

A margine di Gai. 3.205: brevi note su *utilitas contrahentium* e prassi

Carlo Pelloso

(Università degli Studi di Padova)

Sommario: 1. La *custodia* e l'*utilitas contrahentium*. - 2. La responsabilità del prestatore d'opera nel secondo secolo d.C. - 3. La responsabilità oggettiva del *conductor operis*: il '*praestare custodiam*' come criterio fisiologico. - 4. Influenze della prassi sull'ascrizione oggettiva al *conductor operis* della responsabilità contrattuale? - 5. Qualche conclusione su *utilitas contrahentium* e tipo contrattuale in concreto

1. La '*custodia*' e l'*'utilitas contrahentium*'

Il sostantivo *custodia* nelle fonti romane, tanto letterarie quanto giuridiche, si rinviene in plurime accezioni¹, fra le quali quella che secondo la *communis opinio* (e, almeno sino alla metà del ventesimo secolo, incontrastata) è da ritenersi 'tecnica', ovverosia tesa a denotare, per l'età classica, un tipico criterio di imputazione della responsabilità debitoria contrattuale².

¹ Nel significato di 'attività materiale di vigilanza', 'guardia', 'protezione': Plaut. *Merc.* 233, *Capt.* 457, *Most.* 406, *Rud.* 625, 696; Apul. 2.22, 7.13, 9.1, 9.17, 10.14; D. 7.1.73; D. 41.2.51; D. 47.2.52.12; Gai. 1.104; nel significato di 'potere su cose e/o persone': D. 41.1.3.2; D. 41.2.3.13; D. 41.2.3.23; D. 36.4.5 pr.; C. 12.57.1; C. 9.4.2 pr.; Gai. 2.67. Per il verbo *custodire*, cfr. C. 5.3.20.7 (uso metaforico indicativo dell'osservanza); nonché il celebre D. 16.3.1 pr. (in tema di deposito). Sulla bipartizione semantica tra *custodia*-attività e *custodia*-responsabilità, cfr. J. ROSENTHAL, '*Custodia*' und *Aktivlegitimation* zur '*actio furti*', in *ZSS*, 68, 1951, 217 ss.; A. METRO, *L'obbligazione di custodire nel diritto romano*, Milano, 1966; G.C.J.J. VAN DEN BERGH, '*Custodiam Praestare*': '*Custodia*'-Liability or *Liability for Failing 'Custodia'*?, in *RH*, 43, 1975, 59 ss.

² Cfr., entro una letteratura italiana e straniera immensa, in *primis*, J. BARON, '*Diligentia exactissima*', '*diligentissimus paterfamilias*', oder die *Haftung für 'custodia*', in *AcP*, 1869, 44 ss.; ID., *Die Haftung bis zur höheren Gewalt*, in *AcP*, 1892, 203 ss. (che ha tentato di superare il modello jheringhiano «kein Übel ohne Schuld», attribuendo alla *custodia* valenza soggettiva); A. DE MEDIO, *Studi sulla 'culpa lata' in diritto romano*, in *BIDR*, 17-18, 1905-1906, 5 ss., 106 ss.; ID., *Caso fortuito e forza maggiore in diritto romano*, in *BIDR*, 20, 1908, 157 (che ha espunto dal sistema classico la *culpa lata*); 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); J. KUNKEL, '*Diligentia*', in *ZSS*, 45, 1925, 266 ss. (che ha ridotto la *culpa* non ad assenza di diligenza, ma a nesso tra fatto colpevole ed evento); v., inoltre, F. HAYMANN, *Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht*, in *ZSS*, 40, 1919, 167 ss.; V. ARANGIO-

Nella Roma del principato, infatti, il giudizio di responsabilità prevede, in conformità alla logica, certamente non tardo-antica, dell'*utilitas contrahentium*³, differenziati criteri di imputazione dell'inadempimento varianti da contratto a contratto. Si opta per il parametro meno rigoroso per il debitore (*dolus*), se questi

RUIZ, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*², Napoli, 1935 (rist. 1958), 62 ss.; G. MARTON, *Un essai de reconstruction du développement probable du système classique romain de la responsabilité civile*, in *Mélanges F. De Visscher*, vol. II, Paris, 1949, 177 ss.; ID., *Rinascita della dottrina classica della responsabilità per custodia*, in *Iura*, 6, 1956, 124 ss.; G.I. LUZZATTO, *Caso fortuito e forza maggiore come limite alla responsabilità contrattuale*, vol. I, *La responsabilità per custodia*, Milano, 1938; ID., *Spunti critici in tema di responsabilità contrattuale*, in *BIDR*, 63, 1960, 47 ss.; ID., voce *Custodia (diritto romano)*, in *Noviss. dig. it.*, vol. V, Torino, 1960, 96 ss.; M. TALAMANCA, voce '*Custodia (diritto romano)*', in *ED*, vol. XI, Milano, 1962, 562 ss.; METRO, *L'obbligazione di custodire* cit., 1 ss. e 91 ss.; F.M. DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale nel diritto romano dalle origini a tutta l'età postclassica*, Bari, 1994; per una esaustiva rassegna bibliografica, cfr. M. SERRANO-VICENTE, '*Custodiam praestare*'. *La prestación de custodia en el derecho romano*, Sevilla, 2006, 61 ss. Cfr., *amplius*, C. PELLOSO, *L'obbligo di custodia*, in *Trattato delle obbligazioni* diretto da M. Talamanca e L. Garofalo, vol. I.2, Padova, 2014, 645 ss.: la concezione della custodia emergente, *in primis*, dal codice napoleonico (che lega, appunto, a tale concezione il dovere di diligenza), nonché dal codice italiano, tanto del 1865 quanto del 1942 (che isola sì la custodia dalla diligenza, ma la connota in termini di obbligazione), non trova un diretto antecedente nelle costruzioni della *iurisprudencia* romana classica.

