

PREMESSA

«*Nihil est aliud 'hereditas' quam successio in universum ius quod defunctus habuit*»¹, ci insegnano i *prudentes*, evidenziando efficacemente come la morte di un soggetto non estingua l'insieme delle situazioni giuridiche che a lui fanno capo.

Come è noto il campo dell'*hereditas* è stato arato in lungo e in largo dalla giusromanistica, anche al fine di individuarne i confini². Problema comune a ogni esperienza giuridica del passato e del presente infatti è proprio quello di determinare la sorte dei rapporti, soprattutto di carattere patrimoniale, riferibili al defunto e nei quali gli *heredes* debbano o meno subentrare³.

¹ Cfr. D. 50.16.24 (Gai. 6 *ad ed. prov.*); v. anche D. 50.17.62 (Iul. 6 *dig.*).

² Sul tema si è depositata nel tempo una vasta letteratura, mi limito qui a richiamare tra le trattazioni generali P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, VI, *Le successioni: parte generale*, (Roma, 1930) Milano, 1974, 50 ss.; C. SANFILIPPO, *Corso di diritto romano. Evoluzione storica dell'hereditas*, Napoli, 1949, 22 ss.; B. BIONDI, *Diritto ereditario romano. Parte generale. (Corso di lezioni)*, Milano, 1954, 31 ss.; P. VOCI, s.v. «*Erede e eredità. I. – Diritto romano*», in *ED*, XV, Milano, 1966, 174 ss.; ID., *Diritto ereditario romano*, I², Milano, 1967, 193 ss.; G. IMPALLOMENI, s.v. «*Successioni (diritto romano)*», in *NNDI*, XVIII, Torino, 1971, 707 ss.; per profili più o meno specifici ricordo R. AMBROSINO, *In iure cessio hereditatis. Spunti per la valutazione dell'hereditas*, in *SDHI*, 10, 1944, 68 ss.; E. BETTI, «*In iure cessio hereditatis*», «*successio in ius*» e titolo di «*heres*», in *Studi in onore di S. Solazzi*, a cura di V. Arangio-Ruiz, Napoli, 1948, 594 ss.; U. ROBBE, *La «hereditas iacet» e il significato della «hereditas» in diritto romano*, Milano, 1975, 419 ss.; più di recente v. anche R. SIRACUSA, *La nozione di «universitas» in diritto romano*, Torino, 2016, 9 ss.

³ Nella civilistica v. quanto afferma P. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*¹¹, Napoli, 1996, 561: «La morte della persona provoca, nell'ordinamento giuridico, un grave problema pratico: la destinazione da dare ai suoi beni e, più in generale, ai rapporti che alla persona facevano capo», v. anche ID., *La successione a titolo universale e particolare, in Trattato delle successioni e donazioni*, I², *Le successioni mortis causa. I legittimari. Le successioni legittime e testamentarie*, Padova, 2010, 3 ss.

Ricordo qui che il codice civile del 1865 dedicava espressamente alla sorte dei rapporti contrattuali, nel caso di morte di uno dei contraenti, specifiche disposizioni normative, tra cui l'art. 1127: «Si presume che ciascuno abbia contrattato per sé e per i suoi eredi ed aventi causa quando non siasi espressamente pattuito il contrario, o ciò non risulti dalla natura del contratto». Tale norma, come è noto, non è stata riprodotta nel codice civile del 1942, né la Relazione ministeriale ha ritenuto di motivare siffatta scelta legislativa. I dati qui sinteticamente richiamati potrebbero forse meglio essere compresi se sottoposti a una osservazione diacronica, osservazione che mi ri-

Come ebbe a scrivere Pasquale Voci: «È da ritenere che i giuristi classici, quando definiscono l'*hereditas*, si riferiscano agli elementi patrimoniali dell'eredità stessa» che «sono parte dell'eredità in quanto non siano strettamente connessi con la persona dell'ereditando, e quindi intrasmissibili»⁴.

I lavori dedicati *ex professo* al diritto ereditario romano si preoccupano innanzi tutto di distinguere i rapporti trasmissibili da quelli che invece trasmissibili non possono considerarsi⁵. Tuttavia l'ereditabilità, in particolare dei rapporti obbligatori, è stata e continua ad essere anche nei nostri studi un tema tormentato che ha nutrito un dibattito, sovente anche molto acceso⁶.

Il problema della trasmissibilità, pur costituendone spesso il presupposto, è però ben altra cosa dalla responsabilità che sorge in capo all'erede dopo il trapasso delle *obligationes* a causa della morte dell'ereditando, responsabilità in relazione alla quale ci si limita spesso a ripetere semplicemente la regola *ultra vires hereditatis* e che pertanto, in base ai principi della successione e della confusione, la conseguenza maggiore dell'acquisto ereditario è la responsabilità per i debiti contratti dal defunto.

Non esiste, a mia scienza, nella moderna letteratura uno studio organico specificatamente dedicato all'intero e complesso tema della responsabilità dell'erede nei rapporti obbligatori. A voler essere più precisi importanti apporti dottrinali, seppur a volte risalenti, si rinvergono a proposito della responsabilità dell'erede per le *obligationes* da atti leciti non contrattuali⁷. Di-

servo di svolgere nel II volume del presente lavoro, ove appunto il tema qui proposto verrà indagato, per ulteriori interpretazioni e soluzioni, in chiave storico-comparatistica. Tuttavia per giungere a tale seconda parte della ricerca è innanzi tutto necessario leggere e interpretare le fonti nel solo diritto romano. Fissate così le basi romanistiche sarà possibile passare ai successivi sviluppi nella tradizione romanistica e nei Codici moderni.

⁴ Così P. VOCI, s.v. «Erede e eredità», cit., 176.

⁵ A titolo meramente esemplificativo v. gli ormai classici studi di B. BIONDI, *Diritto ereditario romano*, cit., 83 ss. e di P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, I², cit., 193 ss.

⁶ Si pensi per esempio alle discussioni dottrinali intorno alla trasmissibilità della *locatio conductio* e in particolare della *locatio operarum* su cui v., tra gli altri, G. PROVERA, *Sul problema del rischio contrattuale nel diritto romano*, in *Studi in onore di E. Betti*, III, Milano, 1962, 714, ora in ID., *Scritti giuridici*, disponibile *on line* al sito <https://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/index.html?rivistadirittoromano/scrittiprovera.html>, 13 (da cui citerò d'ora innanzi) e N. PALAZZOLO, *Le conseguenze della morte del 'conductor operarum' sul rapporto di lavoro*, in *SDHI*, XX, 1964, 284 ss. (v. *infra* cap. V); al problema dell'ereditabilità della *stipulatio*, questione tornata in auge anche di recente, v. T. FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen der Stipulation im klassischen römischen Recht*, Tübingen, 2010, 35 ss. e V. CASELLA, *La trasmissibilità ereditaria della stipulatio*, Milano, 2018, 11 ss. (sul punto v. *infra* cap. VI), o ancora al noto dibattito relativo alla successione del precarista, su cui v. ora, per tutti, P. BIAVASCHI, *Ricerche sul precarium*, Milano, 2006, 163 ss. (v. *infra*, cap. II).

