

14-C-346

PROF. JAN VÁŽNÝ
DELLA UNIVERSITÀ DI BRATYSLAVA

Inv. Čís.: 410
Sign: 310

CUSTODIA

I deb



I-4236

1320 158

CORTONA

STAB. TIP. COMMERCIALE FRANCINI

— 1926 —

II.

CUSTODIA

del

PROF. DOTT. JAN VÁŽNÝ

DELLA UNIVERSITÀ DI BRATYSLAVA

I.

Concetto generale ⁽¹⁾.

Il concetto classico della custodia è stato negli ultimi 25 anni oggetto di generale attenzione da parte degli studiosi e di interessanti studi, specialmente italiani e tedeschi. Si può dire che due sono state le tendenze scientifiche nella costruzione del concetto ⁽²⁾. Per gli uni, specialmente Ferrini, Lusignani, de Medio, Mitteis non si trattava nei casi di custodia se non di diligenza ed era la custodia come responsabilità senza colpa introdotta nei testi per opera di interpolazioni di Giustiniano. Per gli altri, specialmente Seckel, Schülz, Kübler, Beseler, Kniep, Haymann, Arangio-Ruiz, Künkel, è da costruire la custodia come sopportazione di un rischio ⁽³⁾, ed è da ri-

⁽¹⁾ Il presente lavoro è una riproduzione (molto abbreviata e in molti punti modificata resp. nuovamente formulata) del mio studio boemo: *Custodia v právu rímském Bratislava 1925*. Finito questo riassunto italiano, vengo a sapere dell'interessante studio del W. Kunkel: *Diligentia*, Z.S. St. 1925 XLV pag. 266 segg., del quale ho potuto utilizzare almeno la parte "I, *Diligentia und custodia*", nelle poche citazioni. Sono lieto a constatare che l'A. viene a molte illazioni uguali a quelli che io ho sostenuto già nel cit. lavoro boemo. Questo vale p. es. delte pag. 283-285, 278-281 ec.

⁽²⁾ Confr. Bonfante *Istituzioni* VII 418-419, Rabel *Gründzüge Enzyklopädie Holtzendorff Kohler* I 479 adn. 3.

⁽³⁾ Lo dico generalmente; nella costruzione dei singoli autori citati vi sono molte diversità.

tenere, che soltanto da Giustiniano [resp. da giurisprudenza postclassica] fu ridotto questo concetto sotto l'idea generale di diligenza.

Lo studio di queste indagini, specialmente del vasto e forte lavoro del Haymann (1), ci conduce a credere che il diritto romano conosceva sotto la denominazione di custodia un concetto generale di responsabilità senza colpa di assai vasta applicazione e che i compilatori, conservando la denominazione (2), hanno mutato il contenuto, avendo sottoposta la custodia sotto il concetto generale di colpa. Non sarà inopportuno esaminare ancor una volta il problema della custodia sotto questo punto di vista, poichè vi sono numerosi ed interessanti problemi particolari ancor aperti, la soluzione dei quali non è senza importanza per la conoscenza del concetto di custodia.

1. Il punto di partenza delle indagini sopra la custodia classica è, come tutti sanno, il testo delle Istituzioni di Gaio 3, 205-206. Gaio, occupandosi della legittimazione attiva all'actio furti nel caso di furto della cosa affidata al fullo, sarcinator, ed al comodatario, accorda l'azione a queste persone escludendone il proprietario, perchè questo non vi è giuridicamente interessato ottenendo ciò che gli appartiene ("suum") dal suo contraente mediante l'azione ex contractu (locati, commodati). In un solo caso, quello di insolvenza del fullo o comodatario, si muta la situazione: così che si riconosce l'interesse del proprietario e gli si accorda l'actio furti. Altrimenti, dunque anche nel caso della mera "casualità", del furto, si nega l'actio furti al proprietario e si stabilisce generalmente la responsabilità del fullo e comodatario per il furto; la quale responsabilità viene denominata tecnicamente *custodiam praestare*. Se consideriamo che il pensiero di Gaio viene confermato e, da vari punti di vista, esteso dai giurisperiti classici nei numerosi genuini testi del Digesto (3), dobbiamo rite-

(1) Testkritische Studien zum röm. Obligationenrecht. Custodia 1919. Z. Sav. St. XL 188 ss.

(2) la quale però accompagnano spesso con nuove aggiunte e attribuzioni come si vedrà più tardi.

(3) Per le particolarità confr. specialmente il capitolo Custodia del comodatario.

nere con sicurezza almeno la tesi, che il diritto classico imponeva, in certe obbligazioni di restituzione di cosa, al debitore la sopportazione del rischio di furto, commesso da un terzo (1).

2. Ma il concetto di *custodiam praestare* non è esaurito colla responsabilità per il *furtum*. Vi sono anche altri casi di custodia, relativamente ai quali, però, molte sono le controversie nella dottrina. Appartiene qui, a mio avviso, specialmente la fuga servi e vari casi di danneggiamento di cosa. Al contrario ha stabilito il diritto classico che certi casi inevitabili esonerano la persona obbligata a custodia (*mortes servorum, latronum hostiumve incursae, piratarum insidiae, naufragium, incendium, fugae servorum qui custodiri non solent*, confr. D. 13, 6, 18, pr., D. 13, 6, 5, 4, D. 50, 17, 23). Dall'esistenza di queste cause esoneranti (Haymann: *typische Entschuldigungs-momente*) dall'un lato, e delle cause obbliganti (p. es. *furtum, fuga, damnum*) dall'altro, risultano per la custodia sostanzialmente due modi di costruzione: o costruirla come la responsabilità per questi c. d. *casus minores* a contrario di quelli c. d. *casus maiores* (così Schülz, Seckel), o - e tale concezione mi pare più esatta, sebbene materialmente non vi sia molta differenza - costruirla come responsabilità generale per la perdita e deteriorazione all'infuori dei casi esoneranti (questa è almeno in sostanza, la concezione del Haymann) (2). Se anche non si

(1) Confr. Rabel cit. 479. Arangio-Ruiz Istituzioni I 280.

(2) Confr. Haymann Z. Sav. St. 40, 174 e segg., e gli autori ivi citati. Il concetto di custodia, formulato dal Haymann ("für die Bewahrung der geschuldeten Sache vor Verlust und Schädigung einzustehen... Den Custodiaschuldner verhaftet... jede objektive Nichterfüllung der Bewachungspflicht, die nicht auf einen generell anerkannten Entlastungsgrund zurückgeführt werden kann", confr. poi pag. 175 nota 2) differisce dalla formulazione nel testo solamente in quanto nel caso di perdita o danneggiamento, accaduto all'infuori di un caso esonerante, si scorge dal punto di vista dei giureconsulti classici generalmente "eine objektive Verletzung der Custodiapflicht". I casi della custodia sarebbero quasi un resto del primitivo modo di stabilire la colpa; solamente nei casi esoneranti è obiettivamente certo, che non c'è nessuna colpa. A me pare che il problema della custodia appariva ai giureconsulti classici come uno speciale problema del rischio della perdita o deterioramento accaduto alla cosa affidata. Nei rapporti obbligatori, ove si risponde per la colpa, i giuristi si occupano incessantemente dello stabilire la casuistica apparizione di colpa, del mostrare, quale contegno, quale atto obbiettivo (o omissione obbiettiva) bisogna qualificare come colposa; mostreremo più tardi molti esempi,

può trascurare che il furto appariva ai Romani come un caso (confr. D. 32, 2, 30, pr.) e che la mancanza del furto nel novero dei casi esoneranti ha sua ragione appunto nell'essere questo caso rischio della persona obbligata alla custodia, se anche poi taluna volta sono i casi esoneranti abbracciati col termine quasi generico (Coll. II, 4, 2 si factio incendio ruina naufragio aut quo alio *simili* casu [a contr. furto] res commodata amissa sit), non si può imputare alla giurisprudenza classica la poco felice distinzione dommatica fra casus maiores e casus minores ⁽¹⁾. Bisogna poi avvertire che la custodia non implica necessariamente solo la responsabilità casuale; vi appartiene responsabilità per il furto, così casuale come imputabile, responsabilità per la fuga dello schiavo che suol venire custodito, la quale normalmente implica responsabilità per la colpa (confr. D 6, 1, 21), la responsabilità per danno, per es. quello cagionato dagli animali, che può essere una casualità o un evento imputabile. In tutti questi casi si risponde, poichè si è obbligati alla custodia. Da ciò risulta che la custodia è la sopportazione del

ove si stabilisce, che una tale o tale azione culpae adnumeratur, culpa est, cioè non si può ragionevolmente interpretare in altro modo che come emanazione di colpa. Dunque quando un atto obbiettivo bisogna interpretare come emanazione di colpa, avviene la responsabilità per la colpa. Invece il campo di custodia è fuori di quello di colpa (anche di quella, fondata sugli atti obbiettivi). Quando è alcuno responsabile della custodia, e in conseguenza risponde p. es. del furto, avviene tale responsabilità *senza riguardo* al suo contegno, colposo o non, ed è interessante che anche nel caso, quando un tal contraente, obbligato per la custodia, è evidentemente nella colpa (per es. fullo, il quale ha prestato l'abito affidato ad un terzo, al quale l'abito fu poi rubato, confr. D 47, 2, 48, 4) risponde al proprietario non del suo contegno colposo, bensì della custodia, cioè in quanto sopporta il rischio, cosicchè anche l'actio furti, che gli viene accordata ed al proprietario negata, gli compete appunto "quia custodia rei ad (eum) pertinet". Sono dunque d'avviso, che la responsabilità per la custodia significa la sopportazione del rischio di perdita o danneggiamento. [Se, ed in quanto differisce la mia formulazione da ciò che ora sostiene il Kunckel cit. pag. 268 segg. e 337 segg., conoscerà il lettore. Non posso occuparmi qui del concetto classico di colpa. Se fosse stabilita solamente negativamente, come imputabilità all'infuori di dolus et fraus, o positivamente, per es. come negligenza, di questo non posso occuparmi qui. Non è però dubbio che i Romani, mostrando le casuistiche apparizioni della culpa, presupponevano un concetto generale di colpa. Confr. però anche i pregevoli appunti dell'Arangio Ruiz Istituzioni I, 281 segg.]

⁽¹⁾ Confr. Bonfante Istituzioni VII 419, de Medio Bull. XX 157.

rischio di perdita o danneggiamento senza riguardo alla colpa ed all'infuori dei casi esoneranti.

3. Vediamo adesso quali altri speciali casi, all'infuori di furto, erano compresi nella generale custodia. Anzi tutto appartiene qui la fuga servi. È vero, sì, che le "fugae servorum", si trovavano nel numero dei tipici casi esoneranti la persona obbligata alla custodia (confr. D 50, 17, 23, D 13, 6, 18, pr), ma questo vale solamente per le "fugae servorum qui custodiri non solent". Dunque le "fugae servorum qui custodiri solent", non appartenendo ai casi esoneranti, fanno responsabile la persona obbligata alla custodia. Il criterio di questo "custodiri solent", ci danno Ulpiano (D 13, 6, 5, 6) in quanto stabilisce che la custodia riguardo allo schiavo comodato abbia luogo "quando vinctus commodatus est vel eius aetatis, ut custodia indigeret", o generalmente "si hoc actum est, ut custodiam is qui rogavit, praestet"; Pomponio e Gaio (fr. 21 D 6, 1, fr. 36 § 1 D eod.), secondo i quali "custodiendus", è colui che non è "integrae opinionis", e specialmente "fugitivus". La ragione del fatto che la persona obbligata alla custodia rispondeva della "fuga", solamente riguardo al "servus custodiendus", è appunto nella circostanza, che riguardo agli schiavi si rispondeva della *custodia* solamente nelle circostanze accennate (servus vinctus vel eius aetatis ut custodia indigeret, non integrae opinionis ec.) Se è così, dobbiamo estendere ciò che vale per la fuga, alle altre emanazioni di custodia, specialmente al furto, e sostenere che riguardo agli schiavi si rispondeva e della fuga e del furto solamente nelle speciali circostanze sù cennate. Curioso che queste deduzioni non siano accolte nella dottrina se non sporadicamente (Levy) ⁽¹⁾. Forse vi ha influito la considerazione, che la responsabilità per la fuga e per il furto, limitata al "servus custodiendus", in sostanza non è che la responsabilità per la colpa (confr. D 6, 1, 21). Ma da questo non segue che perciò la responsabilità testè accennata sia un fenomeno estraneo alla custodia. Poichè la custodia, cioè la responsabilità per la perdita senza riguardo alla colpa, abbraccia le perdite non solamente casuali, ma an-

⁽¹⁾ Die Konkurrenz I, 409 segg.

che quelle imputabili al debitore. Lo stesso fatto che fa responsabile il convenuto in un'azione, per es. rei vindicatio, sotto la veste di colpa, fa responsabile in un'altra azione, per es. actio commodati, dal punto di vista della custodia. Ma ritorniamo alla nostra tesi. Sosteniamo che la fuga servi fu - dal punto di vista della responsabilità di colui che è obbligato a restituire lo schiavo - ugualmente apprezzata come il furtum dello schiavo e dipendeva da circostanze, fondanti la custodia. Prova di questa tesi è, come bene avverte Levy, la formulazione delle Ist. 3, 23, 3a "quod si fugerit homo qui veniit aut subreptus est,, da cui risulta che tutti i due casi dovevano esser risolti ugualmente (1). Del resto la nostra tesi è direttamente la chiave per risolvere non solamente il testo citato, ma anche altri testi, specialmente D 18, 1, 35, 4, D 19, 1, 31, come si vedrà più avanti. Essa risulta poi dalle varie costruzioni giuridiche riguardo alla fuga servi (confr. p. es. D 47, 2, 36, D 48, 15, 6). A parte ciò che fu già bene osservato dal Levy, bisogna notare che dai giureconsulti romani fu direttamente formulata l'idea, che lo schiavo commette con la fuga il furto (furtum sui facere; conf. Africanus D 47, 2, 61 (60), Diocletianus C 6, 1, 1) (2). Da ciò segue necessariamente che la fuga era dal punto di vista della responsabilità per la custodia trattata ugualmente come il furtum. Si rispondeva per tutti i due casi nelle speciali circostanze su accennate. Se mancavano queste circostanze, dunque se si trattava degli schiavi adulti e fedeli, non si rispondeva - nella mancanza di speciale convenzione - della custodia, perchè non c'era ragione di temere o presupporre nè la fuga, nè il furtum (3): era possibile, si capisce, la "rapina,, di un tale servo, ma la rapina non poteva esser evitata neanche mediante la custodia (4).

(1) Nel testo che riteniamo classico sino a "securus erit,, si afferma la responsabilità per i casi accennati, se si è convenzionalmente assunta tale responsabilità. Niente si dice delle circostanze che fondavano di solito la custodia e la responsabilità per la fuga e furtum; ma questo si spiega con ciò che il testo a priori costruisce la fuga e il furtum nel concreto caso come i meri casi.

(2) Per lo sviluppo di questa dottrina confr. Huvelin Furtum 694, Rondani Bull. I.d.r. 30, 60.

(3) Confr. Bruckner Die Custodia pag. 85. Lo stesso che abbiamo detto del furto e fuga, valeva naturalmente anche del danneggiamento.

(4) Per le diverse costruzioni degli autori confr. Seckel Handlexikon ad

4. Vediamo adesso se ed in quanto era il *danneggiamento* compreso nella custodia. Si tratta naturalmente del danneggiamento fuori dei casi esoneranti. Esso può accadere "sine iniuria,, di un terzo, o "iniuria,,. È certo che per il primo caso *rispondeva* la persona obbligata alla custodia, come risulta dal testo di Paolo D. 9, 1, 2, pr, ove si dice del comodatario e del fullo (debitori obbligati alla custodia) che rispondono del danneggiamento recato dagli animali (tenetur... damnum videtur pati) e sono perciò legittimati all'actio de pauperie (1). Lo stesso risulta dal testo di Ulpiano D 19, 2, 13, 6, dove si dichiara lo stesso fullo assolutamente responsabile del caso "si mures vestimenta roserint,,. Se invece si rispondeva in conseguenza della custodia anche del damnum iniuria datum, è assai controverso. Contro la risposta negativa, fondata dalla locuzione delle fonti, e finora dominante (così anche lo Schülz) ha formulato recentemente il Haymann (2) la tesi che si *rispondeva*, in base della custodia, anche del damnum iniuria datum e che i testi contraddicenti (D 13, 6, 19, D 19, 2, 40) siano interpolati. Si tratta anzi tutto del testo di Giuliano (D 13, 6, 19) ad eos qui servandum aliquid conducunt vel utendum accipiunt, damnum iniuria ab alio datum non pertinere procul dubio est: qua enim cura et diligentia consequi possumus ne aliquis damnum nobis iniuria det? Quasi con le stesse parole riferisce Ulpiano (D 19, 2, 41) questa sentenza di Giuliano aggiungendo: sed Marcellus interdum esse posse ait, sive custodiri potuit, ne damnum daretur, sive ipse custos damnum dedit: quae sententia Marcelli probanda est. Nessun dubbio che la motivazione "qua enim cura et diligentia consequi possumus ne aliquis damnum nobis iniuria det?,, ed analoga motivazione nel D 19, 2, 41 siano interpolazioni presupponendo il concetto bizantino di custodia-diligentia (3). Dunque è probabile che questa interpolazione sia stata aggiunta per motiva-

Custodia, Schülz Lusignanis Custodia Forschungen S. A. 57 nota 67, Beseler Beiträge IV 207, Haymann Z.S.S. 40, 173.