³ «Ridimensionato da tempo l'apporto della critica interpolazionistica, sono ben pochi i risultati che, maturati nel suo ambito, attualmente conservano valore; si può quindi predicare con verisimile sicurezza che il criterio dell'*utilitas* appartiene pienamente al patrimonio concettuale della giurisprudenza classica che lo applicò con consapevolezza e larghezza di visione e non fu principio che si affermò nella stagione posteriore del diritto postclassico-giustiniano. Non solo, ma se, come è stato fatto, si decidesse di valorizzare alcune indirette testimonianze, si potrebbe ulteriormente affermare che si tratta di un criterio già conosciuto, anche se con probabilità non ancora in forme compiute, da giuristi della tarda Repubblica e del primo Principato, come Quinto Mucio Scevola, Alfeno e Sabino. Di converso, l'*utilitas contrahentium* sembrerebbe trovare una posizione del tutto marginale nel pensiero dei compilatori giustiniani, essendo ricordata nelle Istituzioni imperiali in un solo passaggio e in modo del tutto incidentale» (G. SANTUCCI, *Diritto romano e diritti europei. Continuità e discontinuità nelle figure giuridiche*², Bologna, 2018, 79 s.). 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 (S. TAFARO, *Debito e responsabilità. Profili romanistici*, Bari, 2000, 69 ss.); cfr., in materia, H. ANKUM, *La responsabilità contrattuale nel diritto romano classico e nel diritto giustiniano*, in *Diritto romano e terzo millennio. Radici e prospettive dell'esperienza giuridica contemporanea. Relazioni del convegno internazionale di diritto romano. Copanello, 3-7 giugno 2000* (a cura di F. MILAZZO), Napoli, 2004, 141 ss.; R. CARDILLI, *L'obbligazione di 'praestare' e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. a.C. - II sec. d.C.)*, Milano, 1995, 505 ss.; L. GAROFALO, *Gratuità e responsabilità contrattuale*, in *TSDP*, 5, 2012, 67 ss.; M. NAVARRA, '*Utilitas contrahentium*' e *sinallagma*, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano* (a cura di L. GAROFALO), vol. II, Padova, 2007, 225 ss.; EAD., *Note in tema di 'utilitas': Modestino e Coll. 10.2*, in *Labeo*, 50, 2004, 84 ss.; G. SANTUCCI, '*Utilitas contrahentium*'. *Note minime su una 'regula' che 'cacciata dalla porta rientrò dalla finestra'*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, vol. III, Napoli, 2008, 283 ss.; S. TAFARO, '*Regula*' e '*ius antiquum*' in *D. 50.17.23. Ricerche sulla responsabilità contrattuale*, vol. I, Bari, 1984.

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 senso⁴.

Più esattamente, dunque, il sintagma '*praestare custodiam*' definisce 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 della responsabilità e non invece in quella che, esclusa la responsabilità, concerne il problema del 'rischio' e, quindi, della determinazione della parte

⁴ TAFARO, '*Regula*' e '*ius antiquum*' cit., 311: «il principio dell'utilità dei contraenti postulava proprio la necessità di graduare la responsabilità in corrispondenza della utilità contrattuale», traducendosi «nella maggiorazione di responsabilità ove vi fosse stato l'utile del solo debitore, nella individuazione del criterio della *culpa* dove vi fosse stata reciprocità di utilità e nella attenuazione della responsabilità, limitata al dolo, dove il vantaggio economico fosse stato del solo creditore». Ergo, avendosi a paradigma il comportamento del depositario e del comodatario che, a causa del perimento della cosa, non la possano restituire, esso è da valutare, come regola generale, alla stregua rispettivamente del *dolus* e della *custodia* (essendo entrambi i contratti essenzialmente gratuiti), laddove, quanto al contegno del compratore e del venditore che non eseguano quanto dovuto *ex contractu*, sempre di regola, rispondono a titolo di colpa: cfr., per tutti, TALAMANCA, voce '*Custodia*' cit., 562 s.; ID., voce *Colpa. Colpa civile (diritto romano e intermedio)*, in *ED*, vol. VII, Milano, 1960, 519 ss.; ID., voce *Vendita (diritto romano)*, in *ED*, vol. 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 contrahentium*, tale per cui solo in forza di precisi correttivi empirici sarebbe possibile scalfire la natura monolitica del giudizio di responsabilità (incapace, in punto di principio, di differenziare tanto la responsabilità del depositario 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 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*, vol. II, Napoli, 2006, 375 ss.

contrattuale su cui addossare la perdita economica conseguente la sopravvenuta impossibilità)⁵. E ciò «indipendentemente dalla ricerca di un nesso causale fra il comportamento del debitore e l'evento, e, *a fortiori*, fra la qualificazione psichica di tale comportamento e l'evento, in funzione di una valutazione tipica della possibilità del debitore di evitare l'accadimento», sicché «i limiti della responsabilità per custodia vanno ... cercati nella determinazione degli eventi per cui il debitore è chiamato a rispondere»⁶ (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)⁷.

