

**UNIVERSITÁ DEGLI STUDI DI GENOVA
SCUOLA DI SCIENZE SOCIALI
DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA**



CORSO DI LAUREA MAGISTRALE IN GIURISPRUDENZA

Tesi di laurea in Istituzioni di diritto romano

**Le “obligationes re contractae”. Analisi storico giuridica dei contratti
di mutuum, depositum e commodatum**

Relatore:
Chiar.ma Prof.ssa Rossella Laurendi

Candidato:
Andrea De Sario

Anno accademico 2022/2023

INDICE

Premessa	I
Capitolo 1: Sulle obbligazioni in generale	1
1.1 Evoluzione del concetto di obbligazione	2
1.2 La definizione di obbligazione in Gaio, Paolo e nelle <i>Insitutiones</i> di Giustiniano	4
1.3 Le fonti delle obbligazioni in Gaio e nelle <i>Institutiones</i> di Giustiniano.....	7
1.4 Oggetto delle obbligazioni.....	10
1.5 Il concetto di mora.....	11
1.6 Le <i>Obligationes contractae</i>	14
1.6.1 Le <i>obligationes verbis contractae</i>	15
1.6.2 Le <i>obligationes litteris contractae</i>	15
1.6.3 Le <i>obligationes consensu contractae</i>	16
1.6.4 Le <i>obligationes re contractae</i>	17
Capitolo 2: il contratto di mutuo	18
2.1 Il contratto di mutuo: evoluzione del concetto	18
2.1.1 Etimologia del termine <i>mutuum</i>	20
2.2.2 Gli elementi fondamentali del contratto di mutuo: la definizione di Gaio..	21
2.2.3 Effetto traslativo della proprietà: la <i>traditio</i>	22
2.2.4 Effetto obbligatorio del mutuo	24
2.2.5 Adempimento dell'obbligo di restituzione da parte dell' <i>accipiens</i>	25
2.2.6 La sostanziale gratuità del mutuo e il suo aggiramento.....	27
2.2.7 La <i>stipulatio usurarum</i>	29
2.2.8 Le eccezioni al principio della sostanziale gratuità del mutuo.....	32

2.2.9	Il <i>foenus nauticum</i> e il mutuo di derrate alimentari.....	32
-------	---	----

Capitolo 3: il comodato e il deposito. *Obligationes re contractae* senza trasferimento di proprietà della *res*37

3.1	Il contratto di comodato	37
3.1.1	Evoluzione storica della tutela del comodato.....	39
3.2	Il problema della realtà nel contratto di comodato.....	40
3.2.1	Gli argomenti a favore della realtà del comodato.....	43
3.3	La Gratuità del comodato.....	45
3.4	Il rapporto di comodato secondo il giurista Paolo.....	47
3.5	Il contratto di deposito.....	50
3.5.1	Applicazioni speciali del deposito.....	54
3.5.2	Il <i>depositum necessarium</i>	54
3.5.3	Il <i>depositum in sequestrem</i> o <i>sequestratio</i>	55
3.5.4	Il <i>depositum irregulare</i>	57

Capitolo 4: la *datio pignoris*60

4.1	Profili generali della <i>datio pignoris</i>	60
-----	--	----

Bibliografia.....62

Premessa

In questo elaborato ho inteso esaminare le tre principali *obligationes re contractae*, mutuo, deposito e comodato, poiché, a mio parere, rappresentano, in particolare il mutuo, il dinamismo e la continua evoluzione dell'esperienza giuridica romana.

Nel primo capitolo tratterò del concetto di *obligatio*, con l'analisi (necessaria per la comprensione delle *obligationes re contracte*) delle principali fonti giurisprudenziali in materia.

Il secondo capitolo, invece, sarà dedicato specificamente al contratto di mutuo: fattispecie tipica, funzione, causa, oggetto ma, soprattutto, la sua sostanziale gratuità; in collegamento diretto con il tema della gratuità sarà altresì esaminato il *foenus nauticum*.

Nel terzo capitolo, invece, verranno esaminati gli elementi essenziali del contratto di comodato e di deposito. Per il comodato, il tema che verrà maggiormente affrontato riguarderà soprattutto l'opportunità di inserirlo tra i contratti reali. Per il deposito, invece, ho deciso di prestare una maggiore attenzione al cosiddetto *depositum irregulare*, poiché, con questo contratto, i giuristi romani hanno inteso tutelare una pratica, ripresa dai Greci, molto diffusa a Roma già a partire dall'età Repubblicana: il deposito di denaro presso privati.

Brevissime riflessioni saranno esposte, infine, sul «*pignus* in senso stretto (*pignus datum*)»¹, o meglio sulla *datio pignoris*, giacché, come noto, il pegno fu altresì concepito come diritto reale di garanzia

¹ V. ARANGIO - RUIZ, *Istituzioni di Diritto romano*, Napoli 1960¹⁴, p. 315.

Capitolo 1: Sulle obbligazioni in generale

1.1 Evoluzione storica del concetto di obbligazione.

Gaio nelle sue *Institutiones*², nel proporre la distinzione tra *res corporales* e *res incorporales*³, colloca in quest'ultima categoria, unitamente all'*hereditas*, all'*usufructus* e alle servitù, le obbligazioni, in qualunque modo contratte: nella prospettiva gaiana, dunque, avendo la prestazione un contenuto patrimoniale, l'*obligatio*, quale rapporto giuridico patrimoniale, è una *res*, o meglio *ius obligationis*. Come rilevato da Raimondo Santoro «l'appartenenza alle *res* rivela come l'*obligatio* sia ora fondamentalmente intesa come entità distinta dall'atto vincolante e dall'*actio*. Autonomizzata rispetto all'atto e all'*actio (in personam)*, essa è destinata ad avere una vita propria nel mondo del diritto»⁴. La rappresentazione gaiana non è dunque originaria; essa, di fatto, «esprime una visione giuridica matura»⁵, frutto di un lungo percorso che inizia negli ultimi secoli della

² Sulle *Institutiones* di Gaio si veda il recente lavoro di G. FALCONE, *Studi sui Commentarii 'istituzionali' di Gaio. I. Formazione e natura del testo*, Roma 2022, *passim*.

³ Gai. 2.12-14: *Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporales. Corporales hae sunt, quae tangi possunt, uelut fundus, homo, uestis, aurum, argentum et denique aliae res innumerabiles. Incorporales sunt, quae tangi non possunt, qualia sunt ea, quae in iure consistunt, sicut hereditas, usufructus, obligationes quoquo modo contractae. nec ad rem pertinet, quod in hereditate res corporales continentur, et fructus, qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt, et id, quod ex aliqua obligatione nobis debetur, plerumque corporale est, ueluti fundus, homo, pecunia: nam ipsum ius successionis et ipsum ius utendi fruendi et ipsum ius obligationis incorporale est.* La discussione dottrinale sulla categoria delle *res incorporales* è molta ampia e complessa, e dunque non può, in questa sede, essere accennata neanche per sommi capi. Sul tema si rimanda dunque a F. FALCONE, *Osservazione su Gai 2.14 e le 'res incorporales'*, in AUPA 55, 2012, 215 ss.

⁴ R. SANTORO, *Per la storia dell'obligatio. I.*, Palermo 2020, 195.

⁵ A. LOVATO, S. PULIATTI, L. SOLIDORO, *Diritto privato romano*, seconda edizione, Torino, p. 428 (433)

Repubblica (tra il II e il I a.C.), soprattutto ad opera di Quinto Mucio Scevola⁶. Attraverso la riflessione giurisprudenziale si arriva a concepire l'*obligatio* quale vincolo astratto, in contrapposizione a quegli antichi rapporti materiali tra persone che si sostanziavano «in una concreta coazione»⁷.

In età arcaica, infatti, il termine *obligatus* (da *ob-ligatus*, “essere legato a causa di”) indicava una soggezione fisica, «nel senso che il debitore che non avesse adempiuto era fisicamente sottoposto alla potestà del creditore, in condizione di semi-schiavitù»⁸. Questo profilo, inevitabilmente, equiparava le persone alle *res obligatae* in quanto sia le une che le altre potevano essere sottoposte al potere esecutivo del creditore. L'atto giuridico con cui si prestava garanzia per il debito contratto era il cd. *nexum* ovvero quell'atto, concluso attraverso una *mancipatio* con il quale un *pater familias* vincolava sé stesso o un componente della famiglia alla potestà del creditore. Il *nexus* poteva liberarsi dal vincolo servile solo a fronte di un riscatto oppure di una prestazione lavorativa.

In origine, il debito e la responsabilità (in senso moderno) gravano su due soggetti diversi: erano infatti “garanti” del debito i *praedes* e i *vades*, figure di rilievo soprattutto nei riti processuali delle antiche *legis actiones*: i primi servivano a garantire la restituzione della cosa controversa, i secondi a garantire la presenza in giudizio del convenuto. Probabilmente il fondamento della responsabilità di costoro è da ritrovare nel concetto di “ostaggio”: a garanzia delle due situazioni viste sopra, costoro erano “fisicamente” vincolati al titolare della pretesa⁹.

⁶ Su Quinto Mucio Scevola si veda J.-L. FERRARY – A. SCHIAVONE – E. STOLFI, *Quintus Mucius Scaevola. Opera*, Roma 2018, *passim*.

⁷ M. BRUTTI, *Il diritto privato nell'antica Roma*, Torino 2009, p. 425.

⁸ Così in: A. LOVATO, S. PULIATTI, L. SOLIDORO, *Diritto privato romano* cit., p. 428

⁹ Cfr., A. LOVATO, S. PULIATTI, L. SOLIDORO, *Diritto privato romano* cit., p. 429

Un'ulteriore estensione del concetto di obbligazione avviene in età repubblicana quando si equiparò il vincolo nascente da una *obligatio* agli obblighi derivanti da un atto illecito (*ex delicto*).

Nel campo degli atti illeciti, i *delicta* appunto, si assiste ad una lenta evoluzione: da una incontrollata e libera reazione da parte dell'offeso conseguente alla lesione personale, si passa alla cosiddetta *talio*, la legge del taglione, che mira ad una vendetta proporzionata, e dunque non illimitata, all'offesa ricevuta. Da un noto versetto delle XII Tavole apprendiamo tuttavia che i Decemviri intesero limitarne l'ambito di applicazione al c.d. *membrum ruptum*:

XII Tab. 8.2: *si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto*¹⁰

L'inciso "*ni cui eo pacit*" appare estremamente rilevante, poiché con questo i Decemviri vollero attribuire alle parti la possibilità, in alternativa alla vendetta, di addivenire ad un accordo, e dunque al pagamento di una somma di denaro come metodo di risoluzione di una lesione tra privati.

Nella tarda età repubblicana, tale composizione da volontaria diventa obbligatoria perché imposta dall'ordinamento: questa ipotesi si verifica nei quattro delitti tipici dello *ius civile* (furto, rapina, ingiuria e danneggiamento).

1.2 La definizione di obbligazione in Gaio, Paolo e Giustiniano.

È noto che nelle opere attribuite a Gaio¹¹ il giurista non fornisce una definizione puntuale di obbligazione; osservando la distinzione esposta nel quarto commentario delle *Institutiones* tra *actio in rem* e *actio in personam*, è, tuttavia, possibile ritenere che questi ne conoscesse il concetto:

¹⁰ Gell. 20.1.14; Gai. 3.223 (Traduzione: "se [taluno] abbia leso una parte del corpo, si applichi il taglione almeno che [costui] non faccia pace).

¹¹ *Institutiones* e *Res cottidianae*.

Gai 4. 2: L'azione personale è quella con cui agiamo nei confronti di chi sia obbligato verso di noi o per contratto, o per delitto, cioè quando riteniamo che altri debba dare, fare, rispondere a titolo di garante. 3. L'azione relativa alla cosa è quella con cui affermiamo che una cosa corporale è nostra o che ci compete qualche diritto, come di uso, o di usufrutto, di passaggio, di condotta dell'acqua, di sopraelevazione di un edificio o di prospetto; o quando, al rovescio, contro l'avversario si ha un'azione negatoria.¹²

Vediamo, dunque, come Gaio avesse ben chiara l'idea secondo la quale l'essenza del rapporto obbligatorio consiste in una prestazione di fare, dare o *praestare*.

Il giurista Paolo, mezzo secolo più avanti, invece trasporta il discorso dal piano processuale a quello sostanziale:

D. 44.7.3 pr. (Paul. 2 *inst.*): L'essenza delle obbligazioni non sta nel rendere nostro qualcosa di materiale oppure un diritto di servitù, ma nel costringere un altro verso di noi a dare, fare, *praestare* qualche cosa¹³.

Il testo gaiano sottolinea maggiormente il profilo dell'azione esperibile contro il debitore inadempiente, mentre Paolo, appunto, sottolinea il profilo sostanziale del rapporto, ponendolo in contrapposizione con il *dominium ex iure Quiritium*: entrambi comunque configurano tre tipi di obbligazione, quella di dare,

¹² Gai. 4.2: *in personam actio est qua agimus cum aliquo, qui nobis vel ex contractu vel ex delicto obligatus est, id est cum intendimus dare facere praestare oportere. 3. In rem actio est, cum aut corporalem rem intendimus nostram esse, aut ius aliquod nobis competere, uelut utendi aut utendi fruendi, eundi, agendi aquamue ducendi uel altius tollendi prospiciendiue, aut cum actio ex diuerso aduersario est negatiua.*

¹³ D. 44.7.3 pr. (Paul. 2 *inst.*): *obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut seruitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum vel faciendum vel praestandum.*

fare o *praestare* (con il termine *prestare*, da *praes stare* = ovvero essere garante di un comportamento altrui, si configura l'assunzione della garanzia per un comportamento altrui).

Una definizione, piuttosto generale ma comunque puntuale, di *obligatio* è rintracciabile invece nelle *Institutiones* di Giustiniano:

Inst. 3.13 pr: L'obbligazione è un vincolo giuridico, in forza del quale siamo costretti all'adempimento di una prestazione secondo l'ordinamento giuridico della nostra comunità politica.¹⁴

Dal tenore della definizione data nel testo giustiniano, ma anche dalle descrizioni forniteci da Paolo e da Gaio, si può evincere come il vincolo obbligatorio non sia più di soggezione fisica, come in età arcaica, ma ideale; per una rapida conferma è sufficiente guardare alla mutata formulazione testuale; l'obbligazione è ormai concepita come "*iuris vinculum*".

Non è superflua invece la fine del passo, dove si afferma che l'azione nei confronti del debitore inadempiente deve essere esperita "in conformità con l'ordinamento giuridico della nostra comunità politica": tutto ciò che non è espressamente previsto come reazione ad un inadempimento è illegittimo.

¹⁴ Inst. 3.13 pr: "*obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicui solvendae rei secundum nostrae civitatis iura*"

1.3 Le fonti delle obbligazioni in Gaio e nelle *Institutiones* di Giustiniano

Dopo aver chiarito il concetto di obbligazione, mi sembra assolutamente rilevante esaminare brevemente le fonti delle obbligazioni, e dunque quegli atti produttivi del rapporto obbligatorio, nella loro evoluzione storica.

Gaio, nelle sue *Institutiones*, ci offre una bipartizione:

Gai 3.88: Passiamo adesso alle obbligazioni. La cui partizione maggiore le divide in due specie: ogni obbligazione, infatti, nasce da contratto o da delitto¹⁵.

