

Riflessioni su una decisione di Ulpiano riguardante l'actio furti a favore del fullo ladro: D. 47.2.48.4 (Ulp. 42 ad Sab.)

1. Nelle fonti troviamo esplicitamente stabilito che il ladro, qualora fosse stato a sua volta derubato, non aveva la legittimazione attiva all'*actio furti*¹. Sappiamo però che a tale 'regola' erano previste delle eccezioni, una delle quali riferita da Ulpiano, nel commentario a Sabino².

Leggiamo il passo:

D. 47.2.48.4 (Ulp. 42 ad Sab.): *Si ego tibi poliendum vestimentum locavero, tu vero inscio aut invito me commodaveris Titio et Titio furtum factum sit: et tibi competit furti actio, quia custodia rei ad te pertinet, et mihi adversus te, quia non debueras rem commodare et id faciendo furtum admiseris: ita erit casus, quo fur furti agere possit*³.

¹ D. 47.2.14.4 (Ulp. 29 ad Sab.): ... *quia in omnium furum persona constitutum est, ne eius rei nomine furti agere possint, cuius ipsi fures sunt* ...; D. 47.2.77(76).1 (Pomp. 38 ad Quint. Muc.): *Si quis alteri furtum fecerit et id quod subripuit alius ab eo subripuit, cum posteriore fure dominus eius rei furti agere potest, fur prior non potest, ideo quod domini interfuit, non prioris furis, ut id quod subreptum est salvum esset. Haec Quintus Mucius refert et vera sunt: nam licet intersit furis rem salvam esse, quia condictione tenetur, tamen cum eo is cuius interest furti habet actionem, si honesta ex causa interest*. ... V. anche D. 47.2.12.1 (Ulp. 29 ad Sab.): *Sed furti actio malae fidei possessori non datur, quamvis interest eius rem non subripi, quippe cum res periculo eius sit: sed nemo de inprobitate sua consequitur actionem et ideo soli bonae fidei possessori, non etiam malae fidei furti actio datur* (relativo al possessore in mala fede); e D. 47.2.11 (Paul. 9 ad Sab.): *Tum is cuius interest furti habet actionem, si honesta causa interest* (per chi in generale avesse un interesse per 'causa non honesta'). Alcuni hanno dubitato della classicità di tali espressioni che miravano ad una esclusione assoluta di ogni ladro (e possessore in mala fede). V., per tutti, F.M. De Robertis, *La legittimazione attiva nell'actio furti I. Sulla questione "an fur furti agere possit"*, in AUBA. 10, 1949, ora in *Scritti varii di diritto romano, III. Diritto penale*, Bari 1987, 307 ss., secondo cui non vi era alcun "dubbio ... in ordine al risoluto indirizzo della Compilazione nel senso della esclusione di ogni ladro, come del resto di ogni possessore in genere di mala fede, dalla legittimazione ad agire di furto: indirizzo questo ispirato ... da evidenti preoccupazioni di carattere morale più che giuridico" (p. 313); mentre egli si configurava "il diritto classico come dominato da correnti contrastanti, o meglio da una tendenza di base orientata per la esclusione di idee e di principi suscettivi di indurre in contrario orientamento e non per anco agevolmente superabili" (p. 335).

² V. *infra*, oltre che nel testo, le note seguenti.

³ Sul testo, v., tra gli altri, C. Ferrini, *Storia e teoria del contratto di comodato nel diritto romano*, in AG. 52-53, 1894, ora in *Opere*, III. *Studi vari di diritto romano e moderno (sulle Obbligazioni, sul Negoziio giuridico, sulle Presunzioni)*, Milano 1929, 187 s.; M. Pampaloni, *Studi sopra il delitto di furto (Furto di possesso e furto di uso)*, in *Studi Senesi* 11, 1894, ora in *Scritti Giuridici*, I, Pisa-Roma 1941, 706; L. Lusignani, *Studi sulla responsabilità per custodia secondo il diritto romano, I. Il receptum nautarum cauponum stabulariorum. Gli altri casi di locatio conductio*, Modena 1902, 46 s.; F. Schulz, *Die Aktivlegitimation zur actio furti im klassischen*