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 responsabilità), il '*praestare custodiam*'

⁵ Cfr., paradigmaticamente, DE MEDIO, *Caso fortuito* cit., 157 ss. Numerosi sono stati i tentativi di critica *destruens*, tesi a dimostrare che, per diritto classico, *custodiam praestare* si riferisse, in modo diretto o indiretto, a una condotta umana assurgente a una «prestazione precisa» e denotasse una «obbligazione di risultato» (C.A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano [materiali per un corso di diritto romano]*, Catania, 1996, 69, 128 ss.; ID., *Ricerche sulla responsabilità contrattuale nel diritto romano*, vol. I, Milano, 1966, 24 ss.; VAN DEN BERGH, '*Custodiam Praestare*' cit., 59 ss.; G. MACCORMACK, '*Custodia*' and '*culpa*', in *ZSS*, 89, 1972, 149 ss.; ID., '*Culpa*', '*Custodia*' and '*Diligentia*'. *Criteria of Liability or Content of Obligation?*, in *Index*, 22, 1994, 189 ss.; P. VOCI, '*Diligentia*', '*custodia*', '*culpa*'. *I dati fondamentali*, in *SDHI*, 56, 1990, 29 ss., 62 ss.; R. FERCIA, *Dovere di diligenza e 'rischi funzionali'*, Napoli, 2005, 13 ss.; P. DU PLESSIS, *Letting and Hiring in Roman Legal Thought: 27 BCE–284*, Leiden, 2012, 59 ss.; v., anche, P. CORNIOLEY, *Due aspetti poco noti della 'custodia'*, in *Labeo*, 15, 1969, 201 ss.). L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, Padova, 2007, 27, suggerisce di leggere il caso di cui a D. 19.2.60.2 (v., *infra*, nt. 13) nel senso di un dovere di protezione a favore del *locator*, giacché il «fondamento di questa soluzione sta nel giudizio che taluno (il fullone), obbligandosi a svolgere una specifica attività economica dietro corrispettivo, risponde contrattualmente non soltanto per i danni provenienti dalla professionalità richiesta per l'operazione da eseguire sulle cose ricevute (i vestiti), ma anche per la custodia di queste in relazione a possibili furti a opera di terzi»; secondo lo studioso, anzi, «tale situazione si riscontra chiaramente in tutti i rapporti in cui viene in considerazione il *custodiam praestare*. Questa espressione sta a significare che il debitore è tenuto a salvaguardare la cosa del creditore, cioè è tenuto a porre in essere le misure idonee ad evitare che essa vada perduta o subisca danni per effetto di attività che provengano da terzi». Invero, quanto già sopra precisato circa il valore della locuzione *custodiam praestare* rende difficile accogliere la soluzione proposta dal civilista (e ampliata, più recentemente, da L. MANNA, *Buona fede e doveri di protezione: tutele processuali*, in '*Actio in rem*' e '*actio in personam*'. In ricordo di M. Talamanca [a cura di L. GAROFALO], vol. II, Padova, 2011, 279 ss., la quale, tra l'altro, propende esplicitamente per la qualifica in termini di 'dovere di protezione' della *custodia* di cui a Gai. 3.203-207, D. 4.9.5 pr., D. 19.2.9.5).

⁶ Cfr. TALAMANCA, voce '*Custodia*' cit., 562.

⁷ Cfr. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale* cit., 77.

– ci si vuole interrogare nel presente contributo – si atteggia a criterio oggettivo di imputazione dell'inadempimento⁸ da concepirsi in termini di *essentiale negotii* che,

⁸ Contro l'orientamento che intende 'sogettivizzare' già per l'età classica il criterio di imputazione della *custodia* (cfr., *supra*, nt. 5), anzitutto va notato che 'praestare' è verbo con una polisemia particolarmente accentuata (cfr. G. GROSSO, *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione. Obbligazioni alternative e generiche*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; ID., *L'obligation de praestare' et la responsabilité contractuelle en droit romain*, in *RIDA*, 43, 1996, 81 ss.; SERRANO-VICENTE, 'Custodiam praestare' cit., 49 ss.; CANNATA, *Sul problema della responsabilità* cit., 124 ss.), tale per cui nulla esclude che esso possa essere impiegato per individuare un contegno umano suscettibile di assurgere anche a 'prestazione dovuta' *ex obligatione*; del pari è indiscutibile che *custodia* sia sostantivo idoneo a indicare un potere o una attività umani (cfr. METRO, *L'obbligazione di custodire* cit., 27 ss.). Tuttavia, se, circa i sintagmi costituiti dal verbo *praestare* in unione con l'accusativo (forse più di relazione che dell'oggetto) *dolum, culpam, custodiam*, è indubbio che anche le correnti di pensiero più 'eversive', almeno quanto ai primi due (*dolum praestare, culpam praestare*), concordano nel ritenere che essi «significhino rispondere per dolo e per colpa, o, se si vuole, a titolo di dolo e di colpa» (CANNATA, *Sul problema della responsabilità* cit., 69), e non 'porre in essere una prestazione di dolo e di colpa', allora non vedo perché, dato il particolare atteggiarsi del verbo *praestare* in contesti legati ai problemi di inadempimento e responsabilità, anche il nesso '*custodiam praestare*' non possa esser inteso nel senso di 'rispondere da parte del debitore nei limiti del singolo criterio di imputazione dell'inadempimento rilevante', ossia nei limiti della *custodia*. Questo sostantivo, indubbiamente, è un termine 'positivo', a differenza di dolo e di colpa (termini connotati, invece, anche moralmente in senso 'negativo'): ma ciò ben può spiegarsi in quanto, allorché la responsabilità sia oggettiva, è il solo costituirsi di una relazione materiale di detenzione (*custodia*), purché qualificata dall'*utilitas* prevalente *pro debitore*, che rende responsabile quest'ultimo nel caso di mancata restituzione della *res* altrui a seguito di certi accadimenti specificamente individuati (variabili da autore ad autore e da epoca a epoca). Già Labeone in D. 19.2.60.2 ascriveva oggettivamente il *periculum* di *amissio* al conduttore di *vestimenta polienda curandave* (prescindendo così dal considerare rilevante una valutazione sul modo di custodire, ossia di condurre l'attività custodiente). Si rammenti, di poi, che Gaio in alcuni famosi passi delle Istituzioni, contrapponendo il depositario al rammendatore e al lavandaio (conduttori d'opera), sottolinea come il primo – benché debba *custodire* una *res*: cfr. D. 16.3.1 pr.; D. 16.3.6 – *custodiam non praestat* ed è *obnoxius* (ossia 'fatto responsabile') solo se l'inadempimento è a lui imputabile a titolo di dolo (o, in altre parole, sottolinea che qui non è l'oggettivo fatto della impossibilità a restituire, innestatosi a valle della contrattuale *custodia*, a fondare l'obbligo risarcitorio), laddove i secondi – percepita la *merces* –, al pari del comodatario e del creditore pignoratorio, *custodiam praestant*. Ergo, in contesti specifici in cui è affrontato apertamente il tema della responsabilità, pare evidente che il sintagma '*praestare custodiam*' non è impiegabile come sinonimo del verbo *custodire* (ossia 'tenere presso di sé' e, talora, 'sorvegliare'), e al contempo che esso, pur basandosi sul rapporto di origine contrattuale che, esistente tra debitore-detentore e cosa altrui, va qualificato in termini di *custodia*, è espressione omogenea – seppur incontrovertibilmente antitetica – alla locuzione '*dolum praestare*' denotativa del concetto di 'responsabilità a titolo di dolo' (Gai. 3.205-207; D. 4.9.5 pr.: v. CARDILLI, *L'obbligazione di praestare*' cit., 486 ss.). Inoltre, a logica classica è ispirato il pensiero di Giuliano (D. 13.6.5.6; D. 19.2.41; D. 9.1.11.9) secondo cui, in opposizione a Marcello, sia il comodatario sia il depositario remunerati, benché aventi *custodia alicuius rei*, non sono legittimati all'*actio ex lege Aquilia* (mentre