(1) Veggansi le buone annotazioni del Haymann ai testi citati. Z.S.S. 40, 192 e 199.

(2) Z.S.S. 40, p. 194 segg. [Confr. ora anche Künkel cit. pag. 270].

(3) L'interpolazione è fatta nella forma d'una interrogazione retorica, tipica ai bizantini. Confr. Bonfante Storia del diritto romano 3 ed. II pag. 147.

re la nuova sentenza della irresponsabilità del comodatario e conductor custodiendae rei per il *damnum iniuria datum*, mentre il regime del diritto classico sarebbe stato appunto opposto. Questa tesi del Haymann, la credo assai verosimile dal punto di vista della generale costruzione della custodia. Essa ci apparirà ancor più verosimile, se consideriamo che vi sono i testi da cui risulta che in base della custodia si rispondeva p. es. dell'opus vi aut clam factum, della ruina dell'edificio vicino, dell'innondazione, avvenuta per opera del vicino (alterazione del deflusso delle acque piovane).

Ma c'è un grande ostacolo: nelle fonti si afferma nel modo più reciso che il comodatario o il fullo, - di cui affermiamo la responsabilità per *damnum iniuria (tertii) datum* - non siano legittimati all'actio legis Aquiliae, mentre lo è sempre il proprietario. In queste circostanze sarebbe stata la pretesa responsabilità veramente una iniquità. Però c'era, a mio avviso, un mezzo ad eliminare l'iniquità. Credo che la condanna di chi rispondeva della custodia per il *damnum iniuria datum* fosse condizionata dalla cessione dell'actio legis Aquiliae al convenuto, analogicamente come è stabilito per es. nel Dig. 47, 2, 54, 3. Tale affermazione poggia su questo argomento.

Nel Dig. 13, 6, 7, 1 si parla della cessione della nostra azione all'uno dei condebitori - comodatari - convenuto actione commodati per il *damnum datum iniuria* dell'altro debitore. Perché dunque non ammettere la cessione al solo debitore convenuto actione commodati per il *damnum iniuria tertii datum*?

Dall'altro lato bisogna notare che la cessione dell'actio legis Aquiliae alla persona, che risponde del *damnum iniuria tertii datum*, non è sempre necessaria, anzi qualche volta è impossibile. Appartengono qui i casi in cui il debitore obbligato alla custodia è direttamente proprietario. Questo è il venditore il quale rispondeva della custodia dunque anche del *damnum iniuria (tertii) datum*, ed era nello stesso tempo come proprietario legittimato all'actio legis Aquiliae. Ma poteva avvenire che nel caso concreto il venditore non rispondeva della custodia, p. es. si trattava della vendita dello schiavo e la custodia non era imposta convenzionalmente al venditore. In questo caso il venditore naturalmente non rispondeva del *damnum iniuria*

ria (*tertii datum*) ed era conseguentemente obbligato a cedere l'actio legis Aquiliae al compratore, come è stabilito nelle Istituzioni 3, 23, 3a. Dunque se noi consideriamo che la cessione dell'actio legis Aquiliae (come dell'actio furti) dal venditore al compratore è stabilita espressamente appunto per il caso, in cui il debitore non è - eccezionalmente - responsabile della custodia dobbiamo concludere, che normalmente nel caso di custodia appartenga l'actio legis A. (come l'actio furti) al venditore definitivamente, il che è appunto manifestazione e riflesso della sua assoluta responsabilità per il *damnum iniuria (tertii) datum* o per il *furtum* in base della custodia.

Queste ragioni mi fanno credere che il debitore, obbligato per la custodia, rispondeva anche del *damnum iniuria datum*. Per quel che riguarda la prova dell'interpolazione nel Dig. 13, 6, 19, D 19, 2, 41, e l'interpretazione del Dig. 9, 2, 57, rimando al Haymann.

5. Dopo aver conosciuto generalmente il concetto classico della custodia, occupiamoci della terminologia relativa al nostro concetto. Termine tecnico è il sostantivo "custodia", combinato quasi regolarmente col verbo praestare: *custodiam praestare*. Altre espressioni sporadiche ma equivalenti sono: *custodiae periculum praestare* (D 19, 2, 40) *custodiae periculum subire* (D 47, 5, 1, 4), *custodiae nomine teneri* (D 4, 9, 5, pr.) *custodia ad aliquem pertinet* (D 47, 2, 48, 4) *custodia alicuius est* (D 39, 2, 18, 9 testo interpolato) (1). La parola "custodia", ha però anche altri significati, dei quali ci interessa per la sua connessione col nostro problema il significato non tecnico di custodia, sorveglianza. Queste due significati di custodia, tecnico-giuridico e non tecnico, laicale si trovano spesso nello stesso frammento, ed anche nella stessa frase, e bisogna dunque tener conto di queste differenze. Per es. Gaio (D 19, 2, 40) dice: *qui mercedem accipit pro custodia alicuius rei, is huius periculum custodiae praestat*, il che significa: chi ottiene una mercede per la sorveglianza di qualche cosa, risponde della perdita di cosa. Altro esempio troviamo nel testo

(1) Confr. Seckel: *Heilmanns Handlexikon, Custodia; Vocabularium iurisprudentiae romanae, Custodia.*

di Gaio (D 4, 9, 5, pr.) nauta, caupo et st. mercedem accipiunt non pro custodia (in senso laicale), sed ut... et tamen custodiae nomine tenentur (rispondono della perdita) nam et fullo et s. non pro custodia (nel senso laicale), sed pro arte mercedem accipiunt et tamen custodiae nomine et locato tenentur (nel senso tecnico di custodia) (1). Si adopera il termine custodia nel senso di sorveglianza, quando si interpreta il "depositum", come "fidei commissum quod ad custodiam rei pertinet"; e quasi la stessa frase "custodia rei ad te (fullo) pertinet", significa nell'altro testo: sei responsabile della perdita. (Confr. D 16, 3, 1, pr, D 47, 2, 48, 4). La custodia nel senso non tecnico non è ancora la responsabilità per la custodia. Bisogna cercare altri momenti per tale responsabilità. Custodiendum dare al depositario non ha per conseguenza la responsabilità per la custodia. Però lo stesso custodiendum dare combinato con la pattuizione della mercede ha per conseguenza la responsabilità per la perdita. Confr. D 16, 3, 1, pr e D 16, 3, 1, 9.

6. I compilatori ci presentano il concetto di custodia profondamente mutato. Nei casi (almeno nei casi principali) ove il diritto classico imponeva al debitore la custodia, cioè la responsabilità per la perdita o danneggiamento all'infuori dei tipici casi esoneranti, il diritto giustiniano impone l'obbligazione di exactissima diligentia, d. diligentissimi patris familias in custodiendo. In questo senso sono interpolati numerosi testi, come bene videro Seckel, Schülz, Haymann, p. es. D 13, 6, 5, 3-5, fr. 18 pr D eod., D 44, 7, 1, 4, I 3, 14, 2, ove la custodia è stata sostituita par diligentia, diligens custodia, diligentia diligentissimi patris familias, exacta, exactissima diligentia (2). Nei testi, ove è conservata la parola custodia, custodiam praestare, bisogna ora normalmente interpretarla nel senso di diligenza.

7. Viene ora la questione se il nuovo concetto della custodia abbia avuto grandi conseguenze pratiche. Non lo credo.

(1) Confr. Ferrini Arch. Giur. LIII pag. 270.

(2) Confr. p. es. Seckel Custodia [Dall'altro lato confr. ora Kunkel cit. 268 segg.].

Si tratta in prima linea del grande mutamento dottrinale, della rielaborazione dottrinale (1) dei casi di custodia dal punto di vista della colpa resp. diligenza; materialmente restò la responsabilità, almeno in linea di principio, immutata. Se nel diritto classico rispondeva p. es. il commodatario in base della custodia assolutamente del furto, e se nel diritto giustiniano deve lo stesso debitore adoperare ad custodiendum la più accurata diligenza che mai si può astrattamente pensare, ne segue che non c'è quasi differenza. Ma si può provare ancor più precisamente che non c'è nessuna differenza dal modo, come formulano i compilatori la responsabilità per la diligenza in custodiendo. Basta citare l'interpolato testo di Gaio D. 13, 6, 18, pr: 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... Dunque per i compilatori sono pensabili solamente due ipotesi: o c'è l'omissione della diligenza diligentissimi patris familias (il debitore risponde), o vi è vis maior (il debitore non risponde). Uguali conseguenze risultano dagli altri interpolati testi corrispondenti a quello citato, cioè D 44, 7, 1, 4, I 3, 14, 2, D 13, 6, 5, 3-4. Dunque il furto della res commodata, essendo diverso dai casus quibus resisti non potest, fa responsabile il comodatario anche nel diritto giustiniano, però dal punto di vista della omissione della diligentia diligentissimi patris fam., che si presume in ogni caso. Del resto questo fenomeno di presunzione di colpa è un mezzo di costruzione presso i bizantini molto in voga (2). Mettiamo poi conto dei sintomatici superlativi "exactissima", diligentia, d. "dili-

(1) Non è escluso che questa rielaborazione dottrinale si debba in gran parte alla giurisprudenza postclassica. Confr. Kunkel cit. 283, di cui anche le illazioni p. 283-285 sono giustissime.

(2) Confr. D 4, 9, 7, 4 "culpa scilicet suae qui tales adhibuit", D 44, 7, 5, 6 "aliquatenus culpa reus est quod opera malorum hominum uteretur". Su questi testi si veggia Vázny Actiones poenales Bratislava 1923 pag. 94 segg. e la letteratura ivi citata, Schülz Haftung für das Verschulden der Angestellten im klassischen römischen Recht, Grünhüt-Z. XXXVIII S. A. 36. Confr. D 19, 2, 11, pr; interp. "si tamen culpam in inducendis admittit, quod tales habuerit vel suos vel hospites", Schülz Haftung 26, Pernice Labeo 2, 2, 1 pag. 257.

gentissimi „ patris familias, i quali già da sè rivelano la tendenza dei bizantini di estendere il più possibile il concetto di colpa per comprendervi tutti i casi i quali erano compresi nell'antica custodia (1). Che questa tendenza si è veramente effettuata e particolarmente che la exactissima diligentia in custodiendo include assoluta responsabilità per il semplice furtum risulta del resto dalla nota costituzione di Giustiniano dall'anno 530 C 6, 2, 22, 1-2, la quale accorda nel caso di furto della cosa comodata al proprietario l'elezione fra l'actio commodati contro il comodatario e l'actio furti contro il ladro; l'actio commodati contro il debitore non è condizionata dalla colpa del debitore: prova che questi risponde sebbene sotto la dottrinale veste dell'omissione di exactissima diligentia - assolutamente. Lo stesso risulta argomento a contrario degli interpolati frammenti D 13, 6, 19 (e corrispondente D 19, 2, 41) “qua enim cura et diligentia consequi possumus ne aliquis damnum nobis iniuria det „? Ne risulta a contrario che in base della più accurata diligenza “consequi possumus ne aliquis furtum nobis faciat „.

Tutto ciò che si è detto vale soltanto come un principio, rispetto a cui si hanno varie eccezioni. Vi sono singoli casi i quali rappresentano nuove conseguenze pratiche della “diligentia in custodiendo „. Noi li conosceremo nella parte speciale. Qui basta avvertire che nella exactissima diligentia in custodiendo non è compreso più il damnum iniuria (tertii) datum, come viene stabilito negli interpolati frammenti D 13, 6, 19 e 19, 2 41.

8. A quanto si è detto della custodia bizantina, bisogna fare qualche riserva. Il diritto giustiniano, malgrado la sua avversione per la responsabilità casuale, conosce vari casi di responsabilità per un certo evento, fondata sulla convenzione, e designa spesso una tale assunzione di responsabilità casuale custodiam recipere, suscipere, repromittere, o, più precisamente, custodiam alicuius rei (p. es. efracurae, furti, fugae) recipere. Conosceremo interessanti esempi più tardi.

Finalmente bisogna notare che ciò che abbiamo designato

(1) Perciò la Glossa distingue: culpa levis e culpa levissima. Confr. p. es. Glossa al D 4, 9, 3, 1 etiamsi sine culpa.

concetto bizantino di custodia, cioè l'exactissima diligentia in custodiendo, non è che la normale apparizione della custodia. Nel diritto giustiniano apparisce come custodia (più precisamente custodia riguardo ad un certo evento) anche la responsabilità convenzionale per un caso - come abbiamo testè visto - e dall'altro lato viene eccezionalmente designata come custodia anche l'obbligazione di evitare il dolo (e forse la culpa lata) in custodiendo. Conf. D 18, 6, 4, pr e fr. 2 § 1 eod. Vi sono dei gradi di custodia (Seckel). È molto importante distinguere specialmente quei tre gradi, sopra indicati: la c. come l'obbligazione di exactissima diligentia, la c. come sopportazione di un certo rischio e la c. come il dovere di evitare almeno il dolo in custodiendo. Ma vi sono persino le sottodistinzioni - resp. dalle fonti si debbono, come fa la Glossa, derivare le sottodistinzioni - nell'ambiente stesso della diligentia in custodiendo. La terminologia però non è esatta ed è tutt'altro che adeguata a queste distinzioni e sottodistinzioni.

II.

Custodia del comodatario.

1. Essa risulta chiaramente dalle Istituzioni di Gaio (3, 206), dai numerosi testi del Digesto, accordanti generalmente al comodatario l'actio furti senza riguardo alla sua colpa nel furto (commesso da un terzo) (confr. Africanus D 13, 6, 13, pr, Paulus D 47, 2, 54 (53), 1-2, D 13, 6, 17, 5, Pomponius D 23, 6, 13, pr ⁽¹⁾, Ulpianus D 47, 2, 14, 6 a contr.), finalmente argomento a contrario dai testi enumeranti i tipici casi, che esonerano il comodatario (Ulpianus D 13, 6, 5, 4, D 50, 17, 23, Gaius D 13, 6, 18, pr, Paulus Sent. 2, 4, 2, Diocletianus 4, 23, 1, I 3, 14, 2). Il comodatario rispondeva della perdita avvenuta all'infuori dei casi esoneranti. Emanazione di questa responsabilità era anzi tutto il furtum: il comodatario rispondeva del furtum ed era normalmente legittimato all'actio furti. Riguardo agli schiavi vi era ancor una emanazione di responsabilità per la custodia: la fuga servi, per la quale però, come anche per il furtum servi, si rispondeva solo sotto la condizione che ci fossero nel caso concreto del commodatum servi le speciali circostanze fondanti la custodia (D 13, 6, 5, 6, confr. cap. I n. 3 e più avanti l'esegesi del D 13, 6, 5, 13). Finalmente anche vari casi di danneggiamento, avvenuti sine iniuria di un terzo, erano certamente compresi nella custodia, per es. danneggiamento recato dagli animali (D 9, 1, 2, pr); in conseguenza era il comodatario legittimato all'actio de pauperie. Anche per il damnum iniuria datum forse si rispondeva; i testi opposti a questa tesi, D 13, 6, 19, D 19, 2, 41 sarebbero interpolati. (Haymann).

2. La ragione della responsabilità del comodatario per la custodia era il suo esclusivo interesse nel contratto. (Confr.

⁽¹⁾ Si parla della condanna del comodatario "non apparentis rei nomine,,. Dov'è la colpa del comodatario?

