario rispetto alla disciplina classica, ma non sembra trovare conforto nella Parafrasi di Teofilo (4.6.23).

La situazione resta dunque estremamente fluida⁷²: su questa e su altre questioni relative alla responsabilità *in duplum* da deposito sulle quali il dibattito in letteratura è stato molto vivace e non ha portato a soluzioni definitive condivise, l’esame di alcuni brani di una declamazione minore di Quintiliano, finora non considerata, se non tangenzialmente, può fornire, come anticipato, qualche ulteriore spunto di riflessione.

8. Le *declamationes minores*, attribuite dalla tradizione a Quintiliano⁷³, sono arringhe scolastiche, testi destinati alle antiche scuole di retorica al fine di preparare gli studenti ad affrontare l’ultimo e più complesso passaggio prima di accedere all’attività forense, recitare ad alta voce un discorso al cospetto del maestro e dei compagni.

La *controversia*⁷⁴ prevedeva uno scenario di tipo giudiziario, nel quale il declamatore era sollecitato ad assumere il ruolo dell’accusa o della difesa in una causa fittizia⁷⁵.

⁷² Per gli orientamenti che si delineano nella dottrina intermedia cfr. G.P. MASSETTO, *Ricerche*, cit., 254 ss.; si v. anche G. GANDOLFI, *Il deposito*, cit., 31, che segnala come la disciplina giustiniana, che subordina l’applicazione della sanzione *in duplum* all’*infinitio*, «consacrata dalla Glossa passerà al diritto comune».

⁷³ Sulla paternità quintiliana delle *declamationes minores* cfr. L. PASETTI, *Le declamazioni minori attribuite a Quintiliano*, I. 244-292. *Testo, traduzione e commento* a cura di L. Pasetti, A. Casamento, G. Dimatteo, G. Krapinger, B. Santorelli, C. Valenzano, Bologna, 2019, *Introduzione*, XXXIV s.

⁷⁴ Le *Minores* contengono solo questo genere di discorso e non le *suasoriae*, che richiedevano invece di calarsi in uno scenario storico o mitico per convincere un personaggio celebre a prendere una decisione fondamentale per le sorti della collettività: cfr. L. PASETTI, *Le declamazioni*, cit., XI.

⁷⁵ Le declamazioni minori rappresentano un caso a sé per la peculiare fisionomia, da ascrivere verosimilmente al fatto che la raccolta fosse costituita dal materiale predisposto da un retore per tenere le sue lezioni (cfr. sul punto F. LEO, *Quintilians kleine Declamationen*, in *Ausgewählte kleine Schriften*, II, Roma, 1960, 257, che pensa a *hypomnemata* elaborati da Quintiliano stesso e pubblicati dopo la sua morte; M. WINTERBOTTOM, *The Minor Declamations Ascribed to Quintilian*, Berlin-New York, 1984, XIII), che non trova riscontro né nell’antologia di Seneca Padre, costituita da brevi brani di declamatori esperti corredati da un commento critico, né negli scarni *excerpta* di Calpurnio Flacco e neppure nelle declamazioni maggiori quintiliane, prive del corredo didattico: cfr. L. PASETTI, *Le declamazioni*, cit., XII.

Al di là dell’importanza di questi testi per la ricchezza di paradigmi retorici, letterari e linguistici in essi contenuti⁷⁶, le declamazioni sono preziose perché tramandano modelli culturali e schemi di pensiero cui vanno ricondotte anche le norme giuridiche, e hanno pertanto valore «come ‘proiezione’ dell’esperienza giuridica romana»⁷⁷.

Gli studi più recenti sui contenuti giuridici nelle declamazioni si sono concentrati, più che a verificare l’esatta corrispondenza con istituti e norme vigenti a Roma e a discernere storicità e finzione delle *leges*⁷⁸, sulla contiguità con i *mores* da cui è scaturito il diritto, sul modo di ragionare dei declamatori e sugli argomenti scelti a sostegno delle proprie tesi, spesso affini a quelli utilizzati dai giuristi classici⁷⁹, con i quali condividevano l’estrazione sociale e il comune percorso formativo.