anzitutto, addossa al conduttore impegnato contrattualmente a *opus facere* dietro corrispettivo⁹ l'ipotesi del 'furto non qualificato' della *res aliena* a lui *locata* dal committente?

2. La responsabilità del prestatore d'opera nel secondo secolo d.C.

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'ultimo¹⁰, con riguardo al secondo secolo d.C., vengono in rilievo alcuni celeberrimi paragrafi del manuale di Gaio tratti dal libro terzo¹¹.

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 all'azione penale di furto attribuita a talune figure di prestatori d'opera in ragione della loro responsabilità contrattuale¹². 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 infatti 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*

sono legittimati all'*actio furti*: cfr. D. 47.2.14.12, 16; D. 47.2.12 pr.; D. 47.2.91[90]), in quanto in caso di *damnum iniuria datum* (presupponente un *frangere* o un *rumpere*, ma non un totale *perire*: cfr. D. 50.6.19) non sono convenibili *ex contractu* (mentre, in caso di furto, sono convenibili *ex comodato* o *ex locato* in quanto responsabili a titolo di *custodia*).

⁹ T. MAYER-MALY, '*Locatio conductio*'. *Eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht*, Wien - München, 1956, 129 ss.; J.A.C. THOMAS, *The Nature of 'merces'*, in *Acta Juridica*, 1, 1958, 191 ss.; I. MOLNÁR, *Rechte und Pflichten der Subjekte der 'locatio conductio'*, in *Index*, 12, 1983-1984, 156 ss., 170 s.

¹⁰ Ciò attesta il tormentato D. 19.2.60.2, su cui cfr., in particolare, SERRANO-VICENTE, '*Custodiam praestare*' cit., 156 ss. e nt. 393 con ampia bibliografia (cui va aggiunto almeno MAYER-MALY, '*Locatio conductio*' cit., 208 s.); v., inoltre, D. 12.7.2, nonché D. 19.2.60.6, D. 19.2.60.9, e D. 47.2.91 pr.

¹¹ Gai. 3.203-207.

¹² Cfr. D. 47.2.12 pr., Ulp. 29 *ad Sab.*: *Itaque fullo, qui curanda poliendave vestimenta accepit, semper agit: praestare enim custodiam debet. Si autem solvendo non est, ad dominum actio redit: nam qui non habet quod perdat, eius periculo nihil est.*

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* – al netto dell'azione reipersecutoria 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 furto 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 furto actio competit, quia hoc casu ipsius interest rem salvam esse¹³.

Le cose, nella prassi, dovevano andare così: Tizio lasciava a Caio un bene da rammentare o da riparare; Caio subiva un furto (vuoi prima, vuoi dopo l'esecuzione dell'*opus*) e non restituiva a Tizio il bene; Tizio agiva contrattualmente contro l'inadempiente e solvibile Caio; Caio, condannato, a sua volta agiva per furto contro il ladro¹⁴. Nel paragrafo in questione Gaio non scrive espressamente che in

