



Erste europäische Internetzeitschrift für Rechtsgeschichte  
<https://www.forhistiur.de>

Herausgegeben von:

Prof. Dr. Stephan Dusil M.A., LMS (Tübingen)

Prof. Dr. Elisabetta Fiocchi Malaspina (Zürich)

Prof. Dr. Martin Schermaier (Bonn)

Prof. Dr. Mathias Schmoeckel (Bonn)

Prof. Dr. Andreas Thier M.A. (Zürich)

Artikel vom 22. 05. 2020

© 2020 fhi

Erstveröffentlichung

Zitiervorschlag

<https://forhistiur.de/2020-05-bertoldi>

ISSN 1860-5605

Federica Bertoldi

## Inadempimenti del comodatario e profili di responsabilità nel diritto romano

### 1. Premesse.

La letteratura romanistica <sup>1</sup>, in verità non molto ampia, in tema di comodato, si è occupata prevalentemente della nozione del contratto <sup>2</sup>. Come è noto, il comodato (*commodatum o utendum datum*) è un contratto reale, che esige per la sua formazione due elementi: la consegna al comodatario della cosa che costituisce l'oggetto del contratto e una convenzione secondo la quale il comodatario si obbliga a riconsegnare al comodante <sup>3</sup>, nel momento convenuto o dopo l'uso, la cosa che è stata prestata.

Altra caratteristica essenziale è la sua gratuità <sup>4</sup>, così da essere normalmente definito “prestito d'uso gratuito” <sup>5</sup>. Quindi il termine ‘*commodatum*’ sembra derivare da *cum modo datum*, prestito fatto

<sup>1</sup> Sul comodato esistono alcune dissertazioni; v. in particolare: H.J.C. WILLHARDT, *Dissertatio inauguralis juridica de contractu commodati*, Gandavi 1823; J. VAN REIGERSBERG VERSLUYS, *Dissertatio juridica inauguralis de commodato secundum juris romani et hodierni principia*, Leida 1825; G. COHN, *Die Haftung und die Klagen aus dem Kollektivcommodat*, Berlin 1908.

<sup>2</sup> G.E. SCHMIDT, *Das Commodatum und precarium*, Leipzig 1841, pp. 143 ss.; C. FERRINI, Storia e teoria del contratto di comodato nel diritto romano, in AG 53(1894), pp. 41-73 (= in Opere di C. Ferrini, III, Milano, 1929, pp.112-146). Si tenga conto pure di: ID., Storia e teoria del contratto di comodato nel diritto romano, in AG 52(1894), pp. 469-499 (= in Opere di C. Ferrini III, Milano, 1929, pp. 81-112); ID., Storia e teoria del contratto di comodato nel diritto romano, in AG 53(1894), pp. 257-309 (= in Opere di C. Ferrini III, Milano 1929, pp. 147-203); A. LOUISE, *Du commodat ou prêt à usage en droit romain*, Caen 1880, pp. 7 ss.; M. POURET, *Du contrat de commodat*, Paris 1895, p. 6; R. LEONHARD, *Commodatum*, in RE VII, Stuttgart 1900, pp. 771-772; WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts II*<sup>9</sup>, Frankfurt 1906, 590 ss.; G. CICOGNA, Ancora sull'uso nel comodato, in BIDR 19(1907), pp. 235-254, in particolare p. 236; F. PASTORI, Il comodato nel diritto romano, Milano, 1954, pp. 134 ss. (Pressoché identica è la successiva opera dello stesso autore: *Comodato contratto responsabilità*, Milano 1986); G. SCHERILLO, *Comodato (dir. rom.)*, in EDD, VII, Milano 1960, pp. 981-992; F.A.S MABROUK, *Essai d'Etude comparative sur le Prêt à usage en Droit romain et en Droit musulman*, Aix in Provence 1968, pp. 58 ss.; M. KASER, *Das Römische Privatrecht I*<sup>2</sup>, München 1971, pp. 533 s.; ID., *Das Römische Privatrecht II*<sup>2</sup>, München 1975, p. 371; P. ZANNINI, Spunti critici per una storia del *commodatum*, Milano 1983, pp. 115 ss.; ID., *Comodato nel diritto romano*, in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile III*, Torino 1988, pp. 31- 34, in particolare p. 31; P. CERAMI, Il comodato, in *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al Profesor J.L. Murga Gener*, Madrid 1994, pp. 301-332, in particolare pp. 320 ss.; B. BERNDT, *Das commodatum. Ein Rechtsinstitut im Wandel der Anschauungen – dargestellt anhand ausgewählter Einzelprobleme*, Frankfurt 2005; P. BIRKS, *The Roman Law of Obligations*, Oxford 2014, pp. 135 ss.; A. MILAZZO, La specificità del *commodare* nelle fonti letterarie di età repubblicana (Plauto, *Trinummus*, 1130), in *Legal Roots*, 4(2015), pp. 273-295; ID., *Il contratto di comodato. Modelli romani e discipline moderne*, Torino 2018, pp. 1 ss.

<sup>3</sup> MABROUK, *Essai d'Etude comparative* (n. 2), p. 71.

<sup>4</sup> SCHERILLO, *Comodato* (n. 2), p. 982; MABROUK, *Essai d'Etude comparative* (n. 2), pp. 62 ss.; ZANNINI, *Comodato* (n. 2), p. 31.

<sup>5</sup> Isidoro definisce così l'istituto: Isid. 5,25,16: *Commodat<a>tum est id quod nostri iuris est et ad alterum temporaliter translatum est cum modo temporis, quamdiu apud eum sit, unde et commodat<a>tum dictum est*. Nel testo si dice che si realizza questo negozio quando la cosa di nostra proprietà, è stata provvisoriamente trasferita ad altra persona con un limite di tempo durante il quale potrà rimanere in possesso di quella, da cui la denominazione di *commodatum*, quasi a dire dato con un limite.

*cum modo*; il *modus* farebbe riferimento al dovere del comodatario di fare della cosa solo l'uso stabilito<sup>6</sup> e solamente per il tempo convenuto sia espressamente che tacitamente<sup>7</sup>.

Usare la cosa significa trarre tutti i vantaggi che la cosa è in grado di fornire secondo la sua natura e la sua destinazione, a condizione che tale uso non vada a modificare la sostanza della cosa<sup>8</sup>, favorendone una diminuzione di valore<sup>9</sup>. Pertanto il comodatario deve attenersi all'uso che il comodante gli ha consentito e deve astenersi dall'usare la cosa oltre i limiti stabiliti<sup>10</sup>.

L'uso che il comodatario può fare della cosa non è dunque illimitato. Il comodatario deve rendere la cosa dopo l'uso e di conseguenza è tenuto alla conservazione per poter compiere l'obbligazione di restituzione<sup>11</sup>. Il comodatario inoltre deve salvaguardare la cosa da possibili danni e ha l'obbligo di non deteriorarla.

Dall'indagine della dottrina, mentre risulta chiara l'evoluzione della tutela di questo contratto, emerge invece la necessità di approfondire maggiormente l'evoluzione del problema della responsabilità contrattuale del comodatario, questione molto sentita dalla prassi, per evidenziare le diverse soluzioni date dai giuristi nel corso dei secoli<sup>12</sup>.

In effetti le fonti giuridiche presentano "notevoli anomalie" relativamente ai criteri attraverso i quali è stata considerata la responsabilità del comodatario<sup>13</sup>, probabilmente determinate da singole figure di inadempimento. Tuttavia, prima di analizzare le fonti, pare utile evidenziare le più importanti opinioni dottrinali sul tema, che hanno richiamato, in materia di tale responsabilità, il concetto di *custodia*<sup>14</sup>, *culpa*<sup>15</sup>, *diligentia*<sup>16</sup> ed *exactissima diligentia*<sup>17</sup>.

<sup>6</sup> POURET, Du contrat de commodat (n. 2), p. 28.

<sup>7</sup> LOUISE, Du commodat (n. 2), p. 27.

<sup>8</sup> MABROUK, Essai d'Etude comparative (n. 2), pp. 160 s.

<sup>9</sup> POURET, Du contrat de commodat (n. 2), p. 49.

<sup>10</sup> PASTORI, Il comodato (n. 2), p. 300.

<sup>11</sup> MABROUK, Essai d'Etude comparative (n. 2), p. 207.

<sup>12</sup> Cfr. L. PARICIO SERRANO, La responsabilidad en el comodato romano a través de la casuística jurisprudencial, in Estudios en homenaje al Profesor J. Iglesias I, Madrid 1988, pp. 459-504, in particolare pp. 459 s.

<sup>13</sup> PASTORI, Il comodato (n. 2), p. 203.

<sup>14</sup> Il concetto di *custodia* è assai discusso in dottrina. Possiamo tuttavia concordare con quanto detto dal L. LUSIGNANI, La responsabilità per custodia secondo il diritto romano, Modena 1902, p. 23: «... la parola custodia presenta nelle fonti romane un doppio significato. Essa ha talora un significato comune, e vuol dire: difesa, protezione di un oggetto dagli avvenimenti esteriori che possono colpirlo e danneggiarlo; talora un significato giuridico e vuol dire: la responsabilità derivante dal non avere impiegata quella difesa e quella protezione». Di conseguenza *custodiam praestare* non significherebbe "essere responsabili per custodia", ma "offrire, fornire la custodia", cioè obbligarsi ad assicurare la conservazione della cosa. Quello che è considerato certo in dottrina è che il criterio della custodia è un criterio puramente oggettivo; Cfr: J. BIERMANN, *Custodia und vis maior*, in ZSS 25(1892), 33-65; G. MACCORMACK, *Custodia and culpa*, in ZSS 89(1972), 149-219; M. TALAMANCA, Custodia, in EDD XI, Milano 1962, pp. 561-564, in particolare p. 562; C.A. CANNATA, La responsabilità contrattuale, in Derecho romano de obligaciones. Homenaje a J.L. Murga Gener, Madrid 1994, pp. 143-178, in particolare p. 163.

<sup>15</sup> La nozione di *culpa* è assai elastica nelle fonti romane: dalla accezione usuale di *culpa levis* essa col tempo sarà suscettibile di maggiore estensione fino ad arrivare a ricomprendere il concetto stesso del dolo. «Articolata infatti in genera e suscettibile com'è di graduazioni varie, essa offre una gamma di accezioni richiamanti criteri di imputazione della responsabilità che ... si differenziano profondamente fra di loro, sia nel metro – astratto, concreto o composito – assunto a base dell'accertamento di tale violazione, che nella graduazione di intensità –

## 2. La letteratura sulla responsabilità del comodatario.

Il primo autore meritevole di menzione che si è occupato di definire la nozione della *custodia* è lo Hasse<sup>18</sup>, secondo il quale la *custodia* richiede sempre un certo grado di diligenza nella protezione della cosa affidata. Significa essere tenuti alla difesa e alla sorveglianza di una cosa contro gli eventi esterni, che danneggiano la cosa nel suo valore oppure la sottraggono a colui per il quale la si deve custodire. Ogni *custodia* è quindi *diligentia* che è rivolta alla difesa della cosa. Le due forme di *diligentia* (*diligentia quam in suis*, *diligentia diligentis*) si riproducono nella responsabilità per *custodia*. La *custodia* richiama anche il concetto di *culpa*, nel cui ambito si inquadra anche la responsabilità del comodatario.

Seguono le idee dello Hasse i seguenti autori: Goldschmidt<sup>19</sup>, Dernburg<sup>20</sup>, Puchta<sup>21</sup>, Engelmann<sup>22</sup> e Ferrini<sup>23</sup>.

Completamente diversa è invece la teoria del Baron<sup>24</sup>: il comodatario risponde per ‘*custodia*’ intesa “in senso tecnico”; la sua responsabilità abbraccia anche taluni casi fortuiti i quali non rientrano nel concetto di forza maggiore e che sono denominati *casus minores*. La “custodia tecnica” non comporta una semplice diligenza, ma fonda la responsabilità indipendentemente dalla *diligentia in custodiendo*. In sostanza, il debitore è responsabile anche per fatti come il furto e il danno non violento prodotti da terzi sulla cosa dovuta. La responsabilità del comodatario eccederebbe dunque i confini della *culpa* e arriverebbe fino a quelli della *vis maior*. Seguono le sue idee: Windscheid<sup>25</sup>, Brinz<sup>26</sup> e Bruckner<sup>27</sup>.

---

e si parla a riguardo di *culpa lata, levis, levissima* – che può caso per caso presentare». (V.: F.M. DE ROBERTIS, La disciplina della responsabilità contrattuale nel sistema della compilazione giustiniana, Bari 1962, pp. 40 s.).

<sup>16</sup> Il concetto di *culpa* richiama già nella sua accezione tecnica la mancanza della diligenza dovuta; difatti le fonti «usano definirla attraverso il concetto di *diligentia*, ponendola in relazione tanto alla mancata prestazione del *quantum* di impegno a ben fare richiesto nel rapporto considerato, quanto, da una parte, alla mancata previsione di un evento avverso, che, tuttavia con una certa diligenza si sarebbe potuto prevedere ed evitare...» (V.: DE ROBERTIS, La disciplina (n. 15), pp. 43 s.). Esistono due *genera* nelle fonti di *diligentia*: la *diligentia diligentis* propria del *bonus et diligens pater familias* e la *diligentia quam in suis rebus adhibere (reus) solet*, o più brevemente, *quam in suis*. Giustiniano ha chiamato i due criteri a concorso “compensativo” e tale *tertium genus diligentiae* venne denominata *exactissima diligentia*. (V.: DE ROBERTIS, La disciplina (n. 15), pp. 49; 61; 113). Pertanto, la nozione di *diligentia exactissima* comportava la previsione, nel comportamento abituale del debitore, di un *quantum* di *diligentia*, che sarebbe stato superiore a quello espresso dalla *diligentia diligentis*. (V.: DE ROBERTIS, La disciplina (n. 15), p. 73).

<sup>17</sup> Le nozioni di *culpa*, *diligentia* e *custodia* «assumono una molteplicità di significati e anche una ricca varietà di reciproche implicazioni»: SARGENTI, Problemi della responsabilità contrattuale, in Atti del Seminario sulla Problematica contrattuale in diritto romano. Milano 7-9 aprile 1987, I, Milano 1988, pp. 89-119, in particolare p. 94.

<sup>18</sup> J.C. HASSE, Die *Culpa* des Römischen Rechts, Bonn, 1838, pp. 281 ss.

<sup>19</sup> L. GOLDSCHMIDT, Das *receptum nautarum*, in Zeitschrift für Handelsrecht 3(1860), pp. 58-118, in particolare pp. 79 ss.

<sup>20</sup> H. DERNBURG, Pandecten II<sup>7</sup>, Berlin 1903, pp. 102 ss.

<sup>21</sup> PUCHTA, Pandekten, Leipzig 1856, pp. 400 ss.

<sup>22</sup> TH. ENGELMANN, Die *custodiae praestatio* nach römischem Recht, Nördlingen 1887, pp. 76 ss.

<sup>23</sup> FERRINI, Storia (n. 2), pp. 257 ss.

<sup>24</sup> J. BARON, *Diligentia exactissima, diligentissimus pater familias*, oder die Haftung für *custodia*, in ACP 52(1869), pp. 44-95, in particolare pp. 65 ss.; 86 ss.; ID., Die Haftung bis zur höheren Gewalt, in ACP 78(1892), pp. 203-310, in particolare pp. 260 ss. Cfr: G.C.J.J. VAN DEN BERGH, *Custodiam praestare. custodia-liability or liability for failing custodia?*, in TR 63(1975), pp. 59-72, in particolare pp. 62 s.

<sup>25</sup> WINDSCHEID, Lehrbuch (n. 2), 593 s. Secondo l'autore il debitore è responsabile nei casi in cui il danno poteva essere evitato mediante una più stretta sorveglianza e diligenza personale: *custodia* in senso tecnico.

