

Stefano Liva

LA COESISTENZA TRA *ACTIO DEPOSITI IN FACTUM* E *ACTIO DEPOSITI IN IUS*: UN PROBLEMA DA RIDIMENSIONARE?*

1. In occasione di un recente lavoro monografico dedicato al *depositum miserabile* ho fatto cenno all'annosa questione della convivenza di due azioni da deposito, una pretoria e una civile, nell'editto giuliano, pur specificando che non sarebbe stata in alcun modo oggetto della mia indagine¹; i risultati raggiunti, ed in particolare l'ipotesi ricostruttiva in merito allo sviluppo storico dell'istituto – con il legame che ne scaturisce con le apparenti anomalie e le peculiarità proprie delle formule processuali relative al deposito – mi suggeriscono tuttavia di tornare sull'argomento, provando a fare quantomeno chiarezza e opera, per così dire, di 'pulizia concettuale'.

Prima di poter avanzare ipotesi sulle possibili ragioni dell'attestata presenza contemporanea di un'*actio in factum* e di un'*actio in ius* a tutela del rapporto di deposito è necessario prendere posizione riguardo al problema, altrettanto dibattuto in seno alla letteratura romanistica, concernente la data cui far risalire i due giudizi, e delinearne le rispettive caratteristiche nonché i relativi ambiti di operatività: come vedremo infatti, anche questi aspetti influenzeranno e indirizzeranno il percorso diretto a proporre una spiegazione plausibile.

2. Un noto passo delle Istituzioni di Gaio attesta l'esistenza contemporanea di due *formulae* per il deposito:

* Contributo sottoposto a valutazione.

¹ Cfr. S. LIVA, *Causa depositionis ex necessitate descendens. Per una storia del 'deposito necessario'*, Torino, 2024, p. 2, nt. 5.

Gai 4.47: *Sed ex quibusdam causis praetor et in ius et in factum conceptas formulas proponit, veluti depositi et commodati.*

A dispetto dell'ordine espositivo scelto dal giurista, è ormai fuori discussione il fatto che l'*actio depositi in factum* abbia avuto origine in tempi antecedenti rispetto a quella *in ius concepta*: una serie di indizi, il cui valore è amplificato se analizzati nel loro insieme, consente di prendere posizione in merito e di considerare questo dato come acquisito².

Il primo ad affrontare la questione in modo organico, aderendo – pur se con qualche precisazione e distinguo – alle convinzioni espresse da Contardo Ferrini a proposito dell'*actio commodati*³, e illustrando quella che già l'autore non esitava a definire «un'opinione che ormai si può dire generale», è stato Giovanni Rotondi⁴.

Gli argomenti addotti a supporto della teoria che sostiene il carattere recenziore dell'azione *in ius* sono essenzialmente tre: il primo, che potremmo definire sistematico, fa leva sulla constatazione che i giuristi – ed in particolare Ulpiano nel suo trentesimo libro *ad edictum*, la fonte principale cui attingono i compilatori del Digesto – trattano dei profili salienti del deposito basandosi sul commento della formula *in factum*, circo-

² Di recente fa eccezione il solo O. BEHREND (Feste Regelungsstruktur oder auslegungsfähiges Pflichtenverhältnis, in 'Pacte, convention, contrat', *Mélanges en l'honneur du Professor Bruno Schmidlin*, a cura di A. DUFOR, Basel, 1998, p. 54 ss.; Id., *Dalla mediazione arbitrale alla protezione giudiziaria. Genesi e vicende delle formule di buona fede e delle cd. formule 'in factum conceptae'*, in *Diritto e giustizia nel processo*, a cura di C. CASCIONE, C. MASI DORIA, Napoli, 2002, p. 273 ss.), il quale, nel solco di una tesi risalente e superata che ha avuto origine nella letteratura tedesca tra '800 e inizio '900 e che ha avuto in O. KARLOWA (*Römische Rechtsgeschichte*, II, Leipzig, 1901, p. 601 ss.) un convinto sostenitore, continua a credere, contrariamente alla consolidata *communis opinio* e, come si avrà modo di verificare, a dispetto dei convergenti solidi indizi in senso opposto, che la tutela di buona fede del deposito sia stata precedente rispetto a quella accordata mediante la formula *in factum*.

³ Cfr. C. FERRINI, *Storia e teoria del contratto di commodato nel diritto romano*, in *Opere di Contardo Ferrini*, III, *Studi vari di diritto romano e moderno*, a cura di E. ALBERTARIO, Milano, 1929, p. 89 ss.

⁴ Cfr. G. ROTONDI, *Contributo alla storia del contratto di deposito nel diritto romano*, in *RISG*, 1908, 45, ora in *Scritti giuridici*, II. *Studi sul diritto romano delle obbligazioni*, a cura di E. ALBERTARIO, Milano, 1922, p. 28 ss.

stanza che non si spiegherebbe altrimenti se non pensando alla sua priorità storica⁵.

Un'ulteriore indicazione proviene da quanto ancora Gaio riferisce a proposito degli effetti della *pluris petitio*.

Gai 4.60: *Sed nos apud quosdam scriptum invenimus, in actione depositi et denique in ceteris omnibus, ex quibus damnatus unusquisque ignominia notator, eum qui plus quam oporteret demonstraverit, litem perdere: veluti si quis una re deposita duas pluresve deposuisse demonstraverit aut si is, cui pugno mala percussa est, in actione iniuriarum etiam aliam partem corporis percussam sibi demonstraverit. Quod an debemus credere verius esse, diligentius requiremus. Certe cum duae sint depositi formulae, alia in ius concepta, alia in factum, sicut supra quoque notavimus, et in ea quidem formula, quae in ius concepta est, initio res de qua agitur demonstratorio modo designetur, deinde inferatur iuris contentio his verbis: "quidquid ob eam rem illum illi dare facere oporteret", in ea vero quae in factum concepta est, statim initio intentionis alio modo res de qua agitur designetur his verbis: "si paret illum apud illum rem illam deposuisse", dubitare non debemus, quin si quis in formula, quae in factum composita est, plures res designaverit quam deposuerit, litem perdat, quia in intentione plus possuisse* (segue lunga lacuna: 24 righe illeggibili)

Gaio dice di aver letto presso alcuni giuristi più antichi che il *plus petere* nell'*actio depositi* comportava inevitabilmente la perdita della lite, mentre ciò non avviene, come ricorda egli stesso poco prima, nel caso di *pluris petitio* nell'azione con formula *in ius* (Gai 4.58: *Si in demonstratione plus aut minus positum sit, nihil in iudicium deducitur, et ideo res in integro manet*); coerentemente egli dunque, al fine di chiarire la contraddizione, richiama la distinzione tra *formula in ius* e *formula in*

⁵ Cfr. G. ROTONDI, *Contributo*, cit., p. 31. Del medesimo avviso C. LONGO, *Il deposito*, Milano, 1933, p. 11; C.A. MASCHI, *La categoria dei contratti reali. Corso di diritto romano*, Milano, 1973, p. 154; G. NEGRI, voce *Deposito nel diritto romano, medievale e moderno*, in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, 5, Torino, 1989, p. 229.

factum, e riconduce a quest'ultima la soccombenza per chi *'in intentione plures res designaverit quam deposuerit'*⁶.

Non è pertanto spiegabile che i *quidam*⁷ richiamati da Gaio non sottolineassero la differenza sul punto tra le due azioni e affermassero recisamente che nell'azione di deposito la *pluris petitio* avrebbe sempre determinato la perdita della lite, se non pensando che al loro tempo esistesse solo la formula *in factum* e non ancora quella *in ius*⁸.

La prova del fatto che l'*actio depositi in ius* non facesse parte del sistema processuale quantomeno fino al termine del 44 a.C. sembra provenire dalla sua assenza da tutti gli elenchi ciceroniani dei *bonae fidei iudicia*.

Cic. *de off.* 3.70: ... *Quintus quidem Scaevola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur 'ex fide bona', fideique bonae nomen existimabat manare latissime, idque versari in tutelis societatibus fiduciis mandatis rebus emptis venditis conductis locatis, quibus vitae societas contineretur; in iis magni esse iudicis statuere, praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria, quid quemque cuique praestare oporteret.*

Cic. *Top.* 10.42: *Si tutor fidem praestare debet, si socius, si cui mandaris, si qui fiduciam acceperit ...*

⁶ Alla luce di quanto riferito in Gai 4.58 è agevole immaginare che nella parte del testo illeggibile si sarà osservato come tale conseguenza non si sarebbe verificata in caso di *pluris petitio* nella formula *in ius*.

⁷ L'esatta identificazione dei giuristi evocati è evidentemente impossibile, ma sono condivisibili le riflessioni di G. ROTONDI, *Contributo*, cit., p. 41 s., che lo inducono a collocarli in età successiva a Sabino e Cassio. Cfr. anche nello stesso senso J. BURILLO, *Las formulas de la 'actio depositi'*, in *SDHI*, 1962, 28, p. 235.

⁸ L'andamento del passo mi pare indubitabilmente incompatibile con la congettura di A. WATSON, *The law of obligations in the later Roman Republic*, Oxford, 1965, p. 159 s., che ipotizza, sulla scorta del *'demonstraverit'* che avrebbe alluso alla *demonstratio*, che i *quidam* citati da Gaio si riferissero all'*actio in ius*, con l'intento di introdurre un'eccezione alla regola fissata in Gai 4.58, stante la conseguenza costituita dall'*infamia*. Sull'inequivoco significato da attribuire a Gai 4.60 si vedano anche le acute osservazioni di J. BURILLO, *Las formulas*, cit., p. 234 s.

Cic. *Top.* 17.66: *In omnibus igitur eis iudiciis in quibus 'ex fide bona' est additum, ubi vero etiam 'ut inter bonos bene agier oportet', in primisque in arbitrio rei uxoriae, in quo est 'quod eius aequius melius' parati eis esse debent. Illi dolum malum, illi fidem bonam, illi aequum bonum, illi quid socium socio, quid eum qui negotia aliena curasset ei cuius ea negotia fuissent, quid eum qui mandasset, eumve cui mandatum esset, alterum alteri praestare oporteret, quid virum uxori, quid uxorem viro tradiderunt.*

Cic. *de nat. deor.* 3.74: *... inde tot iudicia de fide mala, tutelae, mandati, pro socio, fiduciae, reliqua, quae ex empto aut vendito aut conducto aut locato contra fidem fiunt ...*

Le liste non sono complete se prese singolarmente, ma è senz'altro da ritenersi che nel loro complesso siano esaurienti e di conseguenza tassative⁹: qualora dunque il deposito fosse stato protetto da una azione *in ius ex fide bona* sarebbe, per usare le parole di Ferrini, «ben strano che Cicerone ne tacesse affatto pure là», dove la grandissima analogia con gli altri negozi adottati non avrebbe potuto fare a meno di richiamarla alla mente¹⁰.

Proprio in questi anni deve invece essere collocata la comparsa dell'*actio depositi in factum*, ma se c'è accordo in dottrina sulla sua preesistenza rispetto a quella *in ius*¹¹, lo stesso non si può dire riguardo all'individuazione della data esatta in cui il pretore avrà provveduto ad inserirla nell'editto, preceduta dalla apposita clausola.

⁹ Cfr. G. ROTONDI, *Contributo*, cit., p. 29 s.

¹⁰ Cfr. C. FERRINI, *Storia*, cit., p. 90. Del medesimo avviso tra gli altri anche G. GANDOLFI, *Il deposito nella problematica della giurisprudenza romana*, Milano, 1976, p. 88, che, pur aderendo all'opinione ormai consolidata, considera questo l'unico elemento probatorio dotato di un certo grado di attendibilità. Già G. ROTONDI, *Contributo*, cit., p. 30, sottolineava come il silenzio di Cicerone sull'azione di deposito rappresentasse un ostacolo pressoché insormontabile per i sostenitori della teoria della maggior antichità della *formula in ius*, oggi, come abbiamo visto (cfr. *supra*, nt. 2), quasi del tutto abbandonata.