L'evento, il fatto che faceva sorgere l'obbligazione, quindi, non necessariamente doveva essere lecito: spiega Gaio che si poteva essere obbligati o *ex contractu*, o *ex delicto*; quindi, o per effetto di un contratto, o per effetto di un illecito non ritenuto talmente grave (come invece è il *crimen*) da essere perseguito mediante un *iudicium publicum*, ma rientrante nella categoria dei *delicta* che consentivano all'offeso di agire per ottenere il pagamento di una pena pecuniaria attraverso un *iudicium privatum*.

L'esposizione delle *obligationes re contractae*, tuttavia, pone Gaio dinnanzi ad una perplessità. A proposito dell'*indebiti solutio*¹⁶, il giurista antonino, rileva, infatti, che in questo caso «l'obbligazione (che certamente non nasceva da delitto) non si poteva dire che nascesse da contratto ... dato che chi (credendosi erroneamente debitore) effettuava un pagamento di indebitto, lo faceva *solvendi*

¹⁵ Gai. 3.88: *Nunc transeamus ad obligationes, quarum summa divisio in duas species diducitur: omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto.*

¹⁶ Si faccia un esempio: Tizio riceve da Caio una somma di denaro poiché convinto di essere debitore di Tizio. In questo caso, sorge l'obbligo per l'*accipiens* di restituire quanto ricevuto senza un titolo valido; secondo Gaio questa ipotesi non è da inquadrare nei contratti reali, perché l'errore su cui poggia la *solutio indebiti* non è solo del *solvens*, ma anche dell'*accipiens*; l'obbligo che sorge, quindi, non nasce da un *contrahere*, ma sorge dalla volontà comune di estinguere l'obbligazione.

animo, quindi senza alcuna volontà di *contrahere* ... per cui questa figura di *obligatio* ... fuoriusciva dalla distinzione tra le due fondamentali *species ex contractu vel ex delicto*, e costituita una *species a sé*»¹⁷.

L'idea che di *contractus* ha Gaio sembra dunque essere quella che da Ulpiano viene attribuita a Sesto Pedio, giurista vissuto nel I secolo d.C.: il *contractus* è concepito quale atto bilaterale, produttivo di obbligazioni, fondato sulla *conventio* tra le parti, ovvero sull'accordo e la volontà dei contraenti. Tale concezione, che risulta nella piena età classica essere ormai prevalente, si inserisce all'interno di un panorama di riflessioni molto più ampio; è opportuno ricordare, infatti, come in Pomponio¹⁸, che richiama un celebre passo di Quinto Mucio Scevola, troviamo l'affermazione per cui in qualsiasi modo si contragga una obbligazione, al consenso non viene data rilevanza giuridica, tranne ovviamente alle *obligationes consensu contractae*. Un secolo dopo, Labeone¹⁹ sembra, invece, restringere il concetto al caso in cui «sia riconoscibile un stretto nesso di reciprocità e interdipendenza tra gli obblighi assunti dalle parti»²⁰.

¹⁷ G. NICOSIA, Nuovi Profili istituzionali essenziali di diritto romano, Catania 2010, pp. 285-286.

¹⁸ D. 46.3.80 (Pomp. 4 Ad Quintum Mucium): *Prout quidque contractum est, ita et solvi debet: ut, cum re contraxerimus, re solvi debet: veluti cum mutuum dedimus, ut retro pecuniae tantundem solvi debeat, et cum verbis aliquid contraximus, vel re vel verbis obligatio solvi debet (F. debeat), verbis, veluti cum acceptum promissori fit, re, veluti cum solvit quod promisit. Aequo cum emptio vel venditio vel locatio contracta est, quoniam consensu nudo contrahi potest, etiam dissensu contrario dissolvi potest.* Per una trattazione approfondita del tema, si veda: R. SANTORO, su D. 46.3.80 (Pomp. 4 Ad Quintum Mucium), estratto dagli Annali del seminario giuridico dell'Università degli studi di Palermo, 2012, pp 553-618.

¹⁹ D. 50.16.19 (Ulp., 11 ad ed.): *Labeo libro primo praetoris urbani definiit, quod quaedam "agantur", quaedam "gerantur", quaedam "contrahantur": et actum quidem generale verbum esse, sive verbis sive re quid agatur, ut in stipulatione vel numeratione: contractum autem ultrocitroque obligationem, quod Graeci synallagma vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem: gestum rem significare sine verbis factam.* Labeone, nel primo libro, (del commentario all'editto) del pretore urbano, chiarisce che alcune cose "agantur", altre "gerantur", altre "contrahantur": e che "actum" è un termine generale, sia che si attui qualche cosa mediante parole sia che lo si faccia mediante cosa, come nel caso della *stipulatio* o nel pagamento di una somma di denaro; contratto, invece, è l'obbligazione reciproca, quello che i Greci chiamano "sinallagma", come la compravendita, la locazione-conduzione, la società; "gestum" è l'atto compiuto senza la pronuncia di parole.

²⁰ Cfr. A. LOVATO, S. PULIATTI, L. SOLIDORO, *Diritto privato romano* cit., p. 440

Un frammento dei Digesta ecerpito dalle *Res cottidiane*²¹, opera dai più attribuita a Gaio, ci consente di capire come lo stesso giurista da una precedente bipartizione passi ad una tripartizione, ponendo concretamente in essere le riflessioni esposte nelle Istituzioni riguardo al pagamento di indebito.

D.44,7,1 (*Gaius, Res Cottidianae, 2*): Le obbligazioni nascono, o da contratto, o da delitto, o, secondo specifiche norme, da cause di diversa struttura²².

Accanto alla categoria delle obbligazioni nascenti dai contratti e dai *maleficia* (sinonimo di *delicta*), compare, dunque, una terza figura: le *variae causarum figurae*. Di tali obbligazioni, Gaio, sottolinea l'eterogeneità poiché ognuna «si fondava su un'autonoma e diversa causa che ne costituiva lo specifico fondamento giuridico»²³.

Gli schemi classificatori di età classica vengono rivisti nelle *Institutiones* di Giustiniano, dove dalla tripartizione si passa ad una quadripartizione:

Inst. 3.13.2: l'obbligazione nasce da contratto o da quasi-contratto, da delitto o da quasi-delitto²⁴.

Nella prima categoria si raccolgono gli atti leciti bilaterali consistenti, sulla scia del concetto gaiano di contratto, in accordi tra le parti produttivi di obbligazioni; nella seconda gli atti leciti non contrattuali (perché unilaterali, come la *negotiorum*

²¹ Secondo una parte della dottrina, seppur minoritaria, le *Res cottidianae* rappresentano una rielaborazione post-classica delle *Institutiones gaiane* ovvero una differente rielaborazione degli appunti che i discepoli di Gaio prendevano durante le sue lezioni, appunti che venivano pubblicati e riutilizzati nelle scuole di diritto e, con ogni probabilità, rimaneggiati.

²² D. 44.7.1 pr: "*Obligaciones aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris*"

²³ G. NICOSIA, Nuovi Profili istituzionali essenziali di diritto romano cit., p. 286.

²⁴ Inst. 3.13.2: *Sequens divisio in quattuor species diducitur: aut enim ex contractu sunt aut ex maleficio aut quasi ex contractu aut quasi ex maleficio.*

gestio o la *solutio indebiti*); la terza e la quarta categoria comprendono, rispettivamente, le obbligazioni nascenti dai *delicta* del *ius civile* (furto, rapina, ingiuria e danneggiamento) e gli atti illeciti a questi assimilati dal diritto pretorio.

1.4 Oggetto dell'obbligazione.

Oggetto dell'obbligazione è il debito, quel dovere assunto dal debitore ovvero, usando una terminologia moderna, la prestazione, e quindi tutto ciò che il debitore è obbligato a dare (*dare*) al creditore, a fare (*facere*) in favore del creditore oppure a *praestare* (il significato di *praestare*, probabilmente, è da ricercare in “stare come *preas*” ovvero prestare garanzia in favore del creditore).

Mentre nell'esperienza giuridica più antica, l'aspettativa del creditore si riferiva al comportamento di un terzo, *vades* e i *praedes* da me richiamati in precedenza, a partire dall'epoca preclassica la prestazione deve necessariamente consistere in un comportamento del debitore.

Dal lato attivo vige comunque il principio di personalità della prestazione: emblematica il merito un'affermazione di Quinto Mucio Scevola, secondo il quale nessuno, in qualsiasi tipo di rapporto, possa vincolare qualcun altro (... *nec stipulando quisquam alteri caverne potest*²⁵).

Comunque, la titolarità dei diritti degli obblighi poteva subire modifiche tramite la *successio*, che poteva essere universale o particolare. In questo campo, vale la regola per cui “nessuno può trasferire maggior diritto di quanto abbia egli stesso”²⁶.

²⁵ D.50.17.73.4.

²⁶ “*Nemo plus iuris ad aliud transferre potest quam ipse habere*” A. LOVATO, S. PULIATTI, L. SOLIDORO, *Diritto privato romano* cit., p. 436

Ulteriore requisito che deve essere rispettato dall'oggetto dell'obbligazione è la patrimonialità, ovvero esso deve essere suscettibile di valutazione in denaro (Il requisito non è originario, ma probabilmente si afferma in seguito all'introduzione del processo formulare, in cui la condanna non poteva che essere pecuniaria ²⁷).

La prestazione deve essere possibile al momento della costituzione del vincolo. La possibilità deve essere fisica, per esempio nel caso della vendita di uno schiavo, questi deve essere vivo al momento della vendita, oppure giuridica, se si tratta di una *res*, nel senso che non deve essere una *res extra commercium*.

L'oggetto inoltre, deve essere lecito, ossia conforme al diritto, all'ordine pubblico e al buon costume. In caso contrario l'atto negoziale sarà invalido e perciò improduttivo di effetti (si pensi ad una *stipulatio* con cui il promittente si obbliga a commettere un crimine).

Infine, la prestazione deve essere determinata o determinabile: se la prestazione è concordata al momento della costituzione del vincolo, sarà determinata; se invece la decisione è rimessa, ad esempio, ad un *arbiter*, essa sarà determinabile.

1.5 Il concetto di mora.

Mora significa “ritardo, ostacolo”; possiamo quindi pacificamente affermare che per mora si intende qualsiasi impedimento che non permette il corretto svolgersi del rapporto obbligatorio.

Ora, come ben sappiamo la mora può essere del debitore (*mora debitoris* o *solvendi*) o del creditore (*mora creditoris* o *accipiendi*), esattamente come nel nostro

²⁷ Cfr. A. LOVATO, S. PULIATTI, L. SOLIDORO, *Diritto privato romano* cit., p. 436

ordinamento. Come pare ovvio, la seconda situazione è molto più rara rispetto alla prima: comunque, nel caso si fosse verificata, la responsabilità del debitore veniva ridotta al minimo poiché risultava obbligato soltanto se il rifiuto fosse stato giustificato dal perimento della *res restituenda* per un suo comportamento doloso; in caso contrario, il debitore si considerava liberato dal debito. Ovviamente, l'impossibilità della prestazione non si può configurare in caso di debito pecuniario, dato il fatto che le *res fungibiles* non sono soggette a perimento.

La mora del debitore è, perciò, la situazione più presente; per cui, *quid iuris?* La prestazione è ancora possibile, ma per qualche ragione il debitore non ha ancora adempiuto; bisogna allora capire se il momento della soddisfazione degli interessi è stato fissato con precisione; se non è stato fatto oppure il termine non è ancora scaduto, non si può più parlare di mora. Per determinare il momento esatto in cui la prestazione doveva essere eseguita –in altri termini, per determinare le intenzioni reali del debitore– si diffuse nella prassi la *interpellatio*, che consisteva in una interrogazione rivolta al debitore al fine di accertare la sua volontà (questa situazione viene chiamata dalle fonti *mora ex persona*²⁸). In altri casi si poteva avere invece, la *mora ex re*, in cui non si verificava alcuna *interpellatio* e la mora si produceva automaticamente. Questo accadeva quando:

- A) L'obbligazione prevedeva l'adempimento in una data precisa;
- B) Nel caso in cui l'obbligazione fosse derivata *ex delictu*.

Dal momento della *interpellatio*, oppure, nella *mora ex re*, dal momento della scadenza del termine oppure della commissione del delitto, il debitore era tenuto a rispondere verso il creditore per qualsiasi evento che avesse potuto provocare il

²⁸A. LOVATO, S. PULIATTI, L. SOLIDORO, *Diritto privato romano* cit., p. 442. Richiamo, inoltre, le fonti che esplicano il concetto. D. 45.1.23 (Pomp. 9 ad Sab.)” *Si ex legati causa aut ex stipulatu hominem certum mihi debeas, non aliter post mortem eius tenearis mihi, quam si per te steterit, quo minus vivo eo eum mihi dares: quod ita fit, si aut interpellatus non dedisti aut occidisti eum*”; D.45.1.24 (Paul. 9 a Sab):” *Sed si ex stipulatu stichum debeat pupillus, non videbitur per eum mora fieri, ut mortuo eo teneatur, nisi si tutore auctore aut solus tutor interpellatur*”

perimento della *res o*, più in generale, per qualsiasi evento che avesse in qualche modo potuto impedire il regolare adempimento; in altre parole, la responsabilità del debitore diventava oggettiva.

Dalla lettura delle fonti emerge chiaramente una riflessione dei giuristi: il debito, in qualche maniera, può diventare perpetuo (c.d. *perpetuatio obligationis*): non potranno più essere addotte ragioni giustificative del mancato adempimento del debitore (anche, in realtà, un temperamento di questa posizione si può riscontrare in alcuni *iudicia bona fidei*, in cui si riconosce la possibilità al debitore di liberarsi qualora dimostri che la cosa sarebbe perita ugualmente anche se egli avesse perfettamente eseguito la prestazione ²⁹.

La mora, comunque, potrà essere sempre sanata (*purgatio o emendatio morae*) qualora il debitore si renda disponibile a adempiere. In altri termini, “si ha *perpetuatio obligationis* quando sia rilevabile un nesso di causalità tra l’adempimento divenuto impossibile e la condotta del debitore ³⁰“. La lettura di Gaio conferma la posizione ³¹: secondo il giurista, infatti, “l’obbligazione si estingue con l’esecuzione di ciò che si debba”. Quindi, nel caso in cui la prestazione risulta ancora possibile, il debitore sarà responsabile; solo nel caso in cui l’evento non sia imputabile al debitore, allora si può considerare libero dal vincolo. Anche il giurista Paolo conferma ulteriormente la visione, quando afferma che” occorre chiedersi in che modo sia da intendere quanto gli antichi avevano stabilito, ossia che tutte le volte in cui interviene la colpa del debitore, l’obbligazione si perpetua”³² (culpa non è da intendere nel senso di negligenza, ma in senso ampio, come” fatto imputabile”).

²⁹ per esempio cfr: D.16.3.14.1”

³⁰ A. LOVATO, S. PULIATTI, L. SOLIDORO, *Diritto privato romano* cit., p 442.

³¹ Gai 3.168.” Tollitur autem obligatio praecipue solutione eius, quod debeatur.”

³² D. 45.1.91.3. (Paul. 17 ad Plautium):” Sequitur videre de eo, quod veteres constituerunt, quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem, quemadmodum intellegendum sit...”