7

8

9

Posizione intermedia assume invece il Pernice<sup>28</sup>, il quale cerca di giustificare il contrasto tra i testi supponendo una “stratificazione di diverse concezioni”, frutto di una evoluzione storica. In particolare l’età preclassica conoscerebbe una responsabilità per *custodia* basata esclusivamente sulla *fides* che abbracciava la difesa dell’oggetto affidato contro il furto e il danno non violento. Nell’età adrianea la responsabilità per *custodia* e la *diligentia* si sarebbero fuse in un unico istituto concretizzando la *culpa in custodiendo*. Tale stato di cose sarebbe rimasto nel diritto giustiniano, salvo rare eccezioni. **10**

Seguaci di questa tesi sono: Hollander<sup>29</sup> e Volkmar<sup>30</sup>. **11**

Nella dottrina dei primi del Novecento emergono i seguenti autori: Seckel<sup>31</sup>, Kübler<sup>32</sup>, Haymann<sup>33</sup>, Vážný<sup>34</sup> e Kunkel<sup>35</sup>; essi si preoccuparono di stabilire il campo di applicazione della responsabilità per *custodia*, intesa come responsabilità oggettiva limitata al solo diritto classico; i compilatori dunque si sarebbero affrettati a farla sparire nei testi del Digesto. **12**

In particolare, il Vážný<sup>36</sup> riteneva che il comodatario rispondesse della perdita della cosa comodata avvenuta fuori dai casi esoneranti. Conseguenza di ciò era il fatto che il comodatario rispondeva del *furtum* ed era normalmente legittimato all’*actio furti* e all’*actio legis Aquiliae*<sup>37</sup>. La ragione della responsabilità per custodia del comodatario era il suo esclusivo interesse nel contratto: in mancanza di questo mancava anche la responsabilità per custodia<sup>38</sup>. **13**

Sempre nel ‘900 emerge un’altra corrente dottrinale, quella del Lusignani<sup>39</sup>, secondo la quale il diritto classico si sarebbe attenuto ad un criterio soggettivo di responsabilità e l’introduzione di un criterio oggettivo dovrebbe attribuirsi ai compilatori. **14**

Infine, altri contributi da segnalare sono quelli di: Paris<sup>40</sup>, Arangio-Ruiz<sup>41</sup>, Luzzatto<sup>42</sup>, Marton<sup>43</sup>, Betti<sup>44</sup> e Pastori<sup>45</sup>. **15**

<sup>26</sup> A. BRINZ, *Leherbuch der Pandekten II*<sup>2</sup>, Erlangen 1879, pp. 261 ss.

<sup>27</sup> F.X. BRUCKNER, *Die custodia nebst Beziehung zur vis maior nach römischen Recht*, München 1899.

<sup>28</sup> A. PERNICE, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit II.1*<sup>2</sup>, Halle 1878, pp. 339 ss.

<sup>29</sup> H. HOLLANDER, *Vis maior als Schranke der Haftung nach römischen Recht*, Jena 1892, pp. 16 ss.

<sup>30</sup> E. VOLKMAR, *Vis maior und Betreibgefahr*, Berlin 1900.

<sup>31</sup> E. SECKEL, *Custodia*, in *Handlexicon zu den Quellen des römischen Rechts*<sup>9</sup>, Jena 1907, pp. 116-110. Secondo l’autore i giuristi conoscevano cinque gradi di responsabilità: dolo, colpa, *diligentia*, *custodia*, *vis maior*. La *custodia* significava responsabilità per *casus maior*, nei riguardi di *res custodiri solitae*.

<sup>32</sup> B. KÜBLER, *Das Utilitätsprinzip als Grund der Abstufung bei der Vertragshaftung im klassischen römischen Recht*, in *Festgabe der Berliner juristischen Fakultät für Otto Gierke II*, Berlin 1910, pp. 234-275.

<sup>33</sup> HAYMANN, *Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht, I, über Haftung für custodia*, in *ZSS* 40(1919), 167-350.

<sup>34</sup> J. VÁŽNÝ, *Custodia*, in *AUPA* 12(1929), pp. 101-159; l’autore accetta la classicità della responsabilità per custodia, solo per un numero ristretto di casi fra i quali quello del comodatario; per tutti gli altri la responsabilità in diritto classico sarebbe stata per *culpa*.

<sup>35</sup> W. KUNKEL, *Diligentia*, in *ZSS* 45(1925), pp. 266-351.

<sup>36</sup> VÁŽNÝ, *Custodia* (n. 34), p. 114.

<sup>37</sup> VÁŽNÝ, *Custodia* (n. 34), p.114.

<sup>38</sup> VÁŽNÝ, *Custodia* (n. 34), pp. 114 s.

<sup>39</sup> LUSIGNANI, *La responsabilità* (n. 14); cfr: A. DE MEDIO, *Caso fortuito e forza maggiore in diritto romano*, in *BIDR*, 19(1907), pp. 157-209.

<sup>40</sup> J. PARIS, *La responsabilité de la custodia en droit romain*, Paris 1926, pp. 107 ss.

In particolare, il Paris<sup>46</sup> ha ritenuto che il comodatario nel diritto classico rispondesse per *custodia* (sanzionata dalla formula *in factum*), ma accanto ad essa venisse prevista anche una responsabilità per colpa, sancita dalla formula di buona fede. 16

In seguito, il Luzzatto<sup>47</sup> ha ritenuto che il termine *custodia* indicasse la normale attività del custodire e come tale trovava impiego anche al di fuori della responsabilità contrattuale; tuttavia, secondo l'autore, il comodatario rispondeva per “*custodia tecnica*”, responsabilità oggettiva che prescindeva dal comportamento del debitore, esclusa solo dalla *vis maior*. Nel diritto giustiniano tale responsabilità gli era ancora addossata, in funzione della regola dell'*utilitas*. Soltanto questa responsabilità era considerata dal punto di vista soggettivo quando da parte del debitore veniva meno un contegno riconducibile alla categoria della *exactissima diligentia*<sup>48</sup>. Si è pertanto passati da una responsabilità oggettiva, per certi determinati eventi, quale quella propria del diritto classico, a una responsabilità soggettiva, nel diritto giustiniano<sup>49</sup>. 17

Al contrario, l'Arangio-Ruiz<sup>50</sup> appare meno propenso a irrigidire le responsabilità del comodatario nei limiti della *custodia*. 18

Per il Pastori<sup>51</sup> invece l'originaria responsabilità per *custodia*, che non consentiva alcuna indagine sull'elemento intenzionale, era sancita dalla formula *in factum*, che faceva riferimento all'obbligo di restituzione. In seguito, si è passati a una responsabilità di natura soggettiva, consona con i criteri della *bona fides* e sancita dalla formula *in ius*, che faceva riferimento al complesso comportamento delle parti, più in particolare alle varie obbligazioni del comodatario diverse dall'obbligo di restituzione, come l'obbligazione di non abusare della cosa e di preservarla dai danni. Mentre il diritto postclassico occupò una posizione che tendeva sempre ad avvicinarsi a una responsabilità colposa del diritto giustiniano<sup>52</sup>. 19

41 V. ARANGIO-RUIZ, Responsabilità contrattuale in diritto romano<sup>2</sup>, Napoli, 1933, pp. 100 ss.

42 G.I. LUZZATTO, Caso fortuito e forza maggiore come limite alla responsabilità contrattuale, I, La responsabilità per custodia, Milano, 1938, pp. 72 ss.; ID., *Custodia*, in NNDI V, Torino 1960, pp. 93-94.

43 G. MARTON, Un essai de reconstruction du développement probable du système classique romain de responsabilité civile, in RIDA 3(1949), pp. 177-191; cfr: ID., Rinascita della dottrina della responsabilità per *custodia*, in *Iura*, 7(1956), pp. 124-131.

44 E. BETTI, Imputabilità dell'inadempimento dell'obbligazione in diritto romano, Roma 1958, pp. 55 ss.

45 PASTORI, Il comodato (n. 2), p. 181.

46 PARIS, La responsabilité (n. 40), pp. 107 ss. Su questa tesi v.: CARRELLI, In tema di responsabilità per *custodia* in riguardo ad alcuni studii recenti, in Rassegna bibliografica della Scienze Giuridiche Sociali e Politiche 6(1931), 607 ss.

47 LUZZATTO, Caso fortuito (n. 42), pp. 73 ss.; ID., *Custodia* (n. 42), pp. 93 s.

48 LUZZATTO, Caso fortuito (n. 42), p. 105.

49 LUZZATTO, Caso fortuito (n. 42), p. 105.

50 ARANGIO-RUIZ, Responsabilità contrattuale (n. 41), pp. 100 ss. Cfr: P. VOCI, *Diligentia, custodia, culpa*. I dati fondamentali, in SDHI 56(1990), pp. 29-143, in particolare pp. 31 ss.

51 PASTORI, Il comodato (n. 2), pp. 181; 259; 314; 354.

52 PASTORI, Il comodato (n. 2), pp. 254 s.

In seguito, lo Scherillo<sup>53</sup> ha ritenuto inesatto affermare che nel diritto classico il comodatario rispondeva solo per *custodia* e che il concetto di colpa sia stato introdotto dai giustiniane<sup>54</sup>. Infatti, dalle fonti, la responsabilità per colpa del comodatario è profilata in modo netto. 20

Il Cannata<sup>55</sup> ha qualificato come preconetto che il comodatario fosse responsabile solo per *custodia*, in quanto egli ha ritenuto assai tenue, dal punto di vista pratico, nel periodo classico, la demarcazione tra responsabilità oggettiva e soggettiva. Del resto con il *custodiam praestare* il debitore è tenuto a procurare un certo risultato (salvezza della cosa) con una certa attività (custodire). Mancando il risultato, l'indagine sull'adempimento sarà diretta a stabilire se il perimento dovuto a una data causa fosse evitabile con quel tipo di attività<sup>56</sup>. 21

Secondo lo Zannini<sup>57</sup>, il comodatario assumeva su di sé ogni rischio inerente alla custodia e alla conservazione della cosa, con il solo limite del caso fortuito e della forza maggiore. A partire però da una certa epoca si sarebbe sviluppata la concezione della responsabilità del comodatario imperniata sul criterio soggettivo della colpa. 22

Inoltre, secondo il Tardivo<sup>58</sup>, essendo il comodato a vantaggio del comodatario, questi era ampiamente responsabile nei confronti del comodante. Quindi il comodatario era tenuto nel diritto classico e in quello giustiniano a rispondere “di qualunque evento afferente la cosa comodata”, prima nei limiti della *custodia* e poi della *exactissima diligentia*, ad eccezione del caso fortuito. 23

Di recente il Cerami<sup>59</sup>, ha affermato che la responsabilità per custodia altro non è se non la responsabilità che discende dall'inosservanza dell'obbligo di “diligenza”, intesa come particolare cura nell'uso e nella conservazione della cosa. 24

Per la Berndt<sup>60</sup>, nel periodo preclassico il comodatario era responsabile per *culpa*. Il concetto di *culpa* comprendeva oltre alla responsabilità per danneggiamenti intenzionali soprattutto la responsabilità per danneggiamenti dovuti a inadempienze degli obblighi di cura della cosa comodata. Poiché il comodato non apparteneva ai contratti miranti da entrambe le parti alla realizzazione degli utili, nel periodo classico non gli si poteva applicare il principio di utilità<sup>61</sup>. Inizialmente il comodatario rispondeva solo per dolo, ma a seguito di un'interpretazione evolutiva del principio di 25

<sup>53</sup> SCHERILLO, Comodato (n. 2), p. 989.

<sup>54</sup> Non è fuori luogo ricordare che F. CANCELLI, Diligenza (dir. rom.), in EDD, XII, Milano, 1964, pp. 517-528, in particolare p. 523, ritiene che la custodia sia un criterio di responsabilità oggettiva, che integrava la garanzia di conservazione di un oggetto affidato. Infatti «il termine *custodia* si prestava a meraviglia ad accogliere questa nuova prospettiva dottrina, perché il suo significato originario indicava proprio una condotta di vigilanza: ad esso si era sovrapposto l'altro, convenzionale-giuridico, di garanzia di restituzione».

<sup>55</sup> C.A. CANNATA, Per lo studio della responsabilità per colpa nel diritto romano classico, Milano, 1969, pp. 24; 271.

<sup>56</sup> C. A. CANNATA, Ricerche sulla responsabilità contrattuale in diritto romano, I, Milano, 1966, pp. 17; 141; ID., Per lo studio della responsabilità (n. 55), pp. 17 s.; 24. Nello stesso senso: R. ZIMMERMANN, The Law of Obligations, Wynberg Cape 1990, p. 194. Cfr. anche le critiche di A. METRO, *Custodiam praestare*, in *Labeo* 13(1967), pp. 60- 67.

<sup>57</sup> ZANNINI, Comodato (n. 2), p. 34.

<sup>58</sup> C.M. TARDIVO, Studi sul *commodatum*, in AG 204(1984), pp. 225-311, in particolare pp. 268; 301 s.

<sup>59</sup> CERAMI, Il comodato (n. 2), p. 324.

<sup>60</sup> BERNDT, Das *commodatum* (n. 2), p. 139.

<sup>61</sup> BERNDT, Das *commodatum* (n. 2), p. 139.

interesse, il comodatario rispose per colpa, cioè per negligenza nell'agire e per *diligentia* e per *custodia*<sup>62</sup>. Pertanto, la *custodia* con i suoi doveri derivanti dai concetti di *culpa/diligentia* è un insegnamento della giurisprudenza classica. L'inquadramento della *custodia* come responsabilità per colpa contrapposta alla responsabilità per caso fortuito, in particolare per il furto, è frutto del periodo tardo classico<sup>63</sup>.

Da ultimo, il Milazzo<sup>64</sup> ha affermato che la particolare ripetizione del concetto di colpa, in rapporto a quello di *diligentia*, nei passi del Digesto, esclude «la possibilità dell'accoglimento della tesi del carattere interpolato della colpa nella giurisprudenza classica». L'autore adotta dunque una “interpretazione conservativa”, riconoscendo il contributo dei giuristi classici nella “costruzione di una concezione soggettiva” della responsabilità del comodatario. Viceversa, il termine *custodia* indicherebbe un'attività di vigilanza, di sorveglianza, non coincidendo con un particolare criterio di responsabilità.

A questo punto, fondamentale per la presente indagine è la lettura, oltre alle Istituzioni di Gaio e di Giustiniano, anche delle opere della giurisprudenza classica; in particolare i frammenti estratti dai commentari edittali, di Gaio, Paolo ed Ulpiano<sup>65</sup>. Da tale analisi emerge non solo l'origine pretoria dell'istituto<sup>66</sup>, ma l'evoluzione della giurisprudenza nel corso del tempo in materia di responsabilità contrattuale del comodatario, a cui si deve aggiungere la diversità dei criteri a seconda dei singoli inadempimenti. Si presenta una casistica molto ampia in cui le innovazioni postclassiche risultano «circoscrivibili ad abbreviazioni o amplificazioni dei testi classici»<sup>67</sup>.

### 3. La responsabilità per uso diverso della cosa rispetto a quanto pattuito

Il comodatario non gode di un'intera libertà, relativamente all'uso della cosa prestata<sup>68</sup>. Normalmente la convenzione delle parti fissa i limiti e i modi. In assenza di una convenzione, il comodatario ha diritto di trarre dalla cosa tutto l'uso che essa comporta, mentre il comodante accetta le conseguenze dell'uso normale e regolare della cosa<sup>69</sup>.

Se il comodatario fa della cosa prestata un uso diverso rispetto a quello cui è destinata, sia per natura, sia per convenzione, è responsabile per *delictum*. Difatti l'antico diritto romano, e non solo, su tale punto è di una severità estrema con il comodatario che viene considerato come un ladro<sup>70</sup>.

Al proposito, Gellio, dopo aver richiamato il pensiero di Marco Giunio Bruto<sup>71</sup>, riporta il testo di una celebre massima muciana, che lascia intendere che il comodatario rispondeva per *furtum usus*<sup>72</sup>:

<sup>62</sup> BERNDT, Das *commodatum* (n. 2), p. 139.

<sup>63</sup> BERNDT, Das *commodatum* (n. 2), p. 112.

<sup>64</sup> MILAZZO, Il contratto (n. 2), pp. 305; 311.

<sup>65</sup> SCHERILLO, Comodato (n. 2), p. 983.

<sup>66</sup> SCHERILLO, Comodato (n. 2), p. 984. V. di recente anche: BERNDT, Das *commodatum* (n. 2), pp. 20 ss.

<sup>67</sup> CERAMI, Il comodato (n. 2), p. 330.

<sup>68</sup> POURET, Du contrat de commodat (n. 2), p. 49.

<sup>69</sup> POURET, Du contrat de commodat (n. 2), p. 49.

<sup>70</sup> LOUISE, Du commodat (n. 2), p. 28.