¹³ Gai. 3.205. Cfr., inoltre, I. 4.1.16; D. 13.6.5.15; D. 47.2.12 pr.; D. 47.2.14.16; D. 47.2.91[90]. Sul problema della legittimazione attiva all'*actio furti*, fondamentale è F.M. DE ROBERTIS, *La legittimazione attiva nell'actio furti II. La regola dell'interesse e i criteri a base della legittimazione*, in *Scritti varii di diritto romano*, vol. III, *Diritto penale*, Bari, 1987, 261 ss. e nt. 1, con sintesi delle diverse posizioni dottrinarie (originariamente in *AUBA*, 10, 1949); nonché J.U. WACKE, *Actiones suas praestare debet. Die Last zur Klagenabtretung an den Ersatzpflichtigen und dessen Eigentumserwerb - Römischrechtliche Grundlagen des Zessionsregresses nach §255 (1. Fall) BGB*, Berlin, 2010, 168 ss.; L. PARENTI, *Riflessioni su una decisione di Ulpiano riguardante l'actio furti a favore del 'fullo' ladro: D. 47.2.48.4 (Ulp. 42 'ad Sab.')*, in *Quaderni Lupiensi di Storia e Diritto*, 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. Sull'interpretazione di Gai. 3.205-206, anche e soprattutto con riguardo al problema dell'*utilitas*, cfr. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale* cit., 62 ss., 104 s.; D. NÖRR, *Die Entwicklung des Utilitätsgedankens im römischen Haftungsrecht*, in *ZSS*, 73, 1956, 65 ss.; E. BETTI, *Imputabilità dell'inadempimento dell'obbligazione in diritto romano*, Roma, 1958, 55 ss.; J. MICHEL, *Gratuité en droit romain. Etude d'histoire et d'ethnologie juridique*, Bruxelles, 1962, 327 ss.; ROBAYE, *L'obligation de garde* cit., 224, 265 ss.; CARDILLI, *L'obbligazione di 'praestare'* cit., 492 ss.; SERRANO-VICENTE, *'Custodiam praestare'* cit., 144; inoltre, cfr., *ex plurimis*, METRO, *L'obbligazione di custodire* cit., 96 ss. e 146 ss.; MACCORMACK, *'Custodia' and 'culpa'* cit., 160 ss.; DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale* cit., 329 ss.; VAN DEN BERGH, *'Custodiam praestare'* cit., 67; CANNATA, *Sul problema della responsabilità* cit., 70 s.; VOCI, *'Diligentia'* cit., 103 ss.

¹⁴ Non mi pare da seguire, sul punto, DU PLESSIS, *Letting and Hiring* cit., 62, che a commento di D. 19.2.60.2, *lav. 5 post. Lab. epit.* 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

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 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 a che la *res* sia *salva* –, ma anche che il conduttore è titolare di tale interesse e ciò perché il *dominus* in quanto locatore può, agendo *ex contractu*, ottenerne 'oggettivamente' la condanna al risarcimento del danno nei limiti del suo interesse all'esatto adempimento). 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 pignoratorio, 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, nihil minus creditoribus competit actio furti.*

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 *loctator* (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 con un'*actio furti*); inoltre puntualizzano come il giudice, in forza degli ampi poteri decisorii *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; infine il frammento menziona, per l'ipotesi della condanna del *fullo* con azione contrattuale, la cessione delle azioni (*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*). V., altresì, D. 47.2.91 pr., Iav. 9 post. *Lab. epit.* (*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 iudicaretur, 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*).

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 comodante¹⁵:

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.

3. La responsabilità oggettiva del '*conductor operis*': il '*praestare custodiam*' come criterio fisiologico.

Il prestatore d'opera non intellettuale come il lavandaio e il rammendatore, in forza del criterio della *utilitas contrahentium*, 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 sacrifici¹⁶. 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*, anche se – si rimarca esplicitamente – la mercede cui hanno diritto i *conductores* dell'*opus* dedotto in contratto (il trasporto, l'albergo, il parcheggio, l'opera manuale) non rappresenta il corrispettivo in danaro della correlata attività

¹⁵ 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 giustificato alla luce del principio della *utilitas contrahentium*): 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., inoltre, D. 47.2.14.3; D. 47.8.2.23; Coll. 10.2.6.

¹⁶ Cfr. D. 19.2.9.5, Ulp. 32 *ad ed.*: *Celsus etiam imperitiam culpa adnumerandam libro octavo digestorum scripsit: si quis vitulos pascendos vel sarcindum 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. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale* cit., 196 e nt. 1; BETTI, *Imputabilità dell'inadempimento* cit., 69 s. e 139 ss.; I. DE FALCO, *'Diligentiam praestare'. Ricerche sull'emersione dell'inadempimento colposo delle 'obligationes'*, Napoli, 1991, 81 ss.; per la genuinità, v. CANNATA, *Sul problema della responsabilità* cit., 56 ss.; CARDILLI, *L'obbligazione di 'praestare'* cit., 442 ss. Cfr., inoltre, D. 9.2.8.1; D. 19.2.13.6.

custodiente delle *res conductae* (o introdotte nella nave, nella stalla, nella locanda, o da pulire ovvero da rammendare)¹⁷, ma solo del *facere* principalmente dedotto in contratto¹⁸:

D. 4.9.5 pr., Gai. 5 ad ed. prov.: *Nauta et caupo et stabularius mercedem accipiunt non pro custodia, sed nauta ut traiciat vectores, caupo ut viatores manere in caupona patiat, stabularius ut permittat iumenta apud eum stabulari: et tamen custodiae nomine tenentur. nam et fullo et sarcinator non pro custodia, sed pro arte mercedem accipiunt, et tamen custodiae nomine ex locato tenentur*¹⁹.

¹⁷ Sulla qualificazione del trasporto marittimo, v., 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, 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, caupones, stabularii*, cfr. C. PELLOSO, *'Custodia', 'receptum' e responsabilità contrattuale*, in *Sem. Compl.*, 29, 2016, 281 ss.