1.6 Le *Obligationes contractae*.

Come rilevato nei paragrafi precedenti, a partire dall'epoca classica i giuristi intesero per *contractus* i negozi giuridici almeno bilaterali diretti nell'intenzione delle parti a produrre una obbligazione. I contratti erano tipici e per ciascuno era previsto un proprio regime e un'apposita azione, volta a tutelarli. La tipicità era tuttavia "mitigata" dalla duttilità della *stipulatio*, contratto verbale che poteva avere qualunque contenuto ed era considerato valido anche nel caso in cui la causa per cui veniva assunta l'obbligazione non fosse stata espressa.

I giuristi romani distinsero i contratti sulla base dell'elemento che generava il vincolo e che conseguentemente individuava il contenuto dell'obbligazione.

Nelle sue Istituzioni, Gaio, dopo aver esposto la distinzione tra contratti e delitti, prosegue affermando che i contratti sono di quattro generi:

Gai 3.89: E prima occupiamoci di quelle (obbligazioni) che nascono da contratto. Ve ne sono quattro *genera*: infatti l'obbligazione si contrae o per mezzo (della dazione) di una cosa, o per mezzo di parole, o per mezzo di scritture o per mezzo del (semplice) consenso³³.

³³ Gai 3.89: *Et prius videamus de his quae ex contractu nascuntur. Harum autem quattuor genera sunt: aut enim re contrahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensu*

1.6.1 *Obligationes verbis contractae*

Il modo di contrarre tramite le parole è, secondo gli studiosi, quello più antico. Già in età arcaica il formalismo era centrale, poiché “le obbligazioni avevano pieno rilievo giuridico, a rigore di *Ius Civile*, soltanto quelle costituite con la pronuncia di parole solenni (*certa verba*)³⁴“, non essendo ancora prevista la riproduzione scritta delle parole pronunciate per contrarre l’obbligazione.

Le principali figure con cui si contraevano obbligazioni tramite le parole erano:

1. La *stipulatio*
2. La *dotis dictio* (assegnazione di dote)
3. La *promissio iurata liberti* (promessa giurata del liberto)
4. La *vadiatura*
5. La *praediatura*

1.6.2 *Obligationes litteris contractae*

Con questa espressione si indicavano quelle obbligazioni riconosciute come giuridicamente rilevanti dallo *Ius civile* perché risultavano dallo scritto effettuato da entrambe le parti o soltanto da una delle parti dell’atto. Anche per questo specie di rapporto obbligatorio, il principio del formalismo era centrale: non rilevavano, per cui, il consenso delle parti e la causa dell’atto. Ciò significa che lo scritto doveva

³⁴ Cfr. A. LOVATO, S. PULIATTI, L. SOLIDORO, *Diritto privato romano* cit., p. 447

necessariamente riprodurre l'affermazione del debitore di volersi obbligare a fornire quella determinata prestazione tramite la scrittura di parole uguali.

1.6.3 *Obligationes consensu contractae*

Queste obbligazioni si contraggono per mezzo del consenso delle parti, consenso che risulta essere elemento essenziale ma comunque sufficiente a far sorgere il vincolo. Il giurista Gaio afferma: “le obbligazioni si costituiscono con il consenso nella compravendita, nella locazione conduzione, nella società e nel mandato”³⁵.

Questi quattro contratti non erano presenti nello *ius civile ex iure Quiritium* di età arcaica: infatti, entrarono nella cultura giuridica romana solamente nel II secolo a.C. ovvero quando Roma mosse guerre di conquista (si pensi alle campagne italiche, alle guerre Puniche e alla successiva conquista della Grecia) che permisero all'Urbe di ampliare gli sbocchi sul Mediterraneo e di impadronirsi di nuove rotte commerciali. Questa espansione territoriale ed economica determinò la necessità di dover sviluppare nuovi strumenti per poter commerciare con gli stranieri. Con un editto pretorio, quindi, si istituzionalizzarono questi contratti già presenti nella prassi dei commercianti che li utilizzavano per poter permettere agili commerci con l'estero; per questo sono anche considerati come negozi di diritto delle genti.

³⁵ Gai 3.135:” *Consensu fiunt obligationes in emptio-venditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis.*”

1.6.4 *Obligationes re contractae*

Rientrano in questo novero quegli obblighi nascenti dalla consegna di una cosa.

Se nelle Istituzioni gaiane quale *obligatio re contracta* compare esclusivamente il mutuo, nelle *Res cottidianae*, il ventaglio si amplia recependo di fatto le riflessioni della giurisprudenza di età classica; mentre in origine la caratteristica principale delle *obligationes re contractae* era rappresentata dal trasferimento della proprietà di una *res fungibiles*, ciò che si realizzava esclusivamente nel mutuo, successivamente anche la mera detenzione o il possesso di una *res* erano ritenuti elementi costitutivi di una *obligatio re contracta*. Ecco, dunque, che nelle *Res cottidianae* oltre al mutuo, Gaio qualifica come contratti reali anche il deposito, il comodato e il pegno. Con la compilazione di Giustiniano la situazione mutò considerevolmente: oltre a conoscere un notevole ampliamento delle fattispecie riconducibili alle *obligationes re contractae*, con una importante differenza, ovvero che era sufficiente la mera consegna della *res* in mano all'accipiens per perfezionare il contratto (prima, invece, era necessario il trasferimento della proprietà). Per questa ragione (passaggio dal trasferimento della proprietà necessario, ad esempio, nel mutuo che mantenne invece uno schema ancora ancorato sulla "datio rei") in età bizantina si diede molto peso all'aspetto consensuale, il quale non fu assolutamente considerato, ad esempio, in età classica.

Capitolo 2: Il mutuo

2.1 Il contratto di mutuo: evoluzione del concetto.

In diritto romano, com'è noto, con il mutuo un soggetto, detto mutuante, trasferisce la proprietà a titolo gratuito ad un altro soggetto, detto mutuatario, di una certa quantità di denaro o di altre cose fungibili³⁶; il mutuatario, a causa del solo trasferimento della proprietà della *res fungibiles*, si obbliga alla restituzione del *tantundem eiusdem generis et qualitatis*.

Il mutuo costituì «una necessità della vita quotidiana per tutti i cittadini»³⁷. La sua funzione economica era essenziale: già in età arcaica, il mutuo era probabilmente utilizzato per il prestito di sementi, derrate e piccole somme di denaro sul quale ruotava l'intero sistema economico della comunità. Infatti, in un'economia fondamentalmente di sussistenza, si può solo immaginare l'importanza di un contratto di consumo (come il mutuo) in caso di infruttuosità di un raccolto.

Tra la fine della Monarchia e l'inizio della repubblica, il potere economico era sostanzialmente in mano a poche persone, dipendenti fortemente dal lavoro degli schiavi. La produzione economica era volta, come già accennato sopra, all'autoconsumo e alla sussistenza.

Con le prime conquiste nel Mediterraneo, avvenute nel III secolo a.C., mutò anche questa situazione. Roma, da comunità improntata alla produzione per l'auto

³⁶ Gai 3.90:” [...] *mutui autem datio proprie in his fere rebus contingit, quae res pondere, numero, mensura constant, qualis est pecunia numerata, vinum, oleum, frumentum, aes, argentum, aurum; quas res aut numerando aut metiendo aut pendendo in hoc damus, ut accipientium fiant et quandoque nobis non eadem, sed aliae eiusdem naturae reddantur. Unde etiam mutuum appellatum est, quia quod ita tibi a me datum est, ex meo tuum fit*”.

³⁷ Per l'opinione si veda: A SACCOCCIO, *il mutuo nel sistema giuridico romanistico. Profili di consensualità nel mutuo reale*, Torino 2020, p. 25

consumo iniziò a diventare un polo commerciale di primaria importanza. E così anche il contratto di mutuo, che mantenne la sua funzione originaria, acquistò anche nuove funzioni dettate dal cambiamento della situazione economica nella città.

Il cambiamento radicale dell'economia romana, ossia il passaggio da una società prettamente rurale basata sull'agricoltura e sull'allevamento di bestiame ad una che ormai pratica proficuamente il commercio via mare e via terra con le popolazioni conquistate e non, giustifica la nuova possibilità di prevedere gli interessi. Come si sa, in origine, il contratto di mutuo era gratuito. Infatti, il mutuatario inadempiente veniva punito, in un primo momento, tramite *l'actio sacramenti in personam* (dove il mutuante chiedeva al mutuatario se si riconoscesse come obbligato all'obbligo di restituire il *tantundem*. In caso avesse negato, l'attore lo sfidava ad un *sacramentum*. Chi perdeva, era tenuto a versare una somma di denaro) e, in un secondo momento, con *la legis actio per conditionem*, azione formulare di stretto diritto, volta soltanto alla restituzione di quanto consegnato.

La giurisprudenza romana, perciò, si impegnò fortemente a trovare una base giuridica per la previsione di interessi nel contratto. Comunque, nel mutato contesto socioeconomico romano, il contratto ruotava ancora intorno alla *fides* tra mutuante e mutuatario e lo schema della realtà del contratto non venne assolutamente messo in discussione, anche se alcune fonti giurisprudenziali vennero attraversate da un tentativo di valorizzare il consenso come elemento essenziale del contratto³⁸. La dottrina è comunque spaccata in due: c'è chi non considera l'accordo fatto essenziale, o al limite lo considera come "implicito" alla *traditio*, e poi chi invece ha provato ad attribuirgli una certa rilevanza.

³⁸ Si veda *infra*: *Ca 1. Par 5*.

2.1.1 Etimologia del termine *mutuum*

Come abbiamo già potuto notare dalla definizione di mutuo, l'elemento centrale del contratto in esame è la *traditio rei*, cioè la consegna di una certa quantità di cose fungibili. A conferma di ciò, è utile soffermarsi sull'etimologia, fornitaci da Gaio³⁹, della parola latina *mutuum*, che, a detta del giurista, deriverebbe da “*ex meum tuum fiat*”. Ci sono anche opinioni dissenzienti in merito, secondo le quali l'etimo fosse utile solo fini mnemonici o didattici ritenendo improbabile la spiegazione data dai giuristi romani⁴⁰. Varrone, invece, riconduce il sostantivo *mutuum* al verbo *moitòn* greco, che significa “cambiare”, probabilmente ponendo in risalto il fatto che la *res* consegnata cambia proprietario.

Gaio, nelle sue *Institutiones*, riferendo il mutuo alle *obligationes re contractae*, afferma che “*mutuum appellatum est qui ita tibi a me datum est, ex meo tuum fit*”. Si può immediatamente notare come l'assonanza tra la parola *mutuum* e “*meum tuum fit*” sia centrale.

In età severiana, il giurista Paolo ha probabilmente attinto dalle *Institutiones* di Gaio, come dimostra la grande somiglianza tra la spiegazione data dal primo e la citazione paolina nei Digesta di Giustiniano.

³⁹ Gai. 3.90

⁴⁰ A. LOVATO, S. PULIATTI, L. SOLIDORO, *Diritto privato romano*, Torino 2017, cit., p. 476

2.2.2 Gli elementi fondamentali del contratto di mutuo: definizione di Gaio.

Le fonti romane conservano alcune definizioni del contratto di mutuo. Analizzerò, tra le tante, quella del giurista Gaio, tratta dalle sue *Instituciones*.

Gai 3. 90: La dazione di mutuo riguarda propriamente quelle cose che sono misurabili per numero, misura, come il denaro contante, il vino, l'olio, frumento, il rame, l'argento e l'oro. Diamo queste cose contandole, pesandole o misurandole, affinché diventino di chi le riceve, e in seguito ci vengano restituite, non le stesse, ma cose della stessa natura. Per questo è chiamato mutuo, perché quel che ti è dato da me, diventa da mio tuo⁴¹.

Possiamo quindi, da questa definizione, individuare gli elementi fondamentali del contratto di mutuo: le *res* oggetto di mutuo sono quelle “...*quae pondere numero mensura constant*” ovvero quelle cose che sono misurabili per numero, peso e misura (i moderni chiamano queste *res* “cosa fungibile”) e non avrebbe potuto essere diversamente, dato che il mutuo era il tipico contratto di consumo, per cui le cose mutate dovevano *ob torto collo* essere soggette a perimento. Da questo non poteva che derivare il necessario effetto traslativo della proprietà della *traditio*, ossia della consegna della *res*, e non del trasferimento del mero possesso o detenzione, che non avrebbe permesso il consumo della stessa.

⁴¹ Gai. 3.90: *Mutui autem datio proprie in his rebus contingit quae pondere numero mensura constant, quali est pecunia numerata vinum oleum frumentum aes argentum aureum. Quas res aut numerando aut accipiendo aut metiendo aut pendendo in hoc damus, tu accipientium fiant et quandoque nobis non eadem, sed aliae eiusdem naturae reddantur. Unde etiam mutuum appellatum est, quia quod ita tibi a me datum est, ex meo tuum fiat.*

Il mutuo ha ad oggetto, dicevamo, le cose fungibili. L'elenco che Gaio fornisce è da considerarsi meramente esemplificativo: ne possiamo dedurre che ogni *res* che può essere, contata, numerata o pesata possa costituire oggetto del contratto (e solo dopo che queste attività venissero portate a compimento).

L'espressione "Diamo queste cose pesandole, contandole o misurandole affinché diventino di chi le riceve e ci vengono poi restituite" è sintomatica del fatto che il creditore vuole che la proprietà della *res* sia trasferita. Questo elemento distinguerebbe in maniera netta il contratto di mutuo da quello di deposito che, pur potendo avere ad oggetto cose fungibili, non consente il trasferimento della proprietà della *res*⁴².

2.2.3 Effetto traslativo della proprietà: la *traditio*.

Vediamo adesso in cosa consisteva formalmente la *traditio*. Essa era la forma più semplice di trasferimento del possesso, in quanto consisteva nella mera consegna del bene; la stessa, tuttavia, come nel caso della *datio mutui*, se accompagnata da *iusta causa et animus dominium transferendi*, era idonea a trasferire la piena proprietà per le *res nec mancipi*. La *iuxta causa traditionis*, ovvero un motivo giuridicamente valido per trasmettere la proprietà del bene la si poteva trovare in un interesse giuridicamente tutelato (*solvendi causa*) oppure in un interesse relativo ad una situazione di fatto (*fidei causa*).

In età arcaica era indispensabile la materiale consegna del bene, poi, fu sufficiente anche la *traditio symbolica*.

⁴² MARIA VITTORIA BRAMANTE, *Il mutuum nell'esperienza giuridica romana. Linee di studio, profili interpretativi e prassi*, p. 20

In seguito, a partire dall'età classica, si ammise la validità delle seguenti forme che presupponevano solo l'espressione del consenso in occasione del contratto posto in essere o del fatto giuridico che le giustificava:

1. *Traditio brevi manu*: consistente nella trasformazione dello stato soggettivo, per cui chi aveva posseduto la cosa a titolo di pegno, per esempio, avendo mutato l'*animus*, cominciava a possederla a titolo di proprietà;

2. *Traditio longa manu*: che consiste nel mostrare la cosa da lontano (ad esempio, mediante l'indicazione dei confini e dunque l'estensione di un terreno da un'altra altura nelle vicinanze);

3. *Constitutum possessorium*: era l'inverso della *traditio brevi manu*, chi aveva posseduto da proprietario, trasferendo la cosa ne rimaneva locatario, usufruttuario etc.