¹¹ L. FRANCHINI, *La ricezione nel 'ius civile' dei 'iudicia bonae fidei'*. *Questioni di metodo e di merito*, Napoli, 2015, p. 133, di recente, pur non soffermandosi sulle argomentazioni relative, definisce la convinzione in tal senso unanime.

Premesso che mancano elementi che possano condurre ad una determinazione precisa, vi sono tuttavia alcuni punti di riferimento utili per delimitare un periodo il cui termine ultimo è rappresentato dagli accenni all'*actio depositi* rinvenibili in giureconsulti dell'ultima fase della repubblica¹².

Agli estremi di un'ipotetica linea del tempo si collocano le ipotesi di Gandolfi e Rotondi: per il primo, sostanzialmente però sul solo presupposto che Quinto Mucio conoscesse l'*actio commodati*¹³, appare «ragionevole riportare l'origine della formula *in factum* all'inizio o comunque alla prima metà del I secolo a.C.»¹⁴; ben più articolata e convincente è la ricostruzione del secondo, che propende per un'origine dell'*actio depositi in factum* più recente.

Un ruolo determinante nella teoria di Rotondi è svolto dal carattere infamante dell'azione di deposito, del quale non mancano testimonianze ulteriori rispetto a quanto già visto a proposito della *pluris petitio* (*Sed nos apud quosdam scriptum invenimus, in actione depositi et denique in ceteris omnibus, ex quibus damnatus unusquisque ignominia notator ...*), ancora nelle Istituzioni di Gaio (Gai 4.182: *Quibusdam iudiciis damnati ignominiosi fiunt, veluti furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, item pro socio, fiduciae, mandati, depositi*) e nel Digesto (Iul. 1 *ad ed.* D. 3.2.1: *... Infamia notatur ... qui pro socio, tutelae, mandati, depositi suo nomine non contrario iudicio damnatus erit*)¹⁵.

Motivo di riflessione pertanto scaturisce dal fatto che l'*actio depositi* non sia compresa nella lista delle azioni che comportano *infamia* trasmessa dalla *Tabula Heracleensis* del 44 a.C.

¹² L'*actio depositi in factum* pare infatti essere nota ad Alfeno (D. 46.3.35), a Trebazio (D. 16.3.1.41) e ad Ofilio (D. 34.2.39.1).

¹³ Ulp. 28 *ad ed.* D. 13.6.5.3. Nulla può provare invece, come opportunamente sottolineato da Rotondi (*Contributo*, cit., p. 33), il passo delle *Noctes Atticae* di Gellio (Gell. 6.15.2) nel quale si riferisce che Quinto Mucio nei suoi libri *de iure civili* scrisse che il depositario che avesse utilizzato la cosa affidatagli *furti se obligavit*.

¹⁴ Cfr. G. GANDOLFI, *Il deposito*, cit., p. 91.

¹⁵ Si vedano anche D. 3.2.2.6; Coll. 10.2.4 (*Depositum damnatum infamis est, qui vero commodati damnatur, non fit infamis: alter enim propter dolum, alter propter culpam condemnatur*) e I. 4.16.2.

Significative in tal senso sono in particolare le linee 110 ss., ove vengono riportate le cause di indegnità ostative all'assunzione di cariche municipali¹⁶:

*... quei furtei quod i<ps>e fecit fecerit
condemnatus pactusve est erit;
queive iudicio fiduci<ae>, pro socio, tutelae, mandatei, iniu-
riarum deve d(olo)
m(alo) condemnatus est erit; queive lege
{P}Letoria ob eamve rem, quod adversus eam legem fec<i>t fe-
cerit, condemnatus
est erit; ...*

La mancata menzione dell'azione di deposito trova riscontro in alcuni passi ciceroniani in cui si parla di azioni infamanti, di qualche decennio anteriori rispetto alla *lex Iulia municipalis*:

*Cic. pro Caec. 2.7: ... qui per tutelam aut societatem aut rem
mandatam aut fiduciae rationem fraudavit quempiam, in eo
quo delictum maius est, eo pena est tardior?*

*Cic. pro R. Com. 6.16: Si qua enim sunt privata iudicia sum-
mae existimationis et poene dicam capitis, tria haec sunt, fidu-
ciae, tutelae, societatis. Aequae enim perfidiosum et nefarium est
fidem frangere quae continet vitam, et pupillum fraudare qui in
tutelam pervenit, et socium fallere qui se in negotio coniunxit.*

*Cic. pro R. Am. 38.111: In privatis rebus si quis rem manda-
tam non modo malitiosius gessisset sui quaestus aut commodi
causa verum etiam neglegentius, eum maiores summum admi-
sisse dedecus existimabant. Itaque mandati constitutum est iu-
dicium non minus turpe quam furti, credo propterea quod qui-
bus in rebus ipsi interesse non possumus, in eis operae nostrae
vicaria fides amicorum supponitur: quam qui laedit oppugnat*

¹⁶ Il testo latino trascritto è quello pubblicato in *Roman Statutes*, ed. M.H. CRAWFORD, London, 1996, I, n. 24, p. 367. Gli infami, condannati a pagare 50 mila sesterzi, sono esclusi con questa legge dalla dignità senatoriale e dai decurionati di municipi, colonie e prefetture: cfr. sul punto J. BURILLO, *Las formulas*, cit., p. 249.

omnium commune praesidium et, quantum in ipso est, disturbat vitam societatem. Non enim possumus omnia per nos agere: alius in alia est re magis utilis. Idcirco amicitiae comparantur ut commune commodum mutuis officiis gubernetur.

Rotondi ricava dall'assenza dell'*actio depositi in factum* – che doveva certamente essere infamante fin dalle origini¹⁷ – nella *Tabula Heracleensis*, unitamente a quello che egli definisce «argomento indiretto ma da non disprezzarsi»¹⁸ fornito dalle succitate testimonianze di Cicerone¹⁹, la convinzione che detta azione non esistesse ancora al tempo della *lex Iulia* e che dunque fosse sorta pochi anni²⁰ dopo il 45 a.C.²¹.

Si discosta soltanto parzialmente da questo scenario Burillo, il quale, muovendo dai medesimi presupposti di Rotondi²², colloca l'azione intorno alla metà del I secolo a.C., ritenendo

¹⁷ La sanzione dell'*infamia* deve ritenersi un'eredità del periodo arcaico e quiritario, laddove nel comune sentire sociale, la mancata restituzione di quanto depositato, determinando un tradimento dei vincoli di solidarietà legati all'amicizia, rappresentava, in ragione della *perfidia* espressa da tale comportamento, un crimine, il *crimen violatae fidei*: su questi temi, e sul rapporto tra *actio ex causa depositi* decemvirale e *actio depositi in factum* pretoria, che, come vedremo, incide su alcune caratteristiche di quest'ultima, mi sia consentito di rimandare a S. LIVA, *Causa depositionis*, cit., pp. 15 ss., 41 ss.

¹⁸ Cfr. G. ROTONDI, *Contributo*, cit., p. 35.

¹⁹ Così si esprime in proposito J. BURILLO, *Las formulas*, cit., p. 251: «Observamos, por lo tanto, una cierta igualdad en cinco listas en las que [...] el depósito no es mencionado en la Tabla Heracleense ni en Cicerón y se menciona en cambio en el edicto, en las Instituciones de Gayo y en las de Justiniano».

²⁰ Si veda a riguardo quanto detto *supra*, nt. 12.

²¹ Cfr. G. ROTONDI, *Contributo*, cit., p. 35 ss., il quale con argomentazioni assolutamente condivisibili respinge l'ipotesi di Ferrini, che ascrive l'assenza dell'azione di deposito nella *lex Iulia* al fatto – smentito non solo sul piano esegetico, come mostrato da Gai 4.60, ma anche da quanto rilevato *supra*, nt. 17 – che ad essere infamante sarebbe stata la sola *formula in ius* e non anche quella *in factum*, e giudica inverosimile che l'elenco restituito dalla *Tabula Heracleensis*, attesa la natura di atto legislativo, fosse da considerarsi non tassativo. Del medesimo avviso di Rotondi anche C.A. MASCHI, *La categoria*, cit., p. 155; J. BURILLO, *Las formulas*, cit., p. 251.

²² Anche Burillo considera l'*actio depositi in factum* infamante e dal carattere penale, e respinge a sua volta le teorie, già confutate a buon diritto da Rotondi (*Contributo*, cit., p. 35 s.), di Übbelhode, secondo cui il deposito doveva intendersi compreso nel *iudicium fiduciae*, e di Demelius, che lo reputava inglobato nell'*actio furti*.

probabile, in accordo con l'ipotesi già avanzata da Asher²³, che il silenzio della *Tabula Heracleensis* possa spiegarsi con il fatto che la legge, essendo presupposto della condanna un comportamento doloso del depositario, abbia inteso ricomprendere l'*actio depositi in factum*, al pari dell'*actio vi bonorum raptorum*, risalente al 76 a.C. e a sua volta non menzionata, entro l'*actio de dolo*, da intendersi dunque non solo in senso stretto, ma anche come azione generale, diretta a colpire condotte caratterizzate dal *dolus*²⁴.

Se queste piccole oscillazioni relative al momento della comparsa dell'*actio in factum* non incidono tuttavia sul problema della coesistenza delle azioni da deposito di cui ci si sta occupando, indicazioni più significative, a mio avviso, possono essere tratte dall'indagine diretta a stabilire la data di introduzione della sopravvenuta *formula in ius*, che deve necessariamente muovere da un'analisi dello strumento processuale più antico, della sua struttura, delle sue caratteristiche, e soprattutto dell'attività interpretativa su di esso compiuta dalla giurisprudenza romana.

3. La formula *in factum* per il deposito è testualmente riportata da Gaio nelle Istituzioni²⁵:

²³ Cfr. A. ASHER, *Über die Depositumsklagen des classischen römischen Rechts*, in *ZZP*, 1865, 22, p. 304. Dubbioso F. SCHULZ, *Classical Roman Law*, Oxford, 1951, p. 519; *contra* G. ROTONDI, *Contributo*, cit., p. 35.

²⁴ Cfr. J. BURILLO, *Las formulas*, cit., p. 252: «De ahí que el silencio de la Tabla de Heraclea no debe extenderse en el sentido de que la acción del depósito no existía aún o no era todavía infamante, sino en el sentido de que no estaba todavía perfectamente diferenciada en su función de otras acciones cuya condena recae por dolo del demandado y que por eso se incluyen dentro del concepto del dolo». Concorda con lo studioso iberico G. NEGRI, voce *Deposito*, cit., p. 229.

²⁵ La clausola editale pretoria introduttiva della formula, da intendersi come la previsione normativa sancita in via autoritativa più risalente, è riprodotta da Ulpiano, 30 *ad ed.* D. 16.3.1.1: *Praetor ait: «Quod neque tumultus neque incendii neque ruinae neque naufragii causa depositum sit, in simplum, earum autem rerum, quae supra comprehensae sunt, in ipsum in duplum, in heredem eius, quod dolo malo eius factum esse dicitur qui mortuus sit, in simplum, quod ipsius, in duplum iudicium dabo»*. L'editto, esprimendo il modo di

Gai 4.47: *Iudex esto. Si paret A. Agerium apud N. Negidium mensam argenteam deposuisse eamque dolo malo N. Negidii A. Agerio redditam non esse, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex N. Negidium A. Agerio condemnato. Si non paret, absoluto.*

L'*intentio* consiste nell'affermazione di una fattispecie giuridica che il pretore considera meritevole della concessione di un'azione; la *condemnatio* è concepita invitando il giudice, ricorrendone le condizioni, a condannare il convenuto al pagamento di una somma da determinarsi al momento della sentenza²⁶.