¹⁸ Così, da ultima, persuasivamente anche GALEOTTI, *'Mare monstrum mare nostrum'* cit., 179.

¹⁹ Da questo passo – che non pare affatto in contraddizione con quelli delle istituzioni: cfr. F. PASTORI, *Il comodato nel diritto romano. Con contributi allo studio della responsabilità contrattuale*, Milano, 1954, 239 s., nt 10; CARDILLI, *L'obbligazione di 'praestare'* cit., 495; M.F. CURSI, *'Actio de recepto' e 'actio furti [damni] in factum adversus nautas, caupones, stabularios'*. Logiche differenziali di un sistema composito, in *Studi per G. Nicosia*, vol. I, Milano, 2007, 136, nt. 60 – non credo sia lecito trarre che né la *merces* sia da configurarsi come il corrispettivo per l'attività di *custodia* (da intendersi quale detenzione temporanea della *res*, come lo è, invece, in ipotesi di deposito oneroso: cfr., paradigmaticamente, D. 13.6.19; D. 19.2.40), né il suo versamento sia, data la consensualità del contratto, presupposto per l'insorgenza dell'obbligo di *opus facere* sulla *res conducta* (nonché di quello di restituirla) in capo al *fullo* e al *sarcinator*. Mi pare andare oltre lo scritto e il pensiero di Gaio CURSI, *'Actio de recepto'* 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 (obbligo accessorio), quanto alla prestazione di *facere* (obbligo principale): cosa che invece è esclusa dal tenore del commento all'editto provinciale. Del pari non mi convince 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* è intesa dal Gaio delle Istituzioni come corrispettivo della *custodia*, sia che D. 4.9.5 pr. è stato di necessità rimaneggiato dai post-classici, in quanto non connette 'sinallagmaticamente' la mercede e l'attività custodiente (come ritengono anche 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., e J. PARIS, *Responsabilité de la 'custodia' en droit romain*, Paris, 1926, 152, nonché, implicitamente, S. SOLAZZI, *Appunti di diritto romano marittimo. Le azioni contro il 'nauta'*, in *Riv. dir. nav.*, 1936, 113 ss.). Ad un contrasto tra i due passi 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'*.

Ciò detto – e sempre a mente della logica sottesa all'*utilitas contrahentium* – il richiamo a tale rigoroso criterio di imputazione della responsabilità del *conductor* non può che giustificarsi per l'assunta prevalenza – presupposta da Gaio – 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): ma come motivare tale prevalenza²⁰?

Secondo una prima scuola di pensiero, 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'adempire l'obbligazione e lo svolgere, grazie alla detenzione della *res aliena* da restituire, la propria attività di 'impresa'²¹. 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 alla mercede, sia il prestatore d'opera che conduce ed è tenuto a *facere* dietro corrispettivo prima che a *reddere* – ricava indubbiamente a proprio vantaggio un beneficio²².

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

²⁰ Non affronta in questi termini (cioè di *utilitas contrahentium*) il problema della responsabilità del *conductor* per mancata restituzione della *res aliena* DU PLESSIS, *Letting and Hiring* 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]).

²¹ Cfr., in questi termini, M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 597.

²² 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: D. 50.17.23, Ulp. 29 *ad Sab.* (*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 recipit*); Coll. 10.2.1-2, Mod. *diff. 2 s.t. de dep. et comm.* (*commodati iudicio conventus et culpam praestare cogitur [...] commodati enim contractu, quia utriusque contrahentis utilitas intervenit, utrumque praestatur: in depositi vero causa sola deponentis utilitas uertitur et ibi dolum tantum praestatur. 2. Sed in ceteris quoque partibus iuris ista regula custoditur; sic enim et in fiducia 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.

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'opera²³; 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'oggettivazione²⁴. Ma anche così ritenendo, perché il vantaggio della mercede da pagare (*pro conductore*) 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* (lavare / rammendare)?

4. Influenze della prassi sull'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

²³ Cfr. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale* cit., 104 s.; S. KORDASIEWICZ, '*Receptum Nautarum*' and '*Praestare Custodiam*' RFevisited, in RIDA, 58, 2011, 208. Né, del resto, onde comprendere appieno la più grave responsabilità del *conductor operis*, giova precisare (con CANNATA, *Sul problema della responsabilità* cit., 57; MANNA, *Buona fede* cit., 391 s.; ma v., altresì, DE ROBERTIS, '*Receptum nautarum*' cit., 96, nt. 3; CURSI, '*Actio de recepto*' cit., 136, nt. 60) che gli *artifices* rispondono, in epoca 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, di regola, paiono *custodiam praestare*, benché da D. 4.9.3.1 risulti chiaro come anche la responsabilità *ex locato* o *ex conducto* sia per *culpa*. Anche in questa prospettiva, infatti, non si vede perché – sempre alla luce dell'*utilitas contrahentium*, 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.

²⁴ Cfr., in tal senso, DU PLESSIS, *Letting and Hiring* cit., 60 (a mente di VAN DEN BERGH, '*Custodiam Praestare*' cit., 59 ss., 69; MACCORMACK, '*Custodia*' and '*culpa*' 160, 195; SERRANO-VICENTE, '*Custodiam praestare*' 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. *Id.*, *Letting and Hiring* cit., 63.

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 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 contrahentium* 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 'Istituzioni' 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 pignoratorio 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 capta*?), '*mercedem capiendō*', '*mercedem accipiunt*'²⁵.

A voler valorizzare questi due elementi, la responsabilità per *custodia* non inerebbe *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

²⁵ 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*'.