4. *In incertam personam* (caso di volontà): nonostante mancasse il destinatario della cosa, c'era in ogni caso la volontà di trasferire la stessa a chiunque diventasse proprietario

In epoca imperiale si affermò, invece, il principio per cui la *traditio* doveva essere accompagnata da una *scriptura* e si sostenne che soltanto questa trasferisse la proprietà: nacque così l'esigenza della *scriptura ad substantiam*.

I giuristi romani hanno sempre messo in evidenza l'elemento delle *res fungibiles* ai fini della costituzione del vincolo obbligatorio.

La *datio mutui* avveniva mediante la *traditio brevi manu*. Essa determinava il passaggio del dominio civilistico senza la necessità di particolare formalità poiché, essendo le cose fungibili facilmente sostituibili e consumabili, erano considerate *res nec mancipi*, per cui non si necessitava dell'istituto della *mancipatio* per trasferire la proprietà della res.

Ovviamente, affinché si realizzasse l'effetto traslativo, era necessario che il *tradens* avesse il *dominium* sulle *res*. La *iuxta causa traditionis* in merito al mutuo, la possiamo trovare nell'*animus credendi*, caratterizzato, in un primo momento, da una sorta di rapporto di solidarietà tra appartenenti alla stessa comunità, dove i più abbienti, mossi dal sentimento di appartenenza ad essa, finanziavano i meno abbienti e, in un secondo momento, dalla volontà di finanziare un determinato soggetto a fini, sostanzialmente, di lucro, tramite, come si vedrà in seguito, la *stipulatio usurarum*.

2.2.4. Effetto obbligatorio del mutuo

Gaio, per quanto riguarda il mutuo, intende sottolineare che l'obbligazione si costituisce *rei causa*, ovvero l'obbligazione nasce soltanto grazie al trasferimento di proprietà della *res*.

Infine, l'elemento volitivo del contratto sembra, fondare la stessa obbligazione di restituzione. Dando un'occhiata alla definizione fornita da Gaio, il giurista afferma che “diamo queste cose affinché tu le riceva (effetto traslativo della proprietà) e affinché le restituisca (effetto obbligatorio)”. Ovviamente il vincolo obbligatorio è riferito anche alla dazione (come si potrebbe essere costretti a restituire qualcosa senza prima averla ricevuta?), però sembra che il suo fondamento possa essere anche ricercato nella “*causa credendi*” e quindi, in ciò che hanno spinto i contraenti a contrarre un mutuo e perciò nella loro volontà di vincolarsi. Insomma, la *traditio rei* potrebbe essere vista come un “mezzo per raggiungere lo scopo”.

Oltre che fondare l'effetto traslativo della proprietà, la circostanza per cui le *res* oggetto di mutuo potessero essere consumate o distrutte fonda anche l'effetto obbligatorio che, ricordiamo, consiste nell'obbligo di restituzione, in capo al

mutuatario, del *tantundem eiusdem generis et qualitatis*, ossia della “stessa quantità di e qualità della cosa ricevuta”⁴³

2.2.5 Adempimento dell’obbligo di restituzione da parte dell’accipens

Per quanto riguarda l’adempimento, Gaio tratta del tempo e del modo in cui esso deve avvenire: riguardo al tempo, il giurista non è molto preciso; infatti, si limita ad indicarci che la restituzione debba avvenire “in seguito” alla consegna. In linea di fatto, questo dato legittimerebbe il mutuante a richiedere immediatamente la restituzione della *res* se si interpretasse l’avverbio come “a causa della consegna”. Questa soluzione però sembra insoddisfacente: allora bisogna considerare la presenza della *causa credendi*, ovvero dello scopo sociale per cui è stato contratto il mutuo. Realizzatasi la *causa*, quindi, scatta l’obbligo in capo al debitore di restituire la *res*. Sulla modalità di adempimento, Gaio ci indica esclusivamente, che il mutuatario deve riconsegnare “non le stesse cose, ma la stessa qualità e quantità di cose”. Per cui è facile rilevare come le *res restituae* debbano essere dello stesso peso, se si tratta di oro, argento... della stessa misura se si tratta di vino, olio etc.

In età decemvirale, invece, l’adempimento di un’obbligazione (anche di quella derivante dal mutuo) veniva garantita dal *nexum*: il *nexus* era infatti la persona che garantiva l’adempimento con il proprio corpo e la propria prestazione lavorativa. L’atto costitutivo del *nexum*, la *nexi datio*, era atto solenne che, probabilmente, era adatto a formalizzare alcune operazioni di mutuo. Il diritto del creditore si estingueva con la *solutio per aes et libram*, probabilmente coincidente con il pagamento della somma per cui lui stesso garantiva⁴⁴.

⁴³ Sia per l’effetto traslativo della proprietà sia per l’effetto obbligatorio, cfr: A. LOVATO, S. PULIATTI, L. SOLIDORO, *Diritto privato romano*, Torino 2017, cit., p. 477

⁴⁴ Cfr. A. LOVATO, S. PULIATTI, L. SOLIDORO, *Diritto privato romano*, Torino 2017 cit., p. 476

In età giustiniana, la commissione incaricata dall'Imperatore, come vedremo tra breve, pur dovendo presentare un'opera che avrebbe sostituito quella gaiana nell'insegnamento, attinse quasi a piè pari dal giurista antoniniano.

Vediamo, dunque, il testo presente delle *Institutiones* di Giustiniano:

“Re obligatio venuti mutui datione. Mutui autem datio consistit in his rebus, que pondere mensura numero constant, veluti vino oleo frumento pecuniaria numerata aere argento aur, quas res aut numerando aut metiendo aut pendendo in hoc damus, tu accipientium fiant et quandoque nobis non eadem res, sed aliae eiusdem naturae et qualitatis reddantur: unde etiam mutuum appellatum est, qui ita a me tibi datur, ut ex meo tuum fiat...”

I passi di Gaio e di Giustiniano sono sostanzialmente identici; ciò che in Giustiniano viene però specificata in maniera più precisa è la natura delle cose da restituire (*“non eadem res, sed aliae eiusdem naturae et qualitatis reddantur”*).

Come abbiamo potuto constatare, già in età antoniniana, i giuristi avevano molto chiara la collocazione del contratto di mutuo nell'ambito delle *obligationes re contractae*. Anche per quanto riguarda il frammento delle *Institutiones* di Giustiniano sopraggiunge l'elemento volitivo, che, *causa credendi* fondata sul dovere sociale di ampliare la disponibilità di risorse economiche di un soggetto che versa in uno stato di necessità a provvedere ai bisogni della vita quotidiana, trasferiva la proprietà della *res* e faceva sorgere, in capo all'*accipens*, l'obbligazione di restituzione del *tantundem eiusdem generis et qualitatis*. Rimane comunque ferma l'importanza assoluta della *datio mutui*, anche se i profili volitivi assunsero sempre maggiore importanza.

Questi due frammenti, quindi, ci dimostrano come senza dazione non vi sarebbe alcuna obbligazione. Dal confronto degli stessi, in aggiunta possiamo notare come nella ossatura del contratto di mutuo vi sia certamente un accordo fra le parti ma che tale volontà rilevi solamente come presupposto del rapporto di vincolo, essendo necessaria la *traditio* della *res* per perfezionarlo.

È importante notare come in nessuno dei due frammenti venga menzionata la gratuità de contratto di mutuo, perché superfluo sarebbe stato evidenziarlo. Benché sostanzialmente gratuito, divenne prassi la costituzione di interessi mediante la stipulazione di separato contratto, la *stipulatio usurarum* o anche talvolta mediante un *pactum*, come attestano alcune tavolette cerate scoperte a *Londinium*.

Alla luce di tutto ciò che si è detto, si potrebbe azzardare una definizione più organica del contratto di mutuo: il *mutuum* è un contratto reale, in quanto il vincolo si costituisce per mezzo della dazione della *res* (atto obbligante), a formazione unilaterale, poiché alla consegna consegue solamente l'obbligo di restituzione in capo al mutuo mutuante, ad effetti sostanzialmente obbligatori poiché, come visto, è fonte di obbligazioni della *res tradita*.

2.2.6 La sostanziale gratuità del mutuo e il suo aggiramento

Come già anticipato, l'obbligazione del mutuatario era circoscritta nei limiti della *res* ricevuta. Perciò, in caso di mutuo di denaro, erano illeciti sia gli accordi riguardanti la restituzione di una somma maggiore a quella pattuita, sia una convenzione di interessi. Si potrebbe affermare che il mutuo era un contratto “naturalmente gratuito”, sia per ragioni tecnico-giuridiche che per ragioni “eticomorali”. Infatti, il debitore inadempiente, come sottolineato in precedenza, veniva in

origine sanzionato con *l'actio sacramenti in personam* e poi con la *legis actio per conditionem*, volte solamente alla restituzione della *res*.

Sembrano però di gran lunga possibili spiegazioni più sociologiche della sostanziale gratuità del mutuo. L'istituto del prestito, in età arcaica, si sviluppò nell'ambito dei rapporti amicali (fondati sulla *fides* tra appartenenti alla stessa comunità); era usuale, infatti, che i vari *patres familias* si prestassero a vicenda beni di consumo senza poi pretendere che, oltre alla corresponsione del *tantundem eiusdem generis et qualitatis*, venisse anche corrisposto un *quid pluris*. Come già anticipato in precedenza, Roma, all'incirca dopo la vittoria su Cartagine, conobbe un periodo di notevole espansione territoriale e, di conseguenza aumentarono anche gli scambi commerciali con altri popoli. Per questo motivo, la funzione del mutuo, da contratto di prestito per così dire "di fiducia" divenne anche uno strumento finanziario molto utilizzato dalle famiglie ricche e potenti per prestare denaro. Ne deriva quindi che il contratto di mutuo iniziò ad essere utilizzato in funzione diversa da quella per cui nacque, mantenendo, comunque anche la funzione di contratto di consumo.

Principalmente a causa della espansione economica, quindi, la gratuità sotto il profilo sostanziale viene meno, non essendo corrispondente alla logica degli affari la mancata previsione di un *quid pluris* quando, per esempio, l'oggetto del contratto è il prestito di una somma di denaro.

Il problema che adesso ci si deve porre è come prevedere le *usurae*; la scienza giuridica romana aveva individuato una serie di espedienti per prevedere il pagamento degli interessi.

«La nozione di interesse e il calcolo degli stessi affondano le loro radici in età agropastorale, dove si sviluppò un'attenta valutazione della moltiplicazione delle sementi e dei capi di bestiame da lavoro nell'arco di tempo intercorso tra il prestito

del mutuante e la restituzione delle cose fungibili ricevute dal mutuatario»⁴⁵. Sulla base dei tempi di germogliatura delle piante e della produzione di latte, si sviluppò la prassi che, decorso un anno, il mutuatario dovesse restituire almeno il doppio di quanto ricevuto.

2.2.7. La *stipulatio usurarum*

Grazie all'espedito escogitato dalla giurisprudenza, i mutuanti potevano esigere legalmente gli interessi, se, all'atto della *datio rei*, con apposita e separata *stipulatio*, avessero concordato il pagamento degli stessi.

La *stipulatio* era un contratto verbale, concluso tramite la pronuncia di parole solenni, per cui il promittente si impegnava nei confronti dello stipulante che lo interrogava, a compiere una prestazione avente qualsivoglia contenuto (es. lo stipulante domandava: "Prometti di darmi 100?" e il promittente rispondeva: "prometto."). Domanda e risposta dovevano essere contestuali, per cui era necessaria la simultanea presenza delle parti.

Quindi, per la previsione degli interessi, si è previsto l'utilizzo di un separato contratto, nella specie un contratto verbale. Questo fatto, come dimostreranno le fonti che di seguito verranno richiamate, ha portato una serie di problemi in ordine a vicende particolari del rapporto obbligatorio: bisogna considerarli due contratti separati, e quindi due rapporti obbligatori diversi -una *obligatio re contracta* e una *obligatio verbis*, per intenderci- oppure la *stipulatio* realizza una novazione del rapporto, per cui tutto andrebbe ricondotto sotto la categoria della *obligatio verbis*?

⁴⁵ Cfr. A. SACCOCCIO, *il mutuo nel sistema giuridico romanistico. Profili di consuetudine nel mutuo reale*, Torino 2020.; A. LOVATO, S. PULIATTI, L. SOLIDORO, *Diritto privato romano*, Torino 2017 cit., p. 478

Per provare a dare una risposta al problema, bisogna a questo punto citare due frammenti, uno del giurista Pomponio e l'altro di Ulpiano, entrambi contenuti nei *Digesta* di Giustiniano.

D. 46.2.7, Pomp, 24: *Cum enim pecunia mutua data stipulamur, non puto obligationem numerationem nasci et deinde eam stipulationem novari, quia id agitur ut sola stipulatio teneat, et magis implenda stipulationis gratia numeratio intellegenda est fieri.*

Pomponio, dunque, ritiene che, essendo stata promessa la restituzione del denaro dato a prestito, l'obbligazione non nasca dalla *numeratio*, ma dal fatto che l'obbligazione reale sorta con il contratto di mutuo sia novata dalla *stipulatio*; in altre parole si dovrebbe ritenere che sia novato l'oggetto del contratto, che passava dall'essere il *tantundem eiusdem generis et qualitatis* a quello della *stipulatio*.

D. 46.2.2, Ulp, 48: *Omnes res transigi in novationem possunt: quodcumque enim sive verbis contractum est sive non verbis, novari potest et transire in verborum obligationem ex quacumque obligatione; dummodo sciamus novationem ita demum fieri, si hoc agatur, ut novetur obligatio: ceterum, si non hoc agatur, duae erunt obligationes*⁴⁶.

Ulpiano afferma, in maniera leggermente diversa, lo stesso concetto di Pomponio: essendo stata promessa la restituzione del mutuo con una *stipulatio*

⁴⁶ Tutte le operazioni possono essere trattate in una nuova versione: perché tutto ciò che è contratto a parole o non a parole, può essere modificato e trasformato in un obbligo verbale da qualsiasi obbligo; a condizione che si sappia che la ristrutturazione avverrà solo, se questo è il caso, che si rinnova l'obbligo; tuttavia, in caso contrario, ci saranno due obblighi”

avvenuta subito dopo la *datio*, nasce un unico contratto (ovviamente verbale). Però, Ulpiano aggiunge un dato temporale di enorme importanza: secondo il giurista, la novazione del rapporto avviene anche se la promessa viene data prima che avvenga materialmente la *traditio*, ovvero il conteggio del denaro prestato.

Però, secondo Ulpiano, l'elemento che fa sì che avvenga la novazione è un altro, ovvero l'*animus novandi*, che si tratta della consapevolezza che mettere ad oggetto della *stipulatio* la prestazione derivante da un'altra obbligazione è tale da realizzare l'effetto novatorio.

Da questo passo vediamo che ogni tipo di obbligazione reale può essere novato in un'obbligazione verbale. È necessario però, perché si novi il rapporto, che vi sia l'*animus novandi* ("*sciamus... ut novetur obligatio*"); in caso contrario, se ad un'obbligazione di qualsiasi tipo segue una *stipulatio*, le obbligazioni saranno due (*ceterum... duae erunt obligationes*).

La soluzione del problema aveva sicuramente ampi risvolti pratici: basti pensare al fatto che, sotto il profilo processuale, ammettere che la novazione del rapporto e la conseguente ammissione che *l'obligatio* fosse *verbis contracta* significava semplificare l'onere probatorio e la possibilità, esclusiva per questa tipologia di *obligationes*, di garantirle con la *sponsio* e la *fidepromissio*.