Gaius 3, 206 ...utendi commodum, D 13, 6, 18, pr ...accipientis gratia commodata res, Ulpianus D 13, 6, 5, 3 ...solam utilitatem continet eius cui commodatur) ⁽¹⁾. Dunque se nel caso concreto del commodatum non c'era esclusivo vantaggio del comodatario, mancava la responsabilità per la custodia. Più importante è ancora, che tale responsabilità poteva esser eliminata per la volontà delle parti, dichiarata o espressamente o implicitamente. Le fonti ci offrono un interessante esempio nel Dig. 13, 6, 5, 12. Alcuno ha dato ad un altro una cosa affinché la desse in pegno al suo creditore; questo poi, sebbene soddisfatto del debito, non restituisce la cosa al debitore cosicché egli alla sua volta non la può rendere al proprietario. Chi sopporta questo rischio? Si decide che il (primo) ricevitore della cosa (debitore del terzo), sebbene giuridicamente riguardato come comodatario, non presta, se è senza colpa, il rischio. Questa decisione però non è in contraddizione colla responsabilità normale del comodatario per la custodia. Chè dalle circostanze del caso concreto - la cosa non si trova presso il comodatario, bensì, a saputa del comodante, presso il terzo - bisogna necessariamente desumere la volontà delle parti di spostare il rischio dal comodatario al comodante. È appunto merito dei giureconsulti classici di saper sussumere ciò che hanno contratto le parti, sotto la figura giuridica del commodatum, di saper nello stesso tempo eliminare di effetti normali del comodato quello che le parti implicitamente non volevano, e finalmente di saper costruire dalle circostanze di fatto la concreta immagine di colpa ⁽²⁾ ⁽³⁾.

3. I compilatori, i quali hanno [forse secondo elaborazione della scienza postclassica] mutata generalmente la custodia

⁽¹⁾ Confr. Kübler Utilitätsprinzip. Festgabe O. Gierke. S.A. 37 Huvelin Furtum 349, 4, Haymann Z.S.S. 40, 168 ad 1. Beseler Beiträge II 116. Confr. cap. III n. 3 di questo lavoro.

⁽²⁾ Contro il Haymann il quale ritiene il testo interpolato. Z.S.S. 40 pag. 179 e segg.

⁽³⁾ Gli esempi della casuistica determinazione della colpa: D 10, 2, 25, 18, D 19, 2, 9, 5, D 6, 1, 36, 1, D 19, 2, 19, 1, D 19, 2, 25, 4. Confr. la nota 4 in fine. Non dico, che in base a queste decisioni, concetto generale di colpa, sia da cercare nella "negligenza,,. Questa è un'altra questione.

classica (sopportazione d'un rischio) nell'obbligazione di exactissima diligentia, impongono al comodatario "diligentiam qualem quisque diligentissimus pater familias suis rebus adhibet (D 13, 6, 18, pr), "exactissimam diligentiam custodiendae rei,, "exactam diligentiam custodiendae rei,, con la speciale annotazione "nec sufficit ei tantam diligentiam adhibuisse, quantam suis rebus adhibere solitus est,, (D 44, 7, 1, 4, I 3, 14, 2), "diligentiam exactiorem quam in suis rebus,, (D 18, 6, 3), "custodiam etiam diligentem,, (D 18, 6, 5, 5) (1). Si capisce che dove i compilatori hanno lasciata l'antica terminologia custodiam praestare, bisogna ora interpretarla nel senso di exactissima diligentia (confr. D 13, 6, 5, 9).

Praticamente non c'è molta differenza fra il regime antico e quello giustiniano. Basta che rimandiamo a ciò che fu detto in proposito nel capitolo primo. Il concetto di colpa del comodatario è stato tanto esteso, che dobbiamo ogni semplice furto imputare al comodatario, e possiamo argomento a contrario dall'interpolata motivazione nel D 13, 6, 19 dedurre, che "diligentia diligentissimi patris familias consequi possumus, ne aliquis furtum nobis faciat,,. Non è pensabile dal punto di vista della dottrina bizantina il caso che sia accaduto il furto malgrado l'exactissima diligentia del comodatario in custodiendo e al fuori dei casi esoneranti. Che sia tal caso pensabile riguardo al venditore (D 18, 6, 3 - D 18, 1, 35 - I 3, 23, 3a) resp. conduttore (I 3, 24, 5), non ci deve fuorviare e sarà esplicito più tardi.

Nessuna conseguenza ha avuta la nuova dottrina bizantina, in quanto si tratta della responsabilità per la fuga o il furtum dello schiavo commodato. Questa ora viene designata culpa. Praticamente però questa responsabilità è uguale alla custodia classica. Se nel diritto classico si rispondeva della custodia solamente riguardo al "servus custodiendus,, e se nel diritto giustiniano si risponde riguardo allo schiavo commodato generalmente nei limiti della colpa, bisogna dire che non vi è fra i due sistemi differenza se non nella costruzione dottrinale. Da

(1) Confr. Haymann Z.S.S. 40, 202 e segg. con la letteratura, iv citata. [Ora anche Kükkel (cit. pag. 269-274) il quale sostiene l'origine postclassica di questi mutamenti dottrinali].

questo punto di vista è interpolato il testo di Cartilio D. 13, 6, 5, 13: si me rogaveris, ut servum tibi cum lance commodarem et servus lance perdidit, Cartilius ait periculum ad te respicere, nam et lance videri commodatam: « quare culpam in eam quoque praestandam interp. » plane si servus cum ea fugerit, eum, qui commodatum accepit, non teneri « nisi fugae praestitit culpam ». Ulpiano diceva press'a poco: nisi fugam praestare debuit, cioè nisi custodiam, e conseguentemente anche fugam praestare debuit (1).

4. Però se in linea di principio la responsabilità restò uguale, vi sono eccezioni. I compilatori stessi ci offrono varie conseguenze pratiche della loro dottrina. Essi esonerano il comodatario della responsabilità per il furto commesso contro lo schiavo - appartenendo allo stesso comodatario - il quale doveva riportare la cosa al comodante, se il comodario avesse eletto a questo scopo tale persona rispetto alla quale non potrebbe sospettarsi la possibilità che fosse derubata - mentre nel diritto classico la responsabilità per qualsiasi furtum, avvenuto allo schiavo del comodatario, è senza dubbio (D 13, 6, 20 interp. "tam idoneo... ut non debuerit quis aestimare futurum, ut a quibusdam malis hominibus deciperetur, tuum, non,, Beseler, Haymann). La stessa conseguenza risulta argomento a contr. dal D 13, 6, 10, 1, fr. 11 D eod., dove viene esonerato il comodatario "qui tam idoneum hominem elegerit, ut recte id perferri possit,, - mentre per il diritto classico è certo che la normale sopportazione del rischio di perdita non poteva essere spostata dal comodatario per la consegna della cosa al suo proprio schiavo o nunzio. (Haymann) (2).

Caratteristico è pure il modo, come trattano i compilatori dal loro punto di vista dottrinale il *damnum iniuria datum*. Credo col Haymann che Giuliano scriveva (D 13, 6, 19) "ad

(1) Si capisce che l'interpretazione del testo dipende dal modo di apprezzare la fuga servi in relazione colla custodia. Di questo fu trattato sopra.

(2) Z.S.S. 40, pag. 177 e segg.

Per quel che riguarda l'interpretazione critica degli altri testi, concernenti la nostra materia, specialmente D 47, 2, 14, 10, D 47, 2, 77, pr, D 16 3, 1, 47 rimando alla citata opera del Haymann.

eos, qui... utendum aliquid accipiunt, damnum iniuria ab alio datum (semper) pertinere procul dubio est ⁽¹⁾. I compilatori stabilirono che il *damnum iniuria tertii datum* non rientra nella sfera della *custodia-diligentia* ed aggiunsero la motivazione "qua enim cura aut diligentia consequi possumus, ne aliquis *damnum nobis iniuria det?* ,, , mediante la quale hanno formulato che *dal punto di vista della loro dottrina* il *damnum iniuria (tertii) datum* non può onerare il comodatario ⁽²⁾.

5. Finalmente bisogna notare che le conseguenze della custodia si sono mutate in quanto Giustiniano (C 6, 2, 22) ha stabilito che il comodante può in caso del furto della cosa comodata esperire a sua scelta o l'*actio commodati* contro il comodatario (questi è poi legittimato esclusivamente all'*actio furti*) o l'*actio furti* contro il ladro (ed allora il comodatario è liberato). Che Giustiniano occupandosi dei vari momenti che potrebbero esser importanti per la legittimazione del proprietario all'*actio furti*, non esamina quel momento, se si tratta del furto imputabile al comodatario (per l'omissione dell'accuratissima diligenza) o del furto casuale (all'infuori della *vis maior*), e quali conseguenze dommatiche ne seguono, fu già detto. Ci resta un'altra questione: può il comodatario negare la sua legittimazione passiva all'*actio commodati* opponendo che il proprietario può ripetere la cosa dal ladro? A mio avviso si può rispondere affermativamente, come risulta dall'analogia dell'interpolato frammento D 19, 2, 60, 2, il quale non è che estensione del pensiero espresso nella nostra costituzione.

(1) Haymann cit. 197. [Confr. ora anche Künkel cit. 270 n. 2].

(2) Confr. ciò che fu detto in proposito nel cap. I.

III.

La custodia nella I. *conductio operis*.

1. Anzi tutto bisogna citare la sentenza di Gaio (D 19, 2, 40) qui mercedem accipit pro custodia alicuius rei, is huius periculum custodiae praestat, di cui il significato è: chi prende la mercede per la sorveglianza (custodia nel senso laicale) di una cosa, presta la custodia (tecnica, cioè risponde della perdita all'infuori dei tipici casi esoneranti).

Ora viene il problema, se lo stesso si può dire d'ogni *conductor operis* riguardo al materiale che gli è affidato. Dal nostro testo non risulta la risposta, bisogna dunque studiare i singoli casi ⁽¹⁾.

2. Senza dubbio rispondevano della custodia i *fullo et sarcinator*, dei quali ci confermano Gaio (I 3, 205, D 4, 9, 5, pr.), Ulpiano (D 47, 2, 12, pr, D 47, 2, 48, pr, D 12, 7, 2) e Paolo (D 9, 1, 2, pr), che prestano la custodia, che rispondono particolarmente del furto, commesso da un terzo e del danneggiamento cagionato dagli animali, senza riguardo alla loro imputabilità. Ulpiano (D 47, 2, 12, pr) dice espressamente che il *fullo* "semper (furti) agit ,, per esprimere che riguardo al *fullo* è irrilevante il differenziarsi dei casi: "si culpa subripiatur - si sine culpa subripiatur ,, il che è molto rilevante per es. riguardo al creditore *pigneratizio* (confr. D 47, 2, 14, 6) ⁽²⁾. Implicitamente poi risulta l'assoluta responsabilità del *fullo* per la perdita, quando Ulpiano dice del *fullo* che "am-

(1) Confr. in proposito Seckel *Custodia*, Schülz: *Lusignanis Custodia Forschungen Krit. Viertelsjahresschrift* 1912 S.A. p. 39 segg; Kübler *Utilitätsprinzip* S.A. pag. 31 adn. 2, 34, Huvelin *Furtum* 554 e segg., Kniep *Com. III* 482 e segg. 522 e segg., Haymann *Z.S.S.* 40, 190 e segg. [Confr. ora anche Künkel cit. 278].

(2) Diversamente: Schülz *Z.S.S.* 32, 60, ("semper ,, interpolato), Kniep *Com. III* 488. Confr. anche Beseler *III* 190.

missio vestimentis domino pretium et locato conventus praestitit,,; non c'è la questione dell'imputabilità, "ammissum,, ha per conseguenza la responsabilità (1).

In un testo di Labeone-Giavoleno D 19, 2, 60, 2 si fa dipendere la diretta responsabilità (la condanna) del conduttore dalla impossibilità del locatore di ripeter la cosa rubata dal possessore. Ma questo testo a ragione si riguarda interpolato (2). Si tratta d'una innovazione che, a mio avviso, è in connessione colla nota costituzione di Giustiniano (dall'anno 530, C 6, 2, 22, 1) la quale accorda al comodante l'elezione fra actio commodati e l'azione dal furto e stabilisce che il comodatario è liberato se si è il comodante deciso per l'actio furti. Anche per il fullo vale lo stesso per analogia, anzi questi può difendersi contro l'actio locati opponendo che il locatore può esperire un'azione reipersecutoria contro il noto possessore della cosa. Secondo il diritto classico era il fullo et sarcinator, nel caso della perdita dei vestimenti affidati, assolutamente responsabile; poteva però forse - come risulta dal nostro testo e da D 19, 2, 25, 8 - domandare al locatore la cessione delle azioni reipersecutorie.

3. Quale fosse la ragione della responsabilità del fullo e sarcinator per la custodia, non si può dire con certezza, se non dal lato negativo. Sappiamo da un testo di Gaio (D 4, 9, 5, pr... fullo et sarcinator non pro custodia sed pro arte mercedem accipiunt et *tamen* custodiae nomine ex locato tenentur) che la ragione della custodia *non è il prendere la mercede*, chè questa è corrisposta per l'opera del fullo, e non per la custodia. La custodia dei fullones e sarcinatores si è sviluppata, come sostiene il Kniep, per la pratica ed in connessione colla specifica indole del lavoro di questi artigiani; essi, nell'esecuzione del lavoro, lavoravano fuori, ove appendevano gli abiti loro affidati, cosicchè era la possibilità del furto molto aumentata. È molto probabile dall'altro canto, che i fullones e sarcinatores risarcissero nei primi tempi volontariamente il danno

(1) Per l'interpretazione di Dig. 47, 2, 91 (90), pr. confr. Schülz cit. e Huvelin cit.

(2) Schülz Z.S.S. 32, 60.

avvenuto per furto, per evitare gli effetti di una mala riputazione. (Kniep). In queste circostanze è ovvio che si è sviluppata la custodia appunto dei fullo e sarcinator. Se questo è vero, è logicamente necessaria la deduzione che ciò che valeva per questi artigiani non si può estendere senz'altro agli altri conductores operis. Se anche la ipotesi circa lo sviluppo della custodia dei fullo et s. è incerta, possiamo provare in base al testo gaiano, sopra citato, che la ragione di questa custodia non si può cercare nella mercede di questi artigiani (1). Il testo gaiano è così esplicito e, dal punto di vista dell'altro testo gaiano (qui *mercedem accipit pro custodia alicuius rei is huius periculum custodiae praestat*), così naturale e logico, che da questo punto negativo la ragione di custodia del fullo non può esser dubbia. Vi contraddice, è vero, ciò che lo stesso Gaio dice nelle Istituzioni del fullo: *mercedem capiendō custodiam praestat*; ma la contraddizione non può esser che apparente: basta interpretare le parole "mercedem capiendō,, non nel senso di motivazione delle parole "custodiam praestat,, bensì come formulazione di una necessaria condizione giuridica di questa responsabilità. Ciò significa: fullo e s. rispondono della custodia posto che prendano la mercede (altrimenti, se cioè il contratto col fullo si qualifica per la mancanza della certa mercede come *mandatum* o come qualche contratto innominato, non rispondono per la custodia; similmente il comodatario risponde della custodia posto che abbia esclusivo vantaggio dal contratto, altrimenti non). Forse sembrerà questa interpretazione un po' forzata: poi non resta che aderire alla tesi del Beseler secondo cui tutto il brano citato "quae de fullone... custodiam praestare,, non è genuino, bensì di origine postclassica (2).

Fullo et sarcinator non sono, per quel che riguarda la responsabilità di custodia, esempi di conductores operis, bensì rappresentano una tipica, speciale categoria di conductores, obbligati per la custodia (3). Prendere la mercede per una determinata opera non è causa bastevole per la custodia, e conseguentemente Gaio designa tale responsabilità presso i fullones

(1) Diversamente Seckel, Schülz, Haymann citt.

(2) Beseler Beiträge II 116, IV 111.

(3) Così anche Kübler cit.

et sarcinatores come una anomalia (D 4, 9, 5, 1 *et tamen* custodiam praestant). Se è così, non siamo legittimati ad estendere la custodia dei fullo e sarcinator agli altri conductores operis.

4. Effettivamente noi non troviamo nessun altro esempio classico di custodia del conductor operis. È vero, sì, che prestano la custodia nautae, caupones et stabularii. Ma loro responsabilità ha uno speciale fondamento (receptum) ed un particolare sviluppo, cosicchè è una cosa a sè, distinta dagli altri casi. Altri esempi appartengono al diritto giustiniano.

Nel Dig. 47, 2, 14, 17 si tratta del furto di epistola e della questione "an etiam is, cui data est (epistula) perferenda furti agere potest,,. Il testo, dopo la trattazione di vari casi, finisce: potest habere (!) furti actionem: vel si custodiam eius rei recepit (una brutta ripetizione del precedente si custodiam eius rei ad eum pertineat) vel mercedem perferendae accipit. et erit in hunc casum (cioè per il caso di mercedem accipere) similis causa eius et cauponis et magistri navis, nam his damus furti actionem, si sint solvendo, quoniam periculum rerum ad eos pertinet. Non c'è dubbio che tutto questo brano sia interpolato, e basta accennare agli argomenti dei recenti autori (1). Ci interessano specialmente le parole "vel mercedem perferendae accipit,, , da cui risulterebbe indirettamente la custodia del conductor epistulae perferendae. La vera ragione dell' interpolazione di questo brano, la trovo nell' intenzione dei compilatori di estendere la responsabilità del nauta, caupo et st. al conductor perferendae epistulae, o in genere, transportandae rei. Comune elemento di analogia è "mercedem accipere,,. Tale analogia, impossibile nel diritto classico, ove la responsabilità del nauta aveva la base giuridica nel receptum, e non si poteva estendere analogicamente all' infuori del receptum, è pos-

(1) Per es. Haymann Z.S.S. 140, 210, Kniep cit. 486, Beseler III 22. Diversamente Schülz Lusignan's Custodia Forsch. S.A. 40, Z.S.S. 32, 63, di cui l'interpretazione delle parole "in hunc casum,, non è giusta e similmente la sua affermazione, che il diritto classico paragona la responsabilità del nauta a quella del conductor operis: Gaio paragona nel D 4, 9, 5, pr. il nauta col fullo e sarcinator.

sibile nel diritto giustiniano, ove il receptum è quasi svanito e la responsabilità del nauta assume effettivamente (se non expressis verbis) per sua base il mercedem accipere e perciò può esser estesa ad ogni conduttore qui mercedem transportandae rei accipit.