Un’analisi consapevole delle declamazioni richiede di tener conto del genere letterario a cui appartengono, al confine tra finzione e realtà, e del relativo differente scopo rispetto a un’orazione forense⁸⁰: cionondimeno le *Minores*, rispetto ad altre raccolte di testi declamatori, sono caratterizzate da un rapporto molto stretto con la lingua del

⁷⁶ Le *Minores* possono essere considerate una sorta di eserciziaro con il quale i giovani declamatori applicavano i precetti contenuti nell’*Institutio oratoria*: sullo stretto rapporto con il manuale istituzionale di Quintiliano cfr. J. DINGEL, ‘*Scholastica materia*’. *Untersuchungen zu den ‘Declamationes minores’ und der ‘Institutio oratoria’ Quintilians*, Berlin-New York, 1988, 2 ss. Si v. inoltre L. PASETTI, *Le declamazioni*, cit., XXII ss., ove vengono dettagliatamente illustrati anche i riferimenti fatti dal maestro-declamatore a opere di Cicerone e di Seneca figlio, viene dimostrata la dimestichezza con poeti quali Virgilio e Ovidio e ben documentata la relazione privilegiata che unisce declamazione latina e tragedia.

⁷⁷ Cfr. D. MANTOVANI, *I giuristi, il retore e le api. ‘Ius controversum’ e ‘natura’ nella ‘Declamatio maior’ XIII*, in *Testi e problemi del giusnaturalismo romano*, a cura di D. Mantovani e A. Schiavone, Pavia, 2007, 326.

⁷⁸ Si v. in questo senso F. LANFRANCHI, *Il diritto nei retori romani. Contributi alla storia dello sviluppo del diritto romano*, Milano, 1938, la cui opera era essenzialmente volta a testare la congruenza delle norme richiamate nelle declamazioni con il diritto romano.

⁷⁹ Cfr. D. MANTOVANI, *I giuristi*, cit., 327; G. RIZZELLI, *Modelli di ‘follia’ nella cultura dei giuristi romani*, Lecce, 2014; M. LENTANO, *La declamazione a Roma. Breve profilo di un genere minore*, Palermo, 2017, 89 ss.

⁸⁰ Cfr. D. MANTOVANI, *Declamare le Dodici Tavole: una parafrasi di XII Tab. V, 3 nella ‘declamatio minor’ 264*, in *Fundamina*, 20/2, 2014, 597 ss.

diritto⁸¹, da ascrivere alla loro evidente propedeuticità all’attività forense, e rispondono all’indicazione quintiliana, che raccomanda il ricorso a declamazioni prima di tutto utili e dunque portate a proporre casi poco fantasiosi⁸².

In ragione di ciò, ritengo che queste fonti, generalmente sottovalutate e scarsamente utilizzate negli studi dedicati alla disciplina del *depositum*⁸³, siano meritevoli di attenta considerazione e possano fornire indicazioni preziose.

9. La *declamatio minor* in tema di deposito per noi più interessante è la 245, l’unica in cui è fatta menzione di una sanzione in un multiplo⁸⁴: se ne riporta di seguito il *thema*⁸⁵, preceduto dal titolo⁸⁶, quindi si darà conto

⁸¹ Nelle *declamationes* minori quintiliane i tecnicismi giuridici sono utilizzati più frequentemente rispetto a quanto di norma avviene nelle declamazioni latine e i termini tendono a conservare il loro senso proprio: per un’analisi dettagliata di questa differenza anche rispetto alle declamazioni maggiori si v. L. PASETTI, *Le declamazioni*, cit., XXXI ss.

⁸² Quint. *inst. orat.* 2.10.4: *Sint ergo et ipsae materiae, quae fingentur, quam simillimae veritati, et declamatio, in quantum maxime potest, imitetur eas actiones, in quarum exercitationem reperta est.*

⁸³ Molta maggior attenzione, paradossalmente, è stata dedicata alle commedie di Plauto, rispetto alle quali i dubbi circa l’affidabilità sul piano giuridico dei dati ricavabili sono certamente più fondati: si v. a riguardo G. GANDOLFI, *Il deposito*, cit., 39 ss. Sull’impiego delle fonti extragiuridiche si v. per tutti R. ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*² (rist.), Torino, 2021, 325 s.