Si potrebbe però anche ammettere che i due contratti debbano rimanere separati. Le conseguenze pratiche che sarebbero derivate da un'affermazione del genere erano soprattutto che le tutele previste per i due contratti sarebbero state diverse, poiché il mutuo era tutelabile con *l'actio certae creditae pecuniae*, mentre la *stipulatio* con *l'actio ex stipulatu*.

2.2.8. *Le eccezioni al principio di sostanziale gratuità del mutuo*

Nella esperienza giuridica romana, tuttavia, erano presenti alcune fattispecie determinate in ordine alle quali il prestito a titolo oneroso era ammesso: il mutuante non aveva bisogno della *stipulatio usurarum* per pretenderne la corresponsione.

Le fattispecie erano:

- a) Il prestito marittimo (*foenus nauticum*, anche denominato *pecunia traiectica*, poiché il denaro veniva trasportato oltremare);
- b) I mutui erogati dalle città;
- c) I mutui di derrate alimentari, a seguito di un *rescriptum* di Alessandro Severo risalente al 223 d. C

Concentrerò la mia attenzione sul *foenus nauticum* e sul mutuo di derrata alimentare nel successivo paragrafo, visto l'importante risonanza che hanno avuto nelle costruzioni giuridiche moderne.

2.2.9 Il *foenus nauticum* e il mutuo di derrate alimentari.

Il *foenus nauticum* fu ripreso in buona misura dalle tradizioni del commercio marittimo nel bacino del Mediterraneo e specialmente dal prestito marittimo già in uso presso i Greci (*nautikòn dâneion*). I Romani recepirono l'istituto non senza modificarlo: probabilmente, l'adozione del *foenus nauticum* si deve ad un editto pretorio⁴⁷.

Nel I sec. a.C. il suo utilizzo si era stabilizzato: veniva utilizzato per finanziare operazioni di commercio oltremare. Più precisamente, il prestito

⁴⁷ Si veda: A. LOVATO, S. PULIATTI, L. SOLIDORO, *Diritto privato romano*, Torino 2017, p. 481

marittimo consisteva nell'affidare una somma di denaro ad un capitano di nave o ad un commerciante, per far sì che la utilizzasse nei territori dove si sarebbe diretto per acquistare materiale utile alla navigazione.

Visti i pericoli comunque esistenti nel commercio via mare, come naufragi e assalti dei pirati, il mutuante si assumeva il rischio (*periculum*). La restituzione del capitale e il pagamento degli interessi erano quindi collegati all'esito della navigazione: se la nave avesse attraccato in porto, il mutuatario sarebbe stato tenuto alla restituzione del capitale e al pagamento degli interessi; se questo non fosse successo, l'obbligazione si sarebbe estinta. In considerazione dell'alto pericolo a cui si sottoponeva il mutuante, si ritenne giusto svincolarlo dai limiti legali posti sugli interessi.

Evidente la connessione con il moderno contratto aleatorio e con il contratto di assicurazione contro i danni ⁴⁸.

Per comprendere al meglio il mutuo di derrate alimentari bisogna, invece, tenere presente ciò che si è detto prima sullo sviluppo dell'economia romana. Il passaggio da un'economia di tipo agro-pastorale finalizzata all'autoconsumo ad un'economia – se così si può dire – di mercato, gioca un ruolo cruciale nella comprensione a livello sostanziale di questa tipologia di mutuo.

Finora si è supposto che il mutuo nell'esperienza giuridica avesse come oggetto solamente la *pecunia*; sicuramente il denaro rappresentava un mutuo caratteristico, ma non l'unico. Anche i beni alimentari costituiscono «una costante di tutte le epoche dell'esperienza giuridica romana»⁴⁹. Tutto questo sarebbe confermato, inoltre, da un dato linguistico: il termine “*pecunia*”, che sappiamo significare “denaro”, deriva da “*pecus*” che vuol dire “pecora”; i ricchi, in età

⁴⁸ Cfr. A.LOVATO, S. PULIATTI, L. SOLIDORO, *Diritto privato romano*, Torino 2017, p. 482.

⁴⁹ F. FASOLINO, *Profili giuridici del mutuo di derrate*, in TSDP XII, 2019, p. 8

arcaica, erano considerati coloro che possedevano del bestiame, oltre che del denaro. Anche Cicerone, nel *de re publica*, ricorda che presso gli antichi, una sanzione tipica era la consegna di bestiame, come ovini e bovini.

Si aggiunga che gli studiosi suppongono che la moneta sia entrata nell'economia romana non oltre il IV secolo a. C. dopo le prime conquiste militari e il conseguente implemento della disponibilità dei metalli, tra cui il bronzo, con cui si forgiava il denaro. Anche gli stessi giuristi, come Gaio, attestano la perdurante produzione di atti per il prestito di derrate alimentari (si pensi alla stessa definizione di Gaio dove si richiama appunto l'olio, il frumento e il vino).

Ad ulteriore riprova del fatto che –anche in età tardo classica- il mutuo di derrate era presente nella prassi stava il fatto che l'istituto fu dettagliatamente disciplinato dalla legislazione imperiale che si concentrò maggiormente sulla disciplina delle *usurae*, istituto che esponeva il debitore all'azione creditoria in maniera maggiore rispetto al semplice contratto di mutuo. Ci è pervenuta una *constitutio* di Alessandro Severo che qui si riporta:

*Cl. 4.32.11(12): Alex. A. Aurelio Tyranno: Frumenti vel hordei mutuo dati accessio etiam ex nudo pacto praestanda est. * Alex. A. **

Il mutuo di derrate ha quindi in comune con il *foenus nauticum* questa caratteristica: si potevano prevedere “naturalmente” le *usurae*.

Quanto appena affermato, inoltre, costituiva un'espressa eccezione alla gratuità del mutuo, che trovava in Paolo una generale espressione⁵⁰, già comunque elusa, come visto in precedenza grazie alla *stipulatio*. Bisogna però ricordare che

⁵⁰ 29 Paul. 3 ad ed. D.2.14.17 pr.: *Si tibi decem dem et paciscar, ut viginti mihi debeantur, non nascitur obligatio ultra decem: re enim non potest obligatio contrahi, nisi quatenus datum sit.*

l'obbligazione che sorgeva dal contratto a detta di molti studiosi era però un *obligatio naturalis*⁵¹, la quale non prevedeva alcuna azione in favore del creditore per riscuotere il suo credito; questa regola è confermata anche da Paolo in un frammento a noi pervenuto:

P.S. 2.14.1: *Si pactum nullum de praestandis usuriis interpositum sit, nullus est momenti; ex nudo enim pacto inter cives Romanos actio non nascitur.*

Bisogna adesso chiedersi come mai il mutuo di derrate alimentari godeva di una disciplina specifica per quanto concerne la previsione degli interessi. In questo ambito, ci soccorre una costituzione dell'imperatore Diocleziano:

Diocl. et Maxim. AA. et CC. Iasoni: "*Oleo quidem vel quibuscumque fructibus mutuo datis incerti pretii ratio additamenta usurarum eiusdem materiae suasit admitti.*"

La possibilità per le parti di prevedere interessi maggiori rispetto al limite legale (che ricordiamo essere il 12% del valore reale) era giustificata dal rischio che incombeva sul creditore, data la incredibile volatilità dei prezzi dei beni alimentari; invero, in caso di un repentino aumento dei prezzi del bene oggetto del mutuo, risultava essere difficoltoso soprattutto l'adempimento dell'obbligazione del debitore.

⁵¹ 30 Ulp. 43 ad Sab. D. 46.3.5.2: «*Imperator Antoninus cum divo patre suo rescripsit, cum distractis pignoribus creditor pecuniam redigit: si sint usurae debitae et aliae indebitae, quod solvitur in usuras, ad utramque causam usurarum tam debitarum quam indebitarum pertinere: puta quaedam earum ex stipulatione, quaedam ex pacto naturaliter debebantur.*»

Infine, l'imperatore Giustiniano intervenne sulla disciplina del mutuo di derrata, soprattutto per sistemarla e «conformarla, per quanto possibile, ai dettami del credo cristiano»⁵². Vediamo il testo:

Imp. Constant(inus) A. ad Dracilianum Agentem Vices P(raefectorum) P(raetori)o. Quicumque fruges humidias vel arentes indigentibus mutuas dederint, usurae nomine tertiam partem superfluum consequantur, id est ut, si summa crediti in duobus modiis fuerit, tertium modium amplius consequantur. Quod si conventus creditor propter commodum usurarum debitum recuperare noluerit, non solum usuris, sed etiam debiti quantitate privandus est. Quae lex ad solas pertinet fruges: nam pro pecunia ultra singulas centesimas creditor vetatur accipere.

Il provvedimento di Giustiniano modificò di gran lunga la situazione: Per la generalità delle operazioni commerciali, gli *illustres* (modo in cui venivano chiamati i senatori sotto Giustiniano) non potevano imporre un tasso maggiore del 4%, mentre banchieri e commercianti vari potevano imporre un tasso di interesse fino all'8%. Per il prestito marittimo e quello di derrate alimentari, invece, il tasso previsto era quello del 12%. Per qualsiasi operazione commerciale, comunque, viene impedito ai creditori di imporre tassi superiori alle soglie stabilite, pena la nullità del patto e la impossibilità di esperire azione a tutela del proprio credito.

⁵²F. FASOLINO, *profili giuridici del mutuo di derrate*, in *TSDP XII*, 2019, p. 27

Capitolo 3: Il comodato e il deposito: *obligationes re contractae* senza trasferimento di proprietà della *res*

3.1 Il comodato

Nelle *Res cottidianae* gaiane e nelle *Institutiones* di Giustiniano, tra le *obligationes re contractae*, venne inserito anche il comodato.

Nel contratto di comodato, il comodante consegnava al comodatario una *res corporalis* e infungibile, mobile od immobile, affinché lui stesso la usasse a titolo gratuito, restituendola poi al comodante.

Al contrario del mutuo e, come successivamente si vedrà, nel deposito, la *traditio rei* comportava il trasferimento della mera detenzione della *res*⁵³. L'obbligazione che sorgeva per il tramite della *datio rei* in capo al comodatario era dunque di tipo restitutorio.

Il contratto di comodato si sviluppò nell'ambito dello *ius honorarium* (in età arcaica, anche ai fini del prestito d'uso, si utilizzava la *fiducia cum amico*, che però, come già visto in precedenza, trasferiva la proprietà della *res*) ovvero «da quando il pretore inserì nell'editto un'*actio in factum* a tutela della consegna, poi evolutasi in un'*actio in ius ex fide bona*»⁵⁴.

L'oggetto del contratto dovevano essere *res corporales* (“che si possono toccare”) e *infungibiles* (che non si possono sostituire). Veniva, tuttavia, ammessa un'eccezione, definita dalla giurisprudenza romana come *commodatum ad pompam vel ostentationem*, una tipologia di *commodatum* che consisteva nel prestito di cose consumabili a scopo di esibizione⁵⁵ o di ostentazione.

⁵³ Si veda D.13.6.8 (Pomp. 5 ad Sab.): “Rei commodatae et possessionem et proprietatem retinemus”

⁵⁴ A. LOVATO, S. PULIATTI, L. SOLIDORO, *Diritto privato romano*, Torino 2017, p. 489; inoltre, a conferma di ciò, si veda il frammento presente in Gai 4.47.

⁵⁵ Sulla possibilità di stipulare un tale contratto si veda: D.13.6.3.6 (Ulp. 28 ad ed.): “Non potest commodari id quod usu consumitur, nisi forte ad pompam vel ostentationem quis accipiat”.

In linea generale, questo contratto veniva stipulato nell'interesse del comodatario, che può usare la cosa secondo la sua destinazione e i patti convenuti.

Un punto in comune con gli altri due contratti tipicamente ricondotti al *genus* delle *obligationes re contractae* è l'essenziale gratuità del comodato. *Quid iuris* nel caso in cui fosse stato previsto un compenso a vantaggio di colui che aveva interesse alla stipula del contratto? Secondo Ulpiano, il cui passo viene riportato dai *Digesta*, il contratto era da intendersi come se fosse una *locatio-conductio*⁵⁶.

Una volta stipulato il contratto, a la maggior parte degli obblighi sorgevano in capo al comodatario, il quale doveva utilizzare la cosa esclusivamente nei modi previsti dal contratto altrimenti avrebbe compiuto *furtum usus* (e il comodante avrebbe dunque potuto esperire l'*actio furti*) e sarebbe stato considerato responsabile per il perimento della cosa anche se intervenuto per caso fortuito⁵⁷ (ad esempio, se veniva comodato un edificio con lo scopo di organizzarci un festa, il comodatario non poteva poi utilizzarlo a scopo abitativo); inoltre, al termine del rapporto, doveva riconsegnare la stessa cosa ricevuta in comodato (si noti la differenza con il mutuo) e gli eventuali frutti maturati dall'utilizzo della cosa stessa⁵⁸. In caso di mancata restituzione della *res*, il comodante poteva esercitare l'*actio commodati directa*; inoltre, se il comodatario violava il suo dovere di *custodia*, da porre in essere con *exacta diligentia*, questi rispondeva sia dell'eventuale furto causato da un terzo (potendosi però poi rivalere con l'*actio furti* sul ladro), sia dell'eventuale perimento della *res* anche per caso fortuito nel caso in cui non avesse posto in essere tutto ciò che avrebbe potuto fare per salvaguardarne l'integrità.

⁵⁶ D. 13.6.5.12:” Rem tibi dedi, ut creditorum tuo pignori dares: dedisti: non repigneris, ut mihi reddas. Labeo ait commodati actionem locum habere, quod ego puto verum esse, nisi merces intervenit: tunc enim vel in factum vel ex locato conducto agendum erit [...]”.

⁵⁷ D. 13.6.18pr

⁵⁸ D. 13.6.13.1:” . Si quem quaestum fecit is qui experiendum quid accepit, veluti si iumenta fuerint eaque locata sint, id ipsum praestabit qui experiendum dedit: neque enim ante eam rem quaestui cuique esse oportet, priusquam periculo eius sit”.

Nel diritto Giustiniano prevalse però il criterio della *culpa in concreto*, richiedendosi al comodatario “la diligenza che ogni diligentissima persona impiega in ordine alle proprie cose”⁵⁹.

Nei rarissimi casi in cui il comodato veniva stipulato nell’interesse del comodante, la responsabilità era attenuata e limitata al dolo.

Gli obblighi in capo al comodante erano veramente minimi: oltre all’obbligo di rimborsare le spese sostenute per il mantenimento della *res* e gli eventuali danni subiti dal comodatario, il soggetto non era nemmeno tenuto a far godere della cosa per determinati periodi di tempo, potendo, in qualsiasi momento, chiedere la restituzione⁶⁰. Per porre un limite a questo evidente *favor* nei confronti del comodante, l’editto del pretore accordava al comodatario danneggiato un *iudicium contrarium*.

3.1.1 Tutela del comodato ed evoluzione storica

Come per il mutuo, la dottrina maggioritaria ritiene che il rapporto sorse all’interno dei contenti familiari ed amicali caratterizzato da note particolarmente solidaristiche. Per questa ragione, colui che avesse consegnato un *res* ad un terzo affinché questa venisse usata per poi vedersela restituita, avrebbe potuto ricorrere alla tutela apprestata alla *fiducia cum amico*.