⁷ In materia di responsabilità dell'erede del tutore v. G. ROTONDI, *La responsabilità dell'heres tutoris* per fatto del suo autore, in *BIDR*, 25, 1912, 43 ss. (= *Scritti giuridici*, II, Milano, 1922, 290 ss.); P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, VI, cit., 148 s. e ID., *Teorie vecchie e nuove sull'origine*

versamente per quanto riguarda invece i contratti qualche cenno qua e là appare in lavori dedicati alla singola forma contrattuale, ma che, proprio per la specificità con cui si presentano, risultano forse inidonei a fornire un quadro d'insieme sull'argomento⁸.

La presente ricerca si propone dunque di esaminare il tema della responsabilità degli eredi, ma dei soli contraenti, una, potremmo dire, responsabilità contrattuale dell'*heres*.

La scelta di limitare il campo ai soli contratti⁹ – pur consapevole che quando si parla di responsabilità contrattuale ci si riferisce anche ai casi «in cui l'obbligazione rilevante non proviene da contratto, ma da altro atto lecito non contrattuale»¹⁰ – è stata dettata non tanto dal fatto che in relazione agli atti leciti diversi dai contratti il regime di responsabilità degli eredi è stato, come ho sopra accennato, maggiormente indagato, ma principalmente dalla convinzione che «la figura del contratto era pensata dai giuristi romani come una particolare manifestazione del consenso, sicché per loro la dottrina del contratto si poneva nell'ambito della dottrina dell'accordo, cioè della manifestazione del consenso delle parti di un negozio»¹¹.

dell'eredità, ora *Scritti giuridici vari*, I. *Famiglia e successione*, a cura di G. Crifò, A. Mancinelli, Roma, 2007, 429 ss.; F.M. DE ROBERTIS, *La responsabilità del tutore nel diritto romano*, Bari, 1960, 168 ss.; dell'argomento si occupa anche P. VOCI, «*Diligentia*», «*custodia*», «*culpa*»: *i dati fondamentali*, in *SDHI*, 56, 1990, 29 ss., ora in *Pasquale Voci. Ultimi studi di diritto romano*, a cura di R. Astolfi, Napoli, 2007, 73 ss., in spec. 130 ss. (da cui citerò d'ora innanzi). Per quanto riguarda l'erede nell'ambito della *negotiorum gestio* v. invece ora per tutti G. FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*. II.1. *Requisiti delle actiones negotiorum gestorum*, Cassino, 2003, 483 ss.

⁸ V. per esempio R. EVANS-JONES, *D.16.3.22 (Marcellus 5 dig.) and the Liability of the Heir in the Actio Depositii ex Dolo Suo*, in *RIDA*, 33, 1986, 117 ss.

⁹ Ad eccezione del solo *precarium*, ma per il noto accostamento ai contratti presente nelle fonti; sul punto v. *infra* cap. II.

¹⁰ Cfr. C.A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano. Materiali per un corso di diritto romano*, Catania, 1996, 1 ss., in spec. 6 (ove l'autore riprende il lungo articolo comparso in *Iura*, XLIV, 1993, 1 ss.).

¹¹ Così C.A. CANNATA, *La nozione di contratto nella giurisprudenza romana dell'epoca classica*, in P. PICHONNAZ (ed.), *Autour du droit des contrats. Contributions de droit romain en l'honneur de F. Wubbe*, Genève, 2009, 19 ss., (ora in *Scritti scelti di diritto romano*, III, a cura di L. Vacca, Torino, 2014, 3 ss., in spec. 4). Nell'ambito della vasta letteratura sul tema, nel solco dell'impostazione del «consensualismo», segnalato tra i maggiori e meno datati apporti dottrinali F. GALLO, *Synallagma e consensio nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria e spunti per la revisione di impostazioni moderne (Corso di diritto romano)*, I, Torino, 1992, in spec. 206 ss. (sul quale v. la recensione di C.A. CANNATA, *Labeone e il contratto*, in *Panorami*, 5, 1993, 109 ss.) e II, Torino, 1995, 200 ss.; C. CASCIONE, *Consensus: problemi di origine, tutela processuale, prospettive sistematiche*, Napoli, 2003, 161 ss., spec. 209 ss., ove si trova un'ampia discussione della letteratura precedente; T. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa del contratto. Elaborazione di un concetto nella giurisprudenza classica*, Padova, 2004, 61 ss. Cfr. anche A. BURDESE (a cura di), *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, Padova, 2006 in cui il curatore raccoglie una serie di articoli in lingua italiana di diversi autori che hanno contribuito notevolmente agli sviluppi della letteratura

Il discrimine è dunque costituito dall'elemento "volontaristico", dall'accordo che nei contratti genera la responsabilità.

Un'ulteriore linea di demarcazione è stata poi tracciata nella stessa categoria dei contratti delimitando l'area indagata ai soli rapporti cui modernamente ci si riferisce con l'espressione "contratti di durata", che per la loro stessa natura non solo presentano regole di esecuzione diverse dai c.d. "contratti a scambio istantaneo"¹², ma pongono spesso un problema di trasmissibilità ereditaria, problema che, come ho già detto, seppur diverso, si presenta, sotto alcuni profili, non scindibile dal tema della presente indagine¹³.

Un primo obiettivo di questa ricerca sarà dunque di verificare sui testi se il *consensus* dei contraenti a un certo assetto di interessi e dunque a un determinato vantaggio possa incidere sul regime di responsabilità allorquando una delle parti che quel consenso ha spontaneamente prestato venga sostituita dai suoi eredi, estranei all'accordo.

sulla tematica del contratto romano. Successivamente v. L. GAROFALO, *Contratto, obbligazione e convenzione in Sesto Pedio*, in *Studi per G. Nicosia*, IV, Milano, 2007, 15 ss.; di recente v. l'importante contributo, in relazione al mutuo, di A. SACCOCCIO, *Il mutuo nel sistema giuridico romanistico. Profili di consensualità nel mutuo reale*, Torino, 2020, in spec. 40 ss.

Va ricordata in questa sede, tra le tesi contrarie, l'opinione, nella dottrina più recente, di R. FIORI, *Tipicità contrattuale e teoria generale del contratto. Alcuni problemi di storia e dogmatica*, in *Mundus novus. Unità del continente latinoamericano: leggere i Digesti, unificare il diritto*, a cura di S. Schipani, E. Esborazz, Roma, 2007, 105 ss., che non ritiene «di poter seguire quella recente dottrina italiana che tende a riproporre lo schema, abbandonato all'inizio del secolo, del contratto romano come accordo» in quanto «Ai giuristi romani e al pretore interessa l'*obligatio*, più che il contratto, innanzi tutto perché ai fini della scelta dell'azione non era tanto importante stabilire se si trattasse o meno di un contratto, quanto capire di che contratto si trattasse» (108). Per lo *status quaestionis* delle diverse posizioni dei romanisti sulla complessa tematica del contratto in diritto romano, v. A. SACCOCCIO, *Dal "Sistema romano dei contratti" di Giuseppe Grosso all'affermarsi del principio del consensualismo in America Latina*, in *Diritto@Storia*, 11, 2013.

¹² Sull'opposizione tra contratti a scambio istantaneo e contratti di durata v. R. FIORI, *Tipicità contrattuale e teoria generale del contratto*, cit., 111 ss. Sulla distinzione rapporti di durata/rapporti ad esecuzione istantanea nel diritto moderno e per le differenze e le affinità con il diritto romano spunti ancora utili in O. VON GIERKE, *Dauernde Schuldverhältnisse*, in *Jherings Jahrbuch*, LXIV, 1914, 367 ss. L'impostazione dello studioso tedesco è stata, tra gli altri, criticata da G. OPO, *I contratti di durata*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, I, 44. Sul punto v. anche M. PARADISO, *Le rendite civilistiche. Rilievi introduttivi per una revisione critica*, in *Studi per G. Nicosia*, VI, Milano, 2007, 43 ss.