<sup>71</sup> Gell. 6,15,1: *Labeo in libro de duodecim tabulis secundo acria et severa iudicia de furtis habita esse apud veteres scripsit; idque Brutum solitum dicere, et furti damnatum esse qui inmentum aliorum duxerat quam quo utendum acceperat, item qui longius*

26

27

28

29

30

- Gell. 6,15,2: Itaque Q. Scaevola in librorum quos de iure civili composuit XVI verba haec posuit: ‘Quod cui servandum datum est si id usus est sive quod utendum accepit ad aliam rem atque accepit usus est, furti se obligavit’. 31
- “Quinto Mucio Scevola nel sedicesimo commentario al *ius civile* ha scritto quanto segue: ‘Se a un soggetto è dato in custodia qualcosa ed egli se ne serve ovvero se di ciò che ha ricevuto in uso si serve per altro scopo da quello per cui l’ha ricevuto, egli risponde per furto.’” 32
- Ciò pare ribadito dal seguente passo, la cui paternità muciana è fuori discussione: 33
- D. 47,2,77 pr. (Pomp. 38 ad Quintum Mucium): Qui re sibi commodata vel apud se deposita usus est aliter atque accepit, si existimavit se non invito domino id facere, furti non tenetur. sed nec depositi ullo modo tenebitur: commodati an teneatur, in culpa aestimatio erit, id est an non debuerit existimare id dominum permissurum. 34
- Secondo Quinto Mucio, colui che delle cose da lui comodate fece un uso diverso da quello per cui le ricevette, se credeva di far ciò *non invito domino*, non è tenuto all’*actio furti*; la questione se sia o no tenuto anche all’azione di comodato dipende dal sapere se egli è o non è in colpa, vale a dire se avesse o no dovuto pensare che il proprietario lo avrebbe permesso. In sostanza si potrà considerare ladro solo il comodatario in grado di ritenere che il diverso uso della cosa comodata non sarebbe stato consentito dal comodante<sup>73</sup>. 35
- Da quanto visto il comodatario si rende colpevole del *delictum* di *furtum usus*, se utilizza la cosa comodata volutamente diversamente da quanto convenuto. Già questo passo evidenzia come emergesse un duplice profilo di responsabilità: il comodante, secondo Quinto Mucio, poteva intentare contro il comodatario l’*actio furti* e l’*actio commodati*<sup>74</sup> cumulativamente, perché l’*actio furti*, che era penale, si cumulava con l’azione nata dal contratto<sup>75</sup>. La responsabilità da cui nasce l’*actio commodati* prevede un criterio di responsabilità più vasto rispetto all’*actio furti*, vale a dire la colpa. 36
- Un altro testo interessante in materia è il seguente: 37
- D.13,1,16 (Pomp. 38 ad Quintum Mucium): Qui furtum admittit vel re commodata vel deposita utendo, condictione quoque ex furtiva causa obstringitur: quae differt ab actione commodati hoc, quod, etiamsi sine dolo malo et culpa eius interierit res, condictione 38

---

*produxerat quam in quem locum petierat.* Sul testo v. M. PENNITZ, *Aeria et severa iudicia de furtis habita esse apud veteres* ... (Gellius 6,15,1). Überlegungen zum *furtum usus*, in ZSS 134(2017), pp. 147-187, in particolare pp. 148 s.

<sup>72</sup> PENNITZ, *Aeria et severa iudicia* (n. 71), pp. 147 ss.

<sup>73</sup> F. PASTORI, Gaio e la responsabilità contrattuale, in *Labeo* 2(1956), pp. 291-326, in particolare, p. 298; P. ZANNINI, Responsabilità per furto e tutela del deposito e del comodato in età repubblicana, in Atti del Seminario sulla Problematica contrattuale in diritto romano. Milano 7-9 aprile 1987 II, Milano 1990, pp. 173-181, in particolare p. 176.

<sup>74</sup> Quanto all’*actio commodati*, si ritiene (PASTORI, Il comodato [n. 2], pp. 49 ss.; ID., Sulla duplicità formulare dell’*actio commodati*, in *Labeo*, 2[1956], pp. 89-94; J. PARICIO, La pretendida fórmula *in ius* del comodato en el Edicto pretorio, in RIDA 29[1982], pp. 235-251) che esistessero due azioni una *in factum* e l’altra *in ius*, relativamente al tipo di *actio in ius*, è sorto il problema in passato di stabilire se essa fosse un’azione di buona fede, in quanto il Segre sarebbe arrivato a concludere che Gai. 4,62 non avrebbe contenuto la menzione dell’*actio commodati*; seguendo questa interpretazione si verrebbe a eludere l’integrazione sul punto di FIRA (SEGRÈ, Sull’età dei giudizi di buona fede di comodato e di pegno, in Studi Fadda VI, Napoli 1906, pp. 331-390, in particolare p. 333). Cfr.: G. STUEDEMUND, *Gaii Institutionum commentarii quattuor*, s.l. 1873, p. 212.

<sup>75</sup> MABROUK, Essai d’Etude comparative (n. 2), p. 193.

tamen tenetur, cum in commodati actione non facile ultra culpam et in depositi non ultra dolum malum teneatur is, cum quo depositi agetur.

Colui che commise un furto, servendosi della cosa comodata, sarà soggetto anche alla *condictio ex causa furtiva*, la quale è differente dall'*actio commodati*, dal momento che, in forza di tale azione, il comodatario è responsabile, anche se la cosa perì senza suo dolo o colpa; mentre nell'*actio commodati* egli è responsabile per colpa. 39

La *condictio*, azione reipersecutoria, si cumula con l'*actio furti*. Pomponio chiarisce che in certi casi, la *condictio* è possibile quando l'*actio commodati* non lo è, e fonda il regime di responsabilità del comodatario sulla colpa<sup>76</sup>. 40

Sempre restando in tema, viene in considerazione il pensiero di Namusa, giurista allievo di Servio Sulpicio Rufo. Secondo il giurista, il comodatario nell'usare la cosa deve attenersi ai limiti stabiliti contrattualmente; l'uso deve porsi in relazione allo scopo particolare per cui il comodato viene concesso<sup>77</sup>: 41

D. 13,6,5,7 (Ulp. 28 ad ed.): Sed interdum et mortis damnum ad eum qui commodatum rogavit pertinet: nam si tibi equum commodavero, ut ad villam adduceres, tu ad bellum duxeris, comodati teneberis: idem erit et in homine. plane si sic commodavi, ut ad bellum duceres, meum erit periculum. nam et si servum tibi tectorem commodavero et de machina ceciderit, periculum meum esse Namusa ait: sed ego ita hoc verum puto, si tibi commodavi, ut et in machina operaretur: ceterum si ut de plano opus faceret, tu eum imposuisti in machina, aut si machinae culpa factum minus diligenter non ab ipso ligatae vel funium perticarumque vetustate, dico periculum, quod culpa contigit rogantis commodatum, ipsum praestare debere: nam et Mela scripsit, si servus lapidario commodatus sub machina perierit, teneri fabrum commodati, qui neglegentius machinam colligavit. 42

Come evidenziato dal Cardilli, «il passo ulpiano discute la pertinenza del *damnum mortis* a chi abbia chiesto un servo in comodato»<sup>78</sup>. Talvolta il rischio della morte spetta al comodatario: così egli sarà tenuto in forza del comodato, se gli è stato prestato un cavallo perché lo portasse nella sua casa di campagna e invece lo ha condotto in guerra. Tuttavia, se il comodante prestò il cavallo perché lo si conducesse alla guerra, il rischio sarà del comodante stesso che dovrà pertanto sottostare al *damnum mortis*<sup>79</sup>. 43

Relativamente al comodato di un servo, Namusa in particolare dice che se un soggetto avesse comodato uno schiavo imbianchino, il quale fosse morto cadendo dall'impalcatura (*machina*), il 44

<sup>76</sup> MABROUK, Essai d'Etude comparative (n. 2), p. 194.

<sup>77</sup> F. PASTORI, Comodato (diritto romano), in NNDI III, Torino 1967, pp. 688-692, in particolare p. 689.

<sup>78</sup> R. CARDILLI, L'obbligazione di *praestare* e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. a.C.- II sec. d.C.), Milano 1995, p. 308.

<sup>79</sup> C.A. CANNATA, Sul Problema della Responsabilità nel Diritto Privato romano. Materiali per un Corso di Diritto Romano, Catania 1996, pp. 64; 147; 158; MILAZZO, Il contratto (n. 2), p. 295.

*periculum* sarà del comodante<sup>80</sup>, solo nel caso in cui il comodante abbia prestato il servo per farlo lavorare anche sull'impalcatura; al contrario, se il comodante prestò il servo per farlo lavorare *de plano* e il comodatario lo fece andare su un ponte, ovvero se l'impalcatura fosse stata legata con poca diligenza o essa avesse funi di sicurezza o pertiche vecchie, e il servo perì, il danno cagionato per colpa del comodatario deve essere a suo carico<sup>81</sup>. Anche Mela<sup>82</sup> dice che se uno schiavo muratore comodato a un lavoratore di pietre sia morto sotto un'impalcatura, quell'artigiano, per aver allestito il ponteggio con negligenza, è soggetto all'azione di comodato<sup>83</sup>.

Come è stato autorevolmente sostenuto, «... la colpa consiste nella violazione di un limite contrattuale nei casi del cavallo o dello schiavo condotto alla guerra invece che *ad villam*, dello schiavo dato in comodato perché operasse a terra e che invece è stato messo a lavorare su di un'impalcatura. E dal testo risulta bene che in tali ipotesi la constatazione della violazione del limite contrattuale è sufficiente per imputare il danno alla parte, senza specifiche valutazioni della condotta di questa»<sup>84</sup>.

Dal passo il concetto di *culpa* emerge «nei casi di uso difforme da quello convenuto, ovvero quando, potendo scegliere tra il salvataggio delle cose proprie e quelle del comodante, si sia scelto quello delle proprie»<sup>85</sup>.

Il tema del *furtum usus* ritorna in un testo assai interessante del 31 d.C.:

Val. Max. 8,2,4: Multus sermo eo etiam iudicio manavit, in quo quidam furti damnatus est, qui equo, cuius usus illi Ariciam commodatus fuerat, ulteriore eius municipii clivo vectus esset. Quid aliud hoc loci quam verecundiam illius saeculi laudemus, in quo tam minuti a pudore excessus puniebantur?

A parere di Valerio Massimo, grande scalpore aveva suscitato un processo che finì con la condanna per furto di un tale che, preso in comodato un cavallo per viaggiare fino ad Aricia, si era spinto fino ad un'altura vicino al municipio. L'autore ironizza sul fatto che venivano punite infrazioni che per lui erano insignificanti.

Altro passo interessante in materia proviene da Gaio:

Gai. 3,196: ... et si quis utendam rem acceperit eamque in alium usum transtulerit, furti obligatur, veluti si quis argentum utendum acceperit, quasi amicos ad cenam invitaturus, et id peregre secum tulerit, aut si quis equum gestandi gratia commodatum longius cum aliquo duxerit, quod veteres scripserunt de eo qui in aciem perduxisset. 197. Placuit tamen eos, qui rebus commodatis aliter uterentur quam utendas accepissent, ita furtum committere, si intellegant, id se invito domino facere eumque, si intellexisset, non permissurum; at si permissurum credant, extra furti crimen videri, optima sane distinctione, quod furtum sine dolo malo non committitur.

<sup>80</sup> CICOGNA, Ancora sull'uso (n. 2), p. 241 s.; K. VISKEY, La responsabilité dans le droit romain à la fin de la République, in RIDA 3(1949), 437- 484.

<sup>81</sup> CANNATA, Sul Problema della Responsabilità, (n. 79), pp. 64 s.; 158.

<sup>82</sup> F. MÜNZER, Mela, in RE XXVIII, Stuttgart 1931, 384.

<sup>83</sup> CANNATA, Sul Problema della Responsabilità (n. 79), p. 159.

<sup>84</sup> CANNATA, Sul Problema della Responsabilità (n. 79), p. 65.

<sup>85</sup> TARDIVO, Studi sul *commodatum* (n. 58), p. 286.

“Se uno ha ricevuto una cosa per un uso e la destina ad altro uso, è tenuto per furto: ad esempio se un soggetto ha ricevuto in uso dell’argento come se dovesse invitare a cena degli amici e l’abbia portato con sé all’estero, o se un cavallo che gli era stato comodato per andare a passeggio l’abbia condotto in qualche luogo lontano, ciò che i *veteres* scrissero di colui che l’aveva condotto in battaglia”.

Secondo Gaio non c’è furto senza l’intenzione delittuosa: il comodatario che si serve della cosa diversamente da quanto convenuto commette furto, se sa di essere contro la volontà del comodante, o se sa che egli non avrebbe autorizzato tale uso se glielo avesse domandato; ma se il comodatario ritiene che tale uso gli è stato permesso, non c’è delitto di furto<sup>86</sup>. Tale distinzione è fondamentale in quanto non c’è furto senza l’intenzione delittuosa, *furtum sine dolo non committitur*.

In dottrina si ritiene che se il comodatario fa della cosa, dolosamente, un uso difforme da quello concordato commette furto (*furtum usus*) e contro di lui il comodante può esperire cumulativamente l’*actio commodati* e l’*actio furti*<sup>87</sup>.

Arrivando poi al pensiero di Paolo rilevano due testi, il primo del Digesto e il secondo delle *Pauli Sententiae*:

D. 47,2,40 (Paul. 9 ad Sab.): Qui iumenta sibi commodata longius duxerit alienave re invito domino usus sit, furtum facit.

Paul. Sent. 2,4,3: Servus vel equus a latronibus vel in bello occisi, si in aliam causam commodati sunt, actio commodati datur: custodia enim et diligentia rei commodatae praestanda est.

Nel primo passo si dice: “colui che fa andare più lontano una bestia da soma a lui comodata, o chi si serve della cosa altrui contro la volontà del proprietario, commette furto”.

Assai più rilevante è il secondo frammento; «se uno schiavo o un cavallo siano stati uccisi da briganti o in guerra, quando erano stati dati in comodato per un altro scopo, viene data l’azione fondata sul comodato: va infatti prestata la custodia e la diligenza con riguardo alla cosa comodata»<sup>88</sup>.

Secondo il Pastori, «la responsabilità per *diligentia* viene qui accostata alla responsabilità per *custodia*»<sup>89</sup>. Anche se la critica interpolazionistica ha considerato non classico il richiamo alla *diligentia*, ciò non pare possibile in quanto se la *custodia* fosse l’unico criterio di responsabilità del comodatario non si spiegherebbe come mai la *diligentia* sia stata aggiunta invece che sostituita a *custodia*<sup>90</sup>. Ciò che emerge da questa prima lettura è che la *custodia* e la *diligentia* si presentano come “due figure distinte di responsabilità”<sup>91</sup>.

<sup>86</sup> MABROUK, Essai d’Etude comparative (n. 2), pp. 193 s.

<sup>87</sup> Cfr.: V. POLÁČEK, Comodato e furto: spunti d’interpretazione dialettica, in *Labeo* 19(1973), pp. 161-184, in particolare p. 169; ZANNINI, Responsabilità per furto (n. 73), p. 175.

<sup>88</sup> CANNATA, Sul Problema della Responsabilità (n. 79), p. 147.

<sup>89</sup> PASTORI, Il comodato (n. 2), p. 239.

<sup>90</sup> F.M. DE ROBERTIS, *Culpa et diligentia* nella compilazione giustiniana, in Studi in onore di E. Betti II, Milano 1962, pp. 349-362, in particolare p. 360.

<sup>91</sup> PASTORI, Il comodato (n. 2), p. 240.

Da quanto detto, sembra che la nozione di *diligentia* abbia fatto, come avremo modo di vedere meglio in seguito, la sua apparizione fin dall'epoca classica accanto alla *custodia* come “elemento di specificazione e di integrazione” del relativo concetto e forse anche in qualche caso come “criterio di valutazione della responsabilità dell'obbligato”<sup>92</sup>. 61

Arrivando infine a Giustiniano, emerge la volontà di ribadire il pensiero di Quinto Mucio e di Gaio in materia di *furtum usus*: 62

I. 4,1,6: Furtum autem fit non solum, cum quis intercipiendi causa rem alienam amovet, sed generaliter cum quis alienam rem invito domino contractat. itaque sive creditor pignore sive is apud quem res deposita est ea re utatur sive is qui rem utendam accepit in alium usum eam transferat, quam cuius gratia ei data est, furtum committit. veluti si quis argentum utendum acceperit quasi amicos ad cenam invitaturus et id peregre secum tulerit, aut si quis equum gestandi causa commodatum sibi longius aliquo duxerit, quod veteres scripserunt de eo, qui in aciem equum perduxisset. 7. Placuit tamen eos, qui rebus commodatis aliter uterentur, quam utendas acceperint, ita furtum committere, si se intellegant id invito domino facere eumque si intellexisset non permissurum, ac si permissurum credant, extra crimen videri: optima sane distinctione, quia furtum sine affectu furandi non committitur. 63

Il furto si verifica, non soltanto quando uno rimuove la cosa altrui per sottrarla, ma in genere quando uno si appropria della cosa altrui contro il volere del proprietario. Pertanto, se il comodatario destina la cosa comodatagli ad uso diverso da quello per cui gli era stata data, commette furto. 64

Giustiniano ribadisce, seguendo il pensiero della giurisprudenza precedente, che coloro che si servissero delle cose avute in comodato in modo diverso da quello per cui le avevano ricevute in uso, commettono furto, se si rendono conto che quel che fanno lo fanno contro il volere del proprietario, e che se lui lo sapesse, non lo permetterebbe; mentre se reputino che lo permetterebbe, sono da considerare esenti da delitto. Tale distinzione è assai rilevante, in quanto il furto non si commette senza l'intenzione di rubare. 65

Da quanto detto emerge che il problema della responsabilità per uso diverso della cosa rispetto a quanto pattuito sia rimasto pressoché invariato dai tempi di Quinto Mucio fino a Giustiniano, prevedendo come criteri il dolo per l'*actio furti* e la *culpa* per l'*actio commodati*. 66

#### 4. La responsabilità per deterioramento

Il comodatario deve restituire la cosa *in specie* e nella sua individualità, di conseguenza egli deve conservare la cosa durante il periodo del comodato<sup>93</sup>. Il comodatario deve servirsi della cosa in modo da non incidere sulla sua sostanza<sup>94</sup>. Dalle fonti emerge infatti l'esistenza di un dovere da parte del comodatario di restituire il bene comodato in buono stato<sup>95</sup>. 67

<sup>92</sup> DE ROBERTIS, *Culpa et diligentia* (n. 90), p. 361.