Un altro testo, in materia di trasporto (della columna), Gaius D 19, 2, 25, 7, è ancor più evidente. Ci mostra chiaramente che il conduttore che ha assunto il trasporto della columna risponde della propria colpa e della colpa dei suoi uomini. Dopo questo enunciato, segue nel testo la interpretazione della parola "culpa,, : culpe autem abest si omnia facta sunt, quae diligentissimus quique observaturus esset. Credo che questa sia formulazione bizantina; non solamente perchè ci ricorda la formulazione della custodia bizantina, ma specialmente perchè - come testè abbiamo visto - sono appunto i compilatori che impongono al conductor rei transportandae la custodia (D 47, 2, 14, 17), cosicchè è certo che la citata interpretazione di colpa è formulazione della custodia (giustiniana), mentre nel diritto classico si rispondeva solamente della colpa.

Abbiamo finalmente due frammenti di Ulpiano (D 9, 2, 27, 29 e D 19, 2, 13, 5) trattanti del rischio per i vari infortuni, che possono accadere ai gioiellieri (conductores) eseguenti un lavoro sul materiale del cliente (locator). Si afferma in tutti e due i testi la responsabilità per l'imperitia, allora colpa, si nega la responsabilità per l'infortunio, causato dal vizio del materiale affidato. A questo regolamento normale si aggiungono nei testi le clausole: et ideo plerumque artifices convenire solent, cum eiusmodi materiae dantur, non periculo suo se facere, quae res ex locato tollit actionem et Aquiliae (nel primo testo); huic sententiae addendum est, nisi periculum quoque in se artifex receperat: tunc enim etsi vitio materiae id evenit, erit ex locato actio. È possibile nel caso concreto che il gioielliere non assuma un lavoro, forse difficile, se non sotto condizione che non sopporterà il rischio; dall'altro lato può accadere che il locatore non affidi un prezioso materiale al gioielliere che sotto la condizione, che questi assuma tutto il rischio del lavoro. È chiaro, che queste clausole - che si completano a vicenda - non contraddicono, bensì come eccezioni confermano il principio che normalmente risponde il conduttore sola-

mente della colpa, di cui bisogna cercare i criteri nelle circostanze del caso concreto (1).

Nella sfera del contratto d'opera non conosceva dunque il diritto classico se non la custodia di chi abbia assunto la sorveglianza per una certa mercede, e la custodia del fullo et sarcinator. Agli altri conductores operis non era imposta la custodia riguardo al materiale affidato. La custodia del nauta e dell' horrearius - vedi più avanti - ha una propria speciale base giuridica. Nel diritto giustiniano fu estesa la custodia del nauta a tutti i conductores rei transportandae. Della custodia giustiniana del fullo, sarcinator e di colui che abbia assunta la custodia per la mercede, vale press'a poco lo stesso che abbiamo conosciuto nel capitolo del commodato.

(1) Diversamente Haymann, il quale però non ha ragione in quanto afferma che il testo del Dig. 19 2, 13, 5 totalmente capovolge ciò che è detto nel D 9, 2, 27, 29. I frammenti sono in armonia e si completano vicendevolmente.

IV.

La custodia del nauta, caupo, stabularius. (1)

È certo che, nei primi tempi dell'editto riguardante nauta, caupo, stabularius, rispondevano queste persone *assolutamente* della perdita o danneggiamento delle cose affidate e non potevano discolarsi per alcuno dei tipici casi esoneranti. Soltanto Labeone (D 4, 9, 3, 1) sosteneva, che fosse equo accordare agli armatori una eccezione nel caso si quid naufragio aut per vim piratarum perierit. Questa opinione fu non solamente approvata ed estesa, bensì si venne nei tempi di Gaio ed Ulpiano direttamente al costante punto di vista che le parole dell'editto significassero la responsabilità all'infuori dei casi esoneranti. (Ulpianus fr. 3 § 1 qui recepit tenetur, nisi si quid damno fatali contingit. Idem erit dicendum et si in stabulo aut in caupona vis maior contigerit. Gaius fr. 5 pr. nauta ex caupo et stabularius. . . custodiae nomine tenentur). Conseguentemente è venuta la costruzione che gli armatori, padroni di albergo e di rimessa rispondono per la custodia. Rispondono dunque specialmente del furtum e del damnum iniuria datum (2).

(1) Confr: Lenel Ed. 127, Partsch Z.S.S. 29, 405 e segg. Schütz Lusignanis Custodia Forsch. S.A. 27 e segg. Mittels Gründzüge 259.

(2) Diversamente il Haymann (Z.S.S. 40, 206 e segg.), il quale prendendo le mosse dalla sua tesi della custodia di ogni conductor operis, dunque anche del nauta qui res perferendas conduxit, trova l'aggravamento della responsabilità in base del receptum appunto nella assoluta responsabilità ed esclusione dei casi esoneranti. Ma questo ragionamento non è giusto ché la sua base - la custodia di ogni conductor operis - è per lo meno dubbia, anzi abbiamo visto, che si deve respingere. Ciò nonostante, credo, che il nauta, caupo et stabularius rispondevano nei primi tempi assolutamente senza riguardo alla c. d. vis maior, che da Labeone in poi riteneva la giurisprudenza la opportunità dell'exceptio naufragii, incendii e sim., e che nell'ulteriore sviluppo (Gaio, Ulpiano) fu costruita la responsabilità del nauta come la custodia e le parole dell'editto furono interpretate nel senso di responsabilità per la perdita o danneggiamento all'infuori dei casi esoneranti. La custodia in base del receptum nautarum è dunque prodotto dello sviluppo storico, di cui prima fase era una assoluta responsabilità senza riguardo alla vis maior. Questo sviluppo

Lo stesso vale anche nel diritto giustiniano. È vero, sì, che i compilatori hanno trasformata la custodia classica, nella maggior parte dei casi, nella *diligentia in custodiendo*. Eccezionalmente però anche loro si servono del concetto di custodia come rischio per il *furtum* e *damnum*. Qui abbiamo tale eccezione. *Nautae*, *caupones*, *stabularii* rispondono anche nel diritto giustiniano per i *casus* del furto e persino del *damnum iniuria datum* cfr. 5 § 1). Appunto questa responsabilità per *damnum iniuria datum*, apprezzato di fronte ai noti frammenti D 19, 2, 41 e D 13, 6, 13 (“*qua enim cura e diligentia consequi possumus, ne aliquis damnum nobis iniuria det?*”) ci mostra evidentemente che la custodia degli armatori non è *exactissima diligentia in custodiendo*, bensì significa anche nel diritto giustiniano la sopportazione del rischio del furto e del danno. La base dottrinale di questa, nel sistema giustiniano, anormale custodia è una tacitamente - o se si vuole, legalmente - presupposta assunzione del rischio di furto e danno. In queste circostanze si aggiunge la nostra eccezione pianamente agli altri eccezionali casi della anormale custodia giustiniana concepita come assunzione di un certo rischio, cioè ai casi del Dig. 18, 1, 35, 4 resp. I 3, 23, 3a, e Dig. 19, 2, 55, pr resp. C 4, 65, 4. Se abbiamo così trovato la relazione dottrinale del nostro caso di fronte all'ordinamento della *diligentia in custodiendo*, possiamo dedurne la “*duplex interpretatio*”, del fr. 5 § 1: *quaecunque de furto diximus eadem et de damno debent intellegi: non enim dubitari oportet quin is qui salvum fore recipit, non solum a furto, sed etiam a damno recipere videatur*. Gaio stabilisce che la custodia degli armatori, avendo la base nel *salvum fore recipere*, si estende anche al *damnum*; nel diritto giustiniano significa il testo, che gli armatori assumono il rischio e di furto e di danno, e perciò lo debbono sopportare.

fu finito nell'era classica. Non si vede qual ragione avrebbero avuto i compilatori per mitigare la responsabilità *nautarum*, c. et st. ex recepto.

V.

La custodia nella locatione - conductione di cosa.

1. Anzi tutto bisogna citare due testi nei quali si impone al conduttore la custodia. Appartiene qui la costituzione di Diocletiano e Massimiano C 4, 65, 28: *in iudicio tam locati quam conducti dolum et custodiam, non etiam casum, cui resti non potest, venire constat*. Poi il frammento delle Istituzioni 3, 24, 5: *qui pro usu aut vestimentorum aut argenti aut iumentis mercedem aut dedit aut promisit, ab eo custodia talis desideratur, qualem diligentissimus pater familias suis rebus adhibet. quam si praestiterit et aliquo casu rem amiserit, de restituenda ea non tenebitur*.

Da questi testi risulta che nel diritto giustiniano si impone al conduttore delle cose, specialmente mobili, la custodia costruita come *diligentia diligentissimi patris familias in custodiendo*. Siamo legittimati a supporre che anche il diritto classico imponeva al conduttore della cosa la custodia, cioè la sopportazione della perdita all'infuori dei casi esoneranti? Sappiamo, che colla custodia era congiunta la legittimazione attiva della persona obbligata ai vari mezzi processuali, specialmente all'*actio furti*. Ma da questo lato dice Ulpiano (D 47, 2, 14, 12) che il conduttore è legittimato all'*actio furti* “*si modo culpa eius subrepta sit res*”,. Questo è in armonia col regime giustiniano, che “*la culpa*”, possiamo interpretarla come omissione della *diligentia diligentissimi p. f.*, ma è in contraddizione colla tesi della custodia classica, cosicchè per accettare questa tesi bisognerebbe dichiarare la clausola “*si modo culpa eius subrepta sit res*”, interpolata (1). Dov'è la soluzione, ci mostra la esegesi dei testi.

(1) Così Schütz Z.S.S. 32, 64. Dall'altro punto di vista anche Haymann, Z.S.S. 40, 245 in quanto nega la responsabilità per *diligentia* ed esclude qualsiasi *actio furti* del conduttore rei.

2. Molto importante per il tema in esame è la costituzione di Antonino, citata da Ulpiano Dig. 19, 2, 9, 4 . . . si capras latrones citra tuam fraudem abegisse probari potest, iudicio locati casum praestare non cogeris . . . Si tratta della responsabilità del conduttore del gregge per il delitto abigeatus, analogo al delitto di furto, ma da cui si distingue per l'oggetto (D 48, 19, 16, 7). A priori sono pensabili due ipotesi: o questo delitto è stato eseguito colla violenza, e quindi si tratta di un caso esonerante ogni persona obbligata a custodia; o il delitto fu compiuto clandestinamente, e quindi si tratta (per analogia del furto) del caso compreso nella custodia. Nella dottrina è controverso, se il nostro testo sia da interpretare nel primo o nel secondo senso ⁽¹⁾. A mio avviso abbiamo appunto in questa incertezza di interpretazione la chiave della soluzione. Dalla circostanza che nel nostro testo non si dice con desiderabile chiarezza, se si tratta dell'abigeato analogo al furto, o dell'abigeato analogo alla rapina, bisogna sostenere che queste distinzioni erano per la soluzione della responsabilità irrilevanti, chè il conduttore non rispondeva nè in un caso nè in altro caso. Dunque il conduttore del gregge non rispondeva della custodia, e lo stesso possiamo dire del conduttore del giumento (arg. D 48, 19, 16, 7) e generalmente - in base al Dig. 47, 2, 14, 12 - del conduttore di qualsiasi cosa mobile. Nè si dica che il nostro testo contraddice a Dig. 47, 2, 14, 12, dove si impone al conduttore la culpa, mentre nel nostro testo la irresponsabilità del conduttore viene aggiunta all'assenza della frode (citra fraudem), poichè l'imperatore, presupponendo che l'abigeato viene normalmente qualificato colla speciale callidità ed abilità (confr. Coll. 11, 8, 1) si occupa solamente del caso di frode del conduttore e non di quello meno frequente della sua negligenza.

I risultati della nostra esegesi vengono confermati dall'altro testo di Ulpiano Dig. 19, 2, 13, 7, dove si analizza la responsabilità del conduttore che abbandona il fondo locato innanzi alla irruzione dell'esercito: dopo di che i soldati portano via le finestre ed altri accessori della casa; il conduttore

⁽¹⁾ Confr. dall'un lato Schülz *Haftung S.A.* 24, dall'altro Haymann *Z.S.S.* 40, 236 segg.

risponde nei vari casi, per es. si domino non denuntiavit et migravit, si resistere potuit et non resistit. Questa casuistica ha però un fondamento generale, la colpa, e Ulpiano resp. Labeone appunto cercano, quale apparizione concreta ha questa nel nostro caso. Vediamo dunque di nuovo, che la soluzione della responsabilità è affatto indipendente dalla questione, se la concreta situazione sia un caso esonerante o no [il nostro caso non è necessariamente una c. d. vis maior, bisognerebbe precisarlo di più]; bensì dipende dall'imputabilità ⁽¹⁾.

3. Il conduttore non risponde della custodia. Non è dunque legittimato all'actio furti o all'interdictum quod vi aut clam se non quando i delitti rispettivi di un terzo possono essergli imputati a colpa; si presuppone però in questo caso che il conduttore sia solvente (per poter pagare al locatore l'indennizzo del danno, confr. Gai 3, 205, Dig. 47, 2, 12, pr) e che il suo interesse all'actio furti abbia una "honestas causa", (D 47, 2, 11). Se poi Ulpiano (D 47, 2, 14, 2) dice del colono: praeterea habent furti actionem coloni, quamvis domini non sunt, si modo interest eorum, bisogna sostenere, che si tratti o del furto dei frutti, o del furto di qualche accessorio del fondo e nello stesso tempo dell'imputabilità del furto al colono. Che il colono era assolutamente legittimato all'actio furti o all'interdictum quod vi aut clam riguardo ai frutti, si spiega col suo diritto di acquistare i frutti (Confr. D 47, 2, 26, 1 - D 47, 2, 83, 1 - D 7, 1, 12, 5 - D 43, 24, 12 - D 43, 24, 11, 12) [Che poi Ulpiano nel D 47, 2, 52, 8: "si sulphurariae sunt in agro et inde aliquis terram egessisset abstulissetque, dominus furti aget: deinde colonus conducti actione consequetur, ut id ipsum sibi praestetur", accorda l'azione al proprietario e non al colono, si spiega osservando che qui non si tratta dei frutti "percepti", o "separati", nè almeno dei frutti "maturi pendentes", (Dig. 7, 1, 12, 5 riguardo ai quali compete l'actio furti al colono), bensì della "terra", di un pezzo del fondo stesso ⁽²⁾; Non è dunque fondata la supposizione dello Schülz.

⁽¹⁾ Confr. Haymann il quale a ragione deduce dal testo la mancanza della custodia contro lo Schülz. *Z.S.S.* 40, 235.

⁽²⁾ Così anche Beseler III 191. Confr. anche Haymann *Z.S.S.* 40, 243. Diversamente lo Schülz *Z.S.S.* 32, 78.

4. Alla nostra tesi non contraddice la decisione di Paolo-Alfeno D 19, 2, 30, 2, che accorda l'actio locati al locatore qui mulas ad certum pondus oneris locaret, cum maiore onere conductor eas rupisset . . . etiamsi alius eas rupisset cum conductore recte agi. Ma il testo è nella parte finale sospetto d'interpolazione, come sostiene il Haymann ⁽¹⁾. Ad ogni modo non se ne può dedurre la responsabilità del conductor per la custodia (Schulz), ⁽²⁾ chè il testo si limita a stabilire che il conductor risponde del fatto suo e dei suoi uomini, il che è tutt'altra cosa che la responsabilità per la custodia. La nostra tesi viene poi direttamente confermata dalla sentenza di Ulpiano-Labeone (D 19, 2, 11, 4) che il conduttore il quale ha posto contro la convenzione il fieno nella villa locata, risponde dell'incendio cagionato dal suo servo "quia causam praebuit inferendo contra conventionem". Queste parole non sono che illustrazione della colpa, come risulta dal D 21, 1, 31, 12, dove la culpa emptoris viene esplicita espressamente colle parole, "quamcunque *occasionem* morti emptor praestit", . . . Altra prova della responsabilità del conduttore per la culpa, e del modo di formulare casuisticamente la medesima è il testo di Ulpiano Neratio nella Collatio 12, 7, 7. Nessun dubbio che la normale responsabilità del conduttore poteva esser trasformata mediante la convenzione nella responsabilità casuale, sopportazione di un certo rischio, come risulta p. es. dal D 19, 2, 30, 4; da questo regime risulta a contrario, come bene vide il Haymann, che normalmente non si rispondeva della custodia ⁽³⁾⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ Z.S.S. 40, 250.