Ulpiano prende in considerazione la fattispecie in cui si fosse consegnato un vestito da pulire al *fullo*, e questi, ad insaputa o contro il volere del proprietario⁴, lo avesse dato in comodato ad un terzo al quale sarebbe stato poi rubato. Secondo il giurista, al *fullo* sarebbe spettata l'*actio furti* contro il ladro, poiché egli era tenuto per la *custodia* della cosa (*quia custodia rei ad te pertinet*)⁵, e al proprietario

römischen Recht, in ZSS. 32, 1911, 39 ss.; F. Kniep, *Gai Institutionum Commentarius Tertius*, II, §§ 88-225 (*Obligationenrecht*), Jena 1917, 491, 509 ss.; De Robertis, *La legittimazione attiva nell'actio furti* I, cit., 329 ss.; J. Rosenthal, *Custodia und Aktivlegitimation zur actio furti*, in ZSS. 68, 1951, 261; G. MacCormack, *Custodia und culpa*, in ZSS. 89, 1972, 169; V. Poláček, *Comodato e furto: spunti d'interpretazione dialettica*, in *Labeo* 19, 1973, 170, 178; R. Robaye, *L'obligation de garde essay sur la responsabilité contractuelle en droit romain*, Bruxelles 1987, 184; M.J. García Garrido, *La actio furti del fur*, in *Estudios en homenaje al Profesor Hernández Tejero*, II, Madrid 1994, ora in *Miscelánea romanística*, II, Madrid 1994, 582 s.; G. Klingenberg, "*Constitutum est*" in D. 47.2.14.4, in RIDA., III serie, 46, 1999, 260 ss.; I. Kroppenberg, *Die Insolvenz im klassischen römischen Recht. Tatbestände und Wirkungen außerhalb des Konkursverfahrens*, Köln-Weimar-Wien 2001, 487 ss.; M. Serrano-Vicente, *Custodiam praestare. La prestación de custodia en el derecho romano*, Madrid 2006, 160 s.

⁴ Questa alternativa, "*inscio aut invito me*", è molto significativa, essendo sufficiente ai fini della configurazione del delitto di furto la semplice ignoranza del *dominus* del comportamento del terzo, la quale, per tali fini, era parificata al 'vietare' (cfr. D. 47.2.48.3 [Ulp. 48 *ad Sab.*]: ... *Vetare autem dominum accipimus etiam eum qui ignorat, hoc est eum qui non consensit*). Certo, in caso di *inscientia domini*, sappiamo che il comodatario e il depositario non commettevano furto, qualora ritenessero (anche a torto: in tal caso, sarebbe stata solo questione di responsabilità contrattuale) che il *dominus* non sarebbe stato contrario all'uso della cosa (per il depositario) o all'uso diverso rispetto a quello per il quale era stata data la cosa (per il comodatario): v., ad es., D. 47.2.77(76) pr. (Pomp. 38 *ad Quint. Muc.*). È chiaro che, nella nostra fattispecie, difficilmente si sarebbe potuto presumere che il *dominus* avrebbe acconsentito al prestito da parte del *fullo* di una cosa ad un terzo. Sul punto, v. anche *infra*, nt. 41.