La *formula* è strutturata su un duplice presupposto, l'avvenuto deposito di una *res* e la sua mancata restituzione *dolo malo*; la locuzione '*eam rem redditam non esse*' è intesa quale condizione dell'azione²⁷ sebbene, come si avrà modo di verificare, la giurisprudenza abbia interpretato estensivamente il significato da attribuire a '*reddere*'²⁸.

concepire l'affidamento in custodia nella coscienza sociale del tempo (cfr. *supra*, nt. 17), «non fondava un negozio giuridico obbligatorio, ma dava un'azione per il delitto di chi indebitamente trattenesse la altrui cosa ricevuta» (così v. ARANGIO RUIZ, *Rariora*, Roma, 1946, p. 54). In ragione di ciò, l'*actio depositi in factum*, concessa da un pretore che aveva quale chiaro riferimento l'azione decemvirale, presentava profili che ne facevano un rimedio di impronta penale, e come tale annale, intransmissibile agli eredi (D. 16.3.18) e applicata in funzione nossale (D. 16.3.21.1): su tutti questi aspetti si sofferma diffusamente J. BURILLO, *Las formulas*, cit., pp. 254 ss.

²⁶ G. ROTONDI, *Contributo*, cit., p. 25 ss., sostenne che la valutazione del giudice dovesse tenere conto dell'*id quod interest*; di parere opposto G. GANDOLFI, *Il deposito*, cit., p. 76. Per M. KASER, *Quanti ea res est*, München, 1935, p. 69 s., la portata della condanna sarebbe stata estesa fino a ricomprendere l'interesse soggettivo dell'attore solo successivamente, ad opera della giurisprudenza; secondo C.A. MASCHI, *La categoria*, cit., p. 164, ciò sarebbe avvenuto nella *formula in ius ex fide bona*.

²⁷ Cfr. G. GANDOLFI, *Il deposito*, cit., p. 74; C.A. MASCHI, *La categoria*, cit., p. 159. Da respingere l'idea che la formula abbia natura arbitraria, così come supposto da F. KELLER, *Über Litiscontestation und Urtheil nach classischem Römischen Recht*, Zürich, 1827, p. 357 e da M. VOIGT, *Römische Rechtsgeschichte*, II, Stuttgart, 1899, p. 902.

²⁸ Sottolineano questo aspetto E. BETTI, *Diritto romano*, I, Padova, 1955, p. 547 e G. NEGRI, voce *Deposito*, cit., p. 222.

L'*actio depositi in factum* imputa al depositario la mancata restituzione della cosa depositata limitatamente al dolo: colui che avrà ricevuto la *res* in deposito risponderà pertanto solo nel caso in cui si sia volutamente messo in condizione di non poterla restituire.

Tanto nella clausola edittale²⁹ quanto nella formula dell'azione *in factum*³⁰ vi è un espresso riferimento alla mancata restituzione dolosa³¹, e il principio secondo cui *dolus solus in depositum venit*, è ribadito più volte nelle fonti³², che spiegano questo fenomeno con il fatto che nel deposito si offre un beneficio senza contropartita³³.

²⁹ A partire dal sesto frammento del titolo '*Depositum vel contra*' (D. 16.3), Ulpiano, che ha scelto un criterio espositivo proprio incentrato sulla problematica del dolo – nei 47 paragrafi di cui si compone il fr. 1 D. 16.3 l'allusione esplicita al *dolus* compare 26 volte, distribuita in quasi tutti i frammenti –, commenta le parole dell'editto «*quod dolo malo eius factum esse dicitur*», cominciando con l'occuparsi dell'ammissibilità delle convenzioni modificatrici del criterio di imputazione della responsabilità tipico del depositario inadempiente.

³⁰ In D. 16.3.1.16-24 Ulpiano commenta la clausola '*rem doli mali redditam non esse*' della formula *in factum*.

³¹ Per Ulpiano, D. 16.3.1.7-8, l'accordo che esclude in questo caso la responsabilità è da respingere in quanto contrario alla buona fede (cfr. *supra*, nt. 29)

³² Gai 3.207: *Sed is apud quem res deposita est custodiam non praestat tantumque in eo obnoxius est, si quid ipse dolo malo fecerit*; Coll. 10.2.4: *Depositum damnatum infamis est: qui vero commodati damnatur, non fit infamis: alter enim propter dolum, alter propter culpam condemnatur*.

³³ Coll. 10.2.1: *Commodati iudicio conventus et culpam praestare cogitur: qui vero depositi convenitur, de dolo, non etiam de culpa condemnandus est. Commodati enim contractu, quia utriusque contrahentis utilitas intervenit, utrumque praestatur: in depositi vero causa sola deponentis utilitas vertitur et ibi dolus tantum praestatur*; si vedano in tal senso D. 13.6.5.2; D. 44.7.1.5. La gratuità del deposito emerge implicitamente anche dall'*excursus* di Ulpiano che prende le mosse dall'analisi sul significato da attribuire al «*deposuisse*» della clausola edittale, ove viene chiarito, ponendosi nell'ottica dell'azione esperibile contro il consegnatario della cosa, che ove questi abbia ricevuto un compenso per la custodia sarà tenuto *ex conducto*, laddove *si quidem nullam mercedem accepit*, risponderà del solo dolo (D. 16.3.1.9-10). C. BEDUSCHI, *Le azioni da deposito*, Trento, 1988, p. 39, ritiene invece che la vera ragione del regime della responsabilità nel deposito vada ricercata nella sua originaria configurazione quale figura para-delittuosa e «nel modo di intendere il rapporto: come semplice dovere di rispettare la *fides data*, e non come assunzione di incombenze (custodia, gestione od altro che possa essere)». In questo, effet-

Un aspetto che consente di introdurre il discorso su come la nozione di dolo sia stata considerata dai giuristi secondo criteri elastici riguarda la restituzione della cosa deteriorata: affrontando la questione, come di consueto adottando l'angolo visuale dell'esperibilità dell'azione, Ulpiano, nel commentare la clausola '*rem doli mali redditam non esse*', chiarisce come non sia da considerare la medesima cosa ricevuta quella che si restituisce quando la *res* è *deterior facta* e come tale eventualità integri un comportamento doloso.

Ulp. 30 *ad ed.* D. 16.3.1.16: *Si res deposita deterior reddatur, quasi non reddita agi depositi potest: cum enim deterior redditur, potest dici dolo malo redditam non esse.*

Sebbene l'ipotesi – per così dire – più normale di condotta ascrivibile al dolo sia rappresentata dal fatto di non restituire la cosa pur avendola a disposizione, quello appena visto è uno dei numerosi casi contemplati dalle fonti in cui a rilevare e contare è soprattutto un comportamento contrario alla *fides*³⁴.

Ponendosi in questa prospettiva va interpretato il celebre passo di Celso ove viene affermata la responsabilità del depositario che adoperi nel deposito una diligenza minore rispetto a quella riservata alle cose proprie: tale comportamento, si

tivamente, aggiunge Beduschi, «poteva venire in considerazione solo il dolo, perché senza intenzionalità non c'è violazione della *fides*».

³⁴ Tra gli esempi più significativi vi sono la manomissione dei sigilli che porta a conoscenza di terzi ciò che doveva restare riservato (D. 16.3.1.38) o il modificare lo stato della cosa (D. 16.3.7 pr.): per una rassegna completa si veda C. BEDUSCHI, *Le azioni*, cit., p. 39 s., il quale aggiunge che per configurare il dolo non basta la materialità del comportamento, ma occorre la consapevolezza di tenere un comportamento che rechi pregiudizio al depositario, e conclude: «Il dolo pertanto non sussiste quando la persona non ha raggiunto una sufficiente maturità, quando ignora la situazione, quando cade in errore [...] Sempre in via generale si può dire che il dolo non sussiste tutte le volte in cui il soggetto non ha libertà di iniziativa: e così ad esempio se non restituisce la cosa perché si trova lontano o perché per qualche ragione particolare non ne ha la disponibilità».

legge nel testo, è da considerarsi doloso in quanto chi agisce in tal modo *fraude non caret*³⁵.

Il dolo viene qui inteso estensivamente e ravvisato in un contegno che, pur senza una diretta volontà di causare un evento antiggiuridico, si connota per la sua slealtà³⁶; la trascuratezza del depositario verso le cose ricevute in deposito configura una rottura della *fides*, e dunque l'obbligo negativo di astensione dal dolo si concilia con quello positivo di comportarsi secondo buona fede³⁷.

Un ulteriore esempio di come «la nozione del dolo sia considerata dai giuristi secondo criteri elastici desunti da un'analisi accurata dell'*id quod plerumque accidit*»³⁸ ci viene offerto dalla soluzione, riferita da Ulpiano, al problema della mancata restituzione quando il dolo sia insorto dopo la *litiscontestatio*.

Ulp. 30 *ad ed.* D. 16.3.1.20-21: *Non tantum praeteritus dolus in depositi actione veniet, sed etiam futurus, id est post litem contestatam. 21. Inde scribit Neratius, si res deposita sine dolo malo amissa sit et post iudicium acceptum reciperaretur, nihilo minus recte ad restitutionem reum compelli nec debere absolve,*

³⁵ Ulp. 30 *ad ed.* D. 16.3.32: *Quod Nerva diceret latiore culpam dolum esse. Proculo displicebat, mihi verissimum videtur. Nam et si quis non ad eum modum quem hominum natura desiderat diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat, fraude non caret: nec enim salva fide minorem is quam suis rebus diligentiam praestabit.* Il testo è stato oggetto di grande attenzione in letteratura, anche in relazione ad aspetti che travalicano i confini di questa indagine: per un'ampia disamina del frammento, correttamente interpretato dal punto di vista processuale, cfr. L. MAGANZANI, *La «diligentia quam suis» del depositario dal diritto romano alle codificazioni nazionali. Casi e questioni di diritto civile nella prospettiva storico-comparatistica*, Milano, 2006, p. 111 ss., con ampia bibliografia.

³⁶ C. LONGO, *Il deposito*, cit., p. 49; C.A. MASCHI, *La categoria*, cit., p. 171; C. BEDUSCHI, *Le azioni*, cit., p. 41; G. NEGRI, voce *Deposito*, cit., p. 231.

³⁷ Per P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, I, Milano, 1963, p. 625, la menzione della responsabilità per dolo o per mancanza di buona fede si equiparano; in relazione al deposito ciò è perfettamente coerente con la centralità della componente 'fiduciaria' che lo caratterizza sin dalle origini: sul ruolo rivestito da '*amicitia*' e '*fides*' nel deposito arcaico e sull'essenza della natura di quest'ultimo, capace poi di influenzare il successivo sviluppo dell'istituto, cfr. S. LIVA, *Causa depositionis*, cit., p. 15 ss.

³⁸ Così G. NEGRI, voce *Deposito*, cit., p. 224.

nisi restituat. Idem Neratius ait, quamvis tunc tecum depositi actum sit, cum restituendi facultatem non habeas horreis clusis, tamen, si ante condemnationem restituendi facultatem habeas, condemnandum te nisi restituas, quia res apud te est: tunc enim quaerendum, an dolo malo feceris, cum rem non habes.