¹³ La ricerca si occupa di deposito, comodato, società, mandato, *locatio conductio* e *stipulatio* (oltre al già ricordato *precarium*, v. *supra*, nt. 9): si tratta di quei medesimi rapporti contrattuali – fatta eccezione per i due contratti reali – presi in considerazione, in maniera incidentale, negli studi di diritto ereditario romano di Biondi (*Diritto ereditario romano*, cit., 83 ss.) e di Voci (*Diritto ereditario romano*, P, cit., 193 ss.) al solo scopo di verificare la loro trasmissibilità o intrasmissibilità ereditaria e dunque al fine di definire l'oggetto dell'*hereditas*. Il deposito e il comodato invece, seppur non siano stati discussi nelle suddette classiche ricerche sotto il profilo della loro ereditabilità, appaiono nelle fonti che residuano oggetto (soprattutto il deposito) di soluzioni giurisprudenziali preziose ai fini della presente ricerca.

Un secondo obiettivo, al primo strettamente connesso, consiste nel determinare la sopravvivenza o meno ai paciscenti di quel criterio di distribuzione della misura della responsabilità a cui modernamente, ma in aderenza al dettato delle fonti, ci si rivolge con il sintagma *utilitas contrahentium*¹⁴, ma a cui i giuristi romani si riferivano con il loro tipico modo di procedere¹⁵,

¹⁴ Sulla *regula* in questione si rinviene traccia in non pochi brani, cfr. il celeberrimo frammento riportato in D. 30.1.108.12 (Afr. 5 *quaest.*): *Cum quid tibi legatum fideiue tuae commissum sit, ut tibi restituas, si quidem nihil praeterea ex testamento capias, dolum malum dumtaxat in exigendo eo legato, alioquin etiam culpam te tibi praestare debere existimavit: sicut in contractibus fidei bonae servatur, ut, si quidem utriusque contrahentis commodum versetur etiam culpa, sin unus solius, dolum malum tantummodo praestetur*, come testimonianza dell'osservanza della regola in tutti i contratti tutelati mediante giudizi di buona fede e da qui applicata analogicamente al fedecommesso; «fondamento dell'analogia è la *fides*, cui anche il fedecommesso si ispira», così P. VOCI, «*Diligentia*», «*custodia*», «*culpa*», cit., 175 ss.

Parlano di principio dell'utilità, anziché di *regula* B. KÜBLER, *Die Kontraktklagen als Utilitätsprinzip*, in ZSS, 38, 1917, 73 ss. («Utilitätsprinzip»); R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town-Wetton-Johannesburg, 1992, 198 s. («Principle of utility»); in tempi più recenti però M. NAVARRA, *Utilitas contrahentium e sinallagma*, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, II, a cura di L. Garofalo, Padova, 2007, 225 s. ha sottolineato come possa risultare infelice l'uso del termine «principio» a proposito di *utilitas contrahentium*, in quanto esso evoca un concetto «normativo» ed astratto proprio di un metodo logico-deduttivo di creare diritto distante dal metodo dei romani.

Sull'appartenenza del criterio dell'*utilitas contrahentium* «al patrimonio concettuale della giurisprudenza classica» e sulla sua conoscenza «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», cfr. G. SANTUCCI, «*Utilitas contrahentium*». *Note minime su una regola che «cacciata dalla porta rientra dalla finestra»*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, III, a cura di R. Fiori, Napoli, 2008, 277 ss. e ID., *La «diligentia quam in suis» come criterio di responsabilità del fiduciario*, in *Fides, fiducia, fidelitas. Studi di storia del diritto e di semantica storica*, a cura di L. Peppe, Padova, 2009, 243 ss.; ID., *Diritto romano e diritti europei. Continuità e discontinuità nelle figure giuridiche*², Bologna, 2018, 61 s. Affronta la questione della classicità o meno del criterio della *utilitas contrahentium* in relazione però ai soli contratti sinallagmatici, M. NAVARRA, *op. ult. cit.*, 225 ss. e prima, con specifico riferimento a brani della *Collatio*, v. della stessa autrice *Note in tema di 'utilitas': Modestino e Coll. 10.2*, in *Labeo*, 50, 2004, 84 ss. In argomento v. anche 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.; 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. Con specifico riferimento ai contratti gratuiti v. L. GAROFALO, *Gratuità e responsabilità contrattuale*, in *Scambio e gratuità. Confini e contenuti dell'area contrattuale*, Padova, 2011, 1 ss. (pubblicato anche in TSDP, V, 2012, 67 ss. e in *Affari, finanzia e diritto nei primi due secoli dell'impero. Atti del Convegno Internazionale di Diritto romano. Copanello, 5-8 giugno 2004*, a cura di F. Milazzo, Milano, 2012, 351 ss.); più di recente, cfr. anche C. PELLOSO, *Custodia, receptum e responsabilità contrattuale. Una rilettura dei dogmi civilistici alla luce del metodo casistico romano*, in *Seminarios complutenses de derecho romano*, 29, 2016, 263 ss.

¹⁵ Ad esempio di «*utriusque contrahentis utilitas*» discorre Modestino (2 *diff.* Coll. 10.2.1-2). V. anche D. 47.2.62.6 (Afr. 8 *quaest.*) e D. 13.6.5.2 (Ulp. 28 *ad ed.*).

fondato su una terminologia «fluttuante, ma di significato univoco nella loro dogmatica implicita»¹⁶.

Per i motivi dunque sinora brevemente, ma spero chiaramente illustrati ho ritenuto opportuno, in attesa di ulteriori ricerche che mi propongo di svolgere su questo tema anche in chiave storico-comparatistica, di orientare questa prima parte del lavoro ai soli contratti e nel solo – prendendo in prestito l'espressione da Orestano – «diritto romano dei romani»¹⁷.

Nel chiudere questa breve premessa rivolgo un pensiero di profonda gratitudine ai miei maestri Giovanni Luchetti e Gianni Santucci che mi hanno guidato nella presente ricerca.

Colgo l'occasione per ringraziare il Preside della Facoltà giuridica di Trento, Fulvio Cortese, per la disponibilità sempre dimostratami e l'attenzione dedicatami nella mia attività presso la stessa Facoltà. Un pensiero grato va altresì ai Colleghi trentini per la cordiale amicizia con cui mi hanno accolto.

¹⁶ G. SANTUCCI, *Diritto romano e diritti europei*, cit., 72.

¹⁷ R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987, 456 ss.

CAPITOLO I

LA POSIZIONE DELL'EREDE NEL DEPOSITO

SOMMARIO: 1. Nota introduttiva. – 2. La responsabilità dell'erede *ex dolo defuncti*. – 3. La responsabilità dell'erede *ex dolo suo*. – 4. L'*heres ignarus* che *distraxit rem depositam*. – 5. Casistica giurisprudenziale a proposito degli eredi del deponente.