⁽²⁾ Haftung S.A. pag. 31.

⁽³⁾ Nell'interpretazione dei testi sono quasi d'accordo col Haymann op. cit. Nondimeno affermo che dalle fonti risulta la responsabilità del conduttore della colpa, e poichè da questo lato la cosa è "pericolo", del conduttore, egli sarebbe legittimato all'actio furti. Questo assioma della legittimazione dei debitori quorum periculo res alienae sunt, è espresso nel Dig. 47, 2, 14, 16. Non c'è dubbio che il frammento sia interpolato, ma la interpolazione è piuttosto di valore dottrinale che non legislativo. Impossibile è l'inizio "qualis ergo furti actio detur ei, cui res commodata est", . . . nella quale formulazione devono esser riassunte e l'actio furti e la condictio furtiva. Ma nellà continuazione, malgrado alcune inesattezze, ben rilevate dall'Huvelin (Furtum pag. 350, 801, il quale li esplica in un altro modo che per l'interpolazione) e dal Haymann (cit. 249), c'è salda l'idea della legittimazione all'actio furti dei debitori quorum periculo res alienae sunt. Essa viene applicata anche in D 47, 2, 14, 3-4

5. Ritorniamo alla costituzione di Diocleziano, citata nell'inizio di questo capitolo. Se consideriamo che fra i numerosi e solidi documenti classici, attestanti la responsabilità del conduttore per culpa, c'è un testo solo che impone al conduttore la custodia, non possiamo dubitare dell'esistenza di una interpolazione ⁽¹⁾, la quale insieme coll'interpolato frammento delle Istituzioni 3, 24, 5 "qui pro usu - non tenebitur", ci mostra che i compilatori impongono al conduttore delle cose mobili una exactissima diligentia in custodiendo ⁽²⁾.

6. Ma la citata costituzione merita l'attenzione anche da un altro canto, in quanto cioè impone la custodia al locatore. A priori vengono in considerazione due ipotesi: custodia del locatore prima della consegna (analogon col venditore) e speciale custodia dell'horrearius. La prima ipotesi bisogna assolutamente eliminarla, perchè non c'è nessun documento nelle fonti per quell'analogia, ed il diverso ordinamento della locatio conductio si spiega colla genesi di quella (precarium) e colla probabile tesi che la locatio conductio era nel diritto classico un contratto reale ⁽³⁾. Dunque della custodia del locatore in genere non si può parlare. Al contrario esisteva la custodia d'uono speciale locatore, horrearius o locator horreorum, e la citata costituzione, se si vuol interpretare in questo senso, è fondata ⁽⁴⁾.

e precisata, in quanto si esclude dalla legittimazione colui che ha una cosa aliena "suo periculo", avendo commesso il dolo, o - con parole di un altro giurista - chi non abbia una "honestas causa", (fr. 11 eod.).

⁽⁴⁾ L'affermazione del Schulz cit. ed ora anche del Künkel cit. 276 n. 2, che non si può pensare il diverso ordinamento della responsabilità del conductor operis (custodia) e del conductor rei (nei limiti di imputabilità) non può essere argomento per la tesi della custodia di questo, appunto perchè il diritto classico, all'infuori del fullo, non conosce la custodia di quello.

⁽¹⁾ Così anche Haymann cit. 235.

⁽²⁾ Da questo non segue che la responsabilità del conduttore sarebbe uguale alla resp. del commodatario, o anzi, del nauta. Ben rilevò la Glossa, che mentre questi rispondono della culpa levissima e per conseguenza del furtum, quello risponde solamente della culpa levis, dunque risponde del furtum solo nei limiti della vera ed effettiva colpa. Confr. Glossa al Dig. 13, 7, 13, 1.

⁽³⁾ Confr. Costa La locazione delle cose 1916 pag. Peruzzi Istituzioni II 231 adn. 2.

⁽⁴⁾ Naturalmente non voglio con ciò dire, che sia genuina, appunto perchè è formulata astrattamente e generalmente, e tutti gli sforzi di interpretazione da questo lato (confr. p. es. Bruckner Custodia 217) sono vani ed inutili.

L'horrearius metteva per mercede a disposizione dei mercanti (conductores) un posto del magazzino per il deposito delle merci; poteva essere o il proprietario stesso del magazzino (dominus horreorum) che concludeva questi contratti, o il conduttore del magazzino (conductor totorum horreorum) da cui locavano i mercanti un posto per il deposito delle merci (1). Confr. D 19, 2, 60, 6, D 19, 2, 55, Coll. 10, 9, 1, C 4, 65, 4, D 19, 2, 60, 9. L'horrearius rispondeva ai deponenti della merce per la perdita senza riguardo alla sua colpa, potendo scusarsi solamente per le cause esoneranti, p. es. effractura latronum. Questa responsabilità significava un aggravamento di rimpetto alla responsabilità degli altri locatores rei. Quale era il motivo di questa responsabilità? È possibile che fosse il receptum, originariamente una convenzione formale di salvum fore, più tardi il solo ricevimento delle merci da cui si presupponeva l'obbligazione di "salvum fore", fuorchè questa non fosse espressamente esclusa. (confr. Bruns Fontes 166) (2). In ogni modo si noti, che il contratto dell'horrearius coi deponenti della merce era una locazione di un posto del magazzino nel qual contratto erano compresi anche *elementi della conductio operis* (garanzia della sicurezza del magazzino), cosicchè la mercede era corrisposta non solamente per il godimento della località, ma anche per la vigilanza del locatore-horrearius. Quindi la grave responsabilità dell'horrearius è spiegabile anche col principio gaiano: qui mercedem accipit pro custodia alicuius rei, is huius periculum custodiae praestare debet. (D 19, 2, 40) (3). L'horrearius rispondeva dunque normalmente per la perdita all'infuori dei casi esoneranti (tale tipico caso era qui l'effractura latronum) e questa responsabilità - come si può a priori indurre - è nelle fonti espressamente

(1) Così bene Bruckner Custodia 223. Nella dottrina non si apprezza abbastanza il momento che l'horrearius è un locatore. Per questo non si può approvare il ragionamento del Haymann cit. pag. 209 e segg.

(2) Per questa questione confr. Kniep cit. 533 e la letteratura, ivi citata.

(3) Confr. Bruckner cit. il quale però forse troppo eleva elementi della locatio conductio operis, con i quali è combinato nel nostro caso la loc. conductio rei. Credo che la combinazione si può esprimere colle parole del Dig. 16, 3, 1, 12: plenior erat l. conductio rei habens et legen dell'altro contratto di opera.

designata custodia (confr. D 19, 2, 60, 9). Il contenuto della responsabilità dell'horrearius è chiaramente attestato nella Collatio 10, 9, 1 Paulus libro responsorum V sub titulo ex locato et conducto: Imperator Antoninus Iulio Agrippino. Dominus horreorum periculum vis maioris vel effracturae latronum praestare non cogitur. his cessatibus si quid ex depositis rebus in laesis extrinsecus horreis perit, damnum depositorum sarciri debet... Paulus respondit satis praepositam constitutionem declarare his qui horrea locant vim maiorem imputari non posse.

Si capisce che la responsabilità dell'horrearius per la custodia poteva esser ancor aggravata mediante convenzione, colla quale l'horrearius assumeva anche il rischio dei casi esoneranti, specialmente dell'effractura latronum. Questo è detto espressamente nelle fonti, però per la formulazione in modo assai problematico. Nella costituzione di Alessandro C 4, 65, 4 si dice: sed qui domini horreorum (scil. effractorum) nominatim etiam custodiam repromiserunt, fidem exhibere debent. E nel testo di Paolo D. 19, 2, 55, pr. si dice: dominus horreorum effractis vel compilatio horreis non tenetur, nisi custodiam eorum recepit. Ciò è molto curioso, perchè sembra attestare che dall'assunzione di *custodia* dipenda - almeno qui - la responsabilità per *vis maior*. Ma è certo che così non si possono interpretare i frammenti in esame. Nel testo del Dig. 19, 2, 55, pr. che cosa è la *custodiam* "eorum",? A mio avviso c'è *custodia effracturae* vel *compilationis*, *custodia* riguardo ai casi nel testo menzionati, rischio per questi casi. Appunto come parlano i compilatori della culpa "huius quoque rei", (scil. *ommissae stipulationis*) nel Dig. 39, 2, 18, 8, come essi parlano di vari casi di *custodia* (confr. Seckel *Custodia*), così parlano qui di *custodia* "eorum",, scil. *effracturae* vel *compilationis*, o almeno siamo affatto legittimati ad interpretare la nostra *custodia* nel senso menzionato. Similmente nella costituzione di Alessandro "nominatim *custodiam repromiserunt*", significa: hanno assunta la responsabilità per il caso di cui si tratta, cioè per l'effractura latronum. Il pensiero dei bizantini dunque è il seguente: la *custodia*, abbracciante normalmente il furto semplice, può esser "nominatim", estesa ai casi esoneranti. L'estensione della *responsabilità* ai casi esoneranti non è, si capisce, nuova, bizantina, però veramente bizantina è la formulazione

che tale estensione si effettua, quando fosse assunta la custodia riguardo a questo o quel caso. Dunque i testi citati sono interpolati ⁽¹⁾. Crederei che il testo genuino della citata costituzione era presso a poco il seguente: sed qui domini horreorum nominatim etiam "effracturam praestare", repromiserunt, e similmente sarebbe da ricostruire il testo di Paolo.

La custodia dell'horrearius è da concepire anche nel diritto giustiniano come la sopportazione del rischio, come la custodia dei nauta, caupo, stabularius.

⁽¹⁾ Lo prova anche il Haymann, prendendo però le mosse da un'altra tesi, che cioè l'horrearius rispondeva già da sé e senza il receptum per la custodia, in base della speciale convenzione di garanzia, poi, anche per la vis maior.

VI.

La responsabilità del creditore pigneratizio.

1. Abbiamo vari testi, nei quali si impone la custodia al creditore pigneratizio.

Ulpiano D 13, 7, 13, 1 venit autem in hac actione et dolus et culpa, ut in commodato: venit et custodia: vis maior non venit.

Imp. Diocletianus et Maximianus C 8, 13, 19 sicut vim maiorem pignorum creditor praestare necesse non habet, ita dolum et culpam, sed et custodiam exhibere cogitur.

La costituzione di Alessandro C 4, 24, 6, che esime il creditore dalla responsabilità per quello "quae fortuitis casibus accidunt, cum praevideri non potuerant, in quibus etiam aggressura latronum est".

Finalmente il frammento delle Istituzioni 3, 14, 4, ove si definisce la responsabilità del creditore pign.: "placuit sufficere, quod ad eam rem custodiendam exactam diligentiam adhiberet: quam si praestitit et aliquo fortuito casu rem amiserit, securum esse nec impediri creditum petere".

Nessun dubbio dunque che nel diritto giustiniano viene imposta al creditore pigneratizio la custodia, costruita - come di solito - come exactia diligentia in custodiendo ⁽¹⁾. Ora si domanda se a questo regime risponda anche nel diritto classico la custodia, si capisce, nel suo concetto classico ⁽²⁾.

⁽¹⁾ Si tratta della diligentia in cust. della stessa intensità, che nel caso di conductio rei o venditio rei; questo ha indovinato la glossa appoggiandosi sul Dig. 13, 6, 18, pr. in fine. Confr. Glossa al D 13, 7, 13, 1.

⁽²⁾ Rispondono affermativamente Seckel (Custodia), Schülz Z.S.S. 32 pag. 43 segg.; in senso negativo contro il Schülz ora Haymann cit. 213. Confr. poi anche Huvelin Furtum pag. 620, 715, 800, Kniep cit. 473 [In senso favorevole alla tesi del Schülz ora anche Künkel cit. 262].

2. A prima vista, la custodia classica si potrebbe dedurre dalle Istituzioni di Gaio 3, 204, dove si stabilisce la legittimazione del creditore pigneratizio all'actio furti. Ma a ragione sostiene il Haymann che questa legittimazione ha sua base nel diretto interesse del creditore pigneratizio sul pegno e che è conseguentemente da Gaio stesso trattata separatamente dai casi dei fullo e sarcinator, nei quali si ha veramente la custodia. Bisogna poi notare che era nel diritto classico assai discussa la questione in qual modo dovesse calcolarsi, in caso di sottrazione del pegno, l'interesse del creditore pigneratizio: se dovesse prendersi a base l'ammontare del credito, o il prezzo del pegno (1); e da queste discussioni risulta che la ragione della legittimazione del creditore pign. all'actio furti era in prima linea il suo interesse sul pegno, non la custodia.

3. Ancor più espressamente viene eliminata la tesi della custodia del creditore pign. da numerose costituzioni, nelle quali si impone al creditore pign. la responsabilità per la perdita, accaduta "suo vitio", - scil. culpa -: Alexander C 4, 24, 5, "sua culpa vel segnitia",; Pilippus C 4, 24, 8, per deteriorazione accaduta "dolo vel culpa",; Alexander C 4, 24, 7, nelle quali si esonera dalla responsabilità per la perdita accaduta nel pubblico magazzino "si tamen in horreis, quibus et alii solebant publice uti, res depositae sunt", - una casuistica definizione di culpa -: Diocletianus et Maximianus C 4, 24, 9. Nello stesso tempo si impone, come classica, la tesi della responsabilità del creditore pigneratizio per la colpa (2).

I documenti citati vengono poi completati dai testi di Paolo D 39, 2, 34 ed Alfeno Varo D 13, 7, 30. Nel primo testo si dichiara il creditore, il quale nell'esecuzione del suo diritto abbia impedito all'inquilino di emigrare i suoi effetti, responsabile per la perdita di questi avvenuta per la ruina del vicino

(1) Questo sosteneva - come sembra isolatamente - Paolo. In questo senso devono esser interpretati i frammenti 15 p. D 47, 2 e fr. 88 Deod., e non in quello sostenuto dal Künkel cit. pag. 282 n. 1 b). Confr. D 47, 2, 46, 4, D 47, 2, 14, 5.

(2) In questo punto divergo dal Haymann. [Confr. ora anche Künkel cit. 282 n. 1 a)].

edificio "si poterat eas res in locum tutiorem transferre", (casuistica illustrazione di culpa). Nel secondo caso si impone al creditore che ha ritenuto col consenso del debitore la nave di questo, la prestazione della culpa, e non della vis maior; che non si escluda anche la custodia si rileva semplicemente dalla concreta formulazione della questione.

4. La responsabilità del creditore pign. per la colpa risulta poi indirettamente dal differente trattamento del creditor missus in possessionem, del quale si dice espressamente che risponde - a differenza del creditore pign. - solamente per il dolo. Se anche la formulazione dei rispettivi frammenti Dig. 39, 2, 15, 30 e Dig. 42, 5, 9, 5 può esser in parte bizantina, come ritiene il Haymann, nessun dubbio che la sola prestazione del dolus malus da parte del creditor missus in possessionem non ha niente a che fare colla responsabilità del creditore pigneratizio, perchè la responsabilità di quello non è che un riflesso di varie azioni pretorie in factum, e specialmente per quel che riguarda la deteriorazione o perdita, bisogna veramente dire, quanto alla sua "responsabilità", che il suo doloso deterioramento lo fa responsabile in quanto si riguarda come un delitto pretorio (confr. D 42, 5, 9, 8) (1).

Lo stesso bisogna sostenere della relazione fra l'actio pigneratizia, e l'actio fiduciae. Questo istituto della fiducia, di così diversa struttura, poteva, sì, imporre al creditore la sola prestazione della fraus et dolus (2), il che si esplica qui anche per la infamia, conseguenza della condanna del creditore. Non c'è però ragione di estendere questo regime di responsabilità al creditore pigneratizio.

5. Credo dunque che soltanto il diritto giustiniano imponesse la custodia al creditore pigneratizio, si capisce, la custodia come exacta diligentia in custodiendo; che però il diritto classico obbligava il creditore pign. solo per il dolus e la culpa.

(1) Confr. de Francisci Studi s. azioni penali, pag. 78, Vázny Actiones poenales pag. 58 - Confr. Haymann cit. 222 segg.

(2) Conf. Mitteis R. Privatrecht 325, Rotondi La misura della responsabilità nell' "actio fiduciae" Scritti giur. II 154 adn. 2.