Questa posizione, prevalente nella dottrina moderna, secondo Paolo Costa, in uno recente articolo, presenta, tuttavia, dei limiti: innanzitutto, l’istituto fiduciario veniva utilizzato per i beni di maggior pregio; inoltre, l’istituto trasferiva la proprietà

⁵⁹ La menzione si trova sempre in D. 13.6.18pr.

⁶⁰ D.39.5.32:” **Lucius Titius epistulam talem misit: "Ille illi salutem. Hospitio illo quamdiu volueris utaris superioribus diaetis omnibus gratuito, idque te ex voluntate mea facere hac epistula notum tibi facio": quaero an heredes eius habitatione eum prohibere possunt. Respondit secundum ea quae proponerentur, heredes eius posse mutare voluntatem**”.

del bene posto ad oggetto a tutela della parte fiduciante poiché questi ha lo scopo di mettere al sicuro i propri beni, cosa che non ha assolutamente nulla a che vedere con il prestito d'uso.

Un'altra suggestiva ipotesi riportata sempre da Paolo Costa è quella attribuita a Bernardo Albanese, il quale riteneva che il comodato trovasse tutela nella *legis actio per conditionem* estesa dalla *Lex Calpurnia* alle *omnes certae res*. La maggiore difficoltà ad ammettere questa tesi è riscontrabile nel fatto che l'azione di cui sopra tutelava situazioni in cui avveniva il trasferimento della proprietà, cosa che non avveniva nel comodato⁶¹. Per superare il problema, bisognerebbe per esempio ammettere che la *datio* traslativa non sia fondamentale per l'applicazione della *legis actio*.

3.2 Il problema della realtà nel contratto di comodato.

La trattazione del problema della realtà del contratto di comodato è stata di recente ripresa da Paolo Costa⁶² il quale prende in esame l'opera, edita nel 2018, di Adolfo Wegmann Stockebrand⁶³ che nega l'appartenenza del comodato alla categoria dei contratti reali.

Insomma, possiamo davvero affermare l'esistenza di quella categoria già nell'esperienza giuridica romana? Se sì, quali contratti vi rientrano?

Per Wegmann Stockebrand, la categoria dei contratti reali è stata introdotta soltanto nel Medioevo durante la vigenza del cd. *ius commune*: i giuristi romani di età classica ed imperiale conoscevano la categoria delle *obligationes re contractae*, ma vi facevano rientrare solamente il contratto di mutuo⁶⁴.

⁶¹ B. ALBANESE, *Per la storia del 'creditum'*, in "AUPA", XXXII, 1971, pp. 14 ss.

⁶² P. COSTA, "Rem commodare". *Realtà e contratti reali: prospettive ermeneutiche*, in RDR, XXI, 2021

⁶³ A. WEGMANN STOCKEBRAND, "Obligatio rei contracta", Tubingen, 2017

⁶⁴ Come sarebbe attestato dalle *Institutiones* di Gaio in Gai. 3.90-91. Si veda *infra*-Cap II. Inoltre, sia Costa che Stockebrand sono critici nei confronti della dottrina maggioritaria, la quale, probabilmente più a scopi didattici

Al contrario, come già ampiamente discusso precedentemente, si rinviene un'indicazione differente nelle *Res cottidiane*; in quest'opera vengono annoverati tra le *obligationes re contractae* anche il comodato, il deposito e il pegno, con la differenza (decisiva sia per Wegmann Stockebrand che per Costa) che soltanto con il mutuo avveniva il trasferimento della proprietà della cosa consegnata.

La prima ragione per cui lo studioso cileno non ritiene che la fattispecie in analisi debba essere annoverata nella categoria dei contratti reali risiede nel fatto che manca la “*datio rei*” traslativa della proprietà necessaria per il “*re contrahere*”: insomma, il mutamento della disponibilità della cosa nel rapporto di comodato sarebbe un mero fatto da cui non si può trarre alcuna conseguenza (tutto ciò, viene confermato dal fatto che l'eventuale giudizio è una valutazione sulla buona fede dei contraenti).

Le suddette opinioni sono variamente sostenute anche da fonti di origine romana⁶⁵.

Bisogna adesso passare in rassegna le ulteriori motivazioni per cui non bisognerebbe considerare il comodato come un contratto reale:

1) Il deposito, il pegno e il comodato sarebbero contratti, mentre il mutuo, dato il fatto che dopo la conclusione del contratto non sorge alcuna obbligazione in capo al mutuante ⁶⁶, non lo sarebbe. Da ciò, l'assunto per cui, affinché esista un contratto, non è necessaria la dazione della cosa e quindi, il trasferimento della proprietà;

che sistematici, ammettono entro la categoria non solo il contratto di mutuo. In proposito, si veda: M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, pp.547 ss.; A. Guarino, *Diritto privato romano*, Napoli, 2001, pp. 855 ss.

⁶⁵ D. 44.7.1.3; Iust. Inst. 3.14 dove soltanto in relazione alla *datio mutui* si trova l'espressione “*re contrahitur obligatio*” e non per le altre fattispecie. Inoltre, in Inst. 3.91 di Gaio, il sintagma “*re obligari*” indicherebbe solo il passaggio di una cosa da un possessore ad un altro e non la costituzione di un vero e proprio rapporto contrattuale per il semplice tramite della cosa stessa.

⁶⁶ L'assunto per cui i contratti nel diritto romano sarebbe soltanto quelli che noi definiamo “sinallagmatici” la troviamo in D. 17.1.8.pr.

2) Alcuni argomenti di analisi linguistica confermerebbero la tesi avanzata: in due fonti ⁶⁷ si trova l'espressione "*re contrahitur obligatio*" soltanto in relazione al mutuo, mentre per il comodato si trova "*re obligari*" che non indicherebbero la conclusione di un contratto reale, ma soltanto l'oggetto dell'obbligazione restitutoria, come confermerebbe anche Gaio che utilizza lo stesso sintagma in relazione alla restituzione dell'indebito⁶⁸.

3) Secondo Stockebrand, l'obbligazione reale nel diritto romano era esclusivamente di tipo restitutorio e si tutelava tramite un *condictio*. Il contratto di comodato, invece, ad un certo punto della sua evoluzione storica, veniva tutelato tramite un giudizio di buona fede, assolutamente incompatibile con la tutela prevista per i contratti reali.

Per queste ragioni, sarebbe maggiormente opportuno ricondurre il contratto di comodato alla categoria dei contratti consensuali⁶⁹.

L'opinione dell'autore è sicuramente minoritaria, ma non isolata. Si ricorda, tra i tanti, un intervento di Carlo Augusto Cannata proprio contro la realtà del comodato⁷⁰: il contratto in epoca romana non sarebbe né più né meno che una *conventio*.

Soltanto il mutuo sarebbe un *actus* compiuto *re*, data la presenza indefettibile della *numeratio*. La consegna della cosa con effetto reale e quindi traslativa della proprietà congiunta alla causa in forma libera contenente lo specifico accordo sulla restituzione del *tantundem*, rivelerebbe, altresì, la natura della *obligatio re contracta*

⁶⁷ D. 44.7.1.3: "Is quoque, cui rem aliquam commodamus, re nobis obligatur, sed is de ea ipsa re quam acceperit restituenda tenetur"; Inst. 3.14.

⁶⁸ Inst. 3.91

⁶⁹ A. WEGMANN STOCKEBRAND, *Obligatio re contracta*, p. 220

⁷⁰ C. A. CANNATA, *la nozione di contratto nella giurisprudenza romana dell'epoca classica*, in "Autour du droit des contrats. Contributions du droit romain F. Wubbe", Gèneve, 2009, pp. 19 ss.

L'obbligazione restitutoria però non nasce dall'accordo, poiché esso non sarebbe sufficiente a fondare un'azione di tutela, ma piuttosto dal “*re obligari*”, ovvero dalla *numeratio*, in quanto, l'*accipens* vede accresciuto il suo patrimonio soltanto ad operazione conclusa. Nel comodato, quindi, non essendoci *numeratio*, non c'è “*re obligari*”.

Per completare il discorso è necessario richiamare il momento genetico del rapporto fra mutuante e mutuatario. Esso nasce con la “*datio rei*”; nel comodato, invece la “*datio rei*” non appartiene al momento genetico del rapporto, ma solamente alla sua fase esecutiva, quando il contratto è già perfetto.

Anche per Cannata, quindi, bisogna negare la natura reale del contratto di mutuo.

3.2.1 Gli argomenti a favore della realtà del comodato.

Come in precedenza rilevato, Paolo Costa⁷¹ propone una serie di argomenti volti a sostenere che il comodato rientri effettivamente nell'ambito della categoria dei contratti reali. Oltre ai passi di Gaio e Giustiniano, da me già esaminati, troviamo l'analisi puntuale di un testo di Ulpiano ove il giurista richiama il pensiero di Quinto Mucio Scevola:

D. 13.5.6.3: *Commodatum autem plerumque solam utilitatem continet eius cui commodatur, et ideo verior est Quinti Mucii sententia existimantis et culpam praestandam et diligentiam et, si forte res aestimata data sit, omne periculum praestandum ab eo, qui aestimationem se praestaturum recepit.*

⁷¹ P. COSTA, “*Rem commodare*”, *realità e contratti reali: prospettive ermeneutiche*, in RDR, XXI, 2021, P. 20 ss.

Ulpiano tratta qui delle responsabilità per custodia e per perimento o deterioramento della *res commodata*. L'autore richiama il frammento di Ulpiano perché a suo avviso farebbe emergere due dati importanti: il passo dimostrerebbe la conoscenza da parte di Quinto Mucio, giurista di età repubblicana dell'*actio comodati* e il fatto che il giurista aveva ben presente l'effetto non traslativo della proprietà della *datio* nel contratto di comodato.

Altre fonti romane confermerebbero l'ipotesi data⁷².

Dato ciò, non risulta errato ipotizzare che anche prima di Scevola il comodato, in quanto contratto molto utilizzato nella società, conoscesse una qualche tutela; ciò ancor più alla luce del fatto che il deposito conosceva una tutela processuale già al tempo delle XII Tavole.

Nel testo di Ulpiano si rivengono una condizionale – *si forte res aestimata data sit*- e un verbo – *recepit* – che lascerebbero intendere che il momento davvero centrale anche nel contratto di comodato sarebbe la *datio rei*, privata del suo carattere traslativo della proprietà, che renderebbe molto simili nello schema concettuale il contratto di comodato con quello di mutuo: dazione- ricezione- restituzione. Nei contratti reali lo schema si ripete il che renderebbe un contratto reale anche il comodato.

Costa, attraverso un confronto con le fonti⁷³, critica l'idea espressa da Stockebrand secondo la quale l'utilizzo del verbo “*dare*” sarebbe a-tecnico, improprio, poiché esso indicherebbe sempre il trasferimento della proprietà. Il “*dare rem*” costituisce quindi «l'esecuzione di un regolamento contrattuale consensuale

⁷² In proposito, si veda: D. 13.1.16 (Pomp. 38 Ad Quint. Muc.); D. 13.6.23 (Pomp. 21 Ad Quint. Muc.).

⁷³ Per esempio, si veda Gai. *Inst.* 143, 200.

(come vuole Cannata) o un momento necessario di perfezionamento del negozio?»⁷⁴

: già dal passo di Ulpiano appena richiamato, sembra risultare non tautologico affermare che se non vi è consegna della cosa, non vi è comodato.

3.3 Gratuità del comodato

Il discorso intorno alla gratuità del comodato non può prescindere e inoltre specificare il già affrontato tema della realtà del contratto di comodato. Le due caratteristiche sono, per Costa, l'una connessa all'altra e la realtà costituisce motivazione della gratuità.

L'autore si pone in contrasto con la tesi di Cannata vista in precedenza che, semplificando, vorrebbe ricondurre il comodato all'interno dell'alveo dei contratti consensuali rendendo la “*datio rei*” esecuzione del regolamento contrattuale.

Al fine di comprendere meglio le tesi qui avanzate, bisogna necessariamente prendere in esame alcuni profili di un contratto consensuale molto simile al comodato, ovvero la *locatio-conductio*⁷⁵; addirittura, in alcuni passi tratti dai *Digesta* di Giustiniano se ne tratta sincreticamente⁷⁶. Per Costa commette un errore chi, come Cannata, dà troppa risonanza agli usi linguistici, per quanto importanti, senza considerare la composizione dell'interesse delle parti che influisce drasticamente sul rapporto e sul suo momento genetico.

⁷⁴ P. COSTA, “*Rem commodare*”. *Realtà e contratti reali: prospettive ermeneutiche*, in RDR, XXI, 2021, cit. p. 25

⁷⁵ In questo capitolo ho già ricordato come il rapporto di comodato si novi in *locatio-conductio* nel caso in cui fosse stato previsto un compenso a carico del di chi avesse prestato al *res*.

⁷⁶ D. 13.6.5.15:” Si duobus vehiculum commodatum sit vel locatum simul, Celsus filius scribit "scripsit" libro sexto digestorum quaeri posse, utrum unusquisque eorum in solidum an pro parte teneatur. Et ait duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse: nec quemquam partis corporis dominum esse, sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere. Usus autem balinei quidem vel porticus vel campi uniuscuiusque in solidum esse (neque enim minus me uti, quod et alius uteretur): verum in vehiculo commodato vel locato pro parte quidem effectu me usum habere, quia non omnia loca vehiculi teneam. Sed esse verius ait et dolum et culpam et diligentiam et custodiam in totum me praestare debere: quare duo quodammodo rei habebuntur et, si alter conventus praestiterit, liberabit alterum et ambobus competit furti actio”.

Se si comparano i due rapporti appena citati, emerge subito il tratto che li rende l'uno il surrogato dell'altro e viceversa: la *locatio conductio* veniva stipula a titolo oneroso, il comodato era necessariamente gratuito. Nel primo rapporto, il locatore locava una *res* al locatario dietro compenso (obbligazioni bilaterali, in capo sia al locatore che al locatario) per cui, la composizione degli interessi delle parti era necessariamente differente da quella posta in essere nel comodato.

In proposito è utile esaminare un passo tratto dalle *Iustiniani Institutiones*:

Inst 3.14.2: *commodata autem res tunc proprie intellegitur, si nulla mercede accepta vel constituta res tibi utenda data est. alioquin mercede interveniente locatus tibi usus rei videtur: gratuitum enim debet esse commodatum.*

Nel testo riportato si afferma appunto che se non fosse stato pattuito un compenso per l'utilizzo della cosa allora ci si sarebbe trovati di fronte a una *res commodata*.

In ragione della necessaria gratuità del comodato, allora, possiamo chiederci quali siano gli interessi in gioco e soprattutto l'identificazione degli stessi in capo a quale soggetto. Pare superfluo affermare che l'interesse principale emergente dal rapporto è quello in capo al comodatario, ovvero l'utilizzo del bene. Ma cosa muove il comodante? Come abbiamo già avuto modo di apprezzare, si può ipotizzare che il movente, l'interesse del comodante sia il rapporto sociale, la *fides* tra il comodante e il comodatario. L'interesse che disciplina il contratto di comodato, come del resto la sua stessa origine hanno giocato un ruolo decisivo in merito alla necessaria gratuità del comodato (come, d'altronde, è accaduto nel mutuo).