Per Nerazio – che si muove nel solco del consolidato modo di procedere dei giuristi, soliti determinare se una condotta specifica fosse da considerare corretta o meno in termini di *fides data* passando attraverso lo schema ideale del rapporto –, nel caso in cui la cosa sia stata perduta senza dolo e recuperata dopo l'accettazione della formula dell'*actio depositi*, il depositario non deve essere assolto *nisi restituat*³⁹.

Il passo in questione inoltre riveste notevole interesse sotto un altro profilo strettamente connesso, quale sintomo cioè di una tendenza interpretativa della giurisprudenza diretta verso un'applicazione estensiva della formula *in factum* finalizzata a superarne le rigidità.

Il parere del giurista, che deroga al regime rigoroso dell'azione *in factum*, in virtù del quale il convenuto sarebbe stato al riparo non avendo agito con dolo al momento della *litiscontestatio*, sembra in tal modo segnare la fase finale di un lento processo interpretativo che culmina nella configurazione di un *oportere* a carico del depositario da far valere con un'*actio in ius*: l'azione di deposito di buona fede, che Nerazio non doveva ancora conoscere alla luce delle sue considerazioni, sarebbe stata pertanto il risultato di questa evoluzione progressiva⁴⁰.

³⁹ Fatta salva l'indagine di fatto, da condurre caso per caso, diretta a stabilire se la mancata restituzione fosse dovuta o meno ad un comportamento doloso: cfr. a riguardo le considerazioni di G. NEGRI, voce *Deposito*, cit., p. 224.

⁴⁰ In questo senso J. BURILLO, *Las formulas*, cit., p. 278 ss. e G. NEGRI, voce *Deposito*, cit., p. 230, i quali ritengono di conseguenza che sia da rigettare la risalente teoria, già messa in discussione da G. ROTONDI, *Contributo*, cit., p. 45, di un'origine consuetudinaria dell'azione civile. Cfr. anche A. BURDESE, *Recenti prospettive in tema di contratti*, in *Labeo*, 1992, 38, p. 202, nt. 14; R. PANERO, *El deposito*, in *Derecho romano de obligaciones*, 1994, p. 270. Non mi pare sia da condividere l'idea (cfr. A. METRO, *L'obbligazione di custodire nel diritto romano*, Milano, 1966, p. 139) secondo la quale l'elasticità rispetto all'impiego dell'*actio in factum* avrebbe reso superflua l'introduzione della *formula in ius* poiché l'ambito di applicazione di quest'ultima è comunque

È significativo in proposito il fatto che questi sforzi per rendere più flessibile l'*actio in factum*⁴¹ si protraggano appunto fino al tempo di Nerazio, membro del *consilium* di Adriano e quasi contemporaneo di Salvio Giuliano: come appare di tutta evidenza, questa ricostruzione condiziona anche il dibattito in merito alla data di introduzione dell'*actio depositi in ius*.

Anche in questo caso non disponiamo di dati sicuri, tanto più che manca un termine *ante quem* per fissare l'origine dell'azione di deposito civile, e il primo accenno sicuro all'esistenza di una *formula in ius* si trova soltanto nelle *Institutiones* di Gaio.

Le ipotesi cui riferirsi sono essenzialmente tre, ma l'idea diffusa nel XIX secolo, secondo la quale l'*actio depositi in ius* sarebbe già stata nota a Labeone, e da collocarsi pertanto in via approssimativa verso la fine del I secolo a.C., è da considerarsi ormai superata⁴².

ben più ampio. Da segnalare infine la posizione di L. FRANCHINI, *La ricezione*, cit., p. 139 s., che, pur ammettendo un'interpretazione estensiva dell'*actio in factum*, colloca l'introduzione dell'*actio in ius* al culmine di un processo all'origine del quale vi sarebbe stato l'impiego di rimedi processuali consistenti in «*iudicia bonae fidei*» decretali, concessi di volta in volta dal pretore quando la lite vertesse non sull'avvenuta consegna, né sulla mancata restituzione, ma sul rispetto di altri obblighi da ritenersi rilevanti sulla base degli accordi raggiunti dalle parti e comunque in base ad una valutazione oggettiva di buona fede». L'ipotesi è avanzata dell'autore nell'ambito di un'indagine sulla genesi dei giudizi di buona fede, tema di portata generale che naturalmente non può essere trattato in questa sede.

⁴¹ Si vedano anche Ulp. 30 *ad ed.* D. 16.3.1.41 e i già citati D. 16.3.1.16 e D. 16.3.38: *Si quis tabulas testamenti apud se depositas pluribus praesentibus legit, ait Labeo depositi actione recte de tabulis agi posse*. A proposito di questo ultimo testo J. BURILLO, *Las formulas*, cit., p. 280, parla di una evidente «flessibilización del concepto de *reddere*».

⁴² Perentorio in tal senso G. NEGRI, voce *Deposito*, cit., p. 229. Tale teoria, cui hanno aderito in tempi relativamente più recenti A. METRO, *L'obbligazione*, cit., p. 138 ss. e G. GANDOLFI, *Il deposito*, cit., p. 88 ss., poggiava in sostanza su un passo di Labeone (D. 16.3.34) che tuttavia non vi sono motivi per riferire all'*actio in ius* (si vedano a riguardo le condivisibili considerazioni di J. BURILLO, *Las formulas*, cit., p. 280) e su un passo in cui vi sarebbe un accenno esplicito all'azione civile da parte di Sabino (Paul 6 *ad Sab.* D. 17.2.38 pr.: *Pro socio arbiter prospicere debet cautionibus in futuro damno vel lucro pendente ex ea societate. Quod Sabinus in omnibus bonae fidei iudiciis existimavit, sive generalia sunt (veluti pro socio, negotiorum gestorum, tutelae) sive specialia*

La dottrina più moderna si è perlopiù rifatta all'opinione di Rotondi, che pensava a un'introduzione in tempi più recenti, intorno alla seconda metà del I secolo d.C.⁴³; anche questo spostamento in avanti della civilizzazione del deposito non sembra tuttavia sufficiente, come correttamente evidenziato da Burillo, poiché sarebbe molto difficile da comprendere lo sforzo compiuto ancora da Nerazio per estendere l'applicazione dell'*actio depositi in factum*⁴⁴.

(*veluti mandati, commodati, depositi*). La chiusa del testo, ove si attribuisce a Sabino la menzione dell'*actio depositi*, come già evidenziato da G. ROTONDI, *Contributo*, cit., p. 39, è però da ritenersi di fattura compilatoria (sul punto si veda diffusamente C.A. MASCHI, *La categoria*, cit., p. 221 ss.), attesa la matrice spiccatamente bizantina della bipartizione *sive-sive* e della contrapposizione tra *iudicia generalia* e *iudicia specialia*, o quanto meno risalente allo stesso Paolo (così G. NEGRI, voce *Deposito*, cit., p. 229), e inoltre indubitabilmente incompatibile con quanto, abbiamo visto, può essere ricavato da Gai 4.60 (su cui cfr. *supra*, nt. 7).

⁴³ Cfr. G. ROTONDI, *Contributo*, cit., p. 41 ss.; C. LONGO, *Il deposito*, cit., p. 35 ss.; C.A. MASCHI, *La categoria*, cit., p. 225 (il quale individua però il termine *ad quem* nell'età di Celso, vissuto fino ad epoca adrianea); L. FRANCHINI, *La ricezione*, cit., p. 140, nt. 67.

⁴⁴ Cfr. J. BURILLO, *Las formulas*, cit., p. 282 e nt. 119. G. ROTONDI, *Contributo*, cit., p. 44, sostiene che l'*actio depositi in ius* abbia preceduto i giudizi di buona fede di comodato e di pegno e di conseguenza sia comparsa ben prima della codificazione dell'Editto, ma sulla scorta di considerazioni congetturali e non del tutto affidanti, basate sulla collocazione nel titolo edittole dei *iudicia bonae fidei*: «se, quando sorse l'*actio in ius* pel deposito, anche il comodato ed il pegno avessero già avuto un'azione di buona fede, è logico pensare che sarebbero anch'essi staccati dalle *condictiones* e posti nel titolo *de bonae fidei iudiciis* accanto al deposito con cui presentano sì stretta parentela». In realtà, rispetto al rischio connesso alla convinzione espressa da C. FERRINI (*Storia*, cit., p. 90 ss.), per cui la storia del contratto di comodato e quella del contratto di deposito sarebbero state a tal punto connesse da consentire di ricostruire le vicende dell'una da quelle dell'altra, mise opportunamente in guardia già R. DE RUGGIERO, *Depositum vel commodatum*, in *BIDR*, 1907, 19, p. 5, il quale, pur riconoscendo talune somiglianze aggiungeva che avrebbe sbagliato chi le avesse assunte «come base per una ricostruzione critica dei due istituti, perocché a chi ben guardi essi si presentano sorti, e nel corso della loro evoluzione, disviluppati in modo affatto indipendente ed autonomo, se ne eccettuino alcuni pochi punti di contatto, i quali valsero a far riavvicinare le due figure sì da mostrare siccome intimo e sostanziale quel nesso che non era se non esteriore e formale ... fino al momento della compilazione». Considerazioni analoghe anche in C. BEDUSCHI, *Le azioni*, cit., p. 37 e in C.A. MASCHI, *La categoria*,

Allo studioso iberico si deve un'approfondita revisione della problematica: egli, muovendo dall'osservazione per cui i giuristi più antichi (Trebazio, D. 16.3.1.41; Labeone, D. 16.3.1.14, D. 16.3.1.38, D. 16.3.34; Sabino, D. 16.3.11; Nerazio, D. 16.3.1.21) si riferiscono nei loro commentari alla formula *in factum*, mentre viceversa riferimenti alla formula *in ius* si trovano in giuristi successivi a Giuliano (Africano, Gaiio, Marcello, Scevola, Fiorentino, Papiniano, Trifonino, Paolo e Ulpiano), e osservando altresì come Ulpiano nel trattare dell'*actio in factum* faccia quasi esclusivo richiamo all'opera di Pomponio, e nel trattare della *formula in ius* si appoggi invece a Giuliano⁴⁵, ipotizza, a mio avviso in maniera convincente, che l'introduzione dell'*actio depositi in ius* si debba proprio a Salvio Giuliano, il quale avrebbe in tal modo contribuito in maniera decisiva alla configurazione 'contrattualistica' dell'istituto⁴⁶, quale esito ultimo di un lavoro della giurisprudenza, interprete delle istanze della prassi, compiuto sul rimedio processuale pretorio più risalente.

4. Secondo la ricostruzione di Lenel la *formula in ius* figura, dopo la clausola edittale, in apertura del titolo XIX '*de bonae fidei iudiciis*'⁴⁷: indipendentemente dalle vicende che riguardano l'*actio commodati*⁴⁸, la posizione edittale del depo-

cit., p. 225 s., che ritiene non significativa per la cronologia la posizione edittale del deposito e del comodato.

⁴⁵ Cfr. O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis, Volumen Alterum*, Leipzig, 1889, c. 613 (Pal. 890); c. 614 (Pal. 895).

⁴⁶ J. BURILLO, *Las formulas*, cit., p. 283 s. Concorda con la ricostruzione di Burillo G. NEGRI, voce *Deposito*, cit., pp. 229 s. Attribuiscono all'operato di Salvio Giuliano l'introduzione dell'*actio commodati in ius* J. PARICIO, '*Formulae commodati*', in '*Iuris vincula*'. *Studi M. Talamanca*, VI, Napoli, 2001, p. 183 e A. CASTRO SAENZ, *Responsabilidad y duplicidad formularia: los casos del depósito y el comodato en época clásica*, in *La responsabilidad civil. De Roma al derecho moderno*, a cura di A. MURILLO VILLAR, Burgos, 2001, pp. 195 s., 206 ss. Per P. CERAMI, *La concezione celsina del 'ius'*, in *AUPA*, 1985, 38, p. 200 e nt. 396, l'azione civile di comodato si deve invece a Giuvenzio Celso.