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)²⁶, non in forza di un *essentiale negoti*, ma solo a condizione che i conduttori che erano tenuti a *opus facere pro locatore* avessero già ricevuto la mercede oltre che la *res aliena*,

²⁶ 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 (D. 19.1.31 pr., Nerat. 3 *membr.*). 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 (D. 13.6.5.6, Ulp. 28 *ad ed.*; 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 rapta*: D. 19.2.41, Ulp. 5 *ad ed.*: *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. D. 13.6.19, Iul. 1 *dig.*: *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 D. 50.16.9, Ulp. 5 *ad ed.* (*Marcellus apud Iulianum notat verbo 'perisse' et scissum et fractum contineri et vi raptum*) – cfr. B. ALBANESE, *D. 13.6.19 e D. 19.2.41 nel quadro dei problemi della 'custodia'*, in *Studi in onore di G. Grosso*, vol. I, Torino, 1968, 79 ss., propenso a considerare insitiche le due interrogative e interpolato il pensiero di Marcello; v., inoltre, CANNATA, *Ricerche sulla responsabilità contrattuale* cit., 61 ss., a favore della autenticità delle motivazioni giulianee e marcelliane; METRO, *L'obbligazione di custodire* cit., 110, invece, considera autentico il solo pensiero di Giuliano; per ampia rassegna e discussione, da ultimo, cfr. SERRANO-VICENTE, *'Custodiam praestare'* cit., 223 ss. Pare a me che l'interpolazione dei due passi sia quanto mai evidente (sulla scorta delle persuasive note di ALBANESE, *D. 13.6.19 e D. 19.2.41* cit., 84, 87), ma che nella sostanza il pensiero di Giuliano e di Marcello ben possa essere ricostruito nel senso di un *ius controversum* che verte non sulle potenzialità della 'attività di custodia' (come, invece, risulta dalla sgrammaticata stesura imputabile ai compilatori), ma sull'elenco degli accadimenti ricomprendibili o meno tra quelli oggettivamente posti a carico del debitore, comodatario e depositario remunerato, che *custodiam praestat*. Indi, tra il secondo e il terzo secolo, si giunse addirittura a 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.

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

Come giustificare, del resto, 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 parte²⁷?

²⁷ Cfr. D. 19.2.40, Gai. 5 *ad ed. prov.*: *Qui mercedem accipit pro custodia alicuius rei, is huius periculum custodiae praestat*. Anche questo passo può, del resto, interpretarsi come prova che l'*accipere mercedem* è presupposto per la responsabilità a titolo di *custodia*, mentre 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, D. 13.6.5.2, Ulp. 28 *ad ed.* (... *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*); D. 4.9.3.1, Ulp. 14 *ad ed.* (... *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

5. Qualche conclusione su 'utilitas contrahentium' 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 *formulae*, più risalenti, in *factum conceptae*)²⁸; rapporti in cui il debitore detentore di cosa altrui si reputava traesse dal negozio esclusivo o prevalente interesse.

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.

²⁸ 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'*, vol. II cit., 115 ss.; ID., *La recezione nel 'ius civile' dei 'iudicia bonae fidei'. Questioni di metodo e di merito*, Napoli, 2015, 132 ss.; B. VERONESE, *Buona fede e duplicità delle tutele processuali nei contratti di deposito e comodato*, in *'Actio in rem' e 'actio in personam'*, vol. 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 permise alla giurisprudenza classica di estendere il rimedio anche alle ipotesi di deterioramento del *commodatum* (cfr. D. 16.3.1.16); la formula *in ius*, invece, risultava idonea, data l'*intentio incerta 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, SERRANO-VICENTE, *'Custodiam praestare'* cit., 259; cfr., inoltre, PASTORI, *Il comodato* cit., 140 ss.; G. SCHERILLO, voce *Comodato (diritto romano)*, in *ED*, vol. VII, Milano, 1960, 987; P. CERAMI, *Il comodato*, in *Derecho romano de obligaciones. Homenaje a J. L. Murga Gener* (a cura di J. PARICIO), Madrid, 1994, 312 (pubblicato anche come *Il comodato nella storia dell'esperienza giuridica: dal diritto classico ai diritti moderni*, in *AUPA*, 43, 1995); J. PARICIO, *'Formulae commodati'*, in *'Iuris vincula'. Studi in onore di M. Talamanca*, vol. VI, Napoli, 2000, 163 ss. Sulla non sicura idoneità dell'*actio commodati in ius* a sanzionare la mancata restituzione, v. PASTORI, *Il comodato* cit., 149, 304 (ma v., altresì, 349); ID., *Gaio e la responsabilità contrattuale*, in *Labeo*, 2, 1956, 298 ss.: tuttavia, a tale tesi si oppongono 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 restituat'*, 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*

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.*)²⁹, 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 solo sacrifici³⁰, 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 comodante³¹. Nel *depositum*, se il depositario di regola rispondeva per dolo, di

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* (a cura di E. ALBERTARIO), vol. II, *Studia sul diritto romano delle obbligazioni*, Milano, 1922, 7 ss.; METRO, *L'obbligazione di custodire cit.*, 135 s., nt. 122; G. GANDOLFI, *Il deposito nella problematica della giurisprudenza romana*, Milano, 1976, 77 ss.; C.M. TARDIVO, *Studi sul 'commodatum'*, in *AG*, 204, 1984, 248 s.; CERAMI, *Il comodato cit.*, 311 s.; VERONESE, *Buona fede e duplicità delle tutele processuali cit.*, 241 ss.; 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, PASTORI, *Il comodato cit.*, 257 ss.; v. anche 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 sostegno nelle fonti (v. SERRANO-VICENTE, *'Custodiam praestare'* cit., 210 s. e nt. 599, nonché CERAMI, *Il comodato cit.*, 325).