<sup>93</sup> MABROUK, *Essai d'Etude comparative* (n. 2), p. 164.

<sup>94</sup> MABROUK, *Essai d'Etude comparative* (n. 2), p. 165.

In proposito degno di interesse è il seguente passo di Pomponio, la cui paternità muciana è fuori discussione<sup>96</sup>: 68

D. 13,6,23 (Pomp. 21 ad Quint. Muc.): Si commodavero tibi equum, quo uteris usque ad certum locum, si nulla culpa tua interveniente in ipso itinere deterior equus factus sit, non teneris commodati: nam ego in culpa ero, qui in tam longum iter commodavi, qui eum laborem sustinere non potuit. 69

Secondo il giurista, se un proprietario avesse dato a comodato un cavallo perché il comodatario se ne servisse per raggiungere una certa località prestabilita e nel viaggio il cavallo subisse un deterioramento, il comodatario non sarà soggetto all'azione di comodato; perciò l'evento dannoso sarebbe imputabile alla colpa del comodante che diede a comodato un cavallo per un percorso più lungo di quello che lo stesso potesse sostenere<sup>97</sup>. Viceversa, se il comodatario costrinse il cavallo a un viaggio più lungo, allora egli sarà responsabile, in quanto egli non si era attenuto all'uso convenuto della cosa<sup>98</sup>. 70

Pomponio è del parere che il comodatario di un cavallo non sia responsabile del deterioramento dell'animale se il comodante ha dato il cavallo per lo scopo cui poi il comodatario l'ha adibito, non potendogli attribuire alcuna colpa<sup>99</sup>. Pertanto, quando un comodante metteva a disposizione di un comodatario un cavallo appositamente destinato a una cavalcata, allora doveva prima verificarne le capacità; tale fattispecie realizza un caso di concorso di colpa sconosciuto ai giuristi precedentemente<sup>100</sup>. 71

Un altro aspetto è bene mettere in luce. Come è stato giustamente evidenziato dalla Berndt<sup>101</sup>, la responsabilità per colpa si è sviluppata per la prima volta grazie alla *lex Aquilia* e solo successivamente è passata ad altri ambiti del diritto. Applicata al comodato, la responsabilità per colpa non si riferiva soltanto alla restituzione della cosa integra, ma comprendeva ogni danneggiamento colposo della cosa<sup>102</sup>. 72

Il comodatario si doveva mantenere nei limiti che gli poneva l'accordo o che derivavano dallo specifico carattere delle mansioni prestabilite. Egli quindi doveva preservare la cosa consegnatagli per restituirla nelle stesse condizioni in cui gli era stata data<sup>103</sup>: 73

D. 13,6,3,1 (Ulp. 28 ad ed.): Si reddita quidem sit res commodata, sed deterior reddita, non videbitur reddita, quae deterior facta redditur, nisi quid interest praestetur: proprie enim dicitur res non reddita, quae deterior redditur. 74

<sup>95</sup> LOUISE, Du commodat (n. 2), p. 59.

<sup>96</sup> ZANNINI, Spunti critici (n. 2), p. 95.

<sup>97</sup> ZANNINI, Spunti critici (n. 2), p. 95; MILAZZO, Il contratto (n. 2), p. 257.

<sup>98</sup> PASTORI, Il comodato (n. 2), p. 288.

<sup>99</sup> BERNDT, Das *commodatum* (n. 2), p. 134.

<sup>100</sup> Cfr.: BERNDT, Das *commodatum* (n. 2), p. 134.

<sup>101</sup> BERNDT, Das *commodatum* (n. 2), p. 117.

<sup>102</sup> BERNDT, Das *commodatum* (n. 2), p. 117.

<sup>103</sup> SCHERILLO, Comodato (n. 2), p. 982.

“Se la cosa comodata viene restituita in uno stato peggiore, non si considera propriamente restituita, a meno che non si risarcisca il danno”.

Dunque l'inadempimento si realizzava nel caso di cosa resa colposamente *deterior*, tale da non poter essere considerata *reddita*<sup>104</sup>. Di conseguenza la diminuzione di valore a seguito di danneggiamento poteva costituire oggetto anche esclusivo dell'azione contrattuale<sup>105</sup>.

Solo nell'ultima opera ulpiana ritroviamo nuovamente trattato il tema della responsabilità per deterioramento; nel frammento Ulpiano chiarisce che il comodatario è responsabile per il deterioramento colpevole della cosa<sup>106</sup>:

D. 13,6,10 pr. (Ulp. 29 ad Sab.): Eum, qui rem commodatam accepit, si in eam rem usus est in quam accepit, nihil praestare, si eam in nulla parte culpa sua deteriore fecit, verum est: nam si culpa eius fecit deteriore, tenebitur.

“Colui che ha ricevuto una cosa in comodato, se abbia fatto della cosa l'uso per il quale l'ha ricevuta, non dovrà prestare nulla se l'abbia deteriorata in qualche misura non per sua colpa; ma se la cosa fu deteriorata per sua colpa, egli sarà responsabile”<sup>107</sup>.

Nel frammento Ulpiano chiarisce che è solo il deterioramento colpevole della cosa prestata a rendere responsabili<sup>108</sup>. Fintanto che il comodatario si attiene agli accordi contrattuali e utilizza la cosa prestata solo per lo scopo concordato, per Ulpiano non interviene una responsabilità del comodatario<sup>109</sup>.

## 5. La responsabilità per mancata restituzione o perimento della cosa: periodo preclassico

Quinto Mucio non si occupò solo dei rapporti tra comodato e furto, ma superò tali confini<sup>110</sup>, in quanto a quel tempo il problema della responsabilità del comodatario per mancata restituzione della cosa data in comodato aveva già assunto un'autonoma rilevanza<sup>111</sup>.

D. 13,6,5,3 (Ulp. 28 ad ed.): 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.

<sup>104</sup> Cfr.: DE ROBERTIS, La disciplina (n. 15), p. 335.

<sup>105</sup> DE ROBERTIS, La disciplina (n. 15), p. 336.

<sup>106</sup> BERNDT, Das *commodatum* (n. 2), p. 133.

<sup>107</sup> CANNATA, Sul Problema della Responsabilità (n. 79), p. 136; v.: MILAZZO, Il contratto (n. 2), p. 260.

<sup>108</sup> BERNDT, Das *commodatum* (n. 2), p. 133.

<sup>109</sup> BERNDT, Das *commodatum* (n. 2), p. 133.

<sup>110</sup> ZANNINI, Spunti critici (n. 2), p. 92.

<sup>111</sup> ZANNINI, Spunti critici (n. 2), p. 93. Considera il testo rimaneggiato: I. MOLNÁR, Die Ausgestaltung des Begriffes der *vis maior* im römischen Recht, in *Iura*, 32(1981), pp. 73-105, in particolare p. 80.

Ulpiano sta commentando la formula dell'*actio commodati*<sup>112</sup>, ritenendo che il *praestare* del comodatario debba essere valutato secondo l'*utilitas*<sup>113</sup>. Per il giurista, poiché il comodato riguarda ordinariamente il vantaggio soltanto del comodatario, è condivisibile l'opinione di Quinto Mucio, il quale, rispecchiando la concezione dei *veteres*<sup>114</sup>, ritiene che il comodatario sia responsabile per *culpa* che si estende alla mancanza di *diligentia*<sup>115</sup>. 83

Tre aspetti emergono dalla lettura del testo: in primo luogo la regola dell'*utilitas* non ha alcun senso se non si ammettono diversi gradi di responsabilità<sup>116</sup>; in secondo luogo il comodato costituiva il caso paradigmatico di utilità visto tutta dalla parte del debitore; e infine la misura di responsabilità del comodatario si doveva adeguare al massimo di severità consentito dal sistema<sup>117</sup>. 84

Secondo la Berndt<sup>118</sup>, la *culpa* nel periodo preclassico si presentava quando non erano state prese tutte le misure preventive per il mantenimento della cosa, nonostante una persona avveduta le avesse potute adottare. 85

Tuttavia, accanto al concetto di *culpa*, Quinto Mucio impiega anche il concetto di *diligentia*<sup>119</sup>. Quindi il binomio *culpa-diligentia* sembra risalire a Quinto Mucio. In questo binomio il termine *diligentia* agisce come elemento specificatore e condiziona il significato del termine *culpa*<sup>120</sup>, nel senso che più aumenta il grado di diligenza più si estende la *culpa*. Quindi da un lato avremo la conseguenza di un giudizio negativo del comportamento tenuto (*culpa*) e dall'altra un aspetto positivo della condotta dell'agente conforme al modello dell'uomo *diligens*<sup>121</sup>. Poiché il comodatario 86

112 La formula *in factum* risultava dunque essere così (Cfr.: CERAMI, Il comodato [n.2], p. 309): *Si paret A<sup>m</sup> A<sup>m</sup> N<sup>o</sup> N<sup>o</sup> rem qua de agitur commodasse eamque A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> redditam non esse, quanti ea res erit, tantam pecuniam index N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> condemnato; si non paret, absolvito*. Tale formula pare diretta a sanzionare l'obbligo del comodatario di restituire la cosa al comodante (ZANNINI, Comodato [n. 2], p. 33). In tale formula è infatti previsto solo il caso della mancata restituzione della cosa; «pertanto solo qualora ciò sia accertato il giudice può condannare il comodatario ed anche qui solo al pagamento del valore della cosa» (TARDIVO, Studi sul *commodatum* [n. 58], p. 237), quantificato al momento della sentenza (PASTORI, Il comodato [n.2], pp. 141 s; TARDIVO, Studi sul *commodatum* [n. 58], p. 238). Venne poi introdotta quella *in ius* che era così (D. MANTOVANI, Le formule del processo privato romano<sup>2</sup>, Padova, 1999, p. 52): *Quod A<sup>s</sup> A<sup>s</sup> N<sup>o</sup> N<sup>o</sup> rem qua de agitur commodavit, qua de re agitur, quidquid ob eam rem N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> dare facere oportet ex fide bona, eius C. Aquilius index N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> condemnato; si non paret, absolvito*. Questa formula era imperniata sul *quidquid facere oportet ex fide bona* e consentiva al giudice un'ampia valutazione del caso concreto dedotto in giudizio, rendendo sanzionabili anche pretese diverse da quella di ottenere la mera restituzione della cosa comodata (ZANNINI, Comodato [n. 2], p. 33). «Da questa formula appare come oramai tutti i rapporti che potevano nascere dal comodato erano tutelabili, consentendo al giudice la possibilità di valutare i rapporti stessi alla stregua della *bona fides*, consentendogli altresì una grande ampiezza di possibilità nella condanna» (TARDIVO, Studi sul *commodatum* [n. 58], p. 248).

113 CARDILLI, L'obbligazione di *praestare* (n. 78), p. 190. Cfr: SANTUCCI, *Utilitas contrahentium*. Note minime su una regola che cacciata dalla porta rientrò dalla finestra, in Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato, 3(2008), pp. 277-311.

114 BERNDT, Das *commodatum* (n. 2), p. 119.

115 Cfr: KUNKEL, *Diligentia* (n. 35), pp. 266 ss.; VISKY, La responsabilité (n. 80), 460 s.; G. MACCORMACK, *Culpa*, in SDHI, 38(1972), pp.123-188, in particolare pp. 123 ss.

116 MABROUK, Essai d'Etude comparative (n. 2), p. 190.

117 DE ROBERTIS, La disciplina, (n. 15), pp. 323 s.

118 BERNDT, Das *commodatum* (n. 2), pp. 115 s.

119 BERNDT, Das *commodatum* (n. 2), p. 114.

120 Cfr.: DE ROBERTIS, La disciplina (n. 15), p. 184; R. CARDILLI, L'obligation de *praestare* et la responsabilité contractuelle en droit romain, in RIDA 43(1996), pp. 81-132, in particolare p. 101.

121 CARDILLI, L'obbligazione di *praestare* (n. 78), p. 194.

era obbligato a prendere tutte le possibili precauzioni per la conservazione della cosa, era pure tenuto a sorvegliare accuratamente la cosa ricevuta in prestito<sup>122</sup>.

Sulla base di quanto detto Ulp. D. 13,6,5,3 può costituire la prova del fatto che nel periodo preclassico nei “rapporti altruistici” di aiuto tra persone fosse dovuta la piena diligenza<sup>123</sup>. 87

Dai passi visti possiamo concludere che con Quinto Mucio “le direttive fondamentali della responsabilità contrattuale” del comodatario per mancata restituzione erano definitivamente delineate<sup>124</sup> attraverso il criterio guida della responsabilità per *culpa* o per mancanza di *diligentia*<sup>125</sup>; da ciò emerge che il comodato aveva ottenuto già una tutela giuridica ai tempi di Quinto Mucio<sup>126</sup>. 88

Un importante passo di Ulpiano richiama genericamente il pensiero dei *veteres*: 89

D. 13,6,5,6 (Ulp. 28 ad ed.): Sed an etiam hominis commodati custodia praestetur, apud veteres dubitatum est. nam interdum et hominis custodia praestanda est, si vinctus commodatus est, vel eius aetatis, ut custodia indigeret: certe si hoc actum est, ut custodiam is qui rogavit praestet, dicendum erit praestare. 90

Interessante è l'esordio del passo in cui si enuncia che i *veteres* avevano dubitato se il comodatario avesse l'obbligo di custodire il servo comodato<sup>127</sup>. 91

Dal frammento emerge un nuovo criterio: i *veteres* già discutevano se fosse responsabile per *custodia* il comodatario, ove il contratto avesse avuto a oggetto degli schiavi e il problema veniva risolto nel senso che non sempre al comodatario si dovesse addossare tale responsabilità<sup>128</sup>. Per esempio non poteva imputarsi al comodatario la fuga dello schiavo che non aveva la tendenza a fuggire; ma se il negozio avesse avuto a oggetto uno schiavo viziato in tal senso, certo il non averlo sorvegliato con particolare attenzione sarebbe rientrato nell'ambito della responsabilità per *custodia*. 92

Dall'esegesi del passo emergerebbe che la responsabilità per *custodia* fosse ammessa in situazioni particolari: ad esempio quando uno schiavo «fosse stato consegnato legato, oppure per l'età avesse richiesto una vigilanza particolarmente attenta»<sup>129</sup>. 93

Da quanto detto emerge che in origine, ai tempi dei *veteres*, la responsabilità per *custodia* costituiva un criterio residuale che si prospettava solo in ipotesi specifiche. 94

<sup>122</sup> BERNDT, Das *commodatum* (n. 2), p. 119.

<sup>123</sup> BERNDT, Das *commodatum* (n. 2), pp. 118; 123.

<sup>124</sup> CERAMI, Il comodato (n. 2), p. 324.

<sup>125</sup> Rilevante è pure D. 47,2,77 pr. (Pomp. 38 ad *Quintum Mucium*): *Qui re sibi commodata vel apud se deposita usus est aliter atque accepit, si existimavit se non invito domino id facere, furti non tenetur. sed nec depositi ullo modo tenebitur: commodati an teneatur, in culpa aestimatio erit, id est an non debuerit existimare id dominum permissurum*. Nel testo si parla del caso, prospettato presumibilmente da Quinto Mucio, in cui il comodatario fece, delle cose ricevute, un uso diverso da quello per cui le ricevette. Una volta esclusa l'azione di furto, in quanto il *furtum usus* richiedeva l'esistenza del dolo come elemento della fattispecie delittuosa, la questione era di sapere se il comodatario fosse o no tenuto all'azione di comodato e ciò dipendeva dalla circostanza se egli fosse o no in colpa, vale a dire se avesse creduto che il proprietario avrebbe permesso l'uso compiuto. Secondo il PASTORI, Il comodato (n. 2), p. 281, «il giurista vuole dire che il comodatario è responsabile quando un giudizio obiettivo della situazione non gli consenta di supporre l'assenso del *dominus*». Cfr. pure: Gai. 3,197.

<sup>126</sup> Cfr.: ZANNINI, Spunti critici (n. 2), p. 99.

<sup>127</sup> PASTORI, Il comodato (n. 2), p. 264.

<sup>128</sup> BETTI, Imputabilità (n. 44), p. 136.

<sup>129</sup> PASTORI, Il comodato (n. 2), pp. 264 s.