⁴⁷ Cfr. O. LENEL, '*Das Edictum perpetuum*', Leipzig, 1927³, p. 288.

⁴⁸ Cfr. *supra*, nt. 44.

sito sembra perfettamente coerente con la sua origine e con il suo substrato economico-sociale, che è molto efficacemente sottolineato dalla definizione ulpiana dell'istituto⁴⁹.

Ulp. 30 *ad ed.* D. 16.3.1 pr.: *Depositum est, quod custodiendum alicui datum est, dictum ex eo quod ponitur: praepositio enim de auget positum, ut ostendat totum fidei eius commissum, quod ad custodiam rei pertinet.*

Nel deposito si manifesta infatti in maniera particolarmente evidente la forte dimensione etica propria dei romani, la cui esperienza giuridica, in special modo agli albori, è caratterizzata da un diffuso e pervasivo controllo morale; nei rapporti in cui ci si affidava alla correttezza dell'altra parte, attesa la spiccata dimensione collettivistica, il rispetto dell'impegno preso assumeva rilevanza non solo nei confronti del singolo direttamente coinvolto, ma anche dell'intera comunità, e determinava la credibilità di ciascuno, la *fides*⁵⁰.

Una volta introdotta un'azione, a completamento del processo storico che ha avuto inizio con la sanzione pretoria della mancata restituzione intenzionale della *res* da parte del depositario, nella quale il dolo coincide con tutto quanto è contra-

⁴⁹ La *datio* con la quale, nella riflessione giurisprudenziale, si perfeziona il contratto e che genera la relativa *obligatio*, viene delineata in modo puntuale e preciso nel dettato ulpiano, dove, andando oltre il dato linguistico e creando una corrispondenza tra l'origine della parola e gli effetti giuridici dell'atto, si mira a far emergere l'idea centrale dell'affidamento: deposito è ciò che è stato dato a qualcuno per essere custodito (ed è detto così perché si pone) e il prefisso *'de'* rafforza il significato di *'positum'*, al fine di sottolineare che tutto ciò che concerne la custodia della *res* debba essere rimesso alla *fides* del depositario.

⁵⁰ Per una bibliografia esaustiva e per un'ampia rassegna delle interpretazioni della dottrina sul concetto primitivo di *fides* si vedano L. FASCIONE, *Cenni bibliografici sulla «bona fides»*, in *Studi sulla buona fede*, Milano, 1975, p. 51 ss.; R. FIORI, *'Homo sacer'*. *Dinamica politico-costituzionale di una sanzione giuridico-religiosa*, Napoli, 1996, p. 148 ss.; Id., *Fides e bona fides. Gerarchia sociale e categorie giuridiche*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, 3, Napoli, 2008, p. 241 ss. Venire meno alla promessa di restituire, tradendo la fiducia riposta dal deponente, integra una condotta, per il disvalore che esprime, capace di destabilizzare l'intera società: cfr. *supra*, ntt. 17 e 37.

rio alla buona fede, con tutto quanto, in altri termini, configura una rottura della *fides*, è pertanto naturale che l'*actio depositi* sia attratta e trovi collocazione all'interno della categoria dei giudizi di buona fede.

Anche la formula *in ius* è tramandata da Gaio:

Gai 4.47: *Iudex esto. Quod A. Agerius apud N. Negidium mensam argenteam deposuit, qua de re agitur, quidquid ob eam rem N. Negidium A. Agerio dare facere oportet ex fide bona, eius iudex N. Negidium A. Agerio condemnato [NR]*⁵¹. *Si non paret, absolvito.*

La formula, provvista di *demonstratio* e con *intentio incerta*, persegue non soltanto la mancata restituzione *dolo malo* della cosa affidata, ma ogni altro comportamento doloso del depositario, che è esposto ad una condanna il cui ammontare viene determinato previa valutazione da parte del giudice dell'interesse dell'attore all'adempimento conforme alla *fides bona*⁵².

Nel manoscritto veronese delle Istituzioni di Gaio si legge, dopo '*condemnato*' e prima di '*si non paret absolvito*', la sigla *NR*: ciò ha fatto ipotizzare – alla luce dell'interpretazione di Huschke, che riteneva che significasse '*nisi restituat*'⁵³ – la presenza di una clausola restitutoria. Tale proposta, sin dalla fine del XIX secolo⁵⁴, è stata oggetto di obiezioni, assolutamente condivisibili, riguardanti tanto la struttura quanto la natura stessa della formula.

Quanto alla struttura, va rilevato come la clausola restitutoria, se presente, si sarebbe trovata prima della *condemnatio*, e dunque il '*nisi restituat*' avrebbe dovuto precedere e non seguire il '*condemnato*'; per quel che concerne la natura dell'a-

⁵¹ Cfr. O. LENEL, '*Das Edictum perpetuum*', cit., p. 288, nt. 12. Sul significato della sigla si veda *infra*, nt. 56.

⁵² Cfr. G. GANDOLFI, *Il deposito*, cit., p. 95. Riguardo alla differenza con l'*actio in factum* si veda *supra*, nt. 26.

⁵³ Cfr. P.E. HUSCHKE, *Studien des römischen Rechts*, Breslau, 1830, p. 316.

⁵⁴ Cfr. A. PERNICE, *Marcus Antistius Labeo: Das römische Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, I, Halle, 1873, p. 437 e nt. 49.

zione, la clausola *'nisi restituat'* sembra essere praticamente inconciliabile con un'*intentio* del tipo *'quidquid dare facere oportere ex fide bona'* e con la ampia discrezionalità che spetta al giudice⁵⁵ nei *bonae fidei iudicia*⁵⁶, e la sigla pertanto è considerata quasi unanimemente⁵⁷ frutto di un errore del copista⁵⁸.

La nuova azione di buona fede presentava naturalmente vantaggi considerevoli rispetto alla più rigida *actio in factum*, comuni alla categoria di giudizi cui apparteneva: tra i più significati-

⁵⁵ Gai 4.114: *Superest ut dispiciamus, si ante rem iudicatam is cum quo agitur post acceptum iudicium satisfaciat actori, quid officio iudicis conveniat, utrum absolvere, an ideo potius damnare, quia iudicii accipiendi tempore in ea causa fuerit, ut damnari debeat. Nostri praeceptores absolvere eum debere existimant, nec interesse cuius generis sit iudicium; et hoc est quod vulgo dicitur Sabino et Cassio placere omnia iudicia absolutoria esse.* <Diversae scholae auctoribus de strictis iudiciis contra placuit>, de *bonae fidei iudiciis autem idem sentient, quia in eiusmodi iudiciis liberum est officium iudicis ...*

⁵⁶ Sono di questo avviso O. LENEL, *'Das Edictum perpetuum'*, cit., p. 288, nt. 12; C. FERRINI, *Storia*, cit., p. 84; G. ROTONDI, *Contributo*, cit., p. 7; J. BURILLO, *Las formulas*, cit., p. 285 s.; G. GANDOLFI, *Il deposito*, cit., p. 77 s.; C.A. MASCHI, *La categoria*, cit., p. 262; D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*, Como, 1992, p. 46, nt. 114; C. BUZZACCHI, *Demonstratio e protoformule*, in *Studi per G. Nicosia*, II, Milano, 2007, p. 150, nt. 13; F. SCOTTI, *Il deposito nel diritto romano*, Torino, 2008, p. 9, nt. 35; M. VARVARO, *Gai 4.163 e la struttura della formula arbitraria nell'agere ex interdicto sine poena*, in *AUPA*, 2012, 55, p. 731, nt. 70; T. WALTER, *Die Funktionen der actio depositi*, Berlin, 2012, p. 34 ss.

⁵⁷ Propendono per l'autenticità della clausola *'nisi restituat'* nell'*actio depositi in ius* A. METRO, *L'obbligazione*, cit., p. 135 e, più di recente, S.A. CRISTALDI, *La sigla nr nella formula in ius dell'actio depositi riportata da Gaio (Inst. 4,47): difesa di un dato testuale*, in *ZRG*, 2016, 133, pp. 171 ss., ma gli argomenti addotti non paiono idonei a superare i gravi problemi che pone tale interpretazione. È rimasta isolata in letteratura l'opinione di A. UBBELHODE, *Zur Geschichte der benannten Realcontracte auf Rückgabe derselben Species*, Marburg-Leipzig, 1870, p. 38, secondo cui la sigla *'nr'* poteva significare *'numeratam pecuniam'*.

⁵⁸ L'opinione comune è che si tratta di un errore, non isolato in questa parte del manoscritto veronese, cagionato probabilmente dalla usuale sigla *snpa* (*si non paret absolutio*) che segue immediatamente dopo nella formula (cfr. O. LENEL, *'Das Edictum perpetuum'*, cit., p. 288, nt. 12; G. ROTONDI, *Contributo*, cit., p. 7); G. GANDOLFI, *Il deposito*, cit., p. 79 ritiene più probabile che la sigla *nr* avesse costituito un glossema, un appunto interlineare con funzione esplicativa o di *memorandum*, plausibile in un manuale didattico, finito poi nel testo per distrazione, eccesso di scrupolo o ignoranza del copista.

vi l'assenza per l'attore del rischio di incorrere in *pluris petitio*⁵⁹; la possibilità per il convenuto (che rappresentava un'opportunità di maggior soddisfazione anche per il deponente) di evitare la condanna restituendo la *res* anche dopo la *litiscontestatio*⁶⁰ nonché quella di ricorrere alla compensazione giudiziale per gli eventuali costi, per spese e danni, sostenuti dal depositario⁶¹.

In quanto azione contrattuale inoltre, l'*actio depositi in ius* poteva essere intentata *de peculio* nei confronti del *pater* o del *dominus*⁶² ed era esperibile contro gli eredi del depositario, che avrebbero risposto *in solidum* 'ex dolo defuncti'⁶³.

La *formula in ius* pertanto, applicabile ad ogni ipotesi in cui un soggetto avesse depositato una cosa presso un altro che avesse tenuto un comportamento non conforme alla *fides bona*, era dotata evidentemente di una notevole elasticità ed era senza alcun dubbio idonea a coprire l'intero ambito di controversie relative al deposito⁶⁴: da tale presupposto non si può prescindere ove si voglia affrontare con il giusto approccio e metodo la questione della coesistenza delle due *actiones depositi*.

5. In tal senso, pensando che l'*actio in factum* sia stata, sul piano della concreta applicabilità, pressoché interamente 'as-

⁵⁹ Si veda quanto detto a proposito di Gai 4.60: *supra*, § 2 e nt. 6.

⁶⁰ Cfr. Gai 4.114 (*supra*, nt. 55).

⁶¹ A questi aspetti può aggiungersi il possibile ricorso a criteri di imputazione della responsabilità per inadempimento differenti da quelli che scaturiscono dall'applicazione del principio della *utilitas contrahentium* qualora intervenga un apposito patto da ritenersi inerente al *iudicium bonae fidei*: cfr. a riguardo L. GAROFALO, *Gratuità e responsabilità contrattuale*, in *Scambio e gratuità. Confini e contenuti dell'area contrattuale*, a cura di L. GAROFALO, Padova, 2011, p. 32 ss.

⁶² Cfr. Ulp. 30 *ad ed.* D. 16.3.1.18. J. BURILLO, *Las formulas*, cit., p. 287, sottolinea come con il regime dell'azione civile «ya no hacía falta recurrir a la noxalidad».

⁶³ Sulle perpetuità e sulla trasmissibilità agli eredi dell'*actio depositi in ius* cfr. G. ROTONDI, *Contributo*, cit., pp. 49 s. e 123 ss.; J. BURILLO, *Las formulas*, cit., p. 287. Per le differenze rispetto alla *formula in factum* si veda *supra*, nt. 25.