⁸⁴ Quelle dello Pseudo-Quintiliano sono le uniche *controversiae* in lingua latina dedicate al tema del deposito: cfr. B. SANTORELLI, *Il denaro negato. Casi di ‘infinitio depositi’ nelle Declamazioni minori*, in *Le Declamazioni minori dello Pseudo-Quintiliano. Discorsi immaginari tra letteratura e diritto*, a cura di A. Casamento, D. van Mal-Maeder, L. Pasetti, Berlin-Boston, 2016, 32, nt. 7.

⁸⁵ Per il testo latino ho adottato l’edizione proposta da B. SANTORELLI, *Le declamazioni*, cit., 4 ss., che, a partire da quella di Winterbottom del 1984 (*The Minor*, cit.), presenta alcuni cambiamenti, frutto di discussioni con lo stesso Winterbottom. Per le divergenze tra le due edizioni relative a *decl. min.* 245 si v. la tavola sinottica in appendice all’Introduzione.

⁸⁶ Il titolo del discorso, non tramandato dai codici, è stato integrato successivamente: cfr. M. Fab. *Quintilianian declamationes, quae ec CCCLXXXVIII supersunt, CXLV ex vetere exemplari restitutae; Calpurnii Flacci excerptae X Rhetorum minorum LI nunc primum editae;*

della struttura del discorso e della ricostruzione proposta, appuntando l'attenzione sui passaggi a mio avviso più significativi.

Depositi infitiatior

*Qui depositum infitiatius fuerit, quadruplum solvat. Qui filium luxuriosum relinquebat, pecuniam apud amicum deposuit et mandavit ut redderet emendato. Perit adulescens pecuniam * Ille quadruplum petit.*

Il breve testo narrativo (*thema*), che riepiloga la situazione conflittuale rispetto alla quale occorre prendere posizione al fine di pronunciare il discorso di parte, è il luogo dove viene enunciata la norma sulla base della quale dovranno essere valutati i fatti: ‘*Qui depositum infitiatius fuerit, quadruplum solvat*’.

In questo caso si assiste a un’amplificazione fittizia⁸⁷, per mezzo della quale la sanzione *in duplum* diventa *in quadruplum*, operazione peraltro tutt’altro che insolita in *controversiae* che, pur simulando arringhe giudiziarie, tendevano a conservare «lo sfasamento di piani fra la realtà del diritto vigente e la sua ombra letteraria»⁸⁸.

Segue il primo dei due *sermones*, destinati, nell’economia delle declamazioni minori, ad ospitare sintetiche spiegazioni del maestro di retorica⁸⁹: nel caso di specie viene suggerito a chi dovrà sostenere la difesa dell’amico/depositario l’adozione di un tono pacato ed esente da ostilità, funzionale a dimostrarne la buona fede e l’onestà.

Dialogus de oratoribus, sive de causis corruptae eloquentiae, ex bibliotheca P. Pitboei I.C., Lutetiae, 1580, Index.

⁸⁷ Cfr. T. WYCISK, ‘*Quidquid in foro fieri potest*’. *Studien zur römischen Recht bei Quintilian*, Berlin, 2008, 84 ss. Sulla funzione delle iperboli, «dare un punto di riferimento che, data una direzione, vi attiri la mente, per poi obbligarla a tornare un po’ indietro», cfr. C. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l’argumentation. La nouvelle rhétorique*, Paris, 1958, trad. it. *Trattato dell’argomentazione. La nuova retorica*, Torino, 2013, 314 ss.

⁸⁸ D. MANTOVANI, *Declamare*, cit., 599.

⁸⁹ Sulle funzioni del *sermo* cfr. J. DINGEL, *Untersuchungen*, cit., 12 s.; M. WINTERBOTTOM, *The Words of the Master*, in ‘*Eloquentiae itinera*’. *Declamazione e cultura letteraria a Roma in età imperiale*, a cura di A. Casamento, D. van Mal-Maeder, L. Pasetti, Napoli, 2018, 74.

1. ... videtur hic adulescens ... tamen asper exactor. Quoniam persona nobis proponitur amici, et amici hoc ipso de quo agitur probati. Nam ita facilius ostendemus omnia eum fecisse adulescentis ipsius causa, si ne reus quidem usquam ad odium compellitur.

Tanto il *thema* quanto il primo *sermo* presentano lacune, ma facendo leva sulle due brevi *declamationes* pervenuteci è stato ipotizzato l'andamento della vicenda.