⁵ Numerosi sono i passi in cui viene riconosciuto, quale fondamento dell'*actio furti*, l' 'interesse': v., ad es., Gai 3.203.205; D. 47.2.10 (Ulp. 29 *ad Sab.*); D. 47.2.11 (Paul. 9 *ad Sab.*); D. 47.2.14.10 (Ulp. 29 *ad Sab.*); D. 47.2.49 pr. (Gai. 10 *ad ed. prov.*); D. 47.2.86(85) (Paul. 2 *man.*); D. 47.2.91(90) pr. (Iav. 9 *ex post. Lab.*). Ovviamente, come è precisato anche nei testi segnalati, non a tutti coloro che avessero interesse a che la cosa non fosse rubata veniva riconosciuta l'*actio furti*: occorre, infatti, qualora non si fosse proprietari, che il rischio (*periculum*) della cosa rubata fosse a proprio carico (v. anche, tra gli altri, D. 47.2.79[78] [Pap. 8 *quaest.*]): cfr., su tutti, F.M. De Robertis, *La legittimazione attiva nell'actio furti II. La regola dell'interesse e i criteri a base della legittimazione*, in AUBA. 10, 1949, ora in *Scritti vari di diritto romano*, III cit., 261 ss. C.A. Cannata, *Ricerche sulla responsabilità contrattuale nel diritto romano*, I, Milano 1966, 42 ss., rifiuta di ricollegare la legittimazione ad agire per il furto alla responsabilità: per l'a., infatti, essa troverebbe il suo fondamento sul potere di tutela e vigilanza sulla cosa. Per una critica a tale impostazione, almeno per quanto riguarda il periodo postgiuliano, v. F.M. De Robertis, *rec.* a C.A. Cannata, *Ricerche sulla responsabilità contrattuale* cit., in SDHI. 33, 1967, ora in *Scritti vari di diritto romano*, I. *Diritto privato*, Bari 1987, 672 s. La questione di quale fosse l'interesse posto alla base della legittimazione ad agire all'*actio furti* è stato oggetto di grande attenzione tra gli studiosi: v., tra gli altri (oltre al De Robertis e al Cannata), Ferrini, *Storia e teoria del contratto di comodato* cit., 180; Schulz, *Die Aktivlegitimation* cit., 23 ss.; P. Huvelin, *Études sur le*

furtum dans le très ancien droit romain, I. *Le sources*, Lyon-Paris 1915, rist. Roma 1968, 338 ss., 493 ss.; W.W. Buckland, *L'intérêt dans l'actio furti en droit classique*, in *RH.* 40, 1917, 5 ss.; Rosenthal, *Custodia und Aktivlegitimation* cit., 217 ss.; M. Kaser, *Grenzfragen der Aktivlegitimation zur actio furti*, in *De iustitia et iure. Festgabe für Ulrich von Lübtow*, Berlin 1980, ora in *Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode*, Wien-Köln-Graz 1986, 215 ss.; Kroppenbergh, *Die Insolvenz* cit., 475 ss.; M.A. Fenocchio, *Sulle tracce del delitto di furtum. Genesi sviluppi vicende*, Napoli 2008, 196 ss.; J.U. Wacke, *Actiones suas praestare debet. Die Last zur Klagenabtretung an den Ersatzpflichtigen und dessen Eigentumserwerb - Römischrechtliche Grundlagen des Zessionsregresses nach §255 (1. Fall) BGB*, Berlin 2010, 168 ss.

Per quanto riguarda specificatamente il *fullo*, la sua legittimazione attiva era fondata sulla responsabilità per *custodia*, sulla possibilità cioè di dover rispondere del furto con l'*actio locati*. Sulla responsabilità per *custodia* del *fullo* e della sua conseguente legittimazione all'*actio furti*, le fonti sono chiare: v., ad es. – oltre al passo ulpiano – Gai 3.205-206; D. 4.9.5 pr. (Gai. 5 ad ed. prov.); D. 47.2.12 pr. (Ulp. 29 ad Sab.); D. 47.2.91(90) (Iav. 9 ex post. Lab.). Sul punto, v., tra gli altri, V. Arangio-Ruiz, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, Napoli 1933², 71 ss.; G.I. Luzzatto, *Caso fortuito e forza maggiore come limite alla responsabilità contrattuale*, Milano 1938, 147 ss.; Serrano-Vicente, *Custodiam praestare* cit., 153 ss. (a cui si rinvia [pp. 61 ss.], per una sintesi delle varie posizioni dottrinarie sul valore da attribuire alla responsabilità per *custodia*). Per l'interpolazione del riferimento alla *custodia*, v., per tutti, Lusignani, *Studi sulla responsabilità* cit., 47, 49 s. (*amplius* pp. 41 ss., ove lo studioso riteneva che il *fullo* non fosse responsabile per *custodia* tecnica, ma semplicemente per *culpa*).