⁶⁴ Cfr. G. GANDOLFI, *Il deposito*, cit., p. 97; C. BEDUSCHI, *Le azioni*, cit., p. 30; T. WALTER, *Die Funktionen*, cit., p. 82.

sorbita' dalla successiva *actio in ius*⁶⁵, la considerazione per cui le due azioni avrebbero avuto differenti funzioni pratiche, con quella civile che sarebbe stata di conseguenza esperibile per far valere una serie di obblighi, diversi da quello di restituire la cosa, e connessi alla *fides bona* evocata nell'*intentio*, che non potevano essere fatti valere con quella basata sul fatto⁶⁶, non può fornire indicazioni utili per la soluzione del problema⁶⁷, così come risulta poco produttivo ipotizzare di associare, come talvolta è stato fatto in letteratura, l'introduzione di un'azione all'esigenza di fare fronte a bisogni specifici⁶⁸.

Questi aspetti paiono invero essere irrilevanti rispetto al reale 'nocciolo della questione': ciò che occorre chiedersi è infatti, alla luce di quanto detto, perché l'*actio depositi in factum* sia sopravvissuta nell'editto anche dopo la comparsa di quella *in ius*.

Abbiamo ipotizzato che la formula *in factum*, indubitabilmente la più antica, risalga agli anni 44-43 a.C. e che quella *in ius* sia stata introdotta da Salvio Giuliano al culmine di una lunga attività interpretativa giurisprudenziale: le possibili spiegazioni della duplicità formulare attestata da Gaio, unico giurista ad aver esplicitamente fatto riferimento a due distinti rimedi processuali in tema di deposito, possono trovare fondamento in ragioni storiche, legate al tradizionalismo roma-

⁶⁵ Utilizza questa espressione L. FRANCHINI, *La ricezione*, cit., p. 133 e nt. 43, il quale sottolinea come il giudice dell'azione civile di deposito fosse legittimato ad accertare anche l'esistenza del fatto costitutivo del rapporto: tale concetto è efficacemente espresso in termini generali da M. TALAMANCA, voce *Processo civile (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, 36, Milano, 1987, p. 54, nt. 388, quando chiarisce che attraverso l'indicazione dell'aspetto effettuale non si poteva, nelle *formulae in ius conceptae*, «non attingere, mediatamente, il fatto costitutivo degli effetti stessi, e cioè quello che era versato, direttamente, nelle *intentiones in factum conceptae* delle azioni onorarie così costruite: ed il giudice, che doveva stabilire l'esistenza di un diritto soggettivo, esistente sul piano del *ius civile*, non poteva esimersi dall'accertare i fatti costitutivi dello stesso secondo la disciplina civilistica».

⁶⁶ Così G. NEGRI, voce *Deposito*, cit., p. 223.

⁶⁷ Di questo avviso, giustamente, L. FRANCHINI, *La ricezione*, cit., p. 134.

⁶⁸ Si veda soprattutto la dottrina più risalente, su cui si tornerà nel dettaglio, ma non manca qualche ambiguità in tal senso anche in G. GANDOLFI, *Il deposito*, cit., p. 92.

no, oppure nell'esistenza di situazioni particolari, nelle quali sarebbe stata esperibile l'*actio in factum* ma non quella *in ius*.

A riguardo occorre precisare che, come si è anticipato in apertura di questa indagine e si avrà modo di verificare in seguito, sul tema non manca una certa confusione, se solo si pensi che la medesima tesi, quella per cui il problema della sopravvivenza dell'*actio in factum* andrebbe risolto sul piano storico, è stata definita, a distanza di poco più di un decennio, «*communis opinio*»⁶⁹ e «soluzione oggi abbandonata»⁷⁰, per poi essere di recente nuovamente qualificata «die herrschende Meinung»⁷¹, a testimonianza di una curiosa oscillazione che ha determinato ciclicamente l'affermarsi di correnti di pensiero prevalenti.

Fermo restando il fatto che lo stato delle fonti non consente di addivenire a risultati certi, cominciamo con il passare in rassegna le principali teorie espresse a partire dai primi anni dell'800, per poi provare a proporre una soluzione plausibile.

I primi ad essersi occupati dell'argomento hanno manifestato la tendenza a trovare sul piano dogmatico la spiegazione dell'esistenza della doppia formula, cercando differenze pratiche che avrebbero potuto determinarne l'origine e la contemporanea presenza: alcuni di questi studiosi, pur partendo dal presupposto che, come visto, è ormai fondatamente inaccettabile, dell'antiorità dell'*actio depositi in ius* rispetto a quella *in factum*⁷², hanno avanzato ipotesi tese a giustificare l'introduzione successiva dell'azione onoraria che possono tuttavia fornire utili spunti di riflessione circa le eventuali ragioni della sua sopravvivenza.

Il dibattito ha preso le mosse dalla scoperta del Gaio Veronese, a seguito della notizia della presenza di due formule per il deposito.

Alcune delle teorie formulate saranno soltanto menzionate in quanto palesemente infondate; di altre, che pur non accoglibili e di per sé non idonee a risolvere il problema, indivi-

⁶⁹ Cfr. G. GANDOLFI, *Il deposito*, cit., p. 82.

⁷⁰ Cfr. G. NEGRI, voce *Deposito*, cit., p. 222.

⁷¹ Cfr. T. WALTER, *Die Funktionen*, cit., p. 73.

⁷² Cfr. *supra*, ntt. 2 e 68.

duano aspetti che meritano di essere presi in considerazione, daremo conto più compiutamente.

Tra le prime, da considerarsi già sorpassate all'inizio del secolo scorso, possiamo ricordare velocemente le opinioni di Dupont, secondo cui la formula *in factum* sarebbe stata concessa se il giudice avesse dovuto decidere sul fatto, ossia stabilire se le cose fosse stata effettivamente depositata, mentre la formula *in ius* solo al fine di pronunciarsi sulle conseguenze giuridiche del fatto stesso⁷³; di Puchta, che individuava la differenza fondamentale tra le due azioni nel fatto che l'*actio in factum* obbligava il depositario convenuto a difendersi per mezzo di *exceptiones*⁷⁴; di Asher, che ipotizzava che l'*actio depositi in ius*, successiva a quella *in factum*, sarebbe stata concessa al fine di permettere il ricorso alla *compensatio*⁷⁵; di Keller, per il quale esclusivamente con la formula *in factum* sarebbe stato possibile ottenere la restituzione, laddove la formula *in ius* avrebbe assicurato all'attore soltanto un risarcimento in denaro⁷⁶; di Rudorff, che riferiva l'azione onoraria al deposito vero e proprio, mentre quella civile alla *fiducia cum amico*⁷⁷.

Un'ipotesi comune a più di uno studioso dell'epoca, che ha invece goduto di un certo seguito, e che ancora in tempi recen-

⁷³ Cfr. E. DUPONT, *Disquisitiones in commentarium IV Institutionum Gai, recenter repertarum*, Lugduni Batavorum, 1822, p. 71 ss.; cfr. *supra*, nt. 65.

⁷⁴ G.F. PUCHTA, *Cursus der Institutionen*, II, Leipzig, 1842, p. 119.

⁷⁵ Cfr. A. ASHER, *Über die Depositumsklagen*, cit., p. 267 ss. Sulla scarsa intellegibilità delle argomentazioni utilizzate dall'autore si veda di recente anche T. WALTER, *Die Funktionen*, p. 72.

⁷⁶ Cfr. F. KELLER, *Über Litiscontestation*, cit., p. 357. L'autore muove dalla erronea convinzione (cfr. *supra*, nt. 27 e si veda inoltre quanto correttamente precisato da G. ROTONDI, *Contributo*, cit., p. 8) che l'*actio in factum* avesse natura arbitraria in ragione dell'espressione «*eamque rem redditam non esse*»; in termini analoghi già J.C. HASSE, *Über das Wesen der actio*, in *Rheinisches Museum für Jurisprudenz*, VI, 1833, p. 33 s. È peraltro appena il caso di sottolineare come non possano esservi dubbi sul fatto che si potesse validamente ricorrere al *iudicium bonae fidei* quando la cosa non fosse stata restituita: sul punto, anche se a proposito del comodato, si veda L. FRANCHINI, *La ricezione*, cit., p. 137 e nt. 54.

⁷⁷ Cfr. A.F. RUDORFF, *Römische Rechtsgeschichte*, II, Leipzig, 1859, p. 172. Per G. ROTONDI, *Contributo*, cit., p. 5, la tesi è «assurda», e figlia di una errata concezione dell'istituto della *fiducia* e del suo rapporto con il deposito: sul punto rinvio a S. LIVA, *Causa depositionis*, cit., p. 23 e nt. 37.

ti è oggetto di attenta analisi, è certamente quella avanzata in modo articolato da Savigny: secondo il romanista tedesco lo scopo della *formula in factum* sarebbe stato quello di garantire la possibilità di agire ai *filii familias*, i quali, per la loro condizione giuridica, non avrebbero potuto esperire un'azione civile⁷⁸.

A sostegno della sua ricostruzione egli adduce sostanzialmente due testi nei quali è attestata tale facoltà, Ulp. 30 *ad ed. D. 16.3.19 (Iulianus et Marcellus putant filium familias depositi recte agere posse)* e Paul. 9 *ad Sab. D. 44.7.9 (Filius familias suo nomine nullam actionem habet nisi iniuriarum et quod vi aut clam et depositi et commodati ut Iulianus putat)*⁷⁹, sui quali torneremo nel dettaglio⁸⁰.

Rotondi, giudicando infruttuosi e dall'esito insoddisfacente i tentativi operati per trovare una spiegazione alla persi-

⁷⁸ Cfr. F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, V, Berlin, 1841, p. 216; nello stesso senso anche H. BUCHKA, *Die Lehre vom Einfluss des Processes auf das materielle Rechtsverhältnis*, I, Rostock, 1846, p. 13; P.E. HUSCHKE, *Gaius. Beiträge zur Kritik und zum Verständnis seiner Institutionen. Mit einer Zugabe über die Klagformeln in der Lex Rubria*, Leipzig, 1855, p. 237, ma già in A.W. HEFFTER, *Gaii iurisconsulti institutionum commentarius quartus sive de actionibus*, Berlin, 1827, p. 55 ss. e in C.F. MÜHLENBRUCH, *Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte*, III, Stuttgart, 1836, p. 156 s. la figura del *filius familias* è oggetto di riflessione. Naturalmente occorre nuovamente ribadire (cfr. *supra*, nt. 72) che la formula *in factum* non sarà sorta, come sostenuto da Savigny, per questa ragione, ma tutt'al più sopravvissuta dopo l'introduzione dell'*actio depositi in ius*: si veda in questo senso M. WLASSAK, *Zur Geschichte der Negotiorum gestio: eine rechtshistorische Untersuchung*, Jena, 1879, p. 158, secondo cui la possibilità per i *filii familias* di esperire soltanto l'*actio in factum* contribuì a salvarla da una completa desuetudine.