Un tale, in punto di morte, conscio della dissolutezza del figlio, mosso dalla necessità di salvaguardare il patrimonio, lascia il suo denaro in deposito presso un amico fidato, dando istruzione di restituirlo al giovane una volta che questi si fosse ravveduto.

Il depositario sarebbe stato citato in giudizio dal figlio del deponente, e assolto dopo aver negato di aver ricevuto il denaro⁹⁰; una volta constatata la buona condotta del giovane, l'amico del padre avrebbe offerto spontaneamente quanto depositato presso di lui⁹¹. A questo punto il figlio avrebbe preteso il risarcimento nel multiplo per l'*infitiatio* ormai palese.

Le *Minores*, pur essendo testi collocabili intorno alla fine del I secolo d.C., hanno in più di un'occasione scelto quale punto di riferimento normativo la legislazione decemvirale⁹², e non è dunque inverosimile

⁹⁰ Nonostante la definizione imprecisa e troppo generica proposta dal declamatore (§ 2, '*Infitari est depositum nolle solvere*'), l'*infitiatio* (cfr. J. PAOLI, '*Lis infitindo*', cit., 3 ss.; F. BONIFACIO, voce '*Infitiatio*', in *Noviss. dig. it.*, 8, Torino, 1962, 655 s.) è intesa poi correttamente come 'negazione di aver ricevuto il deposito', come si evince dallo svolgimento della *declamatio*: si v. in questo senso il § 5 ('*Si voluisset confiteri habere se pecuniam*') e il § 6 ('*Quare tamen negare maluit quam hoc iure uti?*'), che mostrano come il depositario abbia negato al giovane di aver ricevuto il denaro anziché appellarsi alle disposizioni paterne che ne impedivano la restituzione.

⁹¹ Cfr. D.R. SHACKLETON-BAILEY, [*Quintilian*], *The Lesser Declamations*, I, Cambridge-London, 2006, 12 s.; secondo la ricostruzione proposta da C. RITTER (*M. Fabii Quintiliani Declamationes quae supersunt CXLV*, Lipsiae, 1884, 3) l'amico avrebbe offerto al giovane solo una parte del lascito paterno, promettendogli la restituzione del resto a patto che si mantenesse fedele alla nuova condotta di vita intrapresa.

⁹² Cfr. D. MANTOVANI, *Declamare*, cit., 603 s., che mostra come non solo in *decl. min.* 264 ma anche in *decl. min.* 308 la *lex declamationis* sia formulata imitando le XII Tavole.

immaginare che anche in questa occasione la vicenda sia stata costruita pensando all’azione penale tramandataci dalla *Collatio*.

Quel che appare evidente è il fatto che si tratti di un caso che possiede tutte le caratteristiche che ho ipotizzato rientrassero nell’ambito di applicazione dell’*actio in duplum ex causa depositi* prevista nelle XII Tavole⁹³: una situazione di necessità che suggerisce di rivolgersi ad un amico fidato – il tema dell’*amicitia* ricorre insistentemente lungo l’intero impianto declamatorio – e la forte riprovazione nei confronti della rottura della *fides*, che si auspica venga punita severamente.

In questo senso, è interessante il secondo *sermo* inserito nella struttura del discorso:

4. ... *Qui quadruplum ab infitiatore petit, illa dicere solet: ‘Oportet poenam esse avaritiae et adifici supplicio cupiditates; neque enim aliter fides constare potuerit apud homines nisi metu contineantur. Depositum [hoc] eo magis vindicandum est quod fere secreta sunt citra probationem’. Non potest omnino in hoc arguere avaritiam.*

Le argomentazioni di carattere etico proposte dal maestro⁹⁴ sono infatti sostenute da un linguaggio che evoca, per scelta dei termini e

Secondo l’autore, l’attestato utilizzo della legislazione decemvirale nelle scuole di retorica del I secolo d.C. ne ribadisce il ruolo centrale rivestito nella coscienza collettiva, già ben esplicitato da Cicerone (Cic. *de leg.* 2.59): cfr. in proposito E. ROMANO, ‘*Effigies antiquitatis? Per una storia della persistenza delle Dodici Tavole nella cultura romana*, in *Le Dodici Tavole*, cit., 451 ss.

⁹³ Cfr. *supra*, § 6.