1. Nota introduttiva

Come è noto, il contratto di deposito, declinato in varie figure e fonte di non pochi nodi interpretativi, è stato oggetto di approfondite indagini da parte della giusromanistica¹, la quale tuttavia, anche negli studi dedicati *ex*

¹ Mi limito a ricordare, sul deposito in generale, gli apporti monografici, ancora utili, di C. LONGO, *Il deposito. Corso di diritto romano*, Milano, 1933, rist. 1946; C.A. MASCHI, *La categoria dei contratti reali. Corso di diritto romano*, Milano, 1973, 219 ss.; G. GANDOLFI, *Il deposito nella problematica della giurisprudenza romana*, Milano, 1976. Sulla figura contrattuale v. anche successivamente R. PANERO, *El depósito*, in *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al Profesor J.L. Murga Gener*, cur. J. Paricio, Madrid, 1994, 251 ss.; più di recente v. anche la raccolta di testi in tema di deposito con annessa traduzione italiana e breve commento di F. SCOTTI, *Il deposito nel diritto romano. Testi con traduzione italiana e commento*, Torino, 2008.

Restano importanti ancora le voci enciclopediche di F. BONIFACIO, s.v. «*Deposito (Diritto romano)*», in *NNDI*, V, Torino, 1960, 495 ss.; G. ASTUTI, s.v. «*Deposito (storia)*», in *ED*, XII, 1964, 212 ss., ora in *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea*, Napoli, 1984, 1957 ss.; G. NEGRI, s.v. «*Deposito nel diritto romano, medievale e moderno*», in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, V, Torino, 1989, 219 ss.

Nel secolo scorso si sono susseguite anche numerose ricerche sulla tutela apprestata al contratto e sullo specifico tema della responsabilità del depositario, al proposito ricordo in particolare G. ROTONDI, *Contributi alla storia del contratto di deposito nel diritto romano. Le due formole classiche dell'actio depositi*, in *RISG*, 45, 1908 (= *Scritti giuridici*, II, *Studii sul diritto romano delle obbligazioni*, a cura di E. Albertario, Milano 1922, [da cui citerò] 38 ss.); ID., *Contributi alla storia del contratto di deposito nel diritto romano. La misura della responsabilità nell'actio depositi*, in *AG*, 83, 1909 (= *Scritti giuridici*, II, cit., 94 ss.); successivamente v. A. METRO, *L'obbligazione di custodire nel diritto romano*, Milano, 1966, 135 ss.; W. LITEWSKI, *Depositary's Liability in Roman Law*, in *AG*, 190.2, 1976, 26 ss.; C. BEDUSCHI, *Le azioni da deposito. Testi e lezioni di diritto romano (lezioni)*, Trento, 1989-90. Molto più di recente v. in argomento lo studio di T. WALTER, *Die Funk-*

professo alla figura contrattuale in esame, non sembra essersi soffermata, se non in maniera frammentaria, e non di recente², sullo specifico tema della responsabilità che sorge in capo all'erede dopo il passaggio delle obbligazioni a causa della morte di uno dei paciscenti.

Per affrontare tale argomento appare comunque opportuno prendere le mosse dal regime di responsabilità del depositario, senza allargare lo sguardo all'intera tematica, ma rammentandone solamente i profili che più direttamente entrano in gioco nel discorso che andrò a svolgere.

La *communis opinio*, sulla base delle fonti a disposizione, ritiene giustamente che, già in diritto classico, nel rispetto del criterio dell'*utilitas contrahentium*³, la responsabilità del depositario fosse normalmente circoscritta al dolo⁴, essendo il vantaggio del contratto risentito dal solo deponente⁵.

tionen der 'actio depositi', Berlin, 2012, *passim*. Con specifico riferimento al periodo postclassico cfr. F. SITZIA, *Sulla responsabilità del depositario in diritto bizantino*, in *BIDR*, 74, 1971, 267 ss.

Su aspetti particolari del contratto v. il lavoro di H. TAPANI KLAMI, *Mutua magis videtur quam deposita. Über die Geldverwahrung im Denken der römischen Juristen*, Helsinki, 1969 e le recensioni di H.P. BENÖHR, in *ZSS*, LXXXIX, 1972, 430 ss. e di W. LITEWSKI, *Tra mutuo e deposito*, in *Index*, 3, 1972, 550 ss.; in particolare per il deposito irregolare sono ancora utili gli studi di C. LONGO, *Appunti sul deposito irregolare*, in *BIDR*, XVIII, 1906, 121 ss. e di G. SEGRÈ, *Sul deposito irregolare nel diritto romano*, in *BIDR*, XIX, 1907, 197 ss.; F. BONIFACIO, *Ricerche sul deposito irregolare nel diritto romano*, in *BIDR*, XLIX-L, 1947, 80 ss.; successivamente v. ancora W. LITEWSKI, *Le dépôt irrégulier*, in *RIDA*, 21, 1974, 215 ss.; ID., *Figure speciali di deposito*, in *Labeo*, 20, 1974, 410 ss. e ancora ID., *Studien zum sogennanten 'depositum irregulare'*, in *SDHI*, 43, 1977, 188 ss. nonché E. SIMONETTO, s.v. «*Deposito irregolare*», in *NNDI*, V, Torino, 1965, 528 ss.; ID., s.v. «*Deposito irregolare*», in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, V, cit., 279 ss. Più di recente v. A. VALMAÑA OCHAÏTA, *El depósito irregular en la jurisprudencia romana*, Madrid, 1996.

Una particolare indagine sul deposito nella *Mosaicarum et Romanarum legum Collatio*, è quella di F. LUCREZI, *Il deposito in diritto ebraico e romano. Studi sulla "Collatio"*, VIII, Torino, 2017.

² Risale ormai a più di trenta anni fa il contributo di R. EVANS-JONES, *D.16.3.22 (Marcellus 5 dig.) and the Liability of the Heir in the Actio Depositum ex Dolo Suo*, cit., 117 ss. e riguarda, come suggerito anche dal titolo, la sola ipotesi della responsabilità dell'erede del depositario per fatto suo proprio.

³ Su cui v. *supra*, *Premessa*, nt. 14.

⁴ Per quanto riguarda invece le discussioni sulla c.d. *diligentia quam in suis* del depositario v. L. MAGANZANI, «*La diligentia quam in suis*» del depositario dal diritto romano alle codificazioni nazionali. Casi e questioni di diritto civile nella prospettiva storico-comparatistica, Milano, 2006, 31, cui rinvio per l'indicazione della letteratura precedente in argomento. Sul punto v. anche successivamente G. SANTUCCI, *La «diligentia quam in suis» come criterio di responsabilità del fiduciario*, cit., 243 ss. e ID., *Diritto romano e diritti europei*, cit., in spec. 138 e prima sulla stessa scia anche A. VÖLK, *Zur «diligentia quam in suis» des Verwahrers*, in *Festschrift für H. Hausmaninger zum 70. Geburtstag*, Wien, 2006, 293 ss.

⁵ V. il noto confronto, instaurato nelle *Institutiones* di Gaio (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 saluam esse, furti [itaque] agere non potest, sed ea actio domino competit*), fra la posizione del depositario, la cui responsabilità è normalmente circoscritta al dolo non avendo egli al-

Tuttavia tramite un patto aggiunto *in continentis*⁶, il depositario poteva assumere, per ragioni peculiari, una maggiore responsabilità per la custodia, sino al limite della *culpa levis*, e addirittura gli era consentito *etiam casum praestare*⁷.

In caso di inadempimento, il *deponens* aveva una doppia tutela: un'*actio* con formula *in factum concepta*⁸ – concessa *in duplum* oppure nella misura

cun interesse nel contratto, e quella del comodatario la cui responsabilità è valutata in termini di colpa e di custodia tecnica, poiché il beneficio del contratto ricade unicamente su quest'ultimo a cui viene concesso gratuitamente l'uso di una cosa; sul punto, v., tra gli altri, G. NEGRI, s.v. «*Depositum nel diritto romano, medievale e moderno*», cit., 30 ss.