⁷⁹ Il passo viene messo in relazione con Ulp. 1 *disp. D. 44.7.13: In factum actiones etiam filii familiarum possunt exercere.*

⁸⁰ Interessante è anche la teoria espressa da A. THON, *Zur Lehre von den in factum actiones*, in *ZRG*, 1863, 2, pp. 288 ss., non tanto nella sostanza, visti i limiti arbitrariamente imposti all'applicazione dell'azione civile – l'autore, ribaltando totalmente la prospettiva di Keller (cfr. *supra*, nt. 76), sosteneva che soltanto con la *formula in ius*, esperibile però esclusivamente nei confronti di un depositario che all'inizio del processo possedesse la *res* oppure se ne fosse spogliato dolosamente, si potesse chiedere la restituzione della cosa, mentre l'*actio in factum*, diretta ad ottenere il risarcimento dei danni, sarebbe stata utilizzata quando il convenuto avesse perso la cosa *sine dolo* o quando la cosa restituita fosse diminuita di valore –, quanto per il merito di aver portato all'attenzione un testo di Ulpiano, D. 5.1.18.1, che, come vedremo, pare avere un notevole significato.

stenza della *formula in factum* una volta sorta quella *in ius*, riteneva che il problema andasse risolto storicamente, essendo a suo parere «conforme al modo lento e graduale di evoluzione del diritto romano che il nuovo rimedio che sorge non soppianti d'un tratto, bensì si collochi accanto all'antico, finché quest'ultimo lentamente non si esaurisca, o i due rimedi si fondano finalmente in uno solo»⁸¹.

Per lo studioso dunque le due formule, nelle differenze delle quali, come detto, non era possibile trovare risposta alla domanda sul perché della loro coesistenza⁸², avrebbero convissuto per un certo periodo, anche quali oggetto della riflessione giurisprudenziale⁸³, fino a divenire, ben prima dell'epoca giustiniana, un unico rimedio, prettamente contrattuale ed ispirato alla *bona fides*⁸⁴.

L'approccio alla questione di Rotondi ha riscosso largo consenso in seno alla letteratura⁸⁵, tanto da divenire *communis*

⁸¹ Così G. ROTONDI, *Contributo*, cit., p. 47 s., il quale trova conforto per la sua idea anche nello studio dedicato qualche anno prima da Ferrini al comodato.

⁸² G. ROTONDI, *Contributo*, cit., p. 54, nt. 1, dopo aver analizzato queste differenze, riconosce come, questione dei *filii familias* a parte (cfr. *supra*, nt. 78), fosse di norma certamente da preferire l'*actio in ius*, più flessibile e di buona fede: cfr. *supra*, ntt. 65 e 67.

⁸³ Per Rotondi i commenti dei giureconsulti si riferiscono di preferenza all'*actio in factum* perché la più antica e quella intorno alla quale l'istituto si è sviluppato (cfr. in questo senso C.A. MASCHI, *La categoria*, cit., p. 158); quelli relativi alla *formula in ius* sono pertanto pochi e riferiti ad aspetti particolari.

⁸⁴ Per tale ragione i compilatori si sarebbero serviti indistintamente di testi classici relativi alle due formule cercando di eliminare le differenze e di uniformare la trattazione: cfr. G. ROTONDI, *Contributo*, cit., p. 54; J. BURILLO, *Las formulas*, cit., p. 290; L. FRANCHINI, *La ricezione*, cit., p. 141, nt. 68, secondo cui la *cognitio extra ordinem* avrebbe rappresentato il terreno ideale per favorire l'assimilazione reciproca delle due azioni.

⁸⁵ Si vedano in tal senso G. ASTUTI, voce *Deposito (storia)*, in *Enc. dir.*, 12, Milano, 1964, p. 213; J. BURILLO, *Las formulas*, cit., p. 289, a parere del quale, alle considerazioni di natura storica capaci di giustificare la sopravvivenza dell'*actio in factum* si deve aggiungere «una razon de indole práctica, una ventaja de la que carecía la fórmula *in ius*», legata ancora una volta alla condizione del *filius familias*; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I, München, 1971², p. 535; C. BEDUSCHI, *Le azioni*, cit., p. 30, per cui, considerato il più ampio ambito di applicazione dell'azione civile, «la concomitanza di due formule per il deposito [...] rappresenta probabilmente una stratificazione

opinio, almeno fino al momento in cui è stato oggetto di revisione critica da parte di Gandolfi, il quale ha definito tale impostazione non adeguata a far luce sul problema della coesistenza dei due *iudicia*⁸⁶.

Gandolfi lamenta il fatto che non sia stata dedicata dalla dottrina prevalente sufficiente attenzione alle notevoli differenze che intercorrono tra le due formule, il cui unico elemento comune sarebbe stato costituito dal presupposto di aver dato una cosa in deposito; egli si interroga dunque sulle ragioni che possano aver determinato il sorgere della *formula in ius*, e le individua nella possibilità di tener conto di *pacta* conclusi tra deponente e depositario al fine di estendere la responsabilità di quest'ultimo oltre il limite del dolo, o ancora nella conseguente azionabilità della pretesa del deponente che, avendo affidato in custodia della *pecunia non obsignata* e essendosi visto restituire, come da accordi presi, il *tantundem*, chiedesse il pagamento degli interessi⁸⁷.

storica [...] e la formula *in factum* appare quindi in sostanza la semplice sopravvivenza di una tutela più antica, in parte ancora legata a concezioni ed esperienze arcaiche, a cui solo nel tempo si è affiancata la tutela più evoluta dei *iudicia bonae fidei*. Più ambigua la posizione di C.A. MASCHI, *La categoria*, cit., p. 325 ss., che considera da respingere tanto la posizione che ascrive la sopravvivenza dell'*actio in factum* unicamente alla forza della tradizione e al fatto che da essa si desumesse il regime fondamentale del deposito, quanto quella che per sostenere la generale applicabilità delle due azioni suppone che avessero differenti funzioni (l'azione onoraria diretta ad ottenere la restituzione della cosa oppure la condanna nella *aestimatio* della cosa non restituita, l'*actio in ius* volta a garantire il risarcimento del danno qualora la *res* fosse già stata restituita: così per il comodato F. PASTORI, *Il comodato nel diritto romano*, Milano, 1954, p. 146, ma si veda quanto detto *supra*, nt. 76). Per Maschi l'*actio in factum* avrebbe continuato ad essere strumento attuale anche una volta introdotta l'azione civile «unicamente perché applicabile a fattispecie per le quali non può concedersi l'*a. in ius*», ma lo studioso fa riferimento, citando D. 16.3.21 e D. 16.3.1.18, a casi di incapacità del soggetto passivo del rapporto: l'argomento non sembra pertanto essere decisivo se solo si pensi, riguardo a quest'ultimo testo, a quanto rilevato giustamente da Buriello (cfr. *supra*, § 3, nt. 62), fermo restando il fatto che per i *illi familias* era da tempo ammessa l'assunzione in proprio di responsabilità.

⁸⁶ Cfr. G. GANDOLFI, *Il deposito*, cit., p. 83.

⁸⁷ Cfr. G. GANDOLFI, *Il deposito*, cit., p. 96 s.

Il fatto, riconosciuto dallo stesso Gandolfi, che l'*actio depositi in ius ex fide bona* abbia offerto protezione a fattispecie litigiose diverse da quelle riconducibili alla formula *in factum* allo scopo di realizzare una tutela più completa delle aspettative – in specie del deponente⁸⁸ –, capace di operare a seguito di ogni comportamento non conforme alla buona fede⁸⁹, rende tuttavia evidentemente, come già rilevato, queste considerazioni inidonee sul piano metodologico a rendere ragione della sopravvivenza dell'*actio in factum*⁹⁰.

Le non soddisfacenti risposte fornite sul piano dogmatico hanno quindi verosimilmente riportato alla ribalta, in tempi più recenti, l'opzione del 'naturale' processo storico⁹¹: Franchini in particolare, da ultimo, torna a considerare la tesi per cui l'*actio in factum* sarebbe sopravvissuta per motivi storici, la più convincente⁹², non accogliendo però nel contempo, diversamente da Wlassak, Rotondi e Burillo⁹³, l'idea che la formula

⁸⁸ Cfr. G. GANDOLFI, *Il deposito*, cit., p. 94 s., il quale aggiunge che nell'*actio in ius* l'ammontare della condanna non viene posto in relazione con il valore della cosa depositata ma con l'interesse dell'attore all'adempimento dei doveri derivanti dalla *fides bona* cui il convenuto non abbia ottemperato.

⁸⁹ Cfr. G. GANDOLFI, *Il deposito*, cit., p. 97: cfr. *supra*, nt. 64.

⁹⁰ Si pone nello stesso ordine di idee di Gandolfi anche G. NEGRI, voce *Deposito*, cit., p. 222 s., il quale a sua volta rifiuta l'idea della persistenza della formula *in factum* per mera forza della tradizione e ammonisce sul fatto che le due azioni da deposito debbano essere viste come complementari, ognuna con un proprio ambito di applicazione ben preciso, e non come alternative: anche nel suo caso sembra pertanto desumibile – poiché nulla a riguardo è detto in termini espliciti – la convinzione, opportunamente definita illusoria da L. FRANCHINI, *La ricezione*, cit., p. 134 s. e nnt. 44 e 46, che l'enigma della duplicità formulare possa trovare soluzione facendo appello alle differenti applicazioni pratiche, intese come funzioni giuridiche.

⁹¹ Si vedano ad esempio P. GRÖSCHLER, *Actiones in factum. Eine Untersuchung zur Klage-Neuschöpfung im nichtvertraglichen Bereich*, Berlin, 2002, p. 289 e implicitamente, benché dichiarati di non prendere posizione sulla questione delle due formule, T. WALTER, *Die Funktionen*, cit., pp. 73 e 89.

⁹² Cfr. L. FRANCHINI, *La ricezione*, cit., p. 137 ss., il quale aggiunge argomentazioni integrative, a suo parere legate ai fenomeni di ricezione dei *iudicia bonae fidei* (cfr. *supra*, nt. 41).

⁹³ Cfr. *supra*, nnt. 78, 82 e 85.

basata sul fatto avesse conservato un residuo margine di applicazione in capo ai *fili familias*⁹⁴.

6. Terminata la rassegna delle opinioni dottrinali, dalle quali emerge un andamento piuttosto ondivago, possiamo a questo punto provare a tirare le fila del discorso, avanzando una proposta interpretativa che tenga in debito conto tutti i dati emersi e che metta a frutto ogni testimonianza offerta dalle fonti.

Abbiamo cominciato questa indagine sottolineando come per affrontare correttamente il problema della coesistenza delle due formule da deposito occorresse preliminarmente occuparsi del loro rapporto cronologico nonché delle rispettive caratteristiche e dei relativi ambiti di applicazione.

Riguardo a quest'ultimo aspetto, le riflessioni svolte ci inducono a ritenere che il metodo dogmatico, muovendo da considerazioni riguardanti le teoriche differenze pratiche delle due *formulae*, non sia in grado, per ragioni diverse, di fornire risposte soddisfacenti, tenendo altresì conto del fatto che il ben noto appiattimento delle fonti dedicate alle *actiones depositi* operato dai giustinianeî, per i quali non era più utile distinguere tra i due rimedi processuali⁹⁵, rende in molti casi particolarmente complicato distinguere con certezza l'applicazione, di volta in volta, dell'uno o dell'altro.

Per quel che concerne invece la teoria che riconduce la sopravvivenza della più antica *actio in factum* a motivi storici, credo che non sia indifferente tenere anzitutto in debita considerazione la data della comparsa delle due *formulae*, e in mo-

⁹⁴ Cfr. L. FRANCHINI, *La ricezione*, cit., p. 136 che in proposito, facendo riferimento al principale argomento speso dagli avversari del modello storico, afferma: «non si vede perché mai proprio per simili evenienze, concernenti soltanto il deposito, ... si sarebbe dovuta lasciare addirittura sopravvivere una formula edittale *in factum*, della quale non si ha, per altri istituti, alcuna traccia». Sulla questione tuttavia l'autore non si occupa, al pari di Burillo, di un passo a mio avviso significativo, come si avrà modo di verificare a breve, D. 5.1.18.1.