L'«interesse» necessario per la legittimazione attiva all'*actio furti* stava, dunque, verosimilmente nel *damnum*, inteso come diminuzione patrimoniale, che un soggetto veniva a subire dall'attività delittuosa. Chiaro in tal senso Giavoleno: D. 47.2.72(71).1 (Iav. 15 ex Cass.): *Eius rei, quae pro herede possidetur, furti actio ad possessorem non pertinet, quamvis usucapere quis possit, quia furti agere potest is, cuius interest rem non subripi, interesse autem eius videtur, qui damnum passurus est, non eius qui lucrum facturum esset*. Diminuzione patrimoniale che poteva derivare anche dall'«esperimento (eventuale) di un'azione contrattuale contro colui che risultava responsabile per la perdita della cosa rubata. Cfr. D. 9.1.2 pr. (Paul. 22 ad ed.) – *Haec actio non solum domino, sed etiam ei cuius interest competit, veluti ei cui res commodata est, item fulloni, quia eo quod tenentur damnum videntur pati* – relativo però all'*actio de pauperie* (che è in qualche modo assimilabile, per quanto riguarda la legittimazione attiva, all'*actio furti*), in cui viene riconosciuto, a fondamento della legittimazione attiva, il *damnum* derivante dalla responsabilità in cui si incorreva, per le *pauperies*, nei confronti del proprietario della *res*. Il concetto di *damnum* come diminuzione patrimoniale causata da un fatto altrui è attestata da Paolo: D. 39.2.3 (Paul. 47 ad ed.): *Damnum et damnatio ab ademptione et quasi diminutione patrimonii dicta sunt*. Tale significato di «*damnum*», oltre ad essere a mio avviso il più antico – il termine verosimilmente è da ricollegare alla radice «*da*», che indicherebbe «perdita», «dispendio», «depauperamento»: esso costituirebbe l'antico participio di *dare*: v. L. Bove, s.v. *Danno (diritto romano)*, in *NNDI*. 5, Torino 1961, 144; cfr. S. Tondo, *Leges regiae e paricidas*, Firenze 1973, 96, secondo cui il termine deriverebbe dal sanscrito *dabh-no-ti*, e quindi «la radice *dabh-* (av. *Dab-*) si palesa portatrice, quale valore primario, della nozione di «privare (diminuire) con frode» –, era quello più diffuso (per un elenco di testi di letteratura tecnica e atecnica romana, v. D. Daube, *On the Use of the Term damnum*, in *Studi in onore di Siro Solazzi*, Napoli 1948, 97 ss.). A partire dall'età classica, a questo significato originario di danno, si venne ad affiancare quello di perdita subita da un patrimonio o da una *res*, probabilmente per l'impossibilità di tenere chiaramente distinti i due concetti di depauperamento del soggetto e di danneggiamento delle sue cose. Solo in seguito, nell'età intermedia, il termine *damnum* venne riferito al materiale danneggiamento. Sul punto, v. Daube, *On the Use of the Term damnum*

l'*actio furti* contro il *fullo*, perché questi non avrebbe dovuto prestarla⁶, commettendo in tal modo furto (*quia non debueras rem commodare et id faciendo furtum admiseris*)⁷. Nell'inciso finale, viene sottolineato come questo fosse un caso in cui il ladro avrebbe potuto agire con l'*actio furti* (*ita erit casus, quo fur furti agere possit*)⁸.

Come già accennato, il passo testimonierebbe quindi l'esistenza di un ulteriore caso in cui al ladro era riconosciuta l'*actio furti*, accanto a quelli previsti da Servio