Sulla responsabilità per dolo del depositario v. anche I. 4.1.17; D. 4.9.3.1 (Ulp. 14 *ad ed.*); D. 13.1.16 (Pomp. 38 *ad Q. Muc.*), D. 13.6.5.2 (Ulp. 28 *ad ed.*), D. 16.3.1.10 e 47 (Ulp. 30 *ad ed.*), D. 19.5.17.2 (Ulp. 28 *ad ed.*); D. 44.7.1.5 (Gai. 2 *aur.*), D. 47.2.14.3 (Ulp. 25 *ad Sab.*), D. 50.17.23 (Ulp. 29 *ad Sab.*); su quest'ultimo brano, v., tra gli altri, S. TAFARO, *Regula e ius antiquum in D. 50,17,23. Ricerche sulla responsabilità contrattuale*, I, Bari, 1984; ID., *Debito e responsabilità. Profili romanistici*, Bari, 2000, 69 ss.

Per il dolo come criterio di imputabilità del depositario inadempiente v. anche il titolo X «*De deposito*» della *Collatio* e in particolare Coll. 10.2.1-2, su cui v. in specie M. NAVARRA, *Note in tema di utilitas: Modestino e Coll. 10,2*, cit., 84 ss.

Sul *dolus* del depositario qualificato come *malus* nel surriportato Gai. 3.207 nonché in I. 4.1.17, D. 13.1.16 e D. 50.17.23, cfr., tra gli altri, V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*², Napoli, 1958, 30, nt. 1, secondo il quale «l'aggettivo <*malus*>» è probabilmente, nelle origini e nell'uso normale, pleonastico. Soltanto per volergli trovare ad ogni costo una funzione utile, alcuni giuristi furono tratti a contrapporgli un *dolus bonus*, del quale presero ad esempi stratagemmi di guerra: cfr. D.4.3,1§3: «... quoniam veteres dolum etiam bonum dicebant et pro sollertia hoc nomen accipiebant, maxime si adversus hostem latronemve quis machinetur». Sulle ragioni storiche della responsabilità del depositario cfr. G. ROTONDI, *Contributi alla storia del contratto di deposito nel diritto romano. La misura della responsabilità nell'actio depositi*, cit., 94 nonché, fra gli altri, W. LITEWSKI, *Depositary's Liability in Roman Law*, cit., 26 ss.

⁶Sull'argomento è ancora utile lo studio di G. GROSSO, *Efficacia dei patti nei 'bonae fidei iudicia'*. *Patti e contratti*, Torino, 1928, 20 s.

⁷Sul *culpam praestare* del depositario v. D. 13.6.5.2 (Ulp. 28 *ad ed.*), D. 16.3.1.6 (Ulp. 30 *ad ed.*), D. 17.1.39 (Ner. 7 *membr.*) e D. 45.2.9 pr. (Pap. 27 *quaest.*). Sul patto col quale il depositario poteva garantire al deponente di rispondere dell'*omne periculum* v. D. 2.14.7.15 (Ulp. 4 *ad ed.*) e D. 16.3.1.35 (Ulp. 30 *ad ed.*). Sul punto v., tra gli altri, R. CARDILLI, *L'obbligazione di «praestare» e la responsabilità contrattuale in diritto romano*, cit., 469 ss. e ID., *Il problema della resistenza del tipo contrattuale nel diritto romano tra natura contractus e forma iuris*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, III, cit., 36. Deve considerarsi assolutamente superata la tesi di E. ALBERTARIO, *Variazioni di responsabilità nell'«actio depositi» derivanti da patto*, in *BIDR*, 1912, 15 ss. (= *Studi di diritto romano*, IV, Milano, 1936, 247 ss.), che ebbe a ritenere la responsabilità del depositario come fissa e immutabile in diritto classico. Note sono le critiche che lo studioso ricevette, ancora in piena temperie interpolazionistica, da C. LONGO, *Il deposito*, cit., 36 ss. e da G. ROTONDI, *Contributi alla storia del contratto di deposito nel diritto romano. La misura della responsabilità nell'actio depositi*, cit., 94 ss.

⁸Per il testo della *formula depositi in factum* v. Gai. 4.47: *Si paret A. Agerium apud N. Negidium mensam argenteam deposuisse eamque dolo malo N. Negidii A. Agerio redditam non esse, quanti ea res erit, tantam pecuniam udex N. Negidium A. Agerio condemnato; si non paret absolvito*. Sulla formula v. O. LENEL, *Das Edictum perpetuum, Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*³,

del *simplum*, a seconda che si trattasse o meno di deposito miserabile⁹ – e una con formula *in ius concepta* con *intentio incerta ex fide bona*¹⁰, di natura reipersecutoria, diretta a perseguire ogni inadempienza del depositario, ivi compresa la mancata custodia.

Tralasciando in questa sede le note questioni che si sono agitate in dottrina nel tentativo di determinare il rapporto cronologico tra le due suddette azioni e le ragioni della loro convivenza per tutta l'epoca classica¹¹ – dato quest'ultimo di cui comunque non si può dubitare – è utile richiamare il celebre brano ulpiano conservato in D. 16.3.1.4, la cui genuinità oggi non può più essere messa in discussione¹².

Nel frammento escerpito dal libro 30 dell'*ad edictum*¹³, Ulpiano individua nella *fides* la *ratio* della distinzione presente nell'editto del pretore tra *iudicium in simplum* e *iudicium in duplum*:

D. 16.3.1.4 (Ulp. 30 *ad ed.*): *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.*

Il giurista afferma che alla «*separatio causarum*» di deposito è sottesa una *iusta ratio*, poiché quando il deponente può scegliere il depositario (in realtà, letteralmente, Ulpiano dice, in maniera molto più efficace, che il deponente sceglie la *fides* [*cum quis fidem elegit*])¹⁴, in caso di mancata restituzione

Leipzig, 1927 (rist. Aalen 1956, 1974 e 1988), 279; ID., *Beiträge zur Kunde des Edicts und der Edictcommentare*, in *ZSS*, 2, 1881, 14 ss. (= *Gesammelte Schriften*, I, Napoli, 1990, 280 ss.). Cfr. anche D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*², Padova, 1999, 66.

⁹ V. *infra*, § 2.

¹⁰ Per la formula dell'azione *in ius ex fide bona* v. ancora Gai. 4.47; sul punto v. O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*, cit., 279 ss.

¹¹ Certamente ormai tramontata deve ritenersi la tesi che opta per la precedenza storica dell'*actio in ius* rispetto a quella in *factum*. Sulle tesi formulate circa il rapporto cronologico tra le due azioni e sulle diverse ragioni della loro convivenza in tutto il periodo classico, v. G. ROTONDI, *Contributi alla storia del contratto di deposito nel diritto romano. Le due formole classiche dell'actio depositi*, cit., 4 ss.; C. LONGO, *Il deposito*, cit., 9; J. BURILLO, *Las fórmulas de la 'actio depositi'*, in *SDHI*, 28, 1962, 289 s.; C.A. MASCHI, *La categoria dei contratti reali*, cit., 325 ss.; G. GANDOLFI, *Il deposito nella problematica della giurisprudenza romana*, cit., 69 ss.