## 6. (Segue): periodo classico

Il *commodatum* nel periodo classico non era visto ancora come un contratto reale, e ciò si rifletteva nel contesto della responsabilità<sup>130</sup>. 95

Labeone si occupa dell'argomento e ritiene che il *periculum* del perimento della cosa comodata si realizza solo in determinate ipotesi: 96

D. 13,6,5,14 (Ulp. 28 ad ed.): Si de me petisses, ut triclinium tibi sternerem et argentum ad ministerium praeberem, et fecero, deinde petisses, ut idem sequenti die facerem et cum commode argentum domi referre non possem, ibi hoc reliquero et perierit: qua actione agi possit et cuius esset periculum? Labeo de periculo scripsit multum interesse, custodem posui an non: si posui, ad me periculum spectare, si minus, ad eum penes quem relictum est. ego puto commodati quidem agendum, verum custodiam eum praestare debere, penes quem res relictae sunt, nisi aliud nominatim convenit. 97

Un soggetto chiede a un altro tutto l'occorrente per apparecchiare un *triclinium*, tra cui l'argenteria. Al fornitore viene proposto di svolgere anche per il giorno successivo lo stesso servizio. Il comodante decide di lasciare l'argenteria al comodatario, ma nella notte essa perisce. 98

La *quaestio iuris* è quale azione può essere esercitata dal fornitore dell'argenteria e a chi spetta il *periculum* del perimento. Labeone distribuisce il *periculum* a seconda che il fornitore abbia o meno posto un custode a sorveglianza dell'argenteria. 99

Ulpiano invece, abbracciando un'impostazione successiva, ritiene che il fornitore debba agire con l'*actio commodati* e che il comodatario debba *custodiam praestare*<sup>131</sup>. Qui *custodiam praestare*<sup>132</sup> è posta in relazione al *periculum*, richiamando quella responsabilità oggettiva<sup>133</sup> che Gaio, come vedremo, riconnette al comodatario<sup>134</sup>: il comodatario deve sopportare il *periculum* della cosa affidatagli<sup>135</sup>. 100

Anche Cartilio, giurista del periodo augusteo, si è occasionalmente occupato di responsabilità del comodatario: 101

D. 13,6,5,13 (Ulp. 28 ad ed.): Si me rogaveris, ut servum tibi cum lance commodarem et servus lancem perdiderit, Cartilius ait periculum ad te respicere, nam et lancem videri 102

<sup>130</sup> Cfr.: BERNDT, *Das commodatum* (n. 2), p. 123.

<sup>131</sup> CARDILLI, L'obbligazione di *praestare* (n. 78), p. 383; MILAZZO, *Il contratto* (n. 2), p. 291.

<sup>132</sup> PERNICE, *Labeo* (n. 28), pp. 339 ss.; BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten* (n. 26), pp. 261 ss.; LUSIGNANI, *La responsabilità* (n. 14), pp. 1 ss.; SECKEL, *Custodia* (n. 31), 116 ss.; VÁŽNÝ, *Custodia* (n. 34), 101 ss.; P. KRÜCKMANN, *Custodia*, in *ZSS*, 64(1944), pp. 1-56; TALAMANCA, *Custodia* (n. 14), pp. 561 ss.; CORNIOLEY, *Due aspetti poco noti della custodia*, in *Labeo* 15(1969), pp. 201-216.

<sup>133</sup> Il comodante sembra poter agire con l'*actio legis Aquiliae* nel caso di danneggiamento della *res commodata*. D. 9,2,57 (Iav. 6 *ex posterioribus Labeonis*): *Equum tibi commodavi: in eo tu cum equitares et una complures equitarent, unus ex his irrui in equum teque deiecit et eo casu crura equi fracta sunt. Labeo negat tecum ullam actionem esse, sed si equitis culpa factum esset, cum equite: sane non cum equi domino agi posse. verum puto*. Se il comodante diede a prestito un cavallo. Cavalcando il comodatario in compagnia di altri cavalieri, uno fra questi andò addosso al cavallo comodato, che a causa della caduta si ruppe le gambe. Labeone nega che contro il comodatario abbia luogo alcuna azione. Ma se ciò avvenne per colpa del cavaliere, Giavoleno, discostandosi dall'opinione dominante, crede che si possa agire contro il cavaliere, non contro il padrone del cavallo. Cfr.: CARDILLI, *L'obbligazione di praestare* (n. 78), pp. 316 s.

<sup>134</sup> PASTORI, *Il commodato* (n. 2), p. 206.

<sup>135</sup> PASTORI, *Il commodato* (n. 2), p. 262, n. 6.

commodatam: quare culpam in eam quoque praestandam. plane si servus cum ea fugerit, eum qui commodatum accepit non teneri, nisi fugae praestitit culpam.

L'ipotesi è quella di un servo dato in comodato con un piatto di servizio (*servus cum lance*)<sup>136</sup> cui segua la perdita del piatto prezioso affidato allo schiavo che fu comodato a un amico del *dominus*. Cartilione riteneva che il rischio della perdita (*periculum*) del vasoio dovesse essere imputato al comodatario<sup>137</sup>, perché anche il piatto era stato comodato, e perciò egli era responsabile per colpa anche riguardo al piatto. **103**

Nella seconda parte del passo si fa l'ipotesi che lo schiavo sia fuggito col vasoio prezioso. L'evento si configura come imprevedibile e pertanto il comodatario non risultava responsabile, sempre che non si potesse imputare ciò alla di lui colpa<sup>138</sup>. **104**

Dai passi visti emerge pertanto come nel periodo augusteo emerga un nuovo criterio di responsabilità del comodatario, quello della *custodia*<sup>139</sup>. **105**

Arrivando a Gaio, questi non tratta *ex professo*, nelle Istituzioni, del comodato, al punto che non lo menziona là dove parla delle *obligationes re contractae*<sup>140</sup>. Tuttavia in altri luoghi si occupa dell'oggetto del comodato<sup>141</sup>. **106**

Più significativo è invece un passo di Gaio proveniente dai libri *ad edictum provinciale*, opera probabilmente redatta nel periodo postclassico, ma con materiale gaiano<sup>142</sup> che tratta della responsabilità del comodatario. Relativamente a tale testo non ci sono dubbi sulla sua fondamentale classicità<sup>143</sup>: **107**

D. 13,6,18 pr. (Gai. 9 ad ed. prov.)<sup>144</sup>: In rebus commodatis talis diligentia praestanda est, qualem quisque diligentissimus pater familias suis rebus adhibet, ita ut tantum eos casus non praestet, quibus resisti non possit, veluti mortes servorum quae sine dolo **108**

<sup>136</sup> Secondo il PASTORI, Il comodato (n. 2), p. 251, «si tratta di uno schiavo con funzione di cameriere, cui è affidato un piatto di un certo valore».

<sup>137</sup> BETTI, Imputabilità (n. 44), p. 136; DE ROBERTIS, La disciplina (n. 15), p. 327; MILAZZO, Il contratto (n. 2), p. 286.

<sup>138</sup> Un altro aspetto da considerare è l'ipotesi di furto della cosa comodata, problema trattato in modo assai chiaro da Giavoleno: D.47,2,72 pr. (Iav. 15 *ex Cassio*): *Si is, cui commodata res erat, furtum ipsius admisit, agi cum eo et furti et commodati potest: et, si furti actum est, commodati actio extinguitur, si commodati, actioni furti exceptio obicitur*. Se colui al quale fu data a comodato una cosa, commise furto della medesima, si può agire contro di lui. In sostanza se si esercita l'*actio furti* questa estingue l'*actio commodati* ma se si esercita l'*actio commodati* si estingue *ope exceptionis* l'*actio furti*. V. PASTORI, Il comodato (n. 2), pp. 268 s.

<sup>139</sup> PARICIO SERRANO, La responsabilidad (n. 12), p. 467.

<sup>140</sup> SCHERILLO, Comodato (n. 2), p. 982.

<sup>141</sup> Il comodato può avere ad oggetto solo le cose infungibili e inconsumabili, salvo che le stesse non siano usate per un uso particolare che non implichi la distruzione. Cfr.: D. 13,6,4 (Gai. 1 *de verbor. oblig.*): *Saepe etiam ad hoc commodantur pecuniae, ut dicis gratia numerationis loco intercedant*. Secondo Gaio «è ammissibile persino il comodato di monete, ma solo in quanto la loro consegna e il conseguente impiego avvengano *dicis gratia, numerationis loco*». (CERAMI, Il comodato [n. 2], p. 320). Cfr. pure: SCHERILLO, Comodato (n. 2), p. 981.

<sup>142</sup> C.A. CANNATA, Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano, in *Iura* 44(1993), pp. 1-83, in particolare p. 56.

<sup>143</sup> ZIMMERMANN, The Law of Obligations (n. 56), p. 192.

<sup>144</sup> Sulle corrispondenze tra Gai. D. 13,6,18 pr. e Gai. D. 44,7,1,4 e I. 3,14,2 v.: F.M. DE ROBERTIS, I problemi della responsabilità contrattuale nelle Istituzioni di Gaio e le lacune del manoscritto veronese, in *Studi in onore di B. Biondi I*, Milano 1965, pp. 375-394, in particolare pp. 382 ss.

et culpa eius accidunt, latronum hostiumve incursus, piratarum insidias, naufragium, incendium, fugas servorum qui custodiri non solent. quod autem de latronibus et piratis et naufragio diximus, ita scilicet accipiemus, si in hoc commodata sit alicui res, ut eam rem peregre secum ferat: alioquin si cui ideo argentum commodaverim, quod is amicos ad cenam invitaturum se diceret, et id peregre secum portaverit, sine ulla dubitatione etiam piratarum et latronum et naufragii casum praestare debet. haec ita, si dumtaxat accipientis gratia commodata sit res, at si utriusque, veluti si communem amicum ad cenam invitaverimus tuque eius rei curam suscepisses et ego tibi argentum commodaverim, scriptum quidem apud quosdam invenio, quasi dolum tantum praestare debeas: sed videndum est, ne et culpa praestanda sit, ut ita culpa fiat aestimatio, sicut in rebus [pignori] <fiduciae><sup>145</sup> datis et dotalibus aestimari solet.

“Con riguardo alle cose ricevute in comodato si deve *praestare* la stessa *diligentia* che il più diligente *pater familias* adopererebbe nelle cose proprie”<sup>146</sup>. 109

Tale affermazione generale trova subito una precisazione di natura negativa, rispetto ai limiti del *praestare*<sup>147</sup>: di conseguenza il comodatario non risponde unicamente dei casi ai quali non può opporsi resistenza, come la morte dei servi avvenuta senza dolo o colpa, l’incursione di rapinatori o di nemici, un agguato dei pirati, un naufragio, un incendio, la fuga di quei servi che non si è soliti sottomettere a una vigilanza particolare<sup>148</sup>. 110

Tuttavia se qualcuno avesse comodato argenteria a un tale, affinché potesse invitare i suoi amici a cena, ma poi questi avesse deciso di portarla con sé in viaggio<sup>149</sup>, non vi è dubbio che costui deve rispondere anche per il caso di pirateria, brigantaggio e naufragio<sup>150</sup>. 111

Dal passo emerge che la fattispecie fondamentale «è quella di un prestito di stoviglie che il comodatario abbia portato con sé in viaggio, durante il quale gli sono state rubate: sembra evidente che egli debba rispondere di mancata restituzione»<sup>151</sup>. Secondo il Betti qui «viene in applicazione una distinzione, avanzata dal giurista stesso ... fra il caso di forza maggiore, effettivamente indipendente da un contegno dell’obbligato, e il *casus dolo seu culpa determinatus*, che si ha per esempio quando l’oggetto da restituire sia stato esposto a pericolo di perimento o di danneggiamento mediante un comportamento del debitore trascurante i propri doveri: qui sarà imputato anche il *casus*»<sup>152</sup>. 112

Tutto ciò avviene se la cosa è comodata solamente nell’interesse del comodatario; ma se fosse rinvenibile un reciproco interesse nella conclusione del contratto, si verifica una sorta di mitigazione 113

<sup>145</sup> F. BERTOLDI, *Il negozio fiduciario nel diritto romano classico*, Modena, 2012, pp. 145 s.

<sup>146</sup> V.: CANNATA, *Sul problema della responsabilità* (n. 142), p. 39; CARDILLI, *L’obbligazione di praestare* (n. 78), p. 496; CANNATA, *Sul Problema della Responsabilità* (n. 79), pp. 52; 74; MILAZZO, *Il contratto* (n. 2), p. 262.

<sup>147</sup> CARDILLI, *L’obbligazione di praestare* (n. 78), pp. 496 s.

<sup>148</sup> CANNATA, *Sul Problema della Responsabilità* (n. 79), pp. 65; 74.

<sup>149</sup> MABROUK, *Essai d’Etude comparative* (n. 2), p. 159.

<sup>150</sup> CANNATA, *Sul Problema della Responsabilità* (n. 79), pp. 65 s.; 74.

<sup>151</sup> BETTI, *Imputabilità* (n. 44), p. 89.

<sup>152</sup> BETTI, *Imputabilità* (n. 44), p. 89.

<sup>153</sup>: come, per esempio, se due avendo invitato a cena un amico comune, uno assunse la cura d'allestire la cena e l'altro prestò l'argenteria, il primo è responsabile solo per dolo. Si può peraltro chiedersi se egli sia responsabile anche per colpa, come avviene per le cose date a fiducia o a titolo dotale. Se invece il comodato è concluso solo a profitto del comodante, il comodatario sarà responsabile solo per dolo <sup>154</sup>.

Nella prima parte del testo il modello è precisato in quello del comportamento del *diligentissimus pater familias* rispetto alle sue proprie cose. In sostanza il comodante, prestando la sua cosa, deve poter fare affidamento sul fatto che essa cade in buone mani, che sarà trattata come presso di lui se non meglio <sup>155</sup>. A questo proposito rileva l'originale tesi della Berndt <sup>156</sup> secondo la quale la responsabilità per colpa del comodatario comprenderebbe la responsabilità per *custodia*; questa sarebbe di conseguenza un elemento della responsabilità per *diligentia*. Così, sempre secondo l'autrice, il *diligentissimus pater familias* era colui che doveva sorvegliare gli schiavi, quando questi dovevano essere controllati <sup>157</sup>.

Nel frammento «si tratta di distinguere la diligenza dovuta dal comodatario nel caso normale, in cui il negozio è volto ad esclusivo profitto, dalla *diligentia quam in suis* da prestarsi nei casi in cui il profitto è comune». Ciò risulta dal confronto con le *res dotales* <sup>158</sup>. Gaio fa notare che «non basta adibire circa la cosa commodata la cura stessa che si pone circa le cose proprie; occorre usare la premura stessa che per le cose proprie» <sup>159</sup> suole avere un *diligentissimus pater familias* <sup>160</sup>, in modo tale che il comodatario sarà responsabile di tutti quegli eventi che non si possono impedire <sup>161</sup>.

Gaio avverte che possono intervenire delle giuste cause per le quali si renda necessario che il comodatario agisca, in via autonoma, nei confronti del comodante <sup>162</sup> e, dopo aver accennato all'esistenza di un *rectum* e di un *contrarium iudicium*, riconosce la *compensatio ex eadem causa*, lasciando intendere che ciò costituisce un *bonae fidei iudicium* <sup>163</sup>.

La teoria gaiana sembra poi subire un'evoluzione, in quanto nelle *Institutiones*, nella trattazione della legittimazione all'*actio furti*, non si fa alcuna menzione di un contegno soggettivo da parte del comodatario <sup>164</sup>. Gaio infatti legittima il comodatario, cui sia stata rubata la cosa comodata, a esperire tale azione e perfeziona il concetto di “*custodia* in senso tecnico”, vale a dire intesa

<sup>153</sup> CARDILLI, L'obbligazione di *praestare* (n. 78), p. 497.

<sup>154</sup> MABROUK, Essai d'Etude comparative (n. 2), p. 190.

<sup>155</sup> CANNATA, Sul problema della responsabilità (n. 142) p. 39; ID., Sul Problema della Responsabilità (n. 79), p. 52.

<sup>156</sup> BERNDT, Das *commodatum* (n. 2), p. 113.

<sup>157</sup> BERNDT, Das *commodatum* (n. 2), p. 113.

<sup>158</sup> FERRINI, Storia (n. 2), pp. 263; 299.

<sup>159</sup> FERRINI, Storia (n. 2), p. 263.

<sup>160</sup> FERRINI, Storia (n.2), p. 263.

<sup>161</sup> MACCORMACK, *Custodia* (n. 14), p. 208.

<sup>162</sup> CERAMI, Il comodato (n. 2), p. 328.

<sup>163</sup> SEGRÈ, Sull'età dei giudizi (n. 74), p. 337.

<sup>164</sup> TARDIVO, Studi sul *commodatum* (n. 58), p. 272.

come responsabilità oggettiva<sup>165</sup>, «la quale prescinde dalla valutazione dell'elemento intenzionale e afferma l'esistenza del nesso di causalità tra il contegno del comodatario e la mancata restituzione»<sup>166</sup>. Gaio afferma dunque che il comodatario come il *fullo* e il *sarcinator* risponde per *custodia*<sup>167</sup>:

Gai. 3,206<sup>168</sup>: Quae de fullone aut sarcinatore diximus, eadem transferemus et ad eum cui rem commodavimus. Nam ut illi mercedem capiendo custodiam praestant, ita hic quoque utendi commodum percipiendo similiter necesse habet custodiam praestare.