⁹⁴ Il secondo *sermo* comincia richiamando una *divisio* bipartita tra *ius* e *aequitas* (§ 4: ‘*Haec circa ius, illa circa aequitatem*’): si tratta di uno schema argomentativo consolidato nelle *Minores* (presente anche in 250.8; 309.11; 340.10) sul quale cfr. S.F. BONNER, *Roman Declamation in The Late Republic and Early Empire*, Liverpool, 1949, 46 ss.; N. CORNU THÉNARD, *Les fondements persuasifs du recours à l’équité. Une confrontation entre Quintilien et les écoles de déclamation*, in *Testi e problemi*, cit., 387 ss. Sull’applicazione del *ius* in giudizio attraverso l’*aequitas*, ricorrente nella prospettiva controversiale dei declamatori, si v. le recenti considerazioni di G. RIZZELLI, *L’ ‘aequitas’ a Sofistopoli. Note sull’ ‘aequitas’ nell’antologia di Seneca Padre*, in *RDR*, 22, 2022, 9 ss. Da segnalare come tra gli argomenti giuridici poco sopra trattati dal declamatore vi sia un opportuno richiamo, in relazione alla nuova pretesa del giovane, al principio ‘*bis de eadem re ne sit actio*’.

tenore lessicale, il *crimen perfidiae* del depositario di D. 16.3.1.4 che, come abbiamo visto, aveva a sua volta un addentellato in epoca decemvirale⁹⁵.

Qualche considerazione, pur senza la pretesa di giungere a conclusioni certe, si può fare anche in relazione all’irrisolto problema, posto da I. 4.6.26, del rapporto intercorrente tra sanzione *in duplum* e *infitiatio*.

La questione è intricata anche nella *controversia* quintiliana, che pone più di un dubbio interpretativo, specie in relazione alle parti in cui a parlare è il declamatore, le quali, essendo destinate ad essere memorizzate ed imitate, presentano una forma più vicina agli standard della prosa letteraria e difettano di precisione dal punto di vista del diritto⁹⁶.

⁹⁵ Cfr. *supra*, § 3, ntt. 16 e 17; § 6, nt. 60. In questo senso presenta caratteri analoghi anche un’altra *declamatio minor* che tratta di deposito, Ps. Quint. *decl. min.* 269, di cui si riporta il *thema*: *Depositum sit actio. Pauper et dives amici erant, pauperi duo filii adulescentes. Cum tyrannus esse coepisset in civitate, dives facta auctione discessit. Rumor erat pecuniam apud pauperem esse depositam. Tyrannus accersit pauperem; torsit ipsum, torsit et filios eius. Cum ille pernegaret penes se esse, dimissus est. Postea tyrannus occisus est. Redit dives. Petit pecuniam, quam se deposuisse apud pauperem dicit, et duos servos, quos solos exilii comites habuerat, in quaestione pollicetur*. Un ricco, temendo la prepotenza di un tiranno giunto in città, vende tutti i suoi beni e parte, non prima, si vocifera, di aver depositato il denaro ricavato presso un amico povero, affinché questi glielo custodisca. Il tiranno, sentita la notizia, tortura il povero e i suoi figli adolescenti per farsi consegnare il denaro, ma i tre negano di aver ricevuto il deposito; alla morte del tiranno il ricco torna in città e reclama a sua volta quanto depositato, ma il povero insiste nel negare. La declamazione, che riveste in realtà interesse soprattutto in relazione al *locus de tormentis* e alla questione dell’applicabilità della tortura come strumento di acquisizione della prova processuale nonché dell’attendibilità di una deposizione estorta con questi mezzi (cfr. a riguardo T. ZINSMAIER, *Truth by Force? Torture as Evidence in Ancient Rhetoric and Roman Law*, in *Law and Ethics in Greek and Roman Declamation*, a cura di E. Amato, F. Citti, B. Huelsenbeck, Berlin, 2015, 203 ss.), mostra tuttavia come il declamatore associ nuovamente al deposito una situazione di grave pericolo (cfr. sul punto B. SANTORELLI, *Il denaro negato*, cit., 36 s.; L. D’AMATI, *Depositum sit actio? Ps. Quint. decl. min. 269*, in *TSDP*, 10, 2017, 6) e la figura dell’amico, sul quale fa affidamento il deponente in difficoltà e che finisce per tradire odiosamente.