¹² Si veda al proposito quanto osservato da R. SCEVOLA, 'Utilitas publica'. II. *Elaborazione della giurisprudenza severiana*, Padova, 2012, 245 ss.

¹³ Cfr. O. LENEL, *Paligenesia iuris civilis*, II, Leipzig, 1889 (rist. Graz 1960 e Roma 2000), cc. 612-618, fr. 885-900 nonché ID., *Das Edictum perpetuum*, cit., 106.

¹⁴ In particolare sulla *fides* nel contratto di deposito v. R. HERRERA BRAVO, 'Fides'y depositum', in 'Sodalitas'. Sección granadina de la Sociedad española de Estudios clásicos, I, Granada, 1980, 69 ss.

della cosa, egli deve accontentarsi del *simplum*. Diversamente la violazione della *fides* deve ritenersi più grave nell'ipotesi in cui il deponente sia stato costretto al deposito da una situazione di pericolo imminente e per questo egli dovrà ottenere il *duplum*. Il giureconsulto usa l'enfatica espressione «*perfidiae crimen*»¹⁵, da imputare al depositario che approfitta della situazione di necessità, e richiama addirittura l'*utilitas publica*, coattivamente imposta a tutela dell'interesse generale («*et publica utilitas coercenda est vindicandae rei publicae causa*») ¹⁶.

Nel brano ulpiano, quindi, il termine *fides*¹⁷ è utilizzato nella sua accezione più arcaica, ossia *fides* intesa quale qualità di un soggetto che appare "affidabile" rispetto ai suoi comportamenti e alle sue parole, che pertanto possono considerarsi vincolanti¹⁸.

¹⁵ Sull'utilizzo di questa espressione, ove il termine «*crimen*» è chiaramente usato in senso atecnico, si vedano, oltre a C.A. MASCHI, *La categoria dei contratti reali*, cit., 133, il quale la ricollega alla violazione della *utilitas publica* e della «stessa compagine dello Stato», anche J. BURILLO, *Las formulas de la 'actio depositi'*, cit., 239 e F. GÓMEZ-CARBAJO DE VIEDMA, *Figuras especiales de depósito*, in *Derecho romano de obligaciones*, cit., 283 s. Sul punto cfr. anche F. SCOTTI, *Il deposito nel diritto romano*, cit., 19, nt. 78, la quale evidenzia giustamente che lo stesso uso si riscontra anche in D. 47.8.2.24 (Ulp. 56 *ad ed.*); di recente in argomento v. anche G. FALCONE, *La definizione di obligatio tra diritto e morale. Appunti didattici*, Torino, 2017, 128 ss.

¹⁶ L'impiego del verbo *coercere* con riferimento all'esigenza di assicurare l'*utilitas publica* è evidenziato da R. SCEVOLA, *'Utilitas publica'*, cit., 250, nt. 87, il quale ritiene che nel caso di specie l'*utilitas publica* possa essere identificata con l'esigenza di mantenimento dell'ordine pubblico, affermando che «la mancata restituzione del bene, depositato in circostanze eccezionali, avrebbe infatti reso più complessa l'opera di pacificazione del potere politico già impegnato ad affrontare le conseguenze del *tumultus*, così provocando una serie di 'reazioni a catena' dagli effetti imprevedibili» (*ibidem*, 251). Tuttavia siffatte argomentazioni addotte dallo studioso suscitano qualche perplessità anche solo per il fatto che si fondano su una ingiustificata sovrapposizione tra il profilo pubblicistico e quello più strettamente contrattuale-privato.

¹⁷ Nozione già richiamata da Ulpiano nella "definizione" di deposito fornita nel *principium* del medesimo brano. Sul punto v. *infra*, § 2.

¹⁸ È stato dalla critica moderna ampiamente approfondito – e non si ha qui alcuna pretesa di fornire un quadro bibliografico completo sulla complessa tematica – lo stretto rapporto esistente tra la buona fede del diritto classico e la *fides* arcaica e quindi altrettanto studiata è stata la stessa nozione di *fides*, in ordine alla quale esistono, sostanzialmente, due diversi filoni interpretativi. Alcuni autori hanno rappresentato la *fides* essenzialmente come principio di vincolatività della parola data: così F. SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts*, Berlin, 1934, 151 ss. (trad. it. *I principii del diritto romano*, Firenze, 1946 [rist. 1995], 160 ss.); W. KUNKEL, *Fides als schöpferisches Element in römischem Schuldrecht*, in *Festschrift P. Koschaker*, II, Weimar, 1939, 5; M. HORVAT, *Osservazioni sulla «bona fides» nel diritto romano obbligatorio*, in *Studi in onore di V. Arangio-Ruiz nel 45 anno del suo insegnamento*, I, Napoli, 1953, 423 ss.; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², *Das Altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, München, 1971, 181; cfr. anche G. FREYBURGER, *Fides. Étude sémantique et religieuse depuis les origines jusqu'à l'époque augustéenne*, Paris, 1986, spec. 319 ss.; A. CASTRESANA, *Fides, bona fides: un concepto para la creación del derecho*, Madrid, 1991, 56 ss. e M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani: 'Leerformeln' e valori dell'ordinamento*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*,

Nel deposito ordinario dunque la mancanza di accortezza del deponente nell'*electio* dell'altra parte non gli permette di conseguire più del mero valore della *res* non restituita; il contraente risentirà della negligenza propria in quanto imputabile unicamente a lui non avendo scelto un contraente che per lealtà e onestà fosse in grado di salvaguardare adeguatamente e di restituire al momento debito la cosa¹⁹. Egli dovrà pertanto sopportare le conseguenze

nea. Studi A. Burdese, IV, a cura di L. Garofalo, Padova, 2003, 40, nt. 129. Altri studiosi hanno invece interpretato la *fides* come coincidente originariamente con il 'potere' di una parte sull'altra e con la corrispondente subordinazione personale di quest'ultima; successivamente il rapporto si sarebbe trasformato sino a ricomprendere anche la 'sottomissione virtuale' di chi presta la *fides* attraverso il valore impegnativo della parola: così L. LOMBARDI, *Dalla fides alla bona fides*, Milano, 1961, spec. 133 ss. (su cui v. anche le recensioni di L. AMIRANTE, in *Iura*, 13, 1962, 307 ss.; G. GROSSO, in *BIDR*, 65, 1962, 285 ss.), seguito da D. NÖRR, *Aspekte der römischen Völkerrechts. Die Bronzetafel von Alcántara*, München, 1989, 146 ss.; v. anche dello stesso autore *Die fides im römischen Völkerrecht*, Heidelberg, 1991, in spec. 61 ss. (su cui v. P. FREZZA, *A proposito di «fides» e «bona fides» come valore normativo in Roma nei rapporti dell'ordinamento interno e internazionale*, in *SDHI*, 57, 1991, 297 ss.; M. TALAMANCA, in *Pubblicazioni pervenute alla direzione*, in *BIDR*, 94-95, 1991-92, 649 ss. [approfondita recensione relativa anche al volume *Aspekte der römischen Völkerrechts*, cit.]; del volume di Nörr esiste anche una traduzione in spagnolo di R. DOMINGO, *La fides en el derecho internacional romano*², Madrid, 1996, 11 ss.). Ad essa può avvicinarsi anche la lettura di G. VON BESELER, *Fides*, in *Atti del Congresso internazionale di diritto romano*, Roma, 1934, 135 ss.; cfr. anche E. BENVENISTE, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee*, Torino, 1976 (tit. or. *Le vocabulaire des institutions indoeuropéennes*, Paris, 1969) 88. Altre interpretazioni, ma più legate ad aspetti 'magici-religiosi', quindi fornite sotto un profilo più sociologico che giuridico, sono quelle di A. PIGANIOL, *Venire in fidem*, in *RIDA*, V, 1950, 345 ss.; C. GIOFFREDI, *Religione e diritto nella più antica esperienza romana (per la definizione del concetto di «ius»)*, in *SDHI*, XX, 1954, 278; P. DE FRANCISCI, *Primordia civitatis*, Roma, 1959, 374 ss. 5; F. MAROI, *Contributi alla sociologia giuridica*, in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1956, 784.