118

L'autore, nel trattare della responsabilità in materia di *locatio operis faciendi*, afferma, che quel che è stato detto a proposito del lavandaio o del rammendatore, lo si può estendere anche a colui cui comodammo una cosa<sup>169</sup>; come quelli, infatti, ricevendo la mercede, rispondono della *custodia*, così anche il comodatario, ricevendo il vantaggio dell'uso (*commodum utendi*)<sup>170</sup>, è similmente in condizione di dover rispondere della *custodia*<sup>171</sup>. In sostanza il comodatario, percependo il vantaggio che nasce dall'uso della cosa prestatagli, si trova nella necessità di conservarla in vista della restituzione<sup>172</sup>. Qui la *custodia* sembra giustificata dall'*utendi commodum percipiendo*.

119

Secondo il Pastori, «la posizione del lavandaio e del rammendatore è assimilata a quella del comodatario e si giustifica la responsabilità che essi incontrano nei riguardi del creditore ove perdano la disponibilità della cosa in conseguenza del furto, col fatto che i primi percepiscono una mercede, il secondo usufruisce dell'uso gratuito della cosa»<sup>173</sup>. Dal momento che essi traggono vantaggio dai rispettivi contratti, devono prestare un grado maggiore di responsabilità<sup>174</sup>.

120

In particolare, se il comodatario ha perso la disponibilità della cosa in conseguenza del furto, egli ne risponde verso il creditore ed è tenuto a pagare l'equivalente della cosa non restituita<sup>175</sup>. Tale tipo di responsabilità si ritiene venga denominata *custodiam praestare* e non è soggetta a restrizioni, in modo che il comodatario è ritenuto responsabile indipendentemente dalle circostanze nelle quali il furto è avvenuto<sup>176</sup>. Tale tipo di responsabilità si giustifica nel «carattere di favore che è proprio del prestito d'uso gratuito»<sup>177</sup>. *Custodia* in senso tecnico sembra alludere «alla conservazione della

121

<sup>165</sup> PASTORI, Il comodato (n. 2), p. 194; SCHERILLO, Comodato (n. 2), p. 988.

<sup>166</sup> PASTORI, Comodato, (n. 77), p. 690.

<sup>167</sup> D. NÖRR, Die Entwicklung des Utilitätsgedankens im römischen Haftungsrecht, in ZSS 86(1956), pp. 68-119, in particolare p. 75.

<sup>168</sup> Cfr. I. 4,1,16, che attribuisce questa impostazione al pensiero dei *veteres*. Particolare interesse riveste il testo parallelo Theoph. 4,1,16 che «elimina ogni riferimento alla custodia e fonda la responsabilità del comodatario solo sulla *diligentia*». Cfr.: PASTORI, Il comodato (n. 2), p. 219.

<sup>169</sup> MABROUK, Essai d'Etude comparative (n. 2), p. 182; I. MOLNAR, Die Haftungsordnung des römischen Privatrechts, Szeged 1998, p. 156.

<sup>170</sup> CARDILLI, L'obbligazione di *praestare* (n. 78), p. 488.

<sup>171</sup> Secondo A. METRO, L'obbligazione di custodire nel diritto romano, Milano 1966, p. 150, l'applicazione della responsabilità oggettiva nel comodato non può essere posta in dubbio di fronte alla testimonianza gaiana. V. pure: NÖRR, Die Entwicklung des Utilitätsgedankens (n. 167), p. 75; MILAZZO, Il contratto (n. 2), pp. 232 s.

<sup>172</sup> BETTI, Imputabilità (n. 44), p. 56.

<sup>173</sup> PASTORI, Il comodato (n. 2), p. 188.

<sup>174</sup> LUSIGNANI, La responsabilità (n. 14), p. 16.

<sup>175</sup> PASTORI, Il comodato (n. 2), pp. 188; 257.

<sup>176</sup> PASTORI, Il comodato (n. 2), pp. 257 s.

<sup>177</sup> PASTORI, Il comodato (n. 2), p. 190.

cosa affidata e alla relativa obbligazione»; vale a dire «alla responsabilità in cui il debitore incorre in ordine a tale obbligazione»<sup>178</sup>, prescindendo da ogni valutazione sull'atteggiamento soggettivo del comodatario<sup>179</sup>.

Da quanto detto si può dedurre che la responsabilità per *custodia* viene a configurarsi e a delinearsi compiutamente in Gaio<sup>180</sup>, nel contesto di un negozio in cui il fulcro del rapporto è costituito dall'obbligo di restituzione<sup>181</sup>.

Circa i rapporti tra *custodia* e *diligentia*, Paolo afferma<sup>182</sup>: **123**

D. 18,6,3 (Paul. 5 ad Sab.): Custodiam autem venditor talem praestare debet, quam praestant hi quibus res commodata est, ut diligentiam praestet exactiorem, quam in suis rebus adhiberet. **124**

Secondo il giurista, il venditore è tenuto a *custodiam praestare*, allo stesso modo del comodatario; tale responsabilità ha come contenuto che il debitore *diligentiam praestet*, vale a dire «la responsabilità per *diligentia* è ricompresa nella responsabilità per *custodia*»<sup>183</sup>.

Arriviamo finalmente a Ulpiano, a cui appartiene un'affermazione generale assai nota: **126**

D. 13,6,5,5 (Ulp. 28 ad ed.): Custodiam plane commodatae rei etiam diligentem debet praestare. **127**

Il testo ha subito gli assalti della critica, anche interpolazionistica<sup>184</sup>, malgrado la sua semplicità e la sua correttezza grammaticale<sup>185</sup>; nel passo si dice che il comodatario deve diligentemente<sup>186</sup> custodire la cosa comodata<sup>187</sup>.

In un altro testo viene enucleata tutta una gamma di possibili criteri che si estendono dal *dolus* alla *culpa* e alla *exactissima diligentia*: **129**

D. 13,6,5,2 (Ulp. 28 ad ed.): Nunc videndum est, quid veniat in commodati actione, utrum dolus an et culpa an vero et omne periculum. et quidem in contractibus interdum dolum **130**

<sup>178</sup> PASTORI, Il comodato (n. 2), p. 194.

<sup>179</sup> PASTORI, Il comodato (n. 2), pp. 196; 200; 258.

<sup>180</sup> Afferma Pomponio: D. 13,6,13,1 (Pomp. 11 ad Sab.): *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.* Chi riceve una cosa in prova è in condizione giuridica analoga a quella del comodatario e se egli la rivolge indebitamente a vantaggio proprio, deve rendere al concedente il vantaggio (PASTORI, Il comodato [n.2], p. 199). Perciò la cosa non deve produrre alcun vantaggio, prima che si sopporti il *periculum*.

<sup>181</sup> PASTORI, Il comodato (n. 2), p. 199.

<sup>182</sup> Non sarà però responsabile per caso fortuito: Paul. Sent. 2,4,2: *Si factio incendio ruina naufragio aut quo alio simili casu res commodata amissa sit, non tenebitur eo nomine is cui commodata est, nisi forte, cum posset rem commodatam salvam facere, suam praetulit.*

<sup>183</sup> PASTORI, Il comodato (n. 2), p. 208.

<sup>184</sup> BERNDT, Das *commodatum* (n. 2), p. 111.

<sup>185</sup> R. ROBAYE, L'obligation de garde. Essai sur la responsabilité contractuelle en droit romain, Bruxelles, 1987, p. 279.

<sup>186</sup> Secondo il PASTORI, Il comodato (n. 2), p. 207, «la *custodia* è qui affiancata alla *diligentia*, la quale si presenta come figura di responsabilità aggiunta (*etiam diligentem*) alla prima».

<sup>187</sup> MILAZZO, Il contratto (n. 2), p. 281. Secondo il METRO, L'obbligazione di custodire (n. 171), p. 154 «la qualifica di “diligente” attribuita alla custodia definisce implicitamente questa come attività (giacché non avrebbe senso una “diligente” responsabilità), facendo pertanto apparire il ‘*debet praestare*’ come l’enunciazione della regola che sancisce l’obbligo del comodatario di custodire la cosa affidatagli».

solum, interdum et culpam praestamus: dolum in deposito: nam quia nulla utilitas eius versatur apud quem deponitur, merito dolus praestatur solus: nisi forte et merces accessit (tunc enim, ut est et constitutum, etiam culpa exhibetur) aut si hoc ab initio convenit, ut et culpam et periculum praestet is penes quem deponitur. sed ubi utriusque utilitas vertitur, ut in empto, ut in locato, ut in dote, ut in [pignore] <fiducia>, ut in societate, et dolus et culpa praestatur.

Secondo Ulpiano, “si deve esaminare che cosa entri nell’*actio commodati*<sup>188</sup>, se il dolo soltanto ovvero anche la colpa, e se il comodatario sia responsabile anche d’ogni *periculum*”. Si è responsabili soltanto del dolo nel deposito, perché il depositario non ne trae alcuna utilità, qualora non abbia ricevuto alcun compenso; ma quando il negozio è ugualmente vantaggioso alle due parti che lo concludono, ciascuno è responsabile per dolo e anche per colpa. **131**

Questo passo mostra che nel comodato la responsabilità non doveva esser vista con criteri univoci: infatti il giurista doveva appunto esaminare quale fosse la responsabilità del comodatario nelle varie fattispecie<sup>189</sup>. **132**

Non era imputabile l’inadempimento dovuto a cause di forza maggiore, purché non le avesse provocate il comportamento colposo del debitore<sup>191</sup>: **133**

D. 13,6,5,4 (Ulp. 28 ad ed.): Quod vero senectute contigit vel morbo, vel vi latronum ereptum est, aut quid simile accidit, dicendum est nihil eorum esse imputandum ei qui commodatum accepit, nisi aliqua culpa interveniat. proinde et si incendio vel ruina aliquid contigit vel aliquid damnum fatale, non tenebitur, nisi forte, cum possit res commodatas salvas facere, suas praetulit. **134**

“Ciò che accadde per vecchiaia o malattia, ciò che fu tolto dai banditi, o altro simile evento, si deve dire non essere imputabile al comodatario, qualora non sia intervenuta qualche sua colpa. Quindi egli non sarà responsabile se la cosa perì per incendio, per rovina, o per qualsiasi *damnum* **135**

<sup>188</sup> Secondo il SANTUCCI, *Utilitas contrahentium* (n. 113), p. 284, trattasi della formula *in ius*.

<sup>189</sup> La *diligentia* richiesta nella conservazione della cosa comodata non si limita alla cosa comodata, ma si applica anche alla cosa accessoria (FERRINI, Storia [n. 2], p. 286; ROBAYE, L’obligation de garde [n. 185], p. 280). Pertanto, un aspetto da considerare, che risale ai *veteres*, è la responsabilità per la cosa accessoria: D. 13,6,5,9 (Ulp. 28 ad ed.): *Usque adeo autem diligentia in re commodata praestanda est, ut etiam in ea, quae sequitur rem commodatam, praestari debeat: ut puta equam tibi commodavi, quam pullus comitabatur: etiam pulli te custodiam praestare debere veteres responderunt*. Più precisamente, nel passo ci si chiede fino a che punto si estenda la responsabilità del comodatario e si ammette che essa abbia riguardo non solo alla cosa comodata, ma anche alle accessioni. Secondo Ulpiano, colui cui venne comodata una cosa, deve avere una *diligentia* tale, che si estenda anche alle accessioni della cosa comodata; come, per esempio, se si diede a comodato una cavalla accompagnata dal suo puledro, i *veteres* ritenevano che la responsabilità si estendesse anche al puledro (PASTORI, Il comodato [n. 2], p. 207; MABROUK, Essai d’Etude comparative [n. 2], p. 205). Tutto ciò è poi ribadito una seconda volta da Ulpiano: D.47,2,14,15 (Ulp. 29 ad Sab.): *Non solum autem in re commodata competit ei cui commodata est furti actio, sed etiam in ea, quae ex ea adgnata est, quia et huius custodia ad eum pertinet. nam et si servum tibi commodavero, et vestis eius nomine furti ages, quamvis vestem, qua vestitus est, tibi non commodaverim. item si iumenta tibi commodavero, quorum sequella erat eculus, puto competere furti actionem etiam eius nomine, quamvis ipse non sit commodatus*. Non solamente per la cosa comodata l’*actio furti* compete al comodatario, ma altresì per quelle cose accessorie che sono da essa derivate; perché a lui spetta la *custodia* anche di queste. Se si diede a comodato un servo, si potrà agire per il furto del suo vestiario, sebbene non sia stato dato in comodato. Così pure, se si diede a comodato cavalle seguite da un puledro, anche per questo compete l’*actio furti*, sebbene questo non sia stato dato a comodato.

<sup>190</sup> PASTORI, Il comodato (n. 2), p. 261.

<sup>191</sup> DE ROBERTIS, La disciplina (n. 15), pp. 337 s.

*fatale*, purché, potendo salvare le cose comodate, egli non abbia trascurato di farlo per salvare le proprie”. Il *damnum fatale* è dunque addotto come limite della responsabilità del comodatario<sup>192</sup>. Per *damnum fatale* si intende quell’avvenimento che capita all’improvviso anche a chi prenda precauzioni suggerite dall’ordinaria prudenza<sup>193</sup>. In questo caso il comodatario non è responsabile<sup>194</sup>.

Assai significativo è poi il seguente passo di Ulpiano, il quale viene considerato il testo “guida” nel sistema della compilazione giustiniana<sup>195</sup>: **136**

D. 50,17,23 (Ulp. 20 ad ed.): Contractus quidam dolum malum dumtaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam. dolum tantum: depositum et precarium. dolum et culpam mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, item dotis datio, tutelae, negotia gesta: in his quidem et diligentiam. societas et rerum communio et dolum et culpam recipit. sed haec ita, nisi si quid nominatim convenit (vel plus vel minus) in singulis contractibus: nam hoc servabitur, quod initio convenit (legem enim contractus dedit), excepto eo, quod Celsus putat non valere, si convenerit, ne dolus praestetur: hoc enim bonae fidei iudicio contrarium est: et ita utimur. animalium vero casus mortisque, quae sine culpa accidunt, fugae servorum qui custodiri non solent, rapinae, tumultus, incendia, aquarum magnitudines, impetus praedonum a nullo praestantur. **137**

“Alcuni negozi ammettono solo il dolo, alcuni il dolo e la colpa. Solo il dolo, il deposito e il precario. Dolo e colpa il mandato, il comodato, la vendita, il *pignus datum*, la locazione, come pure la *dotis datio*, i vari casi di tutela e la gestione di affari: in questi è pure rilevante la *diligentia*<sup>196</sup>. La società, la comunione, riguardano il dolo e la colpa”; tutto ciò se nel concludere il singolo atto non si sia espressamente convenuto diversamente, tranne per il caso, che Celso ritiene invalido, del *pactum de dolo non praestando*: ciò è contrario a un *bonae fidei iudicium*<sup>197</sup>. Nessuno è responsabile per gli eventi e le morti che accadono senza colpa, le fughe dei servi che non sogliono essere custoditi, le rapine, i tumulti, gli incendi, le inondazioni e gli atti dei predoni<sup>198</sup>. **138**

Nel passo troviamo enunciati i criteri di imputazione di volta in volta applicabili<sup>199</sup>: esso elenca come criteri positivi di responsabilità il dolo, la colpa, la diligenza – indicato come criterio autonomo rispetto alla colpa – e, come criterio negativo, una casistica della forza maggiore<sup>200</sup>. Ciò pone due problemi: quello del preciso rapporto fra colpa e diligenza e quello dell’assenza, in questo caso difficilmente comprensibile, di ogni allusione alla *custodia*<sup>201</sup>. **139**

<sup>192</sup> FERRINI, Storia (n. 2), p. 275. Cfr: A. DOLL, Von der *vis maior* zur höheren Gewalt, Frankfurt 1989, p. 104; MILAZZO, Il contratto (n. 2), p. 282.

<sup>193</sup> FERRINI, Storia (n. 2), p. 275.

<sup>194</sup> LOUISE, Du commodat (n. 2), p. 52 s.

<sup>195</sup> DE ROBERTIS, La disciplina (n. 15), pp. 8; 323. Cfr.: T. MAYER-MALY, Höhere Gewalt: Falltypen und Begriffsbildung, in Festschrift A. Steinwenter, Graz Köln 1958, pp. 58-77, in particolare p. 70.

<sup>196</sup> CANNATA, Sul Problema della Responsabilità (n. 79), p. 48.

<sup>197</sup> CANNATA, Sul Problema della Responsabilità (n. 79), p. 48; MOLNAR, Die Haftungsordnung (n. 169), p. 91.

<sup>198</sup> CANNATA, Sul Problema della Responsabilità (n. 79), p. 48.