⁹⁵ Cfr. *supra*, § 5, nt. 84.

do particolare di quella – che abbiamo acclarato essere senza alcun dubbio successiva⁹⁶ – *in ius concepta*.

Se sulla base dei dati raccolti riteniamo di poter collocare l'*actio depositi in factum* immediatamente dopo il 44 a.C.⁹⁷, abbiamo aderito all'opinione espressa da Jesus Burillo, secondo cui l'introduzione dell'*actio depositi in ius* sarebbe stata opera di Salvio Giuliano⁹⁸.

L'azione civile di buona fede si sarebbe dunque aggiunta a quella pretoria solo qualche decennio prima della stesura delle *Institutiones* di Gaio⁹⁹, e pressoché contestualmente alla codificazione dell'*edictum perpetuum*: stante così le cose, non può stupire più di tanto il fatto che l'*actio depositi in factum* – saldamente radicata nella pratica e a lungo oggetto di studio e di interpretazione da parte dei giureconsulti, che spesso commentavano le opere dei loro predecessori¹⁰⁰ – sia rimasta per comodità nell'editto giuliano, probabilmente in omaggio al tradizionalismo romano, poco incline ad ammettere la traumatica eliminazione di clausole e formule.

A questo punto è necessario tornare su un caso, quello del deposito effettuato da un *filius familias*, intorno al quale, come abbiamo avuto modo di constatare, non v'è identità di vedute neppure tra i sostenitori della 'tesi storica'¹⁰¹.

⁹⁶ Cfr. *supra*, § 2.

⁹⁷ Decisiva in questo senso è l'assenza dell'azione in alcuni passi ciceroniani che trattano di *actiones* infamanti e nella lista di azioni che comportano *infamia* trasmessa dalla *Tabula Heracleensis*: cfr. *supra*, § 2, ntt. 16, 17 e 21.

⁹⁸ Per una disamina dettagliata della questione si veda *supra*, § 3.

⁹⁹ Cfr. J. BURILLO, *Las formulas*, cit., p. 236: si veda anche *supra*, § 2, nt. 7. Giova rammentare che Gaio, giurista notoriamente attento alle tradizioni e ai processi storici di trasformazione, come testimoniano ad esempio i sei libri di commento alle Dodici Tavole e il lungo *excursus* dedicato nel quarto libro delle *Institutiones* all'antico regime delle *legis actiones*, è l'unico a parlare di due formule per il deposito.

¹⁰⁰ Si veda in proposito anche quanto detto *supra*, § 5, nt. 83.

¹⁰¹ Per Wlassak, Rotondi e Burillo l'*actio depositi in factum* avrebbe conservato un residuale campo d'elezione quale strumento esperibile da *fili familias* in qualità di deponenti; per Franchini questa fattispecie così circoscritta non sarebbe sufficiente per spiegare la presenza di una formula nell'editto (cfr. *supra*, ntt. 93 e 94).

Cominciamo con il riportare i passi pertinenti, per poi provare ad approfondire il discorso, riflettendo sulle indicazioni provenienti da un testo di Ulpiano che è stato perlopiù trascurato o comunque non adeguatamente valorizzato dalla dottrina.

La possibilità per un *filius familias* – che manca di capacità per operare in ambito contrattuale, e che pertanto non può servirsi dell’azione civile di buona fede – di esperire l’*actio depositi in factum* sarebbe attestata da due frammenti¹⁰²:

Ulp. 17 *ad ed.* D. 16.3.19: *Iulianus et Marcellus putant filium familias depositi recte agere posse.*

Paul. 9 *ad Sab.* D. 44.7.9: *Filius familias suo nomine nullam actionem habet, nisi iniuriarum et quod vi aut clam et depositi et commodati ut Iulianus putat.*

Le testimonianze relative alla facoltà per il *filius familias* di agire *suo nomine* con l’*actio depositi* meritano tuttavia, a mio parere, di essere riconsiderate alla luce di un testo in cui Ulpiano concede al figlio *in potestate* un’*actio utilis*, estensione dell’azione da deposito *in ius ex fide bona*:

Ulp. 23 *ad ed.* D. 5.1.18.1: *Si filius familias ex aliqua noxa, ex qua patri actio competit, velit experiri, ita demum permittimus ei agere, si non sit qui patris nomine agat. Nam et Iuliano placet, si filius familias legationis vel studiorum gratia aberit et vel furtum vel damnum iniuria passus sit, posse eum utili iudicio agere, ne dum pater expectatur impunita sint maleficia, quia pater venturus non est vel dum venit, se subtrahit is qui noxam commisit. Unde ego semper probavi ut, si res non ex maleficio veniat, sed ex contractu, debeat filius agere utili iudicio, forte depositum repetens, vel mandati agens, vel pecuniam quam credidit petens, si forte pater in provincia sit, ipse autem forte Romae vel studiorum causa vel alia iusta ex causa agat: ne, si ei non dederimus actionem, futurum sit, ut impune fraudem patiat et egestate Romae laboret viaticu-*

¹⁰² I due testi riportati di seguito sarebbero da mettere in relazione con D. 44.7.13: *In factum actiones etiam filii familiarum possunt exercere*. Così G. ROTONDI, *Contributo*, cit., p. 6; J. BURILLO, *Las formulas*, cit., p. 289.

lo suo non recepto, quod ad sumptum pater ei destinaverat. Et finge senatorem esse filium familias qui patrem habet in provincia, nonne augetur utilitas per dignitatem?

Il primo dato significativo da sottolineare è il fatto che a pronunciarsi in merito all'esperibilità dell'*actio depositi in factum* da parte del *filius familias* sia sempre Salvio Giuliano (in un caso seguito da Marcello), proprio colui al quale si dovrebbe la successiva introduzione dell'*actio in ius*.

In secondo luogo, il confronto tra D. 16.3.19 e D. 44.7.9 da una parte, e D. 5.1.18.1 dall'altra, suggerisce inevitabilmente una domanda: perché ricorrere ad un'*actio utilis in ius* quando il *filius* ha a disposizione l'azione diretta *in factum*?

Thon ha notato l'antinomia, pur proponendo una soluzione non accoglibile nel merito¹⁰³; dopo di lui Rotondi ha concordato sul fatto che il problema di conciliare i due testi potesse risolversi solo guardando alla duplicità formulare, alla concezione dei rapporti tra *formula in ius* e *formula in factum*¹⁰⁴, ma la dottrina successiva non pare essersi interessata più di tanto. Più di recente, per quanto mi consta, il passo nel quale per Ulpiano il *filius* debba '*agere utili iudicio*' non è stato preso in considerazione¹⁰⁵.

La soluzione proposta dal giurista severiano credo tuttavia sia in grado di aggiungere un nuovo elemento di valutazione, poiché sembra suggerire che l'*actio depositi in ius ex fide bona* fosse ormai a tal punto diffusa, quale strumento da preferire per la sua maggior duttilità, da aver sostanzialmente assorbi-

¹⁰³ L'autore sostiene che la concessione dell'*actio utilis* si possa spiegare solo ammettendo che la *formula in factum* valesse esclusivamente ad ottenere un risarcimento in denaro, e che per conseguire la restituzione della *res* fosse necessario ricorrere alla *formula in ius*: sul punto si vedano i rilievi già espressi *supra*, nt. 80.

¹⁰⁴ Cfr. G. ROTONDI, *Contributo*, cit., p. 66 s., il quale in proposito pensa genericamente, non soffermandosi tuttavia su quanto ciò avrebbe potuto comportare, a «un'estensione utile della più comprensiva *actio in ius* [...] per i casi in cui l'*actio in factum* a disposizione del figlio non fosse sufficiente».

¹⁰⁵ Non si occupano di D. 5.1.18.1 Burillo, Franchini e neppure Maschi, il quale tratta soltanto della condizione dei *filius familias* che si trovino nelle vesti di depositari convenuti: cfr. *supra*, nt. 85.

to nei fatti anche il residuo spazio di operatività della *formula in factum*, scaturito dalla comparsa in età giulianea del nuovo strumento processuale.

Tale scenario parrebbe ridimensionare i contorni del problema, sovente avvertito in letteratura¹⁰⁶, che pone la mancanza di ogni discussione in seno alla giurisprudenza del II e III secolo d.C.¹⁰⁷ circa la duplicità formulare e la persistenza dell'azione più antica, e sembra essere coerente con l'idea che una costante coesistenza del regime delle due *actiones* da deposito per tutta l'epoca classica, sul piano del concreto funzionamento pratico, sia difficilmente immaginabile.

La formula *in factum*, capace di riflettere il regolamento giuridico più antico, e dalla quale è stato possibile dedurre le linee essenziali del deposito, sarebbe dunque rimasta nell'editto per le ragioni su esposte, ma conservando, dopo l'introduzione della formula *in ius ex fide bona*, un ambito di applicazione estremamente circoscritto, destinato peraltro anch'esso ad esaurirsi presto.

¹⁰⁶ Si vedano da ultimo L. FRANCHINI, *La ricezione*, cit., p. 134 e T. WALTER, *Die Funktionen*, cit., p. 63, che si chiede quale possano essere le ragioni del pressoché totale silenzio delle fonti a riguardo ma ipotizza che ciò potrebbe essere dovuto all'assenza di problemi giuridici sostanziali al di là di quello relativo ai *fili familias*: «So könnte man erklären, dass uns die *actio depositi in factum concepta* nur noch im Zusammenhang der Aktivlegitimation des *filiusfamilias* begegnet, denn dort bestand eine materiellrechtliche Verschiedenheit. Spinnt man diesen Faden weiter, so deutet das Fehlen jeder Spur einer *action in factum concepta* auf das Fehlen materiellrechtlicher Unterschiede zwischen den Formeln zumindest in der von Ulpian und Paulus repräsentierten Zeit». Al di là delle posizioni assunte in letteratura, che non possono essere discusse in questa sede, questioni certamente più complesse sembrano interessare gli altri casi di duplicità formulare: nel *commodatum* sul piano dei criteri di imputazione di responsabilità contrattuale (cfr. F. PASTORI, *Il commodato*, cit., p. 149); nella *negotiorum gestio* su quello delle complessive differenze intercorrenti, dal punto di vista dogmatico, tra istituto pretorio e istituto civile (cfr. G. FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, I, Napoli, 1999, p. 430).

¹⁰⁷ Con l'unica eccezione, ricordata in più occasioni, di Gaio (cfr. *supra*, § 5 e nt. 99).

STEFANO LIVA, La coesistenza tra *actio depositi in factum* e *actio depositi in ius*: un problema da ridimensionare?

Con questa indagine, muovendo da considerazioni relative alla data cui far risalire l'introduzione rispettivamente dell'*actio depositi in factum* e dell'*actio depositi in ius ex fide bona* e alle caratteristiche peculiari nonché agli ambiti di operatività dei due giudizi, si è cercato di ipotizzare quali potessero essere le ragioni cui ascrivere la loro coesistenza all'interno dell'editto perpetuo giuliano, evidenziando al contempo la verosimilmente limitata rilevanza pratica del mezzo di tutela più risalente.

Parole chiave: deposito, *actio in ius*, *actio in factum*, coesistenza.

STEFANO LIVA, The Coexistence Between *Actio Depositum in Factum* and *Actio Depositum in Ius*: a Problem to be Scaled Down?

With this investigation, starting from considerations relating to the date to which the introduction of the *actio depositum in factum* and the *actio depositum in ius ex fide bona* can be traced back respectively and to the peculiar characteristics as well as the areas of operation of the two judgments, we have tried to hypothesize what could be the reasons for their coexistence within the Julian perpetual edict, highlighting at the same time the likely limited practical relevance of the oldest means of protection.

Key words: deposit, *actio in ius*, *actio in factum*, coexistence.