cit., 127 ss.; Bove, s.v. *Danno (diritto romano)* cit., 144; Fenocchio, *Sulle tracce del delitto di furtum* cit., 117 ss. Sul concetto di '*damnum*' inteso come diminuzione patrimoniale, v. anche, tra gli altri, C. Ferrini, s.v. *Danni (azione di)*, in *Enciclopedia Giuridica Italiana* 4, Milano 1911, 27 nt. 27; D. Liebs, '*Damnum*', '*damnare*' und '*damnas*'. *Zur Bedeutungsgeschichte einiger lateinischer Rechtswörter*, in *ZSS.* 85, 1968, 173 ss.; M.F. Cursi, *Iniuria cum damno. Antigiuridicità e colpevolezza nella storia del danno aquiliano*, Milano 2002, 196 s., che esprime il suo parere limitatamente al testo della *lex Aquilia*; R. Fiori, *Ea res agatur. I due modelli del processo formulare repubblicano*, Milano 2003, 118 (ma v., sul punto, anche 104 s. e nt. 123 [ivi ulteriore bibliografia]). Alcuni autori, invece, ritengono che si sia passati da un originario significato di danno inteso come distruzione materiale ad un altro più recente di pregiudizio patrimoniale: v., per tutti, G. Valditara, *Damnum iniuria datum*, Torino 1996², 17 ss.; Id., *Sulle origini del concetto di 'damnum'*, Torino 1998², 2 ss., 16 ss., spec. 22, il quale ritiene che, comunque, già nella *lex Aquilia* il termine *damnum* alludesse ad un pregiudizio di natura patrimoniale. Sul significato originario di *damnum* nel senso di sanzione affittiva, v., da ultimo, C. Pelloso, *Studi sul furto nell'antichità mediterranea*, Padova 2008, 199 ss. nt. 146 s., 250 nt. 266.

⁶ Non è accettabile l'opinione di chi (v., ad es., C. Alzon, *Problèmes relatifs à la location des entrepôts en Droit romain*, Paris 1966, 55 s. nt. 288; Robaye, *L'obligation de garde* cit., 184; McCormack, *Custodia and culpa* cit., 169) ritiene che l'inciso "*quia non debueras rem commodare*" avrebbe lo scopo di indicare che il *fullo* versasse in *culpa*, ai fini della sua responsabilità *ex locato*. Con tale espressione, infatti, Ulpiano aveva il solo intento di indicare il motivo per cui dovesse essere riconosciuta l'*actio furti* al *dominus* contro il *fullo*. Cfr., in tal senso, W. Litewski, *rec.* a Robaye, *L'obligation de garde* cit., in *SDHI.* 54, 1988, 392; Klingenberg, "*Constitutum est*" cit., 261.

⁷ Si tratterebbe, in particolare di *furtum usus*, che si realizzava qualora un soggetto, che per volere del *dominus* già deteneva la cosa, la usasse "oltre i limiti delle sue facoltà e contro la conosciuta volontà del domino stesso" (Ferrini, *Appunti sulla teoria del furto* cit., 135). Dalle fonti, non sembrerebbe che tale tipologia di furto fosse estesa anche al terzo estraneo (cioè che non avesse la detenzione della cosa) che usasse la cosa contro il volere del *dominus*, senza avere l'intenzione di appropriarsene (in questo caso si configurerebbe comunque un *furtum rei*). In tal senso, v. Ferrini, *Appunti sulla teoria del furto* cit., 135 ss.; *contra*, tra gli altri, E. Landsber, *Das furtum des bösgläubigen Besitzers. Eine kritische Studie*, Bonn 1888, 100 ss., 204 s. Per le fonti v., ad es., oltre al passo ulpiano, Gell. 6.15.1-2; Gai 3.196-197; D. 13.1.16 (Pomp. 38 *ad Quint. Muc.*); D. 13.6.5.8 (Ulp. 28 *ad ed.*); D. 47.2.55(54) pr.-1 (Gai. 13 *ad ed. prov.*); D. 47.2.77(76) pr. (Pomp. 38 *ad Quint. Muc.*); D. 47.2.83(82) pr. (Paul. 2 *sent.*). Sul furto d'uso, e in specie sul furto d'uso del depositario e del comodatario, v., per tutti, M.J. García Garrido, *El furtum usus del depositario y del comodatario*, in *Atti dell'Accademia romanistica Constantiniana*, IV, Perugia 1981, 841 ss., ora in *Miscelánea romanistica II*, cit., 553 ss. Non mi sembra convincente la tesi del Pampaloni, *Studi sopra il delitto di furto* cit., 717 ss., che negava addirittura l'esistenza, almeno nel diritto classico, di tale tipologia di furto, ritenendo che i giuristi inquadrassero le particolari fattispecie di utilizzo della cosa da parte del detentore oltre le proprie facoltà come *furtum ipsius rei*.