<sup>199</sup> DE ROBERTIS, La disciplina (n. 15), p. 9.

<sup>200</sup> CANNATA, Sul Problema della Responsabilità (n. 79), p. 48.

<sup>201</sup> CANNATA, Sul Problema della Responsabilità (n. 79), p. 48.

Arrivando all'ultimo giurista classico, Modestino, questi dedica un titolo speciale della sua opera alle differenze tra il comodato e il deposito: **140**

Coll. 10,2,1 (Mod. 2 diff. sub tit. de dep. vel comm.): Commodati iudicio conventus et culpam praestare cogitur: qui vero depositi convenitur, de dolo, non etiam de culpa condemnandus est. Commodati enim contractu, quia utriusque contrahentis utilitas intervenit, utrumque praestatur: in depositi vero causa sola deponentis utilitas vertitur et ibi dolus tantum praestatur. **141**

Coll. 10,2,4 (Mod. 2 diff. sub tit. de dep. vel comm.): Depositum damnatus infamis est: qui vero commodati damnatur, non fit infamis: alter enim propter dolum, alter propter culpam condemnatur. **142**

«Il convenuto in un processo di comodato deve rispondere anche per colpa; chi invece sia convenuto in un processo di deposito deve essere condannato in base al dolo, non anche alla colpa»<sup>202</sup>. **143**

Come nel comodato così anche in altri negozi si osserva la regola che il debitore è responsabile tutte le volte che l'inadempimento dipenda sia da dolo che da colpa, perché si tratta di negozi nei quali entrambe le parti traggono un vantaggio. In sostanza il giurista pone in evidenza il tendenziale adeguamento della misura di responsabilità al *quantum* di utilità che il rapporto presentava per l'obbligato<sup>203</sup>. **144**

Nel contratto di comodato dunque si deduce il dolo e la colpa, mentre tale principio non si applica al deposito, dove la responsabilità del depositario non va mai oltre il dolo; ciò dipende dal fatto che il depositario non trae alcun vantaggio dal contratto di deposito. Viceversa, come è noto, tanto il comodatario quanto il fiduciario, essendo tutti debitori che traggono un vantaggio dal negozio, rispondono entro un limite più ampio, che è quello della *culpa*. **145**

Come si sa, Modestino non aveva ideato per primo la responsabilità per colpa che invece la giurisprudenza aveva già ampiamente trattato<sup>204</sup>: nel testo, egli, ricalcando probabilmente quanto afferma Gaio in D. 13,6,18 pr.<sup>205</sup>, aveva preso le mosse dal diverso grado di responsabilità nell'azione diretta nel deposito e in quella di comodato, fondando le ragioni della differenza sul fatto che nel primo l'utilità è solo del deponente, nel comodato è invece di entrambi<sup>206</sup>. Se solo una delle parti **146**

<sup>202</sup> CANNATA, Sul Problema della Responsabilità (n. 79), p. 155.

<sup>203</sup> DE ROBERTIS, La disciplina (n. 15), p. 15.

<sup>204</sup> C. LONGO, Corso di diritto romano. La fiducia, Milano, 1933, p. 118; ID., *Fiducia cum creditore*, in Per il XIV centenario della Codificazione di Giustiniano, Pavia, 1934, pp. 793-837, in particolare p. 822.

<sup>205</sup> D. 13,6,18 pr. (Gai. 9 ad ed. prov.): *In rebus commodatis talis diligentia praestanda est, qualem quisque diligentissimus pater familias suis rebus adhibet, ita ut tantum eos casus non praestet, quibus resisti non possit, veluti mortes servorum quae sine dolo et culpa eius accidunt, latronum hostiumve incursus, piratarum insidias, naufragium, incendium, fugas servorum qui custodiri non solent. [...] haec ita, si dumtaxat accipientis gratia commodata sit res, at si utriusque, veluti si communem amicum ad cenam invitaverimus tuque eius rei curam suscepisses et ego tibi argentum commodaverim, scriptum quidem apud quosdam invenio, quasi dolum tantum praestare debeas: sed videndum est, ne et culpa praestanda sit, ut ita culpa fiat aestimatio, sicut in rebus [pignori] <fiduciae> datis et dotalibus aestimari solet.*

<sup>206</sup> G. SEGRÉ, Corso di diritto romano, Le garanzie personali e reali delle obbligazioni, II, Le garanzie reali, Torino, 1935, p. 95.

ha un vantaggio la responsabilità sarà per dolo; invece, in caso di interesse di entrambe le parti, la responsabilità sarà per colpa<sup>207</sup>.

Come ha messo in luce il Pastori<sup>208</sup>, «qui la menzione della colpa non si accompagna a nessuna gradazione» e prende il posto della *diligentia*, riscontrata nelle Sentenze di Paolo<sup>209</sup>. 147

## 7. (Segue): periodo postclassico e giustiniano

Un'inasprimento di responsabilità è previsto in una costituzione di Diocleziano, che tuttavia non può incidere sul regime generale di responsabilità, trattandosi dell'assunzione del *periculum amissionis* e della *fortuna futuri damni*<sup>210</sup>: 148

C. 4,23,1 (a. 290/293): Ea quidem, quae vi maiore auferuntur, detrimento eorum quibus res commodantur imputari non solent. sed cum is, qui a te commodari sibi bovem postulabat, hostilis incursionis contemplatione periculum amissionis ac fortunam futuri damni in se suscepisse proponatur, praeses provinciae, si probaveris eum indemnitatem tibi promississe, placitum conventionis implere eum compellet. 149

“Il danno cagionato da eventi di forza maggiore non è per verità imputabile ordinariamente al comodatario”. Tuttavia, se un soggetto domandò a prestito un bue e contemporaneamente convenne di assumersi il rischio della perdita e del danno determinatisi per la minaccia di una prossima incursione nemica, il preside della provincia lo costringerà ad adempiere alla convenzione. 150

Da quanto detto possiamo concludere che nel corso dell'età dei Severi il comodato aveva raggiunto “un assetto definitivo”, che non subirà più rilevanti modifiche in età-postclassica e giustiniana<sup>211</sup>. 151

Le considerazioni finora svolte provano, come si è già accennato, che “le innovazioni postclassiche” non sono determinanti<sup>212</sup>. In ogni caso, la colpa sulla quale si fonda la responsabilità del comodatario è valutata severamente: è sufficiente che egli abbia commesso una colpa molto leggera. 152

Il debitore da cui si attende la *diligentia*, deve astenersi da tutti gli atti che possono ostacolare la buona esecuzione del contratto, ma deve anche compiere gli atti che ne assicurano l'esecuzione: se non lo fa, commette una *negligentia* che è una colpa di omissione<sup>213</sup>. 153

A questo proposito, fondamentale è un passo tratto dagli *aurea* o *res cottidianae* che sono una rielaborazione delle Istituzioni di Gaio confezionate da un intelligente rielaboratore epiclassico verso la fine del III secolo e cioè ai tempi dell'imperatore Diocleziano. 154

<sup>207</sup> B. NOORDRAVEN, Die Fiduzia im römischen Recht, (trad. ted.), Amsterdam, 1999, p. 226.

<sup>208</sup> PASTORI, Il comodato (n. 2), p. 243.

<sup>209</sup> PASTORI, Il comodato (n. 2), p. 243.

<sup>210</sup> DE ROBERTIS, La disciplina (n. 15), p. 333.

<sup>211</sup> CERAMI, Il comodato (n. 2), p. 330.

<sup>212</sup> CERAMI, Il comodato (n. 2), p. 330.

<sup>213</sup> MABROUK, Essai d'Etude comparative (n. 2), p. 198.

Secondo Pignoto autore di questa riedizione postgaiana<sup>214</sup>, che creò la nozione moderna di contratto reale<sup>215</sup>, il comodato esige la restituzione della cosa che è stata comodata, infatti l'obbligazione fondamentale del comodatario è quella di restituire la detenzione della cosa al termine stabilito dalle parti<sup>216</sup>. Dunque colui al quale si dà a comodato qualcosa, rimane obbligato in forza della *res* ed egli è tenuto a restituire la cosa medesima che ha ricevuto. Quindi «l'obbligo di restituire la stessa cosa è sottolineata come elemento essenziale del contratto» di comodato<sup>217</sup>: 155

D. 44,7,1,4 (Gai. 2 aur.): Et ille quidem qui mutuuum accepit, si quolibet casu quod accepit amiserit, nihilo minus obligatus permanet: is vero qui utendum accepit, si maiore casu, cui humana infirmitas resistere non potest, veluti incendio ruina naufragio, rem quam accepit amiserit, securus est. alias tamen exactissimam diligentiam custodiendae rei praestare compellitur, nec sufficit ei eandem diligentiam adhibere, quam suis rebus adhibet, si alius diligentior custodire poterit. sed et in maioribus casibus, si culpa eius interveniat, tenetur, veluti si quasi amicos ad cenam invitaturus argentum, quod in eam rem utendum acceperit, per egre proficiscens secum portare voluerit et id aut naufragio aut praedonum hostiumve incursu amiserit. 156

L'autore distingue chiaramente tra comodato e mutuo: nel primo, l'obbligo di restituire la stessa cosa costituisce elemento essenziale del contratto, mentre nel caso del mutuo deve essere restituita un'altra cosa dello stesso genere e qualità<sup>218</sup>. 157

Pertanto colui che ha ricevuto un mutuo, in qualunque caso abbia perduto la cosa ricevuta, rimane tuttavia obbligato: mentre colui che ha ricevuto in uso una cosa è esente da responsabilità se ha perduto la cosa per forza maggiore, cioè uno di quegli eventi che l'uomo non può contrastare, come un incendio, un crollo, un naufragio. Altrimenti è costretto a prestare la più rigorosa diligenza (*exactissima diligentia*) nel custodire la cosa<sup>219</sup>. 158

Secondo il giurista, non basta che egli abbia adoperato quella stessa diligenza che egli impiega nelle cose proprie, se un altro più diligente di lui avrebbe potuto meglio custodire<sup>220</sup>. Ed egli è tenuto anche per i casi di forza maggiore se intervenne colpa, come nel caso in cui, mettendosi in viaggio, abbia voluto portare con sé dell'argenteria che aveva ricevuto in uso per impiegarla in una cena con amici e l'abbia invece perduta in seguito a naufragio, o aggressione di briganti o nemici<sup>221</sup>. 159

<sup>214</sup> SCHERILLO, Comodato (n. 2), p. 983.

<sup>215</sup> C.A. CANNATA, Obbligazioni nel diritto romano, medievale e moderno, in *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione civile*, XII, Torino, 1995, pp. 407-458, in particolare pp. 425 s.

<sup>216</sup> D. 44,7,1,3 (Gai 2 *aureor.*): *Is quoque, cui rem aliquam commodamus, re nobis obligatur, sed is de ea ipsa re quam acceperit restituenda tenetur.* V.: SCHERILLO, Comodato (n. 2), pp. 981 s.; A. WEGMANN STOCKEBRAND, *Obligatio re contracta*. Ein Beitrag zur sogennante Kategorie der Realverträge, Heidelberg, 2017, pp. 218 s.

<sup>217</sup> POLÁČEK, Comodato e furto (n. 87), p. 165.

<sup>218</sup> POLÁČEK, Comodato e furto (n. 87), p. 165.

<sup>219</sup> POURET, Du contrat de commodat (n. 2), p. 52; CANNATA, Sul Problema della Responsabilità (n. 79), p. 73; MILAZZO, Il contratto (n. 2), p. 265 s.

<sup>220</sup> FERRINI, Storia (n. 2), p. 263; CANNATA, Sul Problema della Responsabilità (n. 79), p. 73.

<sup>221</sup> CANNATA, Sul Problema della Responsabilità (n. 79), pp. 73 s.

Dalle Istituzioni di Gaio alle *res cottidianae* c'è un cambiamento<sup>222</sup>. Si passa da una responsabilità oggettiva ad una responsabilità soggettiva, che si estrinseca in tutti quei diversi gradi di diligenza, che alle Istituzioni sono estranei<sup>223</sup>. 160

Posto che il comodatario ha l'obbligo di conservare la cosa affidatagli, si dice che nell'adempimento di tale obbligazione egli deve usare una particolare *diligentia*, ossia *diligentia exactissima*<sup>224</sup>, vale a dire una responsabilità di tipo soggettivo fondata su una misura molto elevata di diligenza, nella quale la menzione della *custodia* non ricorre in senso tecnico, ma solo rappresenta il punto di riferimento e l'oggetto della responsabilità per *diligentia*<sup>225</sup>. «La *diligentia* è, dunque, la figura di responsabilità qui addossata al comodatario e *custodia rei* è solo un riferimento all'obbligo che sul terreno sostanziale il comodatario incontra circa la conservazione della cosa»<sup>226</sup>. 161

È dunque chiaro che l'*exactissima diligentia custodiendae rei* non è la stessa cosa del *custodiam praestare* di Gaio e degli altri giuristi classici, ma «un criterio di valutazione di un debito di diligenza, *exactissima* per di più, nell'adempimento di un'obbligazione di custodire»<sup>227</sup>. 162

I giuristi del basso impero e più ancora la compilazione di Giustiniano hanno fatto trionfare una concezione soggettiva della responsabilità contrattuale<sup>228</sup>. Questa concezione dona come fondamento a tutta la responsabilità un elemento morale, un certo stato d'animo del debitore, considerato come responsabile<sup>229</sup>. Il termine *diligentia* viene introdotto nei testi accanto alle parole *custodia*, per chiarire, ma anche per sostituirsi alla *custodia*<sup>230</sup>. 163

Infine Giustiniano menziona espressamente il comodato e lo inserisce tra i contratti reali; in questa parte le Istituzioni di Giustiniano ricalcano notevolmente le *Res cottidianae*. 164

I. 3,14,2: Item is cui res aliqua utenda datur, id est commodatur, re obligatur et tenetur commodati actione. sed is ab eo qui mutuum accepit longe distat: namque non ita res datur, ut eius fiat, et ob id de ea re ipsa restituenda tenetur. et is quidem qui mutuum accepit, si quolibet fortuito casu quod accepit amiserit, veluti incendio ruina naufragio aut latronum hostiumve incursu, nihilo minus obligatus permanet. at is qui utendum accepit sane quidem exactam diligentiam custodiendae rei praestare iubetur nec sufficit ei tantam diligentiam adhibuisse, quantam suis rebus adhibere solitus est, si modo alius diligentior poterit eam rem custodire: sed propter maiorem vim maioresve casus non tenetur, si modo non huius culpa is casus intervenerit: alioquin si id quod tibi commodatum est peregre ferre tecum malueris et vel incursu hostium praedonumve vel naufragio amiseris, dubium non est, quin de restituenda ea re tenearis. commodata autem res 165

<sup>222</sup> Cfr.: WEGMANN STOCKEBRAND, *Obligatio re contracta* (n. 216), pp. 167 ss.; 218 ss.

<sup>223</sup> LUZZATTO, Caso fortuito (n. 42), p. 72.

<sup>224</sup> PASTORI, Il comodato (n. 2), p. 209; DE ROBERTIS, La disciplina (n. 15), p. 86.

<sup>225</sup> PASTORI, Il comodato (n. 2), p. 216.

<sup>226</sup> PASTORI, Il comodato (n. 2), p. 209.

<sup>227</sup> SARGENTI, Problemi della responsabilità contrattuale (n. 17), pp. 114 s.

<sup>228</sup> MABROUK, Essai d'Etude comparative (n. 2), p. 195.

<sup>229</sup> MABROUK, Essai d'Etude comparative (n. 2), p. 195.

<sup>230</sup> MABROUK, Essai d'Etude comparative (n. 2), p. 197.

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.