²⁹ Cfr. PELLOSO, *'Custodia'* cit., 263 ss.

³⁰ 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; in tema di *inspectio*, D. 13.6.10.1, D. 13.6.11, D. 13.6.12 pr., D. 19.5.17.2.

³¹ Si tratta del particolare e 'anomalo' caso di 'comodato nell'interesse del comodante': cfr. BETTI, *Imputabilità dell'inadempimento cit.*, 75 s., che, sulla scorta di D. 13.6.5.10, Ulp. 28 *ad ed. (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

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)³². Parimenti, nulla osta a ritenere che un *conductor*, detentore di cosa altrui in funzione dell'adempimento di un'obbligazione consistente in un *facere*, 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.³³.

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. D. 13.6.18 pr., Gai. 9 *ad ed. prov.*: *Haec ita, si dumtaxat accipientis gratia commodata sit res, at si utriusque, veluti si communem amicum ad cenam invitaverimus tuque eius rei curam suscepisses et ego tibi argentum commodaverim, scriptum quidem apud quosdam invenio, quasi dolum tantum praestare debeas: sed videndum est, ne et culpa praestanda sit, ut ita culpa fiat aestimatio, sicut in rebus pignori datis et dotalibus aestimari solet*. Il legislatore italiano ha dimostrato di allontanarsi dalla semplice eleganza costruttiva dei *prudentes*, posto che negli artt. 1803-1812 cod. civ. (da leggersi in una con la disciplina generale ex artt. 1218 ss. cod. civ.) non sembra esservi formale indizio di qualche diversificazione del regime della responsabilità del comodatario in ragione dell'*utilitas contrahentium* (ma v., per una recente rivalutazione e generalizzazione dell'art. 1710 e dell'art. 1768, comma 2, cod. civ., che – in tema di mandato e deposito gratuiti – enunciano il principio per cui la responsabilità della parte tenuta alla prestazione senza corrispettivo va valutata con 'minor rigore', 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 dall'esecuzione della stessa, v. 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, vol. II, Milano, 2006, 120 ss.

³² 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.

³³ Cfr., paradigmaticamente, D. 19.2.13.6, D. 19.2.25.8, D. 47.2.12 pr. in tema di *fullo* (lavandaio); D. 19.2.60.6 e D. 19.2.60.9, nonché C. 4.65.1 e C. 4.65.4, in tema di *horrearius* (depositario in magazzini); per il depositario *qui mercedem accipit pro custodia*, cfr. D. 16.3.1.8, nonché D. 19.2.40.

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 contratto³⁴. 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, 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.

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*³⁵. Ora era il tipo contrattuale in astratto che predicava la responsabilità

³⁴ Così, invece, CURSI, '*Actio de recepto*' cit., 136, nt. 60, 137; v., inoltre, CANNATA, *Sul problema della responsabilità* cit., 72 (che discorre di rischi che l'attività di custodia è destinata a evitare). In tal senso, cfr., altresì, DU PLESSIS, *Letting and Hiring* cit., 59 ss.

³⁵ Tale assetto, invece, non è rispecchiato dallo stato proprio del diritto giustiniano che configura la *custodia* come un tipo particolare di *diligentia* (una *diligentia* qualificata spesso come *exactissima* e come *custodiendae rei* elevata 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. 17.2.72, Gai. 2 *rer. cott.*; I. 3.14.4; 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., Gai. 9 *ad ed.*

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 operis*).

prov.; D. 44.7.1.4, Gai. 2 *rer. cott.* Tra il diciannovesimo e il ventesimo secolo tale quadro bipartito venne invertito attraverso l'attribuzione ai giuristi 'postclassici' della paternità delle vestigia, riscontrabili nelle fonti giustiniane, della responsabilità oggettiva per *custodia*, laddove classica sarebbe stata la *diligentissima custodia* (cfr., per tutti, L. LUSIGNANI, *Studi sulla responsabilità per custodia*, vol. I, Modena, 1902; vol. II, Parma, 1903; vol. III, Parma, 1905; L. MITTEIS, *Das 'receptum nautarum' in den Papyrusurkunden. Berichte über die Verhandlungen der königlichen Sächsischen Gesellschaft der Wissenschaften*, in *Ph.-hist. Kl.*, 1910, 270 ss.; P. KRÜCKMANN, '*Custodia*', in *ZSS*, 64, 1944, 1 ss.). Va altresì segnalato come il Betti sostenesse che 'responsabilità oggettiva' fosse una qualifica del tutto errata, in quanto la colpa non sarebbe stata irrilevante, ma doveva valutarsi «tipicamente, sulla base della situazione oggettiva, proprio perché si parte da questa considerazione dell'*id quod plerumque accidit*, che normalmente, quando il consegnatario, dotato di un potere di controllo sulla cosa, sta attento, il furto non si verifica» (E. BETTI, *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*, Milano, 1955, 34 s.; v., inoltre, CANNATA, *Ricerche sulla responsabilità contrattuale* cit., 39 ss.). E fu proprio la giustiniana *diligentia* richiesta *in custodiendo* che si tramutò, nel *code civil*, in 'obligation de veiller à la conservation de la chose' (art. 1137) e che diede vita, nel codice italiano del 1865, alla 'obbligazione di custodia' (art. 1219, corrispondente all'art. 1177 dell'attuale codice 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. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2006, 170 ss.