Non è escluso che come motivo di questo ordinamento appariva alla giurisprudenza l'interesse di tutti i due contraenti sul pegno (1). Confr. Gaius D 13, 6, 18, pr. si utriusque (gratia commodata sit res) videndum, ne et culpa praestanda est... sicut in rebus pignori datis. Confr. Institutiones 3, 14, 4. Da questo risulta che la legittimazione del creditore pign. all'actio furti, la quale era, come abbiamo visto, direttamente fondata sull'interesse nel pegno, era, o poteva essere, fondata anche indirettamente per la responsabilità del creditore pignoratizio per la colpa. Le fonti distinguono l'uno e l'altro interesse ed avvertono che quando sia estinto l'uno (per es. il creditore ha ottenuto per l'actio furti dopo il furto di uno degli obbietti impegnati la somma del credito) non compete l'actio furti al creditore se non in conseguenza della sua responsabilità per la colpa. (Confr. D 47, 2, 14, 6) (2).

Diversamente era nel caso della fiducia. Appunto perchè il creditore rispondeva solamente per il dolus, ed era quindi

(1) Confr. Kübler Utilitätsprinzip S. A. 38.

(2) Contro il ragionamento, certamente geniale, del Haymann (cit. 228 segg.) parla, a mio modesto avviso, questo: l'actio furti del creditore pign. in base della sua responsabilità per la colpa viene attestata da Pomponio (D 47, 2, 14, 6 in fine). Pomponio prendeva le mosse dall'idea della legittimazione all'actio furti di coloro a cui "periculum" è la cosa aliena. Ciò risulta dai §§ 8 e 9 dello stesso frammento dove Pomponio parla della normale - all'infuori del dolo - legittimazione del commodatario e di colui qui rem mandatu alicuius accepit perferendam. Risolvere questi due casi ugualmente non poteva se non chi prendeva le mosse dall'idea accennata. Se è così provato che Pomponio risolveva la legittimazione all'actio furti dal punto di vista del "periculum" come non credere che Pomponio, sulla base della medesima idea ammettesse anche il creditore pignoratizio sussidiariamente (cioè nella mancanza dell'interesse diretto) all'actio furti, tanto più se è questo ragionamento di Pomponio espressamente attestato nel fr. 14 § 6? Confr. Lenel Pal. Pomponius 568. Che poi dell'actio furti del creditore pignoratizio sulla base della sua responsabilità per la colpa si parla relativamente poco, nessuna meraviglia, se si considera che i giuristi si occupano naturalmente in prima linea dell'actio furti basata sul diretto interesse del creditore pignoratizio, e solamente in mancanza di questo interesse è luogo a pensare all'actio furti in base della responsabilità per la colpa. Finalmente non è vero che i compilatori avrebbero fatto uguale la responsabilità del creditore pignoratizio e quella del commodatario. Sì, questo è vero, però solo riguardo al commodato utriusque gratia. D 13, 6, 18, pr. Altrimenti c'è differenza fra il commodatum e pignus, la quale bene rileva la Glossa precisandola nella guisa che il commodatario risponde della culpa levissima, il creditore pignoratizio solamente della culpa levis.

esclusa la sua legittimazione in base alla responsabilità per la colpa, poteva questo creditore esperire l'actio furti solamente dal punto di vista del suo interesse sulla fiducia (confr. Gai 3, 203... nec domino aliter competit, quam si eino intersit rem non perire). Appartiene qui un testo di Ulpiano D 13, 7, 22, pr. si pignore subrepto (Ulp. fiducia subrepta) furti egerit creditor, totum quidquid percepit, debito eum imputare Papinianus confitetur, et est verum etiamsi culpa creditoris furtum factum sit. Sono d'accordo col Haymann, che la frase concessiva "etiamsi culpa creditoris furtum factum sit", sia interpolata. Questa frase è assolutamente impossibile in connessione con la fiducia, appunto perchè il creditore non rispondeva che del dolo; la sua "culpa", era, per la questione della sua responsabilità verso il debitore, irrilevante; non gli poteva competere l'actio furti in base della responsabilità verso il debitore, bensì solo l'actio furti in base al suo diretto interesse di garanzia. La clausola "etiamsi...", ha importanza solamente dal punto di vista dell'actio furti, la cui base è nella responsabilità per la colpa, e significa ora: anche se si tratta di tale actio furti, bisogna imputare ciò che si dice ottenuto nel credito. Ma perchè tale actio furti non è pensabile di fronte al creditore fiduciario, non ha quella clausola nessun senso. Altrimenti nel pignus, al regime del quale hanno trasportato i compilatori il nostro testo (1); qui ha la clausola "etiamsi", il suo senso. I compilatori stabiliscono mediante questa clausola, che l'imputazione ha luogo non solamente riguardo all'actio furti sulla base del diretto interesse di garanzia, ma anche riguardo all'a. furti in base alla responsabilità del creditore pign. per la colpa.

(1) Confr. Lenel Z.S.S. 3. pag. 108.

VII.

La custodia del venditore.

1. La base testuale per questa ricerca è il testo di Ulpiano D 47, 2, 14, pr: eum qui emit, si non tradita est ei res, furti actionem non habere, sed adhuc venditoris esse hanc actionem Celsus scripsit. mandare eum plane oportebit emptori furti actionem et conditionem et vindicationem, et si quid ex his actionibus fuerit consecutus, id praestare eum emptori oportebit: quae sententia vera est et ita et Julianus. et sane periculum rei ad emptorem pertinet, dummodo custodiam venditor aute traditionem praestet.

Ulpiano approva la concordante sentenza di Celso e di Giuliano che nel caso di furto della cosa venduta ante traditionem sia legittimato il venditore all'actio furti e aggiunge che questo non contraddice al "periculum emptoris", il quale contenga altri casi che quelli di custodia. Il venditore è legittimato all'actio furti dovendo prestare la custodia. Questo ragionamento, corrispondente pienamente a ciò che ci dice Gaio del fullo e comodatario, viene però offuscato dal contenuto della frase di mezzo, dove si stabilisce il dovere del venditore di trasmettere le azioni penali e reipersecutorie nascenti dal furto (o il guadagno del processo) al compratore, cosicchè la legittimazione del venditore non è che formale. Abbiamo davanti a noi questa costruzione: il venditore, rispondendo della custodia, è, sì, legittimato all'actio furti ed altre azioni, ma deve cederle al compratore, e fatto questo, non risponde più. Questa concezione della custodia è in contraddizione così evidente col concetto Gaiano di custodia, che bisogna dichiararla bizantina ed eliminare tutto il contesto "mandare - oportebit", dal testo originario di Ulpiano. Ma anche per diritto giustiniano non possiamo accettare senza riserva tale concezione di custodia. La custodia giustiniana è anzi tutto la diligenza ad rem custodiendam. Il dovere di cedere le azioni non può dunque essere

che accessorio di quella diligenza. Quando viene applicato questo accessorio della custodia? Il nostro testo non ne parla. Però dagli altri testi, tutti interpolati, specialmente D 18, 4, 21 in fine, D 18, 1, 35, 4 e Ist. 3, 23, 3a risulta che il dovere di cedere le azioni si effettua appunto nel caso in cui la perdita è avvenuta sine culpa (scil. levi) del venditore. Basta citare il primo testo: si vi deiectus vel propter furti actionem duplum abtulero, nihil hoc ad emptorem pertinebit, *nam si sine culpa* desiit detinere venditor, actiones suas praestare debebit, non rem et sic aestimationem quoque.

2. Dunque ciò che si chiama custodia venditoris, ci si mostra nel diritto giustiniano sotto duplice aspetto: 1) come l'obbligazione di exactissima diligentia in custodiendo 2) come l'obbligazione di cedere le azioni e di eventuale prestazione del danno se il venditore, non essendo proprietario, non può cederle. D 18, 1, 35, 4 in fine) (1). La seconda ipotesi viene in considerazione, quando cessa la prima, cioè quando al venditore non può esser imputata l'omissione della diligentia boni patris familias, come si dice generalmente in Dig. 18, 1, 35, 4. Ciò avviene per esempio, se sia stata la cosa rubata nella situazione di c. d. vis maior, se sia sottratta per violenza (vi adempta D 19, 1, 31, pr), se siasi avverato il damnum iniuria (terti) datum (confr. D 19, 2, 41) o vi aut clam factum (D 43, 24, 11, 9 resp. 11). Secondo la glossa sarebbe la sfera di questi casi ancor più larga, poichè, dice la Glossa, al venditore è imposta similmente come al conduttore, al creditore pigneratizio, al comodatario nel caso utriusque gratia, la culpa lata, la culpa levis, non però quella levissima, la quale si costruisce - forse per presunzione - come motivazione della assoluta responsabilità del comodatario (esclusivamente interessato), del fullo e del nauta, caupo, stabularius per il furtum. Questa visione della glossa mi sembra felice e produttiva per la conoscenza delle interpolazioni e conseguentemente del diritto classico.

(1) Nell'impossibilità di cedere, così ragiona la Glossa, è da vedere la colpa del venditore e conseguentemente la ragione della sua obbligazione di prestare rei aestimationem. Dunque l'obbligazione di cedere è veramente una "pars custodiae" Confr. Glossa al D 18, 4, 21 f. ad actiones.

Dunque se dall' un lato risponde il *comodatario* o il *nauta*, *caupo*, *stabularius* anche nel diritto giustiniano assolutamente della perdita, però sotto la veste dottrinale della *culpa levis*issima, dall'altro canto dobbiamo pertanto sostenere che il venditore risponda in questo diritto del furto solamente nei limiti della *effettiva colpa* (*levis*), altrimenti non deve che cedere le azioni.

Fin qui ci siamo occupati della costruzione giustiniana della custodia normale. (Le prove particolari seguiranno). Questo normale contenuto della custodia può esser aumentato in base a convenzione delle parti. Il venditore può assumere convenzionalmente responsabilità *casuale* per un *certo evento*, per esempio per il furto o la fuga servi. Confr. I 3, 23, 3a, e D 18, 1, 35, 4, i quali saranno interpretati più tardi. Di fronte a questa convenzionale "custodia", - le fonti giustiniane si servono anche qui del termine "custodia", - la quale potremo forse chiamare "plenissima", sta appunto la normale "plena", custodia come prestazione di *culpa levis*. Dall'altro canto conosce il diritto giustiniano sporadicamente una custodia *minus plena* di un tal venditore, la responsabilità per *dolus* (e *culpa lata*). Confr. D 19, 1, 2, 1.

3. Ritorniamo al diritto romano classico. A mio avviso Ulpiano (D 47, 2, 14, pr) accordava nel caso di furto della cosa venduta ante traditionem l'actio furti al venditore, e ciò fondava sulla custodia del medesimo (1). I compilatori impo-

(1) Così anche Schülz *Lusignanis Custodia Forschungen* S.A. 44 segg. Seckel *Custodia*. Non sono però d'accordo collo Schülz in quanto egli dalla frase "mandare... oportebit" non ritiene interpolate che le parole "furti actionem". Il contenuto della custodia non può essere che il prestare al creditore ciò che gli appartiene, *sum*, pieno indennizzo, e non l'obbligazione di cedere le azioni reipersecutorie. Di questa obbligazione non può parlarsi che nel caso opposto, quando - eccezionalmente - non si risponde della custodia, come risulta p. es. dalle I 3, 23, 3a. A ragione ritiene il Haymann cit. 304 interpolato tutto il contesto "mandare... oportebit"; però le altre sue obiezioni non sono fondate. Non c'è - a mio avviso - neanche ragione di cancellare o modificare la fine del nostro frammento "et sane periculum rei ad emptorem pertinet, dummodo custodiam venditor ante traditionem praestet" (Beseler III, 189, Schülz *Lusignani* 66), pure "periculum" non sia abbastanza precisato. [Contro il Haymann ed in senso favorevole (se pure con qualche riserva) alla custodia venditoris ora anche Künkel cit. p. 278 segg.]

nendo anche essi la custodia al venditore stabilirono che questi non è, quando è senza colpa, responsabile se non della cessione delle azioni ed interpolarono quindi il testo di Ulpiano mediante la frase "mandare - oportebit". Questa interpolazione è palese. Se noi sosteniamo che il venditore rispondeva della custodia, dobbiamo concluderne che nella sfera della sua responsabilità contrattuale entrava l'obbligazione di risarcimento del danno derivante dal furto, fuga e simili casi, cosicché il compratore poteva malgrado questi casi "suum consequi"; la cessione delle azioni non è certo un mezzo adatto per il "suum consequi". Ma anche chi non sostiene che il venditore non rispondeva della custodia, deve eliminare la idea della cessione delle azioni nel nostro testo, come risulta bene dallo scritto del Haymann. Questo punto dunque è fermo. Meno certa è - fin qui - la tesi della custodia del venditore. Essa risulta, è vero, assai più probabile dalla struttura e dall'interpretazione - per così dire - genetica del nostro testo che non la opposta tesi del Haymann. Però bisogna mostrarla più a fondo, dissipare i dubbi o contraddizioni, mostrar le sue tracce nei numerosi, ma interpolati testi. Il che è un lavoro non solamente difficile, ma anche interessantissimo, data la genialità e profondità dell'opera del Haymann, sostenitore della tesi opposta (1).

4. Ulpiano dunque scriveva: *Eum qui emit, si non tradita est ei res, furti actionem non habere, sed adhuc venditoris esse hanc actionem Celsus scripsit. quae sententia vera est et ita et Julianus. et sane periculum rei ad emptorem pertinet, dummodo custodiam venditor ante traditionem praestet.* A questo pensiero viene aggiunta la continuazione: *adeo autem emptor ante traditionem furti non habet actionem, ut sit quaesitum, an ipse subripiendo rem emptor furti teneatur.* Questo pensiero deriva logicamente da quello che precede (2). Il compratore non è legittimato attivamente all'actio furti. Egli persino può esser legittimato passivamente. "Et Julianus l. v. t. d, scribit: si emptor rem, cuius custodiam venditorem praestare oportebat, soluto pretio subriperit, furti actione non tenetur, plane si

(1) Cit. pag. 254-350.

(2) Lo nega il Haymann cit. 305, ma, credo, senza motivo sufficiente.

antequam pecuniam solveret, rem subtraxerit furti actione tene-ri, perinde ac si pignus subtraxisset,,. La ragione della legittimazione attiva del venditore all'actio furti è: la responsabilità per la custodia, ed eventualmente anche l'interesse di garanzia. Nel caso di sottrazione della cosa venduta da parte del compratore non può il venditore esser attivamente legittimato all'actio furti in base della custodia, sebbene altrimenti risponda per la custodia, ma può esser legittimato solamente come un creditore pignoratizio.

5. La tesi della custodia del venditore è dunque molto probabile e risulterà pienamente dall'esegesi di altri testi. Ma bisogna anzitutto dissipare i gravi dubbi risultanti contro la nostra tesi da due testi: D 18, 1, 35, 4 e I 3, 23, 3a, i quali aggiungono la responsabilità per la custodia ad assunzione convenzionale di questa responsabilità.

I 3, 23, 3a.

Quod si fugerit homo qui veniit aut subreptus fuerit, ita ut neque dolus neque culpa venditoris interveniat, animadvertendum erit, an custodiam eius usque ad traditionem venditor susceperit. sane enim, si susceperit, ad ipsius periculum is casus pertinet: si non susceperit securus erit. idem et in ceteris animalibus ceterisque rebus intellegimus. utique tamen vindicationem rei et conditionem exhibere debet emptori, quia sane, qui rem nondum emptori tradidit, adhuc ipse dominus est. idem est etiam de furti et de damni iniuria actione.

D 18, 1, 35, 4 (Gaius X ed. prov.).

Si res vendita per furtum perierit, prius animadvertendum erit, quid inter eos de custodia rei convenerat: si nihil appareat convenisse, talis custodia desideranda est a venditore, qualem bonus pater familias suis rebus adhibet: quam si praestiterit et tamen rem perdidit, securus esse debet, ut tamen scilicet vindicationem rei et conditionem exhibeat emptori...

La divergenza fra questi due testi dall'un lato, e fra il testo di Ulpiano D. 47, 2, 14, pr. dall'altro, non può esser appianata con nessun modo di interpretazione. È certo che la divergenza sia sorta per effetto di interpolazione, ma la portata

di questa è incerta e la scienza non è ancora riuscita a trovare una soluzione del tutto soddisfacente (1).