“Pure colui al quale si dà in uso, cioè si dà in comodato qualcosa, è obbligato *re* ed è tenuto per l’azione di comodato. Ma la sua posizione è molto diversa da quella di chi ricevette il mutuo: in quanto la cosa non gli è data perché diventi di sua proprietà, e quindi è tenuto alla restituzione della cosa stessa. Ora colui che ricevette un mutuo, se per un qualunque caso fortuito, come incendio, rovina, naufragio, incursione di ladroni o di nemici, abbia perso quello che aveva ricevuto, rimane ciò non di meno obbligato. 166

Viceversa, colui che ricevette in uso è tenuto bensì a prestare una perfetta diligenza nel custodire la cosa, e non basta che abbia impiegato la medesima diligenza che è solito adibire nelle cose sue, se un altro avrebbe potuto custodire la cosa più diligentemente (*diligentior*); tuttavia per i casi di forza maggiore o gli eventi più gravi non è tenuto, a meno che l’evento non sia prodotto per sua colpa. Per esempio, se tu abbia preferito portare con te all’estero la cosa comodata e per incursione di nemici o predoni o per naufragio tu l’abbia perduta, non c’è dubbio che sei obbligato a restituirla”. 167

La *diligentia* richiesta al comodatario è una ‘*exacta diligentia custodiendae rei*’ ed «è solo un riferimento all’obbligo che sul terreno sostanziale il comodatario incontra circa la conservazione della cosa»<sup>231</sup>. Giustiniano inquadra la responsabilità del comodatario nell’ambito della *diligentia* e imputa a quello una diligenza scrupolosissima<sup>232</sup>. 168

L’opera dei giustinianei si limitò pertanto a unificare, sotto il comune denominatore della *exacta diligentia custodiendae rei*, i due criteri della *custodia* e della *culpa*, senza peraltro che possa ascriversi a loro l’introduzione della responsabilità per colpa<sup>233</sup>. Di conseguenza i giustinianei hanno inteso il termine *diligentior* in senso assoluto e astratto<sup>234</sup>. Ne deriverebbe che nel diritto della Compilazione, accanto alle due forme di *diligentia* (la *diligentia diligentis* e la *diligentia quam in suis*) ci sarebbe da individuare una terza, la quale assomava i vantaggi delle altre due<sup>235</sup>. 169

Nelle Istituzioni si specifica che in tema di comodato l’impiego della *diligentia quam in suis* non sarebbe stato sufficiente a liberare l’obbligato *si alius diligentior custodire poterit*<sup>236</sup>. Come ha messo bene in evidenza il De Robertis<sup>237</sup> il termine *diligentior* va inteso in modo assoluto, «quasi che stia lì a significare che nei rapporti in questione il debitore era tenuto nei limiti della *diligentia quam in suis*, ma purché non fosse trascorso al di qua del limite della tolleranza ... rappresentato dalla *diligentia diligentis*: il che vale quanto dire che in questi rapporti al debitore era imposto di esprimere tutta la 170

<sup>231</sup> PASTORI, Il comodato (n. 2), p. 209.

<sup>232</sup> PASTORI, Comodato, (n. 77), p. 691.

<sup>233</sup> SCHERILLO, Comodato (n. 2), p. 989; ROBAYE, L’obligation de garde (n. 185), p. 27.

<sup>234</sup> DE ROBERTIS, La disciplina (n. 15), p. 137.

<sup>235</sup> F.M. DE ROBERTIS, *Exactissima diligentia* (Contributo alla teoria della responsabilità contrattuale nel sistema della compilazione giustinianea), in SDHI 23(1957), pp. 117- 148, in particolare p. 122.

<sup>236</sup> DE ROBERTIS, La disciplina (n. 15), p. 132.

<sup>237</sup> DE ROBERTIS, La disciplina (n. 15), p. 136.

diligenza di cui era capace, senza peraltro che gli fosse dato di scagionarsi adducendo la propria insipienza o incapacità naturale: la *negligentia*, in altri termini, *rebus suis consuetas*.

Di conseguenza l'*exactissima diligentia* è un criterio di valutazione composito risultante dalla concorrenza di altri due criteri: la *diligentia diligentis* e la *diligentia quam in suis*<sup>238</sup>. Essa ebbe un ruolo di fondamentale importanza nella compilazione giustiniana, aprendo al legislatore la possibilità di attuare “un inasprimento della responsabilità”, ove fosse necessario<sup>239</sup>.

## 8. Limitazioni (solo al dolo) o estensioni (caso fortuito e forza maggiore) contrattuali della responsabilità

Secondo Ulpiano, in assenza di *culpa* il comodatario non risponde, a meno che egli non abbia convenzionalmente assunto *omne periculum*<sup>240</sup>, come nell'ipotesi della *res aestimata*<sup>241</sup>:

D. 13,6,5,3 (Ulp. 28 ad ed.): 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. 173

«Al debitore quindi non andava imputato automaticamente il danno per il semplice fatto del mancato adempimento, ma solo in quanto quest'ultimo fosse dipeso da un fatto a lui imputabile secondo i criteri stabiliti per ogni singolo rapporto dall'ordinamento giuridico»<sup>242</sup>. Pertanto «il comodatario, garantendo l'*aestimatio rei commodatae*, è obbligato alternativamente a restituire la cosa avuta in prestito o a pagare la somma di denaro, trovandosi a rispondere in modo assoluto del perimento della cosa comodata, in quanto, avvenuto il perimento, la sua obbligazione si concentrerebbe sulla prestazione pecuniaria»<sup>243</sup>.

Il *praestare omne periculo* va congiunto quindi alla *rei aestimatio*; la cosa viene stimata per il suo valore e il comodatario si obbliga a restituire la *res* o la sua *aestimatio*. La semplice *aestimatio* costituisce la base per il calcolo del risarcimento nell'ipotesi che la cosa si deteriori o perisca al di là della colpa del comodatario<sup>244</sup>. Infatti se il *reddere* abbia a oggetto la *aestimatio* della *res commodata*, si potrà ricondurre il rapporto alla fattispecie del mutuo, in cui il trasferimento della proprietà delle cose fungibili giustifica la sopportazione di *omne periculum*<sup>245</sup>. Il parere di Quinto Mucio presuppone la 175

<sup>238</sup> DE ROBERTIS, *Culpa et diligentia* (n. 90), p. 362; ID., *La disciplina* (n. 15), p. 145.

<sup>239</sup> DE ROBERTIS, *La disciplina* (n. 15), p. 145.

<sup>240</sup> Il termine *periculum* ha una vasta varietà di significati, ma il suo impiego è indizio di responsabilità oggettiva (VOCI, *Diligentia* (n. 50), p. 131). Qui sembra indicare l'attribuzione della responsabilità sulla base del rischio: richiama dunque un criterio oggettivo che permetteva di addossare al debitore le conseguenze dell'inadempimento, prescindendo da ogni indagine sul suo comportamento e anche in concorso con accadimenti di forza maggiore. «La responsabilità che ne derivava era quindi la più ampia e grave conosciuta dal sistema». (V.: DE ROBERTIS, *La disciplina*, (n. 15), pp. 87 s.).

<sup>241</sup> CERAMI, *Il comodato* (n. 2), p. 323.

<sup>242</sup> DE ROBERTIS, *La disciplina* (n. 15), pp. 12 s.

<sup>243</sup> CARDILLI, *L'obbligazione di praestare* (n. 78), p. 196.

<sup>244</sup> *Contra*: FERRINI, *Storia* (n. 2), p. 293.

<sup>245</sup> PASTORI, *Il comodato* (n. 2), p. 213.

non peribilità della *pecunia*, che «come oggetto di un obbligo alternativo alla restituzione, verrebbe qui considerata come un *genus illimitato*»<sup>246</sup>.

Il dualismo *culpa-periculum* richiama nel primo elemento tutti i criteri soggettivi di imputazione, mentre nel secondo “la possibilità di assunzione convenzionale” del rischio<sup>247</sup>. **176**

La responsabilità del comodatario può essere accresciuta mediante *pactum*; infatti nulla vieta al comodatario di assumersi il rischio del caso fortuito<sup>248</sup>: **177**

D. 13,6,21,1 (Afr. 8 quaest.): In exercitu contubernalibus vasa utenda communi periculo dedi ac deinde meus servus subreptis his ad hostes profugit et postea sine vasis receptus est. habiturum me commodati actionem cum contubernalibus constat pro cuiusque parte: sed et illi mecum furti servi nomine agere possunt, quando et noxa caput sequitur. et si tibi rem periculo tuo utendam commodavero eaque a servo meo subripiatur, agere mecum furti possis servi nomine. **178**

Secondo Africano, durante il servizio militare un soggetto ha dato alcuni vasi a dei commilitoni da usare a rischio e pericolo comune. Quindi il servo del comodante, dopo averli sottratti, è fuggito presso i nemici e poi è ritornato ma senza i vasi. Il comodante aveva l'azione di comodato nei confronti dei commilitoni; ma costoro altresì potevano a loro volta agire nei confronti del comodante con l'*actio furti*. Secondo Africano, se si diede a comodato una cosa per servirsene a pericolo del comodatario, e quella cosa venne tolta dal servo del comodante, il comodatario potrà a nome di quel servo intentare contro il comodante l'*actio furti*. **179**

Alcune deroghe possono essere apportate al regime normale di responsabilità, da una diversa convenzione delle parti. È ammesso che una convenzione possa intervenire tra le parti per prevedere la responsabilità del comodatario per dolo; di conseguenza egli sarà responsabile entro tale limite, se la convenzione sia espressa<sup>249</sup>: **180**

D. 13,6,5,10 (Ulp. 28 ad ed.): Interdum plane dolum solum in re commodata qui rogavit praestabit, ut puta si quis ita convenit: vel si sua dumtaxat causa commodavit, sponsae forte suae vel uxori, quo honestius culta ad se deduceretur, vel si quis ludos edens praetor scaenicis commodavit, vel ipsi praetori quis ultro commodavit. **181**

Le fattispecie avanzate nel testo chiariscono come talvolta possa accadere che la responsabilità del comodatario sia limitata al solo comportamento volontario lesivo degli interessi del comodante<sup>250</sup>, vale a dire al dolo<sup>251</sup>. Ciò si verifica ogni volta in cui il prestito sia stato effettuato nell'interesse esclusivo del comodante: per esempio se si sia accordato in tal senso; oppure se il comodante abbia fatto un prestito alla sua fidanzata o a sua moglie, per migliorare la condizione di questa, o se un pretore abbia prestato alla compagnia filodrammatica i propri mobili per rendere più decorosa la **182**

<sup>246</sup> CARDILLI, L'obbligazione di *praestare* (n. 78), p. 197.

<sup>247</sup> DE ROBERTIS, La disciplina (n. 15), p. 208.

<sup>248</sup> FERRINI, Storia, (n. 2), p. 293.

<sup>249</sup> MABROUK, Essai d'Etude comparative (n. 2), pp. 190 s.

<sup>250</sup> BETTI, Imputabilità (n. 44), p. 87.

<sup>251</sup> Normalmente si intende per dolo la «netta e perversa volontà di arrecare un torto». V.: DE ROBERTIS, La disciplina (n. 15), p. 32 s.

scena, o se qualcuno si sia spontaneamente spogliato dei propri mobili per meglio mettere in scena quella data rappresentazione<sup>252</sup>.

Concludendo, «in tutti questi casi il concorso di interessi o l'esclusivo interesse del comodante rende ragione dell'attenuazione della responsabilità di cui si giova il comodatario, il quale è tenuto a rispondere della mancata restituzione nei soli limiti del dolo»<sup>253</sup>. Alla luce della regola della *utilitas contrahentium*<sup>254</sup> si comprende la degradazione della responsabilità dalla *diligentia exactissima* al semplice dolo nel caso particolare del negozio posto in essere nell'interesse esclusivo del comodante<sup>255</sup>.

## 9. La responsabilità solidale

Assai interessante è l'opinione di Celso<sup>256</sup>, giurista del II secolo d.C., che si occupò incidentalmente della responsabilità del comodatario, in relazione a un caso particolare:

D. 13,6,5,15 (Ulp. 28 ad ed.): Si duobus vehiculum commodatum sit vel locatum simul, Celsus filius 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. usum 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,

Il giurista, nel libro sesto dei *Digesta*, analizza la fattispecie di un veicolo comodato e locato a due persone simultaneamente e pone il problema se si possa dubitare che ciascuna di esse sia tenuta in solido o per la propria parte soltanto<sup>257</sup>.

Celso risolveva il problema nel senso della responsabilità in solido dei due comodatari, «in considerazione del fatto che il comodante, manifestando il proprio assenso alla proposta negoziale

<sup>252</sup> BETTI, Imputabilità (n. 44), pp. 87 s.

<sup>253</sup> BETTI, Imputabilità (n. 44), p. 88.

<sup>254</sup> SANTUCCI, *Utilitas contrahentium* (n. 113), pp. 277 ss.

<sup>255</sup> DE ROBERTIS, La disciplina (n. 15), p. 16.

<sup>256</sup> Ci si domanda se il padre al cui figlio è stata comodata la cosa, compete l'*actio furti* poiché egli può essere convenuto *de peculio*: D. 47,2,14,10 (Ulp. 29 ad Sab.): *An pater, cuius filio commodata res est, furti actionem habeat, quaeritur. et Iulianus ait patrem hoc nomine agere non posse, quia custodiam praestare non debeat: sicut, inquit, is qui pro eo, cui commodata res est, fideiussit, non habet furti actionem. neque enim, inquit, is, cuiuscumque intererit rem non perire, habet furti actionem, sed qui ob eam rem tenetur, quod ea res culpa eius perierit: quam sententiam Celsus quoque libro duodecimo digestorum probat.* Nel passo «il giurista si chiede se sia attivamente legittimato all'*actio furti* il *pater*, al cui figlio sia stata comodata una cosa, e riporta l'opinione negativa di Giuliano e Celso, fondata sull'argomentazione che il *pater*, come del resto il fideiussore, *non ob eam rem tenetur*» (METRO, *Custodiam praestare* [n. 56], p. 64).

<sup>257</sup> CARDILLI, L'obbligazione di *praestare* (n. 78), p. 447.

dei due comodatari (*simul*), aveva consegnato ad entrambi ... il veicolo richiesto, confidando sulla lealtà di entrambi i richiedenti in ordine alla puntuale ed integrale restituzione del veicolo stesso»<sup>258</sup>.

Il dolo è menzionato accanto alla *custodia* e alla *diligentia*<sup>259</sup>. Alcuni giuristi classici propendevano per rendere responsabili *pro parte* i singoli comodatari, mentre altri, fra cui Celso seguito da Ulpiano, erano inclini a tenerli responsabili in solido, in modo però che, conclusa la *litis contestatio* con uno di essi, gli altri fossero liberati<sup>260</sup>. Trattandosi di una vettura comodata a due persone, ciascuna di esse aveva effettivamente l'uso della metà del veicolo, perché una sola persona non poteva occupare la vettura intera. Celso afferma che si tratta di rispondere *in totum* di dolo, colpa, *diligentia* e *custodia*<sup>261</sup>.

Secondo il giurista ciascuna persona doveva essere responsabile in solido del dolo, della colpa, della negligenza e della mancanza di custodia<sup>262</sup>. Quindi queste due persone erano assimilate a due condebitori solidali e se una di esse, essendo stata chiamata in giudizio, avesse pagato la condanna, l'altra sarebbe stata liberata.

Al di là del tema della responsabilità solidale dei comodatari, il passo citato pare rilevante anche ai fini di stabilire il titolo di responsabilità degli stessi in quanto fa riferimento, quanto ai criteri di imputazione, al dolo, alla colpa, alla diligenza e alla *custodia*.

Anche qui la critica interpolazionistica ha considerato non classico il richiamo alla *diligentia*: ciò non è possibile in quanto se la *custodia* fosse l'unico criterio di responsabilità del comodatario non si spiegherebbe come mai la *diligentia* sia stata aggiunta invece che sostituita alla *custodia*<sup>263</sup>. In questo frammento emerge invece una nuova progressione, quella del *dolus et culpa et diligentia et custodia*, che lascerebbe intendere come per Celso la *diligentia* fosse un termine intermedio tra la *culpa* e la *custodia*.

## 10. Conclusioni

Le affermazioni della dottrina tradizionale frutto dell'analisi delle fonti più rilevanti partivano dal presupposto di uno sviluppo inesatto e schematizzato che poneva in contrasto un diritto preclassico e classico ritenuto omogeneo, dove prevaleva una responsabilità per custodia del comodatario, con un diritto posclassico e giustiniano che si presumeva avesse sistematicamente interpolato le fonti sotto l'influenza del diritto tardo e bizantino<sup>264</sup> (si pensi per esempio al ricorrere frequente del termine *diligentia*).

Applicando un nuovo approccio alla ricerca, sia casistico che diacronico, si può giungere alla conclusione che non possono più essere tenute per buone le opinioni relative alla responsabilità del

<sup>258</sup> CERAMI, Il comodato (n. 2), p. 319.

<sup>259</sup> PASTORI, Il commodato (n. 2), p. 211.

<sup>260</sup> FERRINI, Storia (n. 2), p. 301.

<sup>261</sup> FERRINI, Storia (n. 2), p. 301; PASTORI, Il commodato (n. 2), p. 206.

<sup>262</sup> CARDILLI, L'obbligazione di *praestare* (n. 78), p. 447.

<sup>263</sup> DE ROBERTIS, *Culpa et diligentia* (n. 90), p. 360.

<sup>264</sup> Cfr.: BERNDT, Das *commodatum* (n. 2), pp. 138 s.

comodatario finora sostenute<sup>265</sup>. Questo vale soprattutto per la teoria secondo cui il comodatario, nel periodo preclassico, dovesse essere responsabile non solo per colpa ma anche per *custodia*<sup>266</sup>.

La materia invece, nel corso dei secoli, è stata oggetto di *ius controversum* e i criteri di responsabilità hanno variato a seconda del periodo storico considerato, della sensibilità del giurista, della fattispecie analizzata e infine del singolo inadempimento. **194**

---

<sup>265</sup> Cfr.: BERNDT, Das *commodatum* (n. 2), p. 139.

<sup>266</sup> Cfr.: BERNDT, Das *commodatum* (n. 2), p. 139.