Fra le diverse letture della *fides* quella che mi sembra operare un maggiore bilanciamento delle diverse componenti che vengono in rilievo nella ricostruzione della nozione è quella più recente, rispetto alle altre date dagli autori che sopra ho richiamato, fornita da R. FIORI, *Fides, bona fides. Gerarchia sociale e categorie giuridiche*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, III, cit., 237 ss., il quale conclude che «La *fides* e la *bona fides* non sono categorie morali, né 'formule vuote'... Esse sono invece strettamente connesse con la struttura della società e con i suoi bisogni economico-sociali, così come filtrati dall'*interpretatio* dei giuristi. Il loro criterio di riferimento è sempre oggettivo: in età arcaica, il concreto *status* socio-giuridico delle parti del rapporto; successivamente un parametro astratto identificato con il *bonus vir*. Uno *status* concreto e un parametro astratto caratterizzati entrambi da una serie di obblighi socio-giuridici la cui elaborazione è affidata ai *prudentes*...» (259); dello stesso autore v. anche *Bona fides. Formazione, esecuzione e interpretazione del contratto (Parte prima)*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, II, Napoli, 2006, 127 ss. e *Bona fides. Formazione, esecuzione e interpretazione del contratto (Parte seconda)*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, IV, Napoli, 2011, 97 ss.

Per un generale inquadramento storico e dogmatico dei temi della *fides* e della *fides bona* v. anche le voci enciclopediche di G. GROSSO, s.v. «Buona fede a) Premesse romanistiche», in *ED*, V, Milano, 1959, 661 ss. (ma dello stesso autore v. anche *Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano*², Torino, 1967, 64 ss.); P.D. SENN, s.v. «Buona fede nel diritto romano», in *Digesto delle Discipline privatistiche. Sezione civile*, II, Torino, 1988, 129 ss.

¹⁹Cfr. D. 44.7.1.5 (Gai. 2 aur.): *Is quoque, apud quem rem aliquam deponimus, re nobis tenetur:*

pregiudizievole del suo comportamento volontario, in quanto “autoresponsabile”²⁰. Al contrario, in una situazione di necessità, colui che ha lasciato la cosa in custodia non può essere costretto ad addossarsi la *culpa* di non aver vagliato con prudenza le qualità dell'altra parte, poi rivelatasi inaffidabile, in quanto la scelta imprudente è stata dettata dalla particolare situazione di pericolo e pertanto egli dovrà vedersi attribuire il doppio del valore della cosa depositata e non restituita. È quanto Ulpiano ripete anche in un altro punto del medesimo libro dell'*ad edictum*, ossia nel frammento riportato in D. 16.3.1.2 («*Merito has causas deponendi separavit praetor, quae continent fortuitam causam depositionis ex necessitate descendentem, non ex voluntate proficiscentem*»)²¹.

La *fides* sulla quale è incentrato il contratto in esame e quindi il suo carattere personale non esclude però il passaggio delle obbligazioni, già sorte, in capo agli eredi dei paciscenti, i quali eredi sono comunque tenuti ad adempiere gli obblighi che precedentemente gravavano sul *de cuius*.

2. La responsabilità dell'erede ex dolo defuncti

In apertura del titolo D. 16.3 «*depositi vel contra*», la cui intelaiatura è ricavata dal trentesimo libro del commentario editale di Ulpiano, è collocato

qui et ipse de ea re quam acceperit restituenda tenetur. sed is etiamsi neglegenter rem custoditam amiserit, securus est: quia enim non sua gratia accipit, sed eius a quo accipit, in eo solo tenetur, si quid dolo perierit: neglegentiae vero nomine ideo non tenetur, quia qui neglegenti amico rem custodiendam committit, de se queri debet. magnam tamen neglegentiam placuit in doli crimine cadere. V. anche I. 3.14.3. Su questi testi e in particolare sul principio *de se queri debere* v., tra gli altri, oltre agli studi di Emilio Betti che cito nella nota successiva, TH. MAYER-MALY, *De se queri debere, officia erga se und Verschulden gegen sich selbst*, in *Festschrift M. Kaser*, München, 1976, 229 ss. e J. TRIANTAPHYLLOPOULOS, «*De se quaeri*» = *EAYTON AITIAΞΘAI*, in *Estudios J. Iglesias*, II, Madrid, 1998, 1065 ss.; sull'argomento v. più di recente anche L. MAGANZANI, «*La diligentia quam in suis*» del depositario dal diritto romano alle codificazioni nazionali, cit., 112.

²⁰ Sul c.d. principio di “autoresponsabilità” cfr. E. BETTI, *Imputabilità dell'inadempimento dell'obbligazione in diritto romano: Anno accademico 1957-58*, Roma, 1958, 113 ss.; ID., *Istituzioni di diritto romano*, II.1, Padova, 1962, 334 ss.; ID., *Teoria generale del negozio giuridico. Ristampa corretta della II edizione*, a cura di G. Crifò, Napoli, 1994, 109 ss. Sull'autoresponsabilità può essere utile per un rapido sguardo d'insieme anche S. PUGLIATTI, s.v. «*Autoresponsabilità*», in *ED*, IV, Milano, 1959, 452 ss.

²¹ Si tratta del frammento che ha, tra l'altro, offerto l'appiglio per la denominazione di deposito “necessario”, chiamato anche, come è noto, dai medievali “miserabile”. L'ultima parte del testo («*quae continent fortuitam causam depositionis ex necessitate descendentem, non ex voluntate proficiscentem*») è stata in passato ritenuta spuria (cfr., tra gli altri, C. LONGO, *Il deposito*, cit., 101 ss.). Non credo tuttavia che si possa ancora sospettare della classicità del brano e ciò anche se si rifletta semplicemente sulla formulazione letterale del testo che esprime proprio la tecnica ulpiana di spiegare le *rationes* degli istituti.

il brano dello stesso giurista, ove – dopo le battute iniziali del *principium* in cui definisce il deposito²² con la ricorrente tecnica di spiegare la sostanza di un istituto attraverso l'origine della sua denominazione²³ – è riportata la clausola edittale relativa all'*actio depositi in factum*²⁴:

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

Il pretore concede l'*actio* con formula *in factum concepta* – inizialmente di carattere penale – nella misura del *duplum* nell'ipotesi di deposito miserabile e nella misura del *simplum* negli altri casi²⁵. Tuttavia l'*actio depositi in factum*, «quando si dà nella misura del *simplum*, finisce per perdere quei caratteri di penalità che aveva agli inizi, talché diviene anch'essa, in sostanza, azione reipersecutoria e contrattuale»²⁶. La stessa *actio in duplum* del deposito necessario verrà qualificata azione mista²⁷. A proposito del deposito mi-

²² Al *principium* va congiunto il brano riprodotto in D. 50.16.186: '*Commendare' nihil aliud est quam deponere*; così O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, cit., c. 612, fr. 885; v. anche P. KRÜGER, *Additamenta*, III, *I libri ad edictum*, in *Editio maior*, 953; sul punto v. *infra*, nt. 38.