Cominciamo dal testo delle Istituzioni, rispetto al quale riusciamo a sapere con sicurezza di che si trattasse. Si trattava di due fatti che dovevano esser apprezzati e risolti egualmente, cioè di furto e di fuga dello schiavo venduto. Abbiamo già conosciuto che il furto e la fuga sono emanazioni della responsabilità per custodia riguardo agli schiavi, ma che questa custodia non era generalmente compresa nella responsabilità di tal contraente, bensì seguiva da convenzione o dalle circostanze che la facevano necessaria nel caso concreto. Infatti l'autore del frammento, Gaio, (Ferrini) scrive che il venditore risponde dei fatti menzionati se abbia assunta convenzionalmente (2) la responsabilità per la custodia; altrimenti il venditore è sicuro e non è obbligato che a cedere le azioni generali e reipersecutorie al compratore. Così interpretato, il testo non contraddice, bensì, al contrario, conferma la tesi della custodia del venditore. Gaio aggiunge la custodia del venditore alla convenzione precisamente, quando si tratta delle vendite di schiavi: nelle altre vendite - ciò dobbiamo supporre - la custodia era generalmente compresa nel cerchio di responsabilità del venditore. Questo dobbiamo sostenere malgrado ciò che dice la frase seguente: idem et in ceteris animalibus ceterisque rebus intellegimus, la quale è certamente interpolata. Questa interpolazione è veramente sintomatica ed importante per la struttura dommatica della custodia bizantina. Noi possiamo provarla mo-

(1) Secondo il Lusignani i compilatori intesero stabilire che il pactum custodiae abbia per conseguenza la responsabilità per casus minor, specialmente furtum. Schütz nella cit. critica dello scritto di Lusignani sostiene che il pactum spettava solamente la fuga servi, la quale normalmente non era compresa nella custodia; Gaio diceva secondo l'A. che nel caso quando non fosse l'altro convenuto, risponda il venditore della custodia (dunque del furtum), non per il caso maior. Confr. anche Beseler III 185, 189. Finalmente il Haymann, il quale nega la custodia del venditore, reputa, non di meno, tutti i due testi interpolati sostenendo specialmente che ai compilatori appartenga la cessione delle azioni come una conseguenza dell'altra loro idea del periculum emptoris, e che ugualmente ai compilatori bisogna imputare l'uguale apprezzamento di furtum e di fuga servi. Z.S.S. 40, pag. 314 segg. Diversamente ed - a mio modesto avviso - bene Levy Konkurenz I pag. 410.

(2) Confr. l'adnotazione 7).

strandò che era per i bizantini logicamente *necessario* aggiungere quella estensione. Per il giureconsulto classico il problema era questo: è responsabile il venditore per il furto o la fuga dello schiavo venduto, eventi avvenuti senza sua colpa? In altri termini: rispondeva il venditore dello schiavo per la custodia? Per i giureconsulti bizantini, per i quali la custodia è compresa nel concetto generale di colpa, si trattava - e così si devono ora interpretare le parole classiche - della questione seguente: è responsabile il venditore per il furto o la fuga dello schiavo venduto, eventi accaduti malgrado egli abbia adoperata l'exactissima diligentia in custodiendo? In altri termini: risponde il venditore dello schiavo per una anormale custodia, per il caso? La risposta era uguale, e per Gaio, e per i bizantini. Gaio dice che il venditore risponde dei casi menzionati se abbia assunta convenzionalmente la custodia riguardo allo schiavo venduto. I compilatori, avendo conservata la stessa frase per la soluzione del loro problema, la dovevano interpretare in un altro modo: il venditore risponde dei casi menzionati quando abbia assunta la speciale custodia riguardo a quelli (custodia eius nel diritto bizantino può esser interpretata custodia furti aut fugae). Ma allora videro i compilatori che non c'era ragione di formulare il problema e la soluzione così strettamente ed hanno dunque generalizzata la risposta Gaiana stabilendo che veramente nella vendita di qualsiasi cosa può il venditore (rispondente normalmente per la custodia - exactissima diligentia), assumere in base della convenzione una responsabilità *casuale* per un certo evento. E così è sorta l'interpolazione "idem et in ceteris animalibus ceterisque rebus intellegimus,, - Dopo di ciò, proseguono i compilatori nella riproduzione del testo gaiano trattante della cessione delle azioni reipersecutorie e penali al compratore. L'idea della cessione non appartiene qui - come lo è diversamente p. es. in Dig. 47, 2, 14, pr. - ai compilatori; la cessione è fondata qui *per la mancanza di custodia resp. di culpa* venditoris nel caso concreto. Dal punto di vista del diritto giustiniano bisogna riguardare qui la stessa cessione come *pars custodiae*, come quel noto contenuto accessorio della custodia, che viene ad esser applicato nel caso di perdita di (qualsiasi) cosa venduta senza la culpa levis del venditore. Arg. D 47, 2, 14, pr, D 39, 2, 18, 9 ed altri testi.

In base a questi risultati esegetici possiamo intendere il frammento citato del Digesto, assai più oscuro che il testo delle Istituzioni. Proviene pure da Gaio, però dall'originale non abbiamo che poche parole. Normalmente può esser desiderata dal venditore a tenore del nostro testo "talīs custodia, qualem bonus pater familias suis rebus adhibet,,. Per la vendita avvenuta malgrado questa diligenza, non risponde il venditore, ed è obbligato solamente a cedere le azioni (risponde dell'impossibilità della cessione per mancanza della sua proprietà, il che è una emanazione secondaria della custodia venditoris bizantina). Però il venditore può assumere convenzionalmente una responsabilità *casuale* per la perdita (una "custodia", scil. plenissima, confr. D 18, 6, 2, 1). Tutto questo corrisponde pienamente col frammento delle Istituzioni interpretato dal punto di vista del diritto giustiniano. Quale è il senso classico del nostro frammento? Dalla sua connessione col testo delle Istituzioni risulta che si trattava del caso simile, di furto o fuga dello schiavo venduto; Gaio diceva che il venditore non risponde di questi fatti se non in base della convenzione. I compilatori i quali riprodussero nel testo delle Istituzioni la questione classica e la sua risposta ed aggiunsero poi "idem et in ceteris... intellegimus,, hanno proceduto nel nostro frammento più radicalmente generalizzando sin dall'inizio il problema.

6. Vediamo dunque che i due frammenti, testè studiati, non si oppongono alla tesi della custodia venditoris, risultante dal noto testo di Ulpiano. Questa è poi confermata dai seguenti testi.

Nel Dig 18, 4, 21 in fine, Paolo stabilisce che il venditore "debet rem, non actiones,,", che al venditore appartengono le azioni penali e il prodotto processuale di quelle. A questo pensiero che è in connessione colla custodia venditoris, aggiungono i compilatori in forma bruttissima "nam si sine culpa desiit detinere venditor, actiones suas praestare debet, non rem, et sic aestimationem quoque,, stabilendo che il venditore è responsabile solo nei veri limiti della effettiva culpa ("levis,, distingue la Glossa) e che la perdita, avvenuta senza sua culpa non lo obbliga se non a cedere le azioni (1).

(1) Alla prima parte del frammento veggansi le buone osservazioni del

Nel Dig. 19, 1, 31 viene stabilito (dal punto di vista del diritto giustiniano) che il venditore non risponde di "ademptio vi", perchè la violenza non può esser eliminata con nessuna custodia (cioè diligenza) "quia custodia adversus vim parum proficit. La interpretazione classica è dubbia. Anzi tutto non sappiamo se il problema fu posto da Nerazio così generalmente "si res... mihi adempta fuerit", o se si trattava della questione particolare della ademptione violenta dello schiavo (1) come risulterebbe dalla frase "quamvis eam (eum) custodire debuerim", cioè sebbene in questo caso concreto rispondesse il venditore della custodia). In ogni caso si trattava della questione, se il caso "ademptio vi", è compreso nella responsabilità per la custodia. La risoluzione di Nerazio non la sappiamo. Poteva esser negativa (arg. il trattamento della rapina). In ogni modo la motivazione "quia custodia adversus vim parum proficit", è interpolata (2) presupponendo necessariamente il concetto della custodia-diligenza (3).

Nel frammento Dig. 18, 6, 12 si tratta dell'incendio della

Haymann cit. 322. Che la fine del frammento sia interpolata, si approva ora generalmente. La geniale ricostruzione del Schülz Z.S.S. 32, 73 non si può ammettere, perchè la cessione delle azioni è un fenomeno estraneo alla custodia. Chi risponde della custodia, risponde riguardo alla cosa (così molto bene il Beseler, III pag. 185 in base alle osservazioni dello stesso Schülz) e non è obbligato alla cessione delle azioni reipersecutorie, anzi piuttosto - se non li ha, per es. se c'è il comodatario o fullo - può domandare la cessione dal suo contraente. Confr. D 19, 2, 25, 8. Confr. anche Haymann cit., le conclusioni del quale però non si possono, a mio avviso, accettare.

(1) Così Lusignani. Confr. Haymann cit. 331.

(2) Così Haymann cit.

(3) Nel testo si parla dell'obbligazione del venditore di cedere le azioni "rei persecundae". Queste sono non solamente rei vindicatio e conductio, bensì anche le azioni penali, furti, vi bonorum raptorum e sim., dei quali i compilatori dicono che "rei habent persecutionem" per motivare la loro transmissibilità attiva. Confr. Perozzi Istituzioni II 64 ad n. 2, e le mie Actiones poenales 66 e segg. Il venditore non risponde dell'eseguibilità economica delle azioni (pericolo tuo praestare debebo - confr. Haymann cit. 332), però è obbligato se non può cederle per mancanza della sua proprietà. Confr. D 18, 1, 35, 4. Tutto questo è regime giustiniano. Nel diritto classico, posto che l'ademptio vi fosse riguardato caso esonerante, era ugualmente obbligazione del venditore di cedere i mezzi processuali, da quell'evento nascenti, al compratore. Bisogna però escludere che Nerazio si fosse servito della formulazione "rei persecundae" per abbracciarvi e azioni reipersecutorie e azioni penali.

casa venduta; dopo una complicata analisi si viene al risultato che il venditore non risponde "si eam diligentiam adhibuisset in insula custodiendo quam debent homines frugi et diligentes praestare". Per risolvere la responsabilità del venditore per l'incendio della casa venduta si adopera lo stesso criterio come per risolvere la sua responsabilità p. es. per furtum: l'applicazione, o no, della diligentia in custodiendo "quam debent homines frugi et diligentes praestare". Al contrario per il diritto classico la responsabilità per l'incendio era direttamente estranea alla responsabilità per la custodia, e non poteva a priori esser fondata e motivata che sul dolo e culpa del venditore. Dobbiamo supporre che press'a poco così si esprimeva Alfeño (1).

Un simile caso abbiamo nel testo di Labeone - Paolo D 19, 1, 54, che tratta della vulnerazione mortale dello schiavo venduto. Nel diritto classico rispondeva il venditore di questo caso (come della morte) (2) quando quello poteva essergli imputato e nel nostro testo troviamo appunto interessanti appunti per la ricerca della colpa (imperasti, quod non solebat ante venditionem facere - periculosa res) ed una conclusione generale "itaque tota eam res ad dolum malum dumtaxat et culpam venditoris dirigenda est" la quale ci mostra che la responsabilità per la vulnerazione mortale (come prima la risp. per l'incendio) non ha niente a che fare con la custodia e che bisogna entrare nel campo della colpa (3). Nel diritto giustiniano risponde il venditore del caso menzionato (come p. es. del furto) quando può essergli imputato che non abbia servita l'exactissima diligenza, cosicchè anche quel caso entra nella sfera della custodia.

7. La tesi della responsabilità del venditore per la custodia viene poi confermata dai testi trattanti della legittimazione:

(1) Confr. le varie osservazioni del Haymann cit. 346 come prova dell'interpolazione.

(2) Confr. Schülz Lusignan's C.F. pag. 56, Haymann cit. 260.

(3) Ciò si deve sostenere malgrado la parola in questo senso sospetta di dirigere. È strano che questa parola, di cui potevano i compilatori servirsi nelle tante interpolazioni nella materia di colpa, trovasi solamente nei due frammenti. Ammetto qualche interpolazione nel precedente "potest tamen..."

I) alla stipulatio damni infecti II) all'interdictum quod vi aut clam III) all'actio aquae pluviae arcendae.

Ad I).

Paulus XLVIII ed. D 39, 2, 18, 7-10.

Emptor praedii si ante traditionem stipulatus sit, tantum habebit de eo damno, quod post traditionem factum erit. 8. Venditorem autem aedium prius, quam possessionem tradat, stipulari oportet, quia < huius quoque rei culpam > praestat. 9. < Sed quid fiet, si venditor sine culpa stipulari non potuerit et ob hoc emptor stipulatus fuerit? nonne damnum patitus? an hoc damnum in aliena re acciderit, revolvitur autem ad emptorem, quia actionem ex empto non habet? > sed nihil in hac causa proficit stipulatio, nisi in id, quod post traditionem accidit, quia, < dum > venditoris custodia est, < is stipulari debet, omnemque diligentiam emptori praestare >: et quod alia actione quaeri potest, id in stipulationem damni infecti omnino non deducitur.

Il venditore è legittimato nel diritto classico prima della tradizione assolutamente alla stipulatio damni infecti, la stipulazione del compratore vale solamente riguardo al danno che avvenga dopo la tradizione. La ragione non poteva essere che la custodia⁽¹⁾. Bisogna però notare: venditorem stipulari "oportet" non significa una obbligazione a far la stipulazione, verso l'altro contraente, bensì la competenza del venditore e nello stesso tempo la necessità di proteggere i propri interessi, che egli è responsabile rispetto al suo contraente sino alla tradizione per il danneggiamento event. accaduto per la ruina del vicino edificio. Il motivo della legittimazione del venditore non poteva naturalmente esser formulato: quia huius quoque rei custodiam praestat, bensì, come ritiene lo Schülz, quia custodiam praestat. L'eco di questa concezione abbiamo nel seguente contesto (§ 9), dove, in mezzo a frasi interpolate, troviamo un pensiero classico: dum venditoris custodia est. I compilatori avendo interpolato il brano "culpam huius quoque rei" scil. omissae stipulationis, hanno espresso che il venditore rispon-

(1) Così anche Schülz Lusignanis C. F. 62; diversamente Haymann cit. 290 segg. [In senso favorevole allo Schülz ora anche Künkel cit. 279].

dendo della custodia-diligenza, deve fare la stipulazione. Non voglio entrare qui nella minuta analisi delle interpolazioni del § 9; rinviando alla critica del Schülz, mi limito a constatare, che al diritto romano appartengono certamente due pensieri: "dum venditoris custodia est, is «interp. stipulari debet omnemque diligentiam» (Paulus forse "damnum") emptori praestare (debet). et quod alia actione quaeri potest, id in stipulationem damni infecti omnino non deducitur. "Quale questione precedesse questa sentenza, è dubbio. Ma difficilmente si trattava della questione "sed quid fiet, si venditor sine culpa stipulari non potuerit", la quale presuppone "l'obbligazione" del venditore a fare la stipulazione (concezione bizantina) ed il concetto di custodia-diligentia. A me sembra che Paolo riferiva la diversa opinione di alcuni giuristi (Proculiani?) i quali forse ammettevano sotto certe condizioni il compratore alla stipulazione (arg. analog. Gaius D 39, 2, 32) e che Paolo negava quella sentenza proprio come in un caso molto simile negava Gaio la sentenza di Proculiani appoggiandosi sulla "nostrorum praeceptorum sententia ...inutilem esse damni infecti stipulationem, quo casu damnum alia actione sarciri possit". I compilatori, eliminando le discussioni, anzi interpolando una nuova questione, avrebbero cagionata la bruttissima forma del nostro § 9. In ogni caso bisogna sostenere che la stipulatio d. i. del compratore era (almeno dalla maggior parte dei giuristi) generalmente riguardata inutile riguardo al danno accaduto prima della tradizione; appunto perchè il compratore poteva ottenere il risarcimento di questo danno mediante l'actio empti dal venditore⁽¹⁾, il quale era conseguentemente legittimato esclusivamente alla stipulazione. Nel diritto giustiniano, invece, deve il venditore, come obbligato alla custodia, fare la stipulazione affinché possa trasmetterla (o il suo prodotto) al compratore: fare la stipulazione è una pars custodiae (D 19, 1,

(1) Il danno il cui indennizzo si fa promettere il venditore mediante stipulatio damni infecti, non è quello causato direttamente in conseguenza della c. d. vis maior, bensì quello cagionato dalla mala condizione in cui si trova un edificio vicino, o dagli atti pericolanti compiuti nel fondo vicino. Confr. D 39, 2, 24 §§ 2-6, 9-11, fr. 43, pr Deod.

36), si deve manifestare l'exactissima diligentia del venditore anche nel fare la stipulazione (1).

Eccezionalmente era legittimato *il compratore* alla stipulatio damni infecti, cioè quando "omnis culpa a venditore aberit", come dicono nel Dig. 39, 2, 38, pr. i compilatori, resp. quando "custodia a venditore aberit", come lo formulavano i giureconsulti classici (confr. Schülz). L'esempio: si precario emptori in his aedibus esse permisit custodiamque ei a futuris tradidit, cioè quando il venditore abbia permesso al compratore di stare nella casa comprata come precarista e l'abbia incaricato di custodire la casa.