⁹⁶ Cfr. *supra*, nt. 90. Sul rapporto tra *sermo* e *declamatio* nelle *Minores* si v. L. PASETTI, *Le declamazioni*, cit., XIX, ed ivi ulteriore bibliografia.

Ciò che sembra potersi affermare è il fatto che nel testo quintiliano è il pagamento della pena venga ricondotto all’*infinitio* – come ribadito anche in capo alla sezione del discorso in cui il declamatore sceglie di far parlare il *patronus* del depositario/amico (§ 2: ‘*Depositum qui infinitatus fuerit, quadruplum solvat*’) –, che viene intesa come negazione di aver ricevuto il deposito del denaro⁹⁷: tale applicazione della sanzione sarebbe compatibile con il dettato di I. 4.6.26 e con l’opinione di chi nel controverso passo giustiniano non ravvisa una svista dei compilatori e non vede neppure un’innovazione della disciplina del deposito necessario⁹⁸.

10. Giunti a questo punto è opportuno provare a tirare le fila del discorso. Le fonti più significative in cui si parla di responsabilità *in duplum* da deposito sono tre:

Coll. 7.10.11 = Paul. Sent. 2.12.11: *Ex causa depositi lege duodecim tabularum in duplum actio datur, edicto praetoris in simplum.*

Ulp. 30 *ad ed. D.* 16.3.1.1: *Praetor ait: «Quod neque tumultus neque incendii neque ruinae neque naufragii causa depositum sit, in simplum, earum autem rerum, quae supra comprehensae sunt, in ipsum in duplum, in heredem eius, quod dolo malo eius factum esse dicetur qui mortuus sit, in simplum, quod ipsius, in duplum iudicium dabo».*

⁹⁷ Cfr. *supra*, nt. 90. Si aggiunga in proposito che anche nelle altre *Minores* quintiliane in cui si tratta incidentalmente di deposito (269, su cui *supra*, nt. 95; 312; 353), il depositario nega di aver ricevuto quanto reclamato dal deponente.

⁹⁸ Cfr. *supra*, nt. 71. Se va rilevato che M. TALAMANCA (*Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 550) ipotizzava che l’*actio in factum* per il deposito necessario fosse, alla stessa stregua dell’*actio ex lege Aquilia*, un’azione mista da assimilare a quelle ‘*in quibus adversus infinitantem in duplum agimus*’, e che nella dottrina più risalente circolava l’opinione che l’editto pretorio (si v. gli autori citati in F. GLÜCK, *Commentario*, cit., 358, nt. 70), e ancor prima l’*actio decemvirale* (*supra*, nt. 65), intendessero colpire con la pena del doppio solo l’*infinitator*, giova ribadire che tanto dal testo della clausola edittale quanto dal passo delle *Sententiae* di Paolo l’azione sembrerebbe nascere sempre, sin *ab initio*, in *duplum*.

I. 4.6.26: *Sed furti quidem nec manifesti actio, et servi corrupti, a ceteris de quibus simul locuti sumus eo differt quod hae actiones omnimodo dupli sunt: at illae, id est damni iniuriae ex lege Aquilia et interdum depositi, infitiatione duplicantur, in confitentem autem in simplum dantur...*

Intorno a questi testi si è sviluppato tra gli studiosi un dibattito, ancora aperto, in ordine alla natura ed ai contorni dell'azione decemvirale, al suo rapporto con l'*actio in factum in duplum* concessa dal pretore per i depositi '*tumultus, incendii, ruinae naufragii causa*' e alla incompatibilità tra il passo giustiniano, che limita l'applicazione dell'azione nel doppio al caso in cui il depositario avesse negato di aver ricevuto la cosa, e il testo della clausola edittale che, per le fattispecie elencate di deposito necessario, prevede la sanzione senza alcuna limitazione.

Se è indiscusso il fatto che il frammento del Digesto e il brano delle Istituzioni giustinianee si riferissero a casi di deposito necessario, lo stesso non può dirsi per l'*actio ex depositi in duplum* introdotta dalle XII Tavole, che anzi, secondo l'opinione oggi prevalente in letteratura, avrebbe riguardato ogni tipo di deposito.