Però, alla necessaria gratuità del contratto, si deve aggiungere un qualcosa che faccia inequivocabilmente intendere che entrambe le parti intendono obbligarsi

in quel modo: per il ricevente e anche per il comodante, questo *quid pluris* non può che essere la consegna della cosa. Quindi la gratuità del contratto pare essere un altro elemento che fa propendere per la realtà del contratto giacchè la consegna indica il solo momento in cui il rapporto può considerarsi sorto.

Se dovesse mancare la consegna, il rapporto dovrebbe considerarsi come inesistente.

3.4 Il rapporto di comodato secondo il giurista Paolo

Le linee ermeneutiche presentate fino ad esso sarebbero, secondo Costa⁷⁷, confermate da un frammento del giurista di età classica Paolo:

D. 13.6.17.3: *Sicut autem voluntatis et officii magis quam necessitatis est commodare, ita modum commodati finemque praescribere eius est qui beneficium tribuit. Cum autem id fecit, id est postquam commodavit, tunc finem praescribere et retro agere atque intempestive usum commodatae rei auferre non officium tantum impedit, sed et suscepta obligatio inter dandum accipiendumque. Geritur enim negotium invicem et ideo invicem propositae sunt actiones, ut appareat, quod principio beneficium ac nuda voluntatis fuerat, converti in mutuas praestationes actionesque civiles. Ut accidit in eo, qui absentis negotia gerere inchoavit: neque enim impune peritura deseret: suscepisset enim fortassis alius, si is non coepisset: voluntatis est enim suscipere mandatum, necessitatis consummare. Igitur si pugillares mihi commodasti, ut debitor mihi caveret, non recte facies importune repetendo: nam si negasses, vel emissem vel testes adhibuissem. Idemque est, si ad fulciendam insulam tigna commodasti, deinde protraxisti aut etiam sciens vitiosa*

⁷⁷ P. COSTA, "Rem commodare". *Realtà e contratti reali: prospettive ermeneutiche*, in RDR, XXI, 202, p. 48 ss.

commodaveris: adiuvari quippe nos, non decipi beneficio oportet. Ex quibus causis etiam contrarium iudicium utile esse dicendum est.

Dal passo emerge chiaramente la dimensione etica che caratterizza il rapporto di comodato, soprattutto in relazione al comodante, tenuto appunto da una sorta di vincolo etico a rispettare quanto pattuito: quanto affermato risulta chiaro dall'*incipit* del testo, ove il giurista afferma che dare qualcosa in comodato risponde più alla volontà di farlo o alla benevolenza che ad una qualsiasi necessità. Da ciò discende la possibilità in capo al comodante di stabilire la durata del contratto. Anche se comodare risponde ad un atto di libera volontà, ciò non significa che, una volta concluso il contratto, non sorgano obbligazioni; per questo motivo, una volta stabilita la durata e – il punto cruciale è questo- consegnata la *res* al comodatario, il comodante non può impedirne l'utilizzo. Ciò però non deriva propriamente dal dovere morale (nel testo latino: "*officium*") – dal quale, al massimo, potremmo far discendere il dovere di consegna- ma appunto dalla consegna della cosa. Anche dal passo paolino, quindi, sembrerebbe emergere ciò che Costa cerca di dimostrare: il centro nevralgico del comodato è la consegna e questo dato farebbe sì che questo tipo di rapporto debba essere considerato parte della categoria dei contratti reali. Secondo Costa, dunque, a «differenza di quanto scrive Cannata, si deve apprezzare come nel comodato la consegna non costituisca semplicemente l'elemento obbligante, nel senso ristretto di rappresentare l'elemento -supposto dallo schema negoziale- da cui deriva l'obbligazione restitutoria, ma sia l'elemento che induce il transito del rapporto dal piano del pregiuridico dei rapporti di cortesia, di benevolenza e anche degli impegni non giuridicizzati, al piano del diritto»⁷⁸.

⁷⁸ P. COSTA, "Rem commodare". *Realità e contratti reali: prospettive ermeneutiche*, in RDR, XXI, 2021 cit. p. 52

Un altro aspetto del frammento di Paolo non può essere ignorato. Infatti, il giurista severiano utilizza reiteratamente l'avverbio "*invicem*" che, oltre ad indicare la reciprocità dell'accordo raggiunto tra le parti, appare anche indicativo degli obblighi. Questa affermazione necessita di un ulteriore approfondimento: in dottrina, infatti, spesso si ritiene che il contratto di comodato appartenga alla categoria dei contratti bilaterali imperfetti. In virtù di quanto sopra detto sulla reciprocità delle obbligazioni, questa affermazione pare doversi rivedere. Vediamo innanzi tutto cosa si intende per bilateralità del contratto: una parte, maggioritaria, della dottrina⁷⁹ identifica il "contratto bilaterale" con il "contratto a prestazioni corrispettive" nel quale perciò le obbligazioni nascenti dal contratto sono interdipendenti; un'altra parte, invece, considera il "contratto sinallagmatico una *species* del *genus* "contratti bilaterali". Seguendo, come effettivamente ammette Costa, la seconda impostazione si può ritenere che esistano contratti bilaterali che, come conseguenza, diano vita ad obbligazioni che sono interdipendenti tra di loro.

⁷⁹ A. LOVATO, S. PULIATTI, L. SOLIDORO, *Diritto privato romano*, Torino 2017, p. 488 ss.

3.5 Il contratto di deposito

La denominazione *depositum*, secondo Ulpiano⁸⁰, deriva dal verbo *ponere*. Il giurista afferma che “Deposito è ciò che è stato dato a qualcuno affinché custodisca la cosa e viene detto così da ciò che viene posto (in latino, *ponitur*)”⁸¹; prosegue il frammento con una osservazione alquanto particolare sulla preposizione *de*: «la particella conferisce infatti maggiore intensità al termine *depositum* indicando tutto ciò che ha a che fare con la custodia è rimesso alla fides di chi la custodisce»⁸².

Da questo frammento tratto dal commento all’editto di Ulpiano possiamo inoltre estrapolare quella che noi definiremmo fattispecie tipica del deposito: il deponente deposita una *res* presso il depositario affinché costui la custodisca (a titolo gratuito) per poi restituirla alla scadenza del termine previsto, oppure a richiesta del deponente. Inoltre, il nostro giurista, nel citare l’etimologia della parola vuole sottolineare due aspetti: il primo, fondamentale, della necessaria realtà del contratto di mutuo; il secondo, di natura interpretativa, ovvero che la *fides* del depositario deve essere intesa come norma di comportamento che il depositario deve tenere e non come elemento necessario del contratto stesso.

Sempre dallo stesso frammento si evince che il contratto di deposito è un contratto bilaterale imperfetto. Infatti, gli obblighi che sorgono in capo al depositario avvenuta la consegna sono: custodire la *res* e riconsegnarla su richiesta del deponente o scaduto il termine pattuito. Ovviamente insieme alla *res* andavano pure restituiti i frutti, come afferma Ulpiano⁸³. In capo al depositario nasce altresì un’obbligazione

⁸⁰ D.16.3.1pr: “*Depositum est, quod custodiendum alicui datum est, dictum ex eo quod ponitur: praepositio enim de auget depositum, ut ostendam totum fidei eius commissum, quod ad custodiam rei pertinet*”.

⁸¹ Vd. Nota 85

⁸² Si vedano le due note precedenti. La traduzione del testo latino è presa da: F. SCOTTI, *Il deposito nel diritto romano*, Torino, 2008, p. 16

⁸³ D. 16.3.1.24: [...] *Et ideo et fructus in hanc actionem venire et omnem causam et partum dicendum est, ne nuda res veniat [...]*.

di non fare: non poteva, infatti, in nessun caso e ad alcun titolo utilizzare la *res* depositata. Qualora lo avesse fatto, il deponente aveva a disposizione due azioni: *actio furti* e *actio depositi*. Soltanto eventuali, invece, sono gli obblighi che nascono in capo al deponente: obbligo di risarcimento dei danni causati dalla cosa (ad esempio, se oggetto del contratto è un animale); rimborso delle spese eventualmente sostenute nell'adempimento del contratto.

Il contratto di deposito può avere ad oggetto soltanto cose infungibili; per questa ragione, la consegna delle cose comporta la trasmissione della mera detenzione e non il trasferimento della proprietà (come, ad esempio, avviene nel mutuo). Eccezionalmente può essere posto ad oggetto anche una cosa fungibile purché presenti una caratteristica in grado di poterlo distinguere dalle altre appartenenti alla specie (ad esempio, un cavallo con un particolare mantello pezzato⁸⁴) così da obbligare il depositario a restituire la stessa *species* e non il *tantudem eiusdem generis et qualitatis*.

Il rapporto di deposito, esattamente come il mutuo e comodato, è gratuito. Per meglio comprendere la gratuità del negozio riporto un esempio di Ulpiano⁸⁵:

D. 16.3.1.9: *Si quis servum custodiendum coniecerit forte in pristinum , si quidem merces intervenit custodiae, putoesse actionem adversus pristinarium ex conducto [...]*

Il giurista ritiene che se qualcuno regala uno schiavo da custodire e interviene una mercede per la custodia, contro il depositario potrà essere esperito *actio ex conducto*, poiché esso non sarà depositario, ma *conductor* in quanto per la custodia ha percepito una mercede, mentre il “falso deponente” dovrebbe essere *locator*,

⁸⁴ A. LOVATO, S. PULIATTI, L.SOLIDORO, *Diritto privato romano*, Torino 2017, p. 484

⁸⁵ D. 16.3.1.9: *Si quis servum custodiendum coniecerit forte in pristinum , si quidem merces intervenit custodiae, putoesse actionem adversus pristinarium ex conducto [...]*

ovvero colui che si impegna a pagare la custodia dello schiavo. Dall'esempio possiamo notare come, se fosse stato pattuito un compenso, il rapporto si sarebbe mutato in una *locatio-conductio*.

Da quanto fin qui detto emerge un dato fondamentale del rapporto di deposito: esso veniva stipulato nell'esclusivo interesse del deponente, in quanto il depositario non percepiva alcun emolumento se non eventualmente e per cause esterne al rapporto sostanziale. Per questa ragione si ritenne molto più equo ridurre la responsabilità del depositario: costui non era responsabile per il perimento della cosa dovuto a causa di forza maggiore o caso fortuito né rispondeva per il furto o danneggiamento perpetrato da terzi. Queste ipotesi sono tutte state formulate dalla giurisprudenza classica e confermate nelle istituzioni giustiniane. Il criterio adottato -si legge in Gaio⁸⁶ e successivamente in Ulpiano⁸⁷- fu quello della responsabilità per *dolo malo*, ossia se il depositario avesse tenuto una condotta volutamente intesa all'inadempimento o al perimento della cosa oppure in violazione della buona fede del depositante.

Ritengo utile riportare un esempio dalla prassi. Tratto per l'appunto da Ulpiano: il giurista ritiene, come Labeone, che se qualcuno leggesse le tavolette testamentarie depositate presso di lui, il deponente possa esperire *actio depositi*; inoltre, se lo facesse con l'intento di divulgarne il contenuto segreto, il deponente un'ulteriore azione a disposizione, ovvero *actio iniuriarum*. Francesca Scotti è lapidaria nell'affermare l'inadempimento del depositario: “ Benché il depositario renda eventualmente le tavole testamentarie a richiesta del deponente, si può dire che egli non ha comunque restituito”⁸⁸ e aggiunge, riguardo all'aggiunta di Ulpiano che

⁸⁶ Gai. 3.14:” [...] *Sed is ex eo solo tenetur, si quid dolo commiserit, culpaem autem nomine, id est desidiaem atque negligentiae, non tenetur[...]*”.

⁸⁷

⁸⁸F. SCOTTI, *Il deposito nel diritto romano*, Torino 2008, p. 42, nt. 191.

“in questo caso, il dolo specifico è inteso a violare dignitas del deponente”⁸⁹. Insomma, il depositario non risponde per *custodia* in senso tecnico, ovvero non risponde nel caso in cui il furto sia commesso da terzi. L’azione in questo caso spetta al deponente nei confronti del terzo, poiché, secondo Ulpiano, il depositario non ha un interesse concreto al che la cosa non venga rubata, mentre il deponente eccome⁹⁰.

La posizione del depositario mutò leggermente con Giustiniano, poiché egli estese la responsabilità alla cd. *culpa lata*, ovvero alla totale mancanza di qualsiasi elementare cautela⁹¹.

Il regime della responsabilità, comunque, non era inderogabile. Infatti, le parti potevano accordarsi tramite pattuizioni aggiunte riguardo alla maggiore responsabilità in capo al depositario che poteva estendersi fino alla *culpa levis* o addirittura al perimento della *res* per caso fortuito e forza maggiore. Il giudice doveva, nel decidere la causa, tenere conto di accordi sopravvenuti in merito.

La possibilità di stipulare suddetti accordi -e l’invalidità di accordi riduttivi della responsabilità per dolo- emerge da un passo del commentario all’editto di Ulpiano, contenuto nei Digesta di Giustiniano⁹²:

D. 16.3.1.6-7: *Si convenit, ut in deposito et culpa praestetur, rata est conventio: contractus enim legem et conventionem accipiunt. Illud non probabis, dolum non esse praestandum si convenerit: nam haec conventio contra bonam fidem contraque bonos mores est et ideo nec sequenda est.*

⁸⁹ Vd nt 93.

⁹⁰ Gai 4.1: *Sed is, apud quem res deposita est, custodiam non praestat, sed tantum 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 neco b id eius interest rem salvam esse, furti agere non potest, sed furti actio domino competit.*

⁹¹ C.I 4.34.1

⁹² D. 16.3.1.6-7: *Si convenit, ut in deposito et culpa praestetur, rata est conventio: contractus enim legem et conventionem accipiunt. Illud non probabis, dolum non esse praestandum si convenerit: nam haec conventio contra bonam fidem contraque bonos mores est et ideo nec sequenda est.*

Il giurista è fermo nell'ammettere la validità di accordi che vadano ad integrare la causa del contratto ma non la sua natura reale (“*Si convenit, ut in deposito et culpa praestetur, rata est conventio*”); altrettanto lapidario risulta essere quando esclude la possibilità di accordi tra le parti che limitino o addirittura eliminino la responsabilità per dolo, infatti un accordo del genere sarebbe secondo il giurista “*contra bona fidem contraque bonos mores*”.

3.5.1 *Applicazioni speciali del deposito*

L'esperienza giuridica romana ha conosciuto anche delle applicazioni che potremmo definire “atipiche” del contratto di deposito.

Ci sono pervenuti tre esempi: il *depositum necessarium*, il *depositum in sequestrem* o *sequestratio* e il *depositum irregulare*.