²³ Cfr. D. 16.3.1 pr. (Ulp. 30 *ad ed.*): *Depositum est, quod custodiendum alicui datum est, dictum ex eo quod ponitur: praepositio enim de auget depositum, ut ostendat totum fidei eius commissum, quod ad custodiam rei pertinet*. Sulla definizione si veda il lavoro pionieristico di L. CECI, *Le etimologie dei giureconsulti romani*, Roma, 1966 (rist. anast. Torino, 1892), 62 ss.; inoltre più di recente v. R. MARTINI, *Le definizioni dei giuristi romani*, Milano, 1966, 332; A. CARCATERRA, *Le definizioni dei giuristi romani. Metodo, mezzi e fini*, Napoli, 1966, 3 ss.; molto ampiamente su D. 16.3.1 pr. cfr. altresì R. PANERO, *El depósito*, cit., 257 ss.; si veda pure R. HERRERA BRAVO, '*Fides*'y '*depositum*', cit., 69 ss. Sul punto, anche in relazione al richiamo della *fides* nel *principium*, quale elemento caratterizzante del contratto di deposito e di altri contratti come mutuo, comodato e pegno, v. di recente, G. FALCONE, *La definizione di obligatio tra diritto e morale*, cit., 128 ss. In argomento v. anche, tra gli altri, A. METRO, *L'obbligazione di custodire nel diritto romano*, cit., 102 s.

²⁴ Cfr. O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*, cit., 279 ss. e ID., *Palingenesia iuris civilis*, II, cit., c. 612, fr. 886.

²⁵ Nota, a ragione, G. GANDOLFI, *Il deposito nella problematica della giurisprudenza romana*, cit., 48, che la clausola edittale presenta un andamento abbastanza contorto, in quanto l'ipotesi normale di deposito volontario (e di certo più abitualmente ricorrente nella prassi) appare come una negazione di quella eccezionale, sanzionata in misura aggravata.

²⁶ Così, in maniera sintetica ed efficace, M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*³, Palermo, 2006, 609. Sui caratteri penali dell'azione *in factum* v. in spec. R. EVANS-JONES, *The penal characteristic of the "actio depositi in factum"*, in *SDHI*, 56, 1990, 105 ss.

²⁷ Cfr. I. 4.6.17: *plane si depositi agetur eo nomine, quod tumultus incendii ruinae naufragii causa depositum sit, in duplum actionem praetor reddit, si modo cum ipso apud quem depositum sit aut cum herede eius ex dolo ipsius agitur: quo casu mixta est actio*. Tuttavia molte sono le questioni che

serabile, la clausola edittale aggiunge che contro l'erede del depositario viene concessa l'azione *in simplum* per ciò che è stato fatto con dolo del defunto, e dunque è a questi imputabile, *in duplum* per ciò che è stato fatto con dolo dell'erede stesso («*in heredem eius, quod dolo malo eius factum esse dicitur qui mortuus sit, in simplum, quod ipsius, in duplum iudicium dabo*»).

Il pretore modifica dunque il regime dell'*actio in duplum*, concessa nell'ipotesi di deposito necessario – la quale originariamente, per il suo carattere strettamente penale, doveva considerarsi come intrasmissibile agli eredi²⁸ – rendendola trasmissibile dal lato passivo, ma limitando la condanna al *simplum* in assenza di dolo dell'*heres* e lasciando invece il *duplum* nel solo caso in cui il dolo fosse imputabile proprio all'erede²⁹.

È quanto si legge già nelle *membranae* del proculeiano Nerazio³⁰:

si sono agitate in dottrina a proposito dei richiami all'*actio depositi* nelle Istituzioni giustiniane soprattutto in quanto, dopo che in I. 4.6.23 si afferma «*in duplum agimus veluti furti nec manifesti, damni iniuriae ex lege Aquilia, depositi ex quibusdam casibus*», nel successivo I. 4.6.26 (... *at illae, id est damni iniuriae ex lege Aquilia et interdum depositi infitiatione duplicantur, in confitentem autem in simplum dantur* ...) l'*actio depositi* sembra considerarsi come una di quelle che «*infittiatione duplicantur*», vale a dire come una di quelle azioni in cui si raddoppiava la pena nei confronti di chi negava la pretesa dell'attore. Al proposito ha sottolineato G. ASTUTI, s.v. «*Deposito (storia)*», cit., 221 (= *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea*, cit., 1957 ss.), che l'inclusione dell'*actio depositi* nel passo giustiniano sarebbe da attribuire a una svista dei compilatori e ciò troverebbe conferma nel fatto che la stessa non compare né nell'elenco delle azioni *quae infittiatione duplicantur* di Gai 4.171, né in altri passi delle stesse Istituzioni imperiali. D'altro canto, si può anche escludere che in I. 4.6.26 sia stata introdotta una modificazione del regime dell'istituto da parte dei redattori delle Istituzioni, in quanto la tutela speciale del deposito necessario è attestata nella stessa sede in I. 4.6.17, senza alcun richiamo all'eventuale *infittiatio* del depositario. Più in generale sull'*infittiatio* si veda G. POLARA, *Gai 4.9: alla radice del principio 'adversus infittiantem in duplum agimus'*, in *Studi per G. Nicosia*, IV, cit., 195 ss.

²⁸Una notizia concisa e per vero assai discussa circa l'origine decemvirale e il carattere penale dell'azione ci è fornita da Coll. 10.7.11 = P.S. 2.12.11: *Ex causa depositi lege duodecim tabularum in duplum actio datur, edicto praetoris in simplum*. Sull'azione decemvirale si veda specificatamente R. EVANS-JONES, *The action of the XII Tables 'ex causa depositi'*, in *Labeo*, 34, 1988, 189 ss. e M. TALAMANCA, *Le dodici tavole ed i negozi obbligatori*, in *Le Dodici Tavole. Dai Decemviri agli Umanisti*, a cura di M. Humbert, Pavia, 2005, in spec. 344, nt. 39.

Circa l'origine e la natura dell'*actio in duplum*, una ricca disamina delle posizioni della dottrina al riguardo si trova in G. NEGRI, s.v. «*Deposito nel diritto romano, medievale e moderno*», cit., 219 ss. Per un'ampia discussione in materia si veda anche P. SCHEIBELREITER, *Zwischen 'furtum' und Litiskreszens: Überlegungen zur 'poena dupli' der 'actio ex causa depositi'*, in *RIDA*, 56, 2009, 131 ss., e T. WALTER, *Die Funktionen der 'actio depositi'*, cit., 324 ss.

²⁹Cfr. G. ROTONDI, *Contributi alla storia del contratto di deposito nel diritto romano. La misura della responsabilità nell'actio depositi*, cit., 94 ss.

³⁰Cfr. O. LENEL, *Paltingenesia iuris civilis*, I, Leipzig, 1889 (rist. Graz 1960 e Roma 2000), c. 767, fr. 12. Va anche ricordato in questo contesto, visto che opero un confronto con il brano ulpiano dell'*ad edictum*, che le *membranae* di Nerazio appartengono ad altra massa, ossia alla *pars Sabiniana*, cfr. P. KRÜGER, *Additamenta*, I, *Ordo librorum iuris veteris in compilandis digestis observatus*, in *Editio maior*, 928.