Riguardo a quest'ultima questione ho formulato una proposta ricostruttiva alternativa, frutto del tentativo di coniugare i pochi dati testuali con il contesto storico di riferimento, guardando anche al periodo arcaico, del quale la norma decemvirale è il punto di emersione: ho ipotizzato dunque che l'*actio ex causa depositi in duplum* fosse un'azione penale, autonoma e distinta dall'*actio furti*, che avesse influenzato l'intervento pretorio e la formulazione della clausola edittale, che avesse un ambito di applicazione più circoscritto, legato a situazioni di pericolo o di necessità, non necessariamente coincidenti con le circostanze tipiche individuate dall'editto, ma certamente distinte da quelle che avrebbero integrato un deposito effettuato *ex voluntate*, e che fosse rivolta a sanzionare l'infedeltà particolarmente odiosa del depositario che avesse tradito l'amicizia e la fiducia riposte in lui dal deponente.

Ancora più intricata è la vicenda relativa al significato da attribuire all'accostamento in I. 4.6.26 tra responsabilità *in duplum* e *infitiatio*.

Gli studiosi si dividono tra coloro che attribuiscono il dettato giustiniano a una svista dei compilatori, coloro che pensano ad un’innovazione della disciplina voluta da Giustiniano e quanti respingono entrambe le proposte, finendo dunque implicitamente, o esplicitamente come nel caso della letteratura più risalente, per ipotizzare che anche in precedenza la sanzione nel doppio fosse diretta soltanto ‘*adversus infitiantem*’.

Sebbene riguardo a ciascuna di queste tre teorie sussistano elementi di criticità e non sia dunque possibile giungere a soluzioni definitive, qualche spunto di riflessione può essere validamente tratto guardando alle *Minores* quintilianee in tema di deposito.

In particolare, *decl. min.* 245 associa l’azione per l’irrogazione di una pena nel multiplo al contegno del depositario che nega di aver ricevuto il deposito e, per il linguaggio e gli argomenti utilizzati, alla luce dell’attenzione prestata da questi testi retorici alla legislazione decemvirale, può fornire indicazioni interessanti anche in merito alla questione relativa al contesto entro il quale ha avuto origine la sanzione più severa per il depositario.

Pur con la cautela imposta dalla natura particolare delle testimonianze, credo tuttavia che si possa giustificare l’inserimento di queste fonti tra quelle pertinenti e da mettere a frutto nel tentativo di ricostruire le vicende della responsabilità aggravata da deposito.

ABSTRACT

Con il presente contributo si intendono proporre, anche attraverso gli interessanti spunti di riflessione forniti dalla lettura di una *declamatio minor* di Quintiliano (*decl. min.* 254), alcune considerazioni su uno specifico e molto dibattuto aspetto relativo al *depositum*, rispetto al quale la componente ‘fiduciaria’ assume peculiari coloriture: oggetto di approfondimento è l’ambito, non scevro da zone d’ombra, nel quale la tutela per la mancata restituzione della *res* è rappresentata da un’*actio in duplum*, rimedio riparatorio connotato da un accentuato profilo sanzionatorio. In particolare, ci si sofferma sull’esame dei testi nei quali

è fatta esplicita menzione di una sanzione nel doppio (Coll. 7.10.11 = Paul. Sent. 2.12.11; Ulp. 30 *ad ed.* D. 16.3.1.1; I. 4.6.26), avanzando l'ipotesi che anche in epoca decemvirale la punizione più severa del depositario fosse da collegare a depositi effettuati in situazioni di pericolo o di necessità.

With the present contribution we intend to propose, also through the interesting insights provided by the reading of a *declamatio minor* by Quintilian (*decl. min.* 254), some considerations on a specific and much debated aspect relating to the *depositum*, as regards to which the trust component takes characteristic aspects: the subject of our deep analysis is the scope, not free from gray areas, in which the protection for the failure to return the *res* is represented by an *actio in duplum*, a remedial remedy marked by an accentuated disciplinary profile. In particular, we focus on the examination of the texts in which explicit mention is made of a double penalty (Coll. 7.10.11 = Paul. Sent. 2.12.11; Ulp. 30 *ad ed.* D. 16.3.1.1; I. 4.6.26), advancing the hypothesis that even in the decemviral era the most severe punishment of the depositary was to be connected to deposits made in situations of danger or necessity.

PAROLE CHIAVE

depositum, duplum, pericolo, necessità

depositum, duplum, danger, necessity

STEFANO LIVA

Email: stefano.liva@unibs.it