3.5.2 *Il depositum necessarium*

Conosciamo l'esistenza di questo tipo di deposito grazie ad Ulpiano, che lo cita nel suo commentario all'editto che poi fu ripreso nei Digesta di Giustiniano:

D. 16.3.1.1: *Praetor ait: “Quod neque tumultus neque incendii neque ruinaeneque naufragii causa depositum sit, in simplum, in heredem eius, quod dolo malo eius factum esse dicetur qui mortuus sit, in simplum, quod ipsius, in duplum iudicium dabo.*

Possiamo notare come il giurista ragioni per esclusione, ipotizzando appunto i casi in cui il deposito venga stipulato per motivi diversi dal tumulto, dal naufragio o da altri disgrazie (concedendo, per questa ipotesi, azione *in simplum*, ossia nel limite del valore della cosa); ovviamente ciò che intende l'autore è che, se il

deponente avesse dovuto decidere di depositare una *res* poiché versava in uno stato di necessità causato da eventi catastrofici, il pretore avrebbe concesso al deponente un'azione *in duplum*, ossia pari al doppio del valore delle *res* depositate (ovviamente, in caso di mancata restituzione). Contro gli eredi e gli aventi causa del depositario defunto, l'azione sarà *in simplum* nel caso in cui il deponente riuscisse a dimostrare il dolo del defunto; *in duplum* se la mancata restituzione dolosa era imputabile all'erede stesso.

La spiegazione della formulazione alquanto particolare dell'editto ci viene fornita da Francesca Scotti, secondo la quale «Le XII Tavole concedevano un' *actio in duplum* per qualunque deposito; il pretore invece distingue: nei casi normali l'azione sarà soltanto *in simplum*. Mentre in quei casi eccezionali, in cui il deposito non è effetto di libera elezione ma di urgente necessità, la pena sarà ancora del doppio. Quindi l'azione *in simplum* rappresenta un'innovazione pretoria, l'*actio in duplum* per deposito necessario si presenta come un'applicazione più ristretta dell'azione decemvirale. Così noi ci spieghiamo la strana edizione dell'Editto»⁹³.

3.5.3 Il *depositum in sequestrem* o *sequestratio*

La fattispecie del *depositum in sequestrem* o *sequestratio* (definito negli ordinamenti moderni come sequestro convenzionale) ricorreva quando due o più soggetti in lite (a causa già instaurata oppure da instaurare) al fine di sottrarre il bene controverso alla disponibilità di tutti i contraenti, di comune accordo affidavano il bene ad un *sequestrer* (sequestratario); quest'ultimo si impegnava a restituire il bene a colui che risultasse vittorioso nella lite.

⁹³ F. SCOTTI, *Il deposito nel diritto romano*, Torino 2008 cit., p.17 nt 69.

I giuristi romani, specialmente Paolo, Fiorentino e Pomponio, hanno individuato le differenze, a volte assai ricche di effetti pratici, con la fattispecie concreta; per questa ragione bisogna adesso prendere in esame le fonti tutte contenute nei Digesta di Giustiniano.

La prima di queste particolarità è la circostanza per cui il bene viene consegnato al sequestratario da due o più soggetti in solido in virtù di una convenzione tra i litiganti⁹⁴ affinché esso lo custodisca e restituisca all'avveramento di una determinata condizione.

La seconda particolarità la troviamo descritta da Fiorentino⁹⁵ in un frammento contenuto sempre nei Digesta, nel quale, dopo aver confermato l'ipotesi già vista in Paolo, ovvero la consegna in solido al sequestratario, il giurista afferma che *“Rei depositae proprietas apud deponentem manet, sed et possessio, nisi apud sequestrem deposita est; nam tum demum sequester possidet: id enim agitur ea depositione, ut neutrius possessioni id tempus procedat”*, ovvero dice che solo nel caso in cui il deposito sia tipico il possesso è giuridicamente imputabile al deponente, poiché nel sequestro convenzionale conosciamo un'inversione dello stesso, che passa in capo al sequestratario stesso, senza però l'*animus rem sibi habendi*.

Anche l'azione a tutela della fattispecie era diversa: infatti non si poteva esperire la tipica *actio depositi*, bensì l'*actio depositi sequestrataria*.

⁹⁴ D. 16.3.6: *Proprie autem in sequestre est depositum, quod a pluribus in solidum certa condicione custodiendum reddendumque traditur.*

⁹⁵ D.16.3.17: *Licet deponere tam plures quam unus possunt, attamen apud sequestrem non nisi plures deponere possunt: nam tum id fit, cum aliquam res in controversiam deducitur. Itaque hoc casu in solidum unusquisque videtur deposuisse: quod aliter est, cum rem communem plures deponunt. Rei depositae proprietas apud deponentem manet, sed et possessio, nisi apud sequestrem deposita est; nam tum demum sequester possidet: id enim agitur ea depositione, ut neutrius possessioni id tempus procedat.*

3.5.4 Il *depositum irregulare*

Questa tipologia di deposito venne così chiamata dai giuristi medievali poiché consisteva nel deposito a titolo gratuito di somme di denaro presso un depositario. Tale terminologia ha portato numerosi problemi di comprensione della fattispecie, soprattutto riguardo all'azione esperibile, alla responsabilità per mancata restituzione e al regime degli interessi. Anche le origini dell'istituto sono piuttosto incerte: c'è chi ipotizza la prima previsione in età Giustiniana (ipotesi difficile, poiché non si fa alcun cenno al deposito irregolare nelle *Institutiones*).

La denominazione, quindi, può far pensare ad un *tertium genus* tra deposito e mutuo: con il secondo, in particolare, i punti in comune sono l'oggetto del contratto, il denaro, e l'obbligazione in capo all'*accipiens*, ossia la restituzione del *tantundem eiusdem generis et qualitatis*. Di questo avviso non è Francesca Scotti, la quale afferma che « una figura di “deposito irregolare” non costituisca un *tertium genus* rispetto al deposito e al mutuo né nel diritto classico né in quello giustiniano, perché, non soltanto nelle fonti manca la qualifica di irregolare o altra denominazione analoga che alluda ad istituto peculiare, ma nemmeno vi sono elementi testuali da cui emerga che il negozio in cui il depositario ha la facoltà di restituire il *tantundem* costituisca una fattispecie anomala di deposito⁹⁶».

A sostegno di questa tesi vi sarebbero alcuni frammenti contenuti sempre nei Digesta di Giustiniano, nei quali, per esempio, si afferma che la responsabilità del deponente prima che esso abbia usato la somma depositata dovrà essere vagliata secondo le regole del deposito⁹⁷. In un altro frammento Ulpiano si pone il problema opposto: se il depositario usa la somma, la sua responsabilità dovrà essere vagliata

⁹⁶ F. SCOTTI, *Il deposito nel diritto romano*, Torino 2008 cit., p.184.

⁹⁷ D. 16.3.1.34: *Si pecunia apud te ab initio hac lege deposita sit, ut si voluisse utereris, prius quam utaris depositi teneberis.*

seguendo le regole del mutuo.⁹⁸ Inoltre, dall'analisi dei due frammenti, emerge un ulteriore dato: la possibilità per il depositario di utilizzare il denaro deve essere concordata. Il patto potrebbe anche emergere dopo la conclusione del contratto di mutuo, con la conseguenza che la somma si intenderà data a mutuo, con la conseguente esperibilità della *condictio* e l'assunzione dei rischi da parte dell'*accipiens*.

Un'altra questione, già affrontata nel secondo capitolo di questa dissertazione, riguarda la possibilità di prevedere interessi. Sul punto utile è una *quaestio* di Papiniano su un caso di deposito tipico, riportato anche da Francesca Scotti, intenta a rimarcare il fatto che il deposito irregolare non costituisce un *tertium genus* tra deposito e mutuo⁹⁹. Vediamone i tratti fondamentali: Lucio Tizio invia una lettera a Sempronio in cui gli comunica che le cento monete, ricevute per il tramite dello schiavo Stico, si trovano presso di sé e che saranno restituita a Sempronio quando e dove costui vorrà. La questione principale che il giurista si pone è se si possano pretendere gli interessi in base al solo contenuto della lettera. Secondo Papiniano, il rapporto deve essere inquadrato nella fattispecie tipica del deposito; tutto ciò sarebbe confermato dall'uso di sinonimi del verbo *deponere*. Ma, si aggiunge, questo sarebbe vero se fosse previsto la restituzione della stessa *species* mentre, se si dovesse convenire la possibilità di restituire il *tantundem*, la questione si complicherebbe ulteriormente, poiché, con l' *actio depositi*, non possono essere

⁹⁸ D.12.1.10: *Quod si ab initio, cum deponerem . ut tibi si voles permisero, creditam non esse antequam mota sit, quoniam debitu iri non est certum*".

⁹⁹ D.16.3.24: *Lucius Titius Sempronio salutem. Centum nummos, quos hac die commendasti mihi adnumerante servo Sticho actore, esse apud me ut notum haberes, hac epistula manu mea scripta tibi notum facio: quae quando voles et ubi voles confestim tibi numerabo.*" *Quaeritur propter usurarum incrementum. Respondi depositi actionem locum habere: quid est enim aliud commendare quam deponere? Quod ita verum est, si id actum est, ut corpora nummorum eadem redderentur: nam si ut tantundem solveretur convenit, egreditur ea res depositi notissimos terminos. In qua quaestione si depositi actio non teneat, cum convenit tantundem, non idem reddi, rationem usurarum haberi non facile dicendum est. Et est quidem constitutum in bonae fidei iudiciis, quod ad usuras attinet ut tantundem possit officium arbitri quantum stipulatio: sed contra bonam fidem et depositi naturam est usuras ab eo desiderare temporis ante moram, qui beneficium in suscipienda pecunia dedit. Si tamen ab initio de usuris praestandis convenit, lex contractus servabitur.*

chiesti gli interessi. Per Francesca Scotti, Papiniano non sta cercando di dare fondamento al deposito irregolare, ma semplicemente si interroga sulla possibilità di prevedere interessi in un caso che lui comunque riconduce al deposito: «Secondo Papiniano, il contratto stipulato fra Lucio Tizio e Sempronio è deposito, ma ciò offre al giurista la possibilità di indagare, in astratto, sui criteri di valutazione dell'assetto degli interessi in gioco, a seconda, cioè, che esse abbiano stabilito che siano restituite le medesime monete oppure il *tantundem*»¹⁰⁰. Perché quindi Papiniano nega la possibilità di prevedere interessi? La previsione della restituzione del *tantundem* costituisce un mero vantaggio pratico per il depositario, in quanto, per esempio, se il deponente dovesse chiedere la restituzione e lui non potrebbe farla perché non ha nella sua immediata disponibilità la somma di denaro, potrà liberarsi versando la stessa cifra; inoltre, la previsione di interesse violerebbe l'interesse principale della fattispecie, ovvero quello del deponente. L'unico modo con cui si potrebbe, in linea di massima, prevedere gli interessi *ante moram* sarebbe la *stipulatio usurarum*, che sappiamo essere un contratto consensuale tutelabile tramite l'*actio ex stipulatu*, un *iudicium ex fide bona*, caratterizzato dal potere discrezionale del giudice nel decidere la causa.

Resta ovviamente ferma la possibilità che il giudice condanni il depositario alla corresponsione degli interessi moratori relativi al periodo compreso tra la richiesta di restituzione e la restituzione tardiva. Se le parti, conclude il giurista, hanno da subito previsto il pagamento di interessi, la clausola deve essere osservata. Insomma, Papiniano prima afferma che sarebbe contrario al principio di buona fede pretendere il pagamento degli interessi ma comunque non esclude che possa intervenire un accordo diverso tra le parti.

¹⁰⁰ F. SCOTTI, *Il deposito nel diritto romano*, Torino 2008, cit., p. 188

Capitolo 4: La *datio pignoris*

4.1 Profili generali della *datio pignoris*

Il pegno, istituto che viene preso in considerazione sotto il profilo di diritto reale limitato di garanzia a vantaggio del creditore pignoratizio, si presenta anche come contratto reale, concluso attraverso la consegna di una *res* dal debitore pignorante al creditore pignoratizio, con il preciso scopo di garantire la garanzia del credito. Il creditore pignoratizio si assume l'obbligo di restituire la cosa al debitore pignorante, una volta che questi abbia adempiuto al debito garantito.

Il pegno, quale contratto reale, è il cosiddetto pegno manuale (*pignus datum*): questo si conclude mediante la consegna della cosa, traslativa del mero possesso interdittale.

Nell'età classica, tuttavia, l'*actio pigneraticia in personam*, quello strumento processuale attraverso il quale il debitore pignoratizio può far valere il suo diritto alla restituzione, viene estesa anche all'ipotesi di un pegno convenzionale (*pignus conventum*), almeno nei casi in cui venga richiesto il residuo del ricavato della vendita della *res*, e non la *res*, al fine di soddisfare il creditore pignoratizio.

Il creditore pignoratizio è di fatto obbligato a restituire la *res* o in caso di adempimento o se il credito sia rimasto inadempito per mora dello stesso creditore, oppure se il debitore abbia prestato idonee garanzie. Sarà invece tenuto a restituire quanto rimasto, dedotto l'ammontare del credito garantito, dal ricavato della vendita della cosa in caso di inadempimento da parte del debitore.

Quest'ultimo potrà altresì essere obbligato a risarcire i danni derivati al creditore pignoratizio (magari nel caso in cui il debitore abbia dato in pegno una cosa altrui oppure diversa da quella pattuita in sede di conclusione del contratto), o a

rimborsare le spese sostenute dal creditore pignoratizio per la conservazione della *res*.

Bisogna inoltre rilevare che, come il comodatario, il creditore pignoratizio risponderà nei limiti della colpa e della *custodia*.

Una particolare fattispecie di pegno è il cosiddetto *pignus Gordianus*, introdotto dall'imperatore Gordiano nel III secolo d.C.: in quest'ultimo caso, al debitore che richieda la restituzione del pegno, il creditore è concessa l'*exceptio doli* a causa del mancato adempimento di ulteriori crediti che abbia verso di lui, anche quando non garantiti.

BIBLIOGRAFIA

- B. ALBANESE, *Per la storia del 'creditum'*, in AUPA, XXXII, 1971
- V. ARANGIO - RUIZ, *Istituzioni di Diritto romano*, Napoli 1960¹⁴
- M. BRUTTI, *Il diritto privato nell'antica Roma*, Torino 2009
- C. A. CANNATA, *La nozione di contratto nella giurisprudenza dell'epoca classica*, in “*autour du droit des contrats. Contribution de droit romain F. Wubbe*”, Ginevra 2009
- P. COSTA, “*Rem commodare*”. *Realità e contratti reali: prospettive ermeneutiche*, in RDR, XXI, 2021
- F. FALCONE, *Osservazione su Gai 2.14 e le 'res incorporales'*, in AUPA 55, 2012.
- G. FALCONE, *Studi sui Commentarii 'istituzionali' di Gaio. I. Formazione e natura del testo*, Roma 2022
- F. FASOLINO, *Profili giuridici del mutuo di derrate*, in TSDP, XII, 2019
- J.-L. FERRARY – A. SCHIAVONE – E. STOLFI, *Quintus Mucius Scaevola. Opera*, Roma 2018
- A. LOVATO - S. PULIATTI - L. SOLIDORO, *Diritto privato romano*, Torino 2017
- G. NICOSIA, *Nuovi Profili istituzionali essenziali di diritto romano*, Catania 2010
- A. SACCOCCIO, *il mutuo nel sistema giuridico romanistico. Profili di consensualità nel mutuo reale*, Torino 2020
- R. SANTORO, *Per la storia dell'obligatio, I*, Palermo 2020
- R. SANTORO, *Su d.46.3.80 (ad Quintum Mucium)*, estratto degli Annali del seminario giuridico dell'Università degli studi di Palermo, 2012

F. SCOTTI, *Il deposito nel diritto romano*, Torino 2008

A. WEGMANN STOCKEBRAND, "*Obligatio rei contracta*", Tübingen 2017