Ad II).

Ulpianus LXXI ed. D 43, 24, 11, 9.

Plane si post venditionem fundi opus factum est, etsi ipse experiatur venditor, quia nondum traditio facta est, tamen ex empto actione emptori tenebitur: omne enim commodum et incommodum ad emptorem pertinere debet.

Il senso classico: il venditore è responsabile dell'opus vi aut clam factum (non è questo un tipico caso esonerante) ed è conseguentemente legittimato all'interdictum quod vi aut clam (2). Il senso giustiniano: quando è avvenuto da parte di un terzo l'opus vi aut clam, il venditore è formalmente legittimato all'interdictum, ma deve trasmettere il prodotto di quest'interdetto al compratore. Ciò hanno espresso i compilatori mediante la frase "omne enim commodum et incommodum ad emptorem pertinere debet", per la quale hanno impresso al pre edente "tenebitur" un nuovo senso.

(1) La Glossa interpretando "huius quoque rei" = "omissae stipulationis" e sostenendo che il dovere del venditore di fare la stipulazione abbia per scopo di trasmettere la stipulazione o il suo prodotto al compratore ci reude bene il senso del cit. frammento nel Corpus iuris. Che siano appunto i glosatori i quali con profonda intuizione comprendono il senso e le tendenze della compilazione Giustiniana, è la nota tesi di S. Riccobono, provata con gran rigore specialmente nella II parte della opera *Stipulatio ed instrumentum nel diritto Giustiniano*. Z.S.S. 43, pag. 325, 363. Abbiamo visto nel corso di questo studio vari casi di applicazione di quella tesi.

(2) Similmente anche Schülz cit. Künkel cit., diversamente Haymann cit. 287. Il testo è formalmente un po' difettoso, Ulpiano scriveva probabilmente: "si" nondum traditio facta est, ipse experiatur venditor, quia ex empto actione tenetur.

È vero, sì che Paolo conferisce l'interdictum "etiam his qui non possident, si modo eorum interest", ma da questo non possiamo dedurre la normale legittimazione del compratore, appunto perchè questi normalmente non è interessato all'interdetto. Però può accadere nel caso concreto, che il compratore abbia esclusivo interesse "opus vi aut clam factum non esse", e per questi casi vale ciò che ha detto Paolo. Appartengono qui i casi, in cui il venditore non risponde di custodia (di questo generalmente più tardi), per esempio quando abbia concesso "precario" la cosa al compratore, come risulta generalmente dal Dig. 39, 2, 38, pr. e come conferma Ulpiano (D 43, 24, 11, 12) per il nostro caso riguardo all'emptor in diem: ego, si post in diem additionem factam fundus precario traditus sit, putem emptorem interdictum quod vi aut clam habere. si vero aut nondum traditio facta est aut facta est precarii rogatio, non puto dubitandum, quin venditor interdictum habeat. La dubitativa forma "putem" si esplica per i dubbi dei giureconsulti riguardo alla "in diem addictio", risultanti dal nostro testo (inter Iulianum et Cassium quaestio est) e dai vari testi del titolo de in diem additione D 18, 2. Il nostro testo continua: ei enim competere debet etsi res ipsius periculo non sit. Questa è una interpolazione che ha la stessa portata, dell'interpolazione del fr. 11 § 9. Ulpiano scriveva, come ritiene lo Schülz (1): ei enim competere debet, cum res ipsius periculo sit. Per comprendere questo, basta rinviare il lettore a ciò che precede. Però bisogna notare: 1) i compilatori riguardano l'opus vi aut clam factum come un caso che non si può ovviare con diligenza boni patris familias, cosicchè la custodia del venditore viene qui in considerazione come un dovere di trasmettere l'interdictum, resp. il suo prodotto, al compratore; 2) i compilatori vedono che questo regime è in contraddizione colla sentenza Pauliana che l'interdictum debba competere a chi ha interesse, e perciò - non potendo logicamente spiegare la contraddizione - dichiarano che c'è un'anomalia. Questo risulta non solamente dalla formulazione: ei enim competere debet, "etsi" res ipsius periculo non sit, ma ancora dalla continuazione: "nam et statim post venditionem

(1) Lusignanis C. F. pag. 53.

contractam periculum ad emptorem spedat, et " *tamen* " antequam ulla traditio fiat, meno dixit interdictum ei competere". Abbiamo qui - in altre parole - una subtilitas iuris (1).

Resta ad occuparsi del testo di Ulpiano D 43, 24, 13, 4, dal quale il Haymann deduce la tesi della legittimazione del compratore all'interdetto. Qualcheduno - si dice nel testo - ha donato o venduto il diritto di abbattere gli alberi nel suo fondo. Ulpiano accorda per il caso, che un terzo abbia abbattuto gli alberi vi aut clam, l'interdetto non al proprietario, bensì al donatario o al compratore, perchè " eius interest ". Però bisogna notare che qui non si tratta della vendita d'una cosa materiale (per es. degli alberi), bensì del diritto di abbattere gli alberi, ed è per questo che il venditore non è responsabile per la custodia, la quale ha luogo solamente nelle vendite di cose corporali. Da ciò risulta che il compratore ha l'interesse opus factum non esse ed è dunque legittimato all'interdictum.

Ad III).

La custodia del venditore risulta finalmente dal modo con cui fu stabilita nel diritto classico la legittimazione attiva all'actio aquae pluviae arcendae. Già la coerenza di quest'azione coi mezzi processuali testè trattati (confr. D 39, 3, 4, 2-3, fr. 5 D eod., fr. 14 §§ 2-3 D eod.) è importante per la nostra tesi. Ma abbiamo anche testi speciali trattanti della legittimazione alla nostra azione riguardo alla cosa venduta.

Appartiene qui D 19, 1, 13, 12 (Ulpianus XXXII ed.) sed et si quid praeterea rei venditae nocitum est, actio emptori praestanda est, damni forte infecti vel aquae pluviae arcendae vel Aquiliae vel interdicti quod vi aut clam.

Questo testo è interpolato (Haymann) (2). Il venditore deve trasmettere i vari mezzi processuali, per es. l'interdictum quod vi aut clam, al compratore. Abbiamo già visto che dove viene stabilita l'obbligazione del venditore alla cessione di vari mezzi processuali, dobbiamo presupporre (almeno regolarmente - c'è qualche eccezione) che nel diritto classico apparteneva quel mezzo processuale definitivamente, e senza dovere di cedere, al

(1) Confr. Riccobono Z.S.S. 43, 379.

(2) Op. cit. pag. 319.

venditore, il quale però rispondeva assolutamente del danno da cui era sorto il mezzo processuale. Dunque concludiamo che l'obbligazione del venditore di cedere l'actio aquae pluviae arcendae, nel testo stabilita, ci conferma indirettamente che nel diritto classico il venditore era legittimato *effettivamente e rispondeva del danno* cagionato per l'alterazione del deflusso naturale delle acque piovane per opera del vicino (1); tale responsabilità era emanazione della custodia (2).

Vediamo adesso i testi.

Ulpianus LIII ed. D 39, 3, 6, 4.

Si quis prius, quam aquae pluviae arcendae agat, dominium ad alium transtulerit fundi, desinit habere aquae pluviae arcendae actionem eaque ad eum transibit, cuius ager esse coepit: eum enim damnum futurum contineat, ad eum qui dominus erit, incipiet actio pertinere, quamvis cum alterius dominium esset, opus a vicino factum sit.

Il proprietario del fondo vicino a quello venduto, prima della tradizione di questo al compratore, ha alterato per qualche opera nel suo fondo il naturale deflusso delle acque piovane dal fondo venduto; il danno effettivo (p. es. per l'inondazione del fondo venduto) non è ancor avvenuto, c'è solamente un certo " damnum infectum " o " futurum ". L'azione aquae pluviae arcendae compete al venditore, dopo la tradizione al compratore. Ulpiano espressamente accorda a questi l'azione, sebbene l'opera del vicino sia fatta prima della tradizione, aggiungendo però " cum enim damnum futurum contineat ". Questa aggiunta è importantissima. Ne segue: se, prima della tradizione, c'è non solamente ragione da temere il danno dall'opera del vicino, ma questo danno è effettivamente accaduto (p. es. per l'inondazione), il compratore non è legittimato - neanche dopo la tradizione - all'azione, bensì il ven-

(1) Per la precisa formulazione della funzione dell'actio aquae pluviae arcendae confr. Bonfante Istituzioni VII ed. pag. 297 segg.

(2) Lo Schütz non si occupa di questo caso, sebbene per la tesi della custodia del venditore esso sia interessantissimo. In senso diverso a quello del testo confr. Haymann, contro la tesi negativa del quale rimando agli argomenti formulati nel testo.

ditore, e ragione di questo ordinamento è - come è adesso chiarissimo - la sua responsabilità anche per questo danno, in generale la sua custodia.

Meno importante è il testo di Pomponio (D 39, 3, 16) che tratta del danneggiamento avvenuto effettivamente dopo la tradizione a causa dell'opera del vicino fatta prima della tradizione, per la quale però già il venditore esperì l'actio aquae pl. arcendae. Pomponio decide che il venditore otterrà il risarcimento del danno, che però è obbligato a restituire al compratore ciò che abbia ottenuto. Non c'è ragione di sospettare la sentenza; la trasmissione dell'evento processuale è qui pienamente fondata e non ha niente a che fare con la custodia, perchè questa non può venir in considerazione (il danno si è effettuato dopo la tradizione).

8. Veniamo dunque alla conclusione che il venditore rispondeva regolarmente della perdita o deterioramento della cosa venduta potendo esonerarsi solo per i tipici casi esoneranti, ed era in conseguenza di quella responsabilità legittimato esclusivamente ai mezzi processuali sorti dalla perdita o danneggiamento. Abbiamo visto veramente un ordine sistematico delle norme avente la base nella custodia venditoris. Ma c'è un elemento assai dissonante, un testo delle Sentenze di Paolo 2, 31, 17: si res vendita aute traditionem subrepta sit, emptor et venditor furti agere possunt: utriusque enim interest rem tradi vel tradere. Questo testo è la più importante base della tesi del Haymann⁽¹⁾ che il diritto classico non conoscesse la custodia venditoris. Ma credo collo Schûlz che questo testo - unico contro tanti testi, escludenti la legittimazione del compratore a vari mezzi processuali - sia un prodotto della giurisprudenza postclassica⁽²⁾. Che la dottrina postclassica si occupasse della legittimazione di varie azioni specialmente dell'actio furti, è noto dal C 6, 2, 22 (confr. Kniep Commentarius III, 514). Dunque non è improbabile, che la dottrina postclassica abbia formulata la tesi della legittimazione anche del com-

⁽¹⁾ Op. cit. p. 274 e segg.

⁽²⁾ Z.S.S. 32, pag. 75, Einführung in das Stâdium der Digesten pag. 39. [Confr. Künkel cit. 278 n. 4].

pratore all'actio furti (sotto certe condizioni a noi ignote), la quale era però così lontana dal diritto romano, che la epoca più prossima, la legislazione di Giustiniano, l'ha respinta ed è ritornata alla tesi della legittimazione del solo venditore, facendola però nello stesso tempo solo formale⁽¹⁾. Abbiamo poi ancora un testo dal quale deduce il Haymann⁽²⁾ la legittimazione del compratore all'actio furti. C'è un testo di Paolo D 47, 2, 13: is, cui ex stipulatu res debetur, furti actionem non habet, si ea subrepta sit, cum per debitorem stetisset, quominus eam daret. È vero che è fondata la deduzione che all'infuori della mora debitoris il creditore è legittimato all'actio furti, ma non è fondata la deduzione che lo stesso valeva del compratore di rimpetto al venditore. Che sia il creditore da stipulazione nella situazione accennata giuridicamente interessato rem salvam esse, non subripi, è certo; ma ugualmente certo è che l'emptore non è giuridicamente interessato, potendo nel caso di furto "suum consequi" dal venditore. Del resto la legittimazione del creditore stipulandi all'actio furti è in conseguenza del Dig. 47, 2, 86 controversa⁽³⁾.

9. Resta che ci occupiamo brevemente dei casi speciali ed eccezionali dove il venditore non rispondeva della custodia, anzi rispondeva del solo dolo.

Così era se il venditore avesse prima della tradizione definitiva consegnata la cosa al compratore provvisoriamente come al conduttore o precarista. Confr. D 18, 6, 17 Servi emptor si eum conductum rogavit, donec pretium solveret, nihil per eum servum acquirere poterit... periculum eius servi ad emptorem pertinet, quod tamen sine dolo venditoris intervenit. Confr. D 43, 24, 11, 12, D 39, 2, 38, pr.

Altro caso della responsabilità del venditore per solo dolo era quello della vendita dell'eredità. Confr. Ulp. D 18, 4, 2, 5 "deperdita autem vel deminuta sine dolo malo venditoris non praestabuntur".

⁽¹⁾ In questo punto dunque le alterazioni dei testi classici nel Corpus iuris sembrano piuttosto prodotto della giurisprudenza Giustiniana che non della giurisprudenza postclassica.

⁽²⁾ Op. cit. pag. 274 e segg.

⁽³⁾ Confr. anche Schûlz Z.S.S. 32 pag. 32-34. [Künkel cit. 278 n. 4].

Similmente rispondeva il venditore del solo dolo nella venditio per aversionem, come dice Modestino D 18, 1, 62, 2: res in aversione empta, si non dolo venditoris factum sit, ad periculum emptoris pertinebit, etiamsi res adsignata non sit. A questo testo si oppone, è vero, un frammento di Ulpiano D 18, 6, 4, 1-2: si aversione vinum venit custodia tantum praestandam est... vino per aversionem vendita finis custodiae est avehendi tempus... Ma cosa è qui "custodia tantum"? A mio avviso il dolus. Il diritto giustiniano conosce, come risulta chiaramente dal Dig. 18, 6, 2, 1 anche la custodia di così poca intensità, come la prestazione del dolus in custodiendo (il dovere di evitare il dolo, e forse, la culpa lata). Se consideriamo che di fronte a questa "custodia tantum" del venditore si parla di "omne periculum" del compratore, e che l'armonia di questo testo col citato testo di Modestino esige tale interpretazione, siamo, credo, legittimati a ritenere la "custodia tantum" del venditore nella vendita del vino per aversionem come il dovere di evitar il dolo (e forse anche la culpa lata) in custodiendo, il dovere di custodire di intensità uguale a quello del depositario. Tutto questo dal punto di vista del diritto giustiniano. Materialmente valeva lo stesso nel diritto classico, però non si può imputare al giureconsulto classico l'uso del termine *custodia tantum praestanda est* nel senso del dovere di evitare il dolus. E' perchè difficilmente si può pensare che un giurista classico si fosse servito del termine "custodiam praestare" nel senso laicale di sorvegliare, custodire, non resta che ricostruire: *dolus tantum praestandus est* (1).

Abbiamo poi un'altra "custodia", molto curiosa nel D 18, 6, 1, 1 (Ulpianus XXVIII Sab.): sed et custodiam ad diem mensurae venditor praestare debet: priusquam enim admediatur vinum, prope quasi nondum venit. Credo che questi due pensieri non sono prodotto dello stesso autore. Anche nel diritto giustiniano non si può motivare la custodia coll'imperfezione del contratto; dunque non si può p. es. pensare che i compilatori abbiano aggiunta la motivazione "priusquam..." al pensiero classico "sed et custodiam...", tanto più che i

(1) Dalla letteratura confr. Schülz Lusignanis Custodia Forschungen 84, Haymann cit. 266, 348.

compilatori interpretano questa custodia nel senso di diligentia (fr. 2 § 1) (1). È dunque molto più probabile ritenere la motivazione "priusquam..." genuina e attribuire ai compilatori la parola "custodia" in luogo del classico "periculum"; (2) i compilatori volendo imporre al venditore non solamente il rischio della perdita (in questo caso perde il prezzo), ma anche il dovere di risarcire il danno al compratore quando abbia cagionato la perdita o deterioramento per l'omissione della diligenza, avrebbero interpolata la custodia in luogo del periculum. Non posso occuparmi in quest'occasione delle costruzioni dommatiche che riguardano il nostro testo, specialmente delle dottrine classiche e giustiniane sul "periculum emptoris" e rimando alla grande opera del Haymann Z.S.S. 41, pag. 44 segg. ed all'articolo del Rabel Z.S.S. 42, p. 543 segg. Sostengo solamente, che, quali e quanti che siano i speciali casi della responsabilità del venditore per il dolus, non si tratta che di eccezioni, le quali, appunto come eccezioni, confermano la regola della custodia venditoris.

Bratislava, 31 Dicembre 1925.

(1) Diversamente Schülz Lusignanis Custodia Forschungen 76.
(2) Confr. Haymann Z.S.S. 41, 111 segg.