⁸ Ciò mostra come Ulpiano fosse ben consapevole della peculiarità della fattispecie.

– la cui opinione però sappiamo che non venne più seguita, almeno al tempo di Pomponio⁹ –, da Celso¹⁰ e da Paolo¹¹. La decisione ulpiana però ha sollevato non

⁹ D. 47.2.77(76).1 (Pomp. 38 ad Quint. Muc.): ... *Nec utimur Servii sententiam, qui putabat, si rei subreptae dominus nemo exstaret nec exstaturus esset, furem habere furti actionem: non magis enim tunc eius esse intelligitur, qui lucrum facturum sit.* ... Per il giurista repubblicano, quindi, qualora non constasse l'esistenza del dominus né fosse prevedibile una sua comparsa futura, era da riconoscere l'actio furti al primo fur (evidentemente per evitare di lasciare di fatto impunito il secondo ladro – e anche gli eventuali ladri successivi –, prediligendo quindi colui che si trovasse già nel possesso, sia pure in mala fede, della cosa). Sul passo esiste una vastissima letteratura: v., tra i tanti, Klingenberg, "Constitutum est" cit., 248 ss.; Fenocchio, *Sulle tracce del delitto di furtum* cit., 263 ss. (ivi in nt. 215 ampia bibl.); Wacke, *Actiones suas praestare debet* cit., 181 s.; M. Miglietta, "Servius respondit". *Studi intorno a metodo e interpretazione nella scuola giuridica serviana. Prolegomena I*, Trento 2010, 138 s., 167 e ntt. 129 s., 375 ss.

¹⁰ V. D. 47.2.68(67).4 (Cels. 12 dig.). Tale decisione era limitata al caso particolare in cui un servus furtivus avesse rubato al ladro stesso, e ciò affinché i misfatti di tali servi non fossero impuniti e i loro padroni non avessero lucro (*ne facinora talium servorum non solum ipsis impunitatem, sed dominis quoque eorum quaestui erunt*); la soluzione, quindi, era dettata verosimilmente da motivi di opportunità per sanzionare un fenomeno che sembra – dalle parole di Celso – fosse molto diffuso (*plerumque enim eius generis servorum furtis peculia eorum augentur*). Inoltre, il ladro del servus non era ladro anche delle cose da quest'ultimo rubate, ma proprietario; egli quindi, in realtà, agiva non come ladro, ma in qualità di proprietario delle res contro il dominus del servus. Sul punto, cfr. Klingenberg, "Constitutum est" cit., 281 ss.

¹¹ Paul. Sent. 2.31.19: *Rem pignori datam debitor creditori subtrahendo furtum facit: quam si et ipse similiter amiserit, suo nomine persequi potest*. La giustificazione di tale decisione è a mio avviso la seguente: il proprietario, pur essendo ladro, avendo commesso un cd. 'furtum possessionis' nei confronti del creditore pignoratizio (sul significato di furtum possessionis, inteso come furto del diritto a possedere [o a ritenere], v., tra gli altri, G. von Wächter, s.v. *Diebstahl*, in Julius Weiske's *Rechtslexikon*, III, Leipzig 1844, 362; K.A. von Vangerlow, *Leitfaden für Pandekten-Vorlesungen*, III, Marburg 1847, 553; Pampaloni, *Studi sopra il delitto di furto* cit., 673 ss., il quale – a mio avviso giustamente – sottolineava anche come la nozione non dovesse limitarsi al furto fatto dal proprietario [cd. *furtum rei propriae*], ma dovesse estendersi a quello fatto dal terzo [in tal caso si avrebbe *furtum ipsius rei* nei confronti del proprietario e *furtum possessionis* nei confronti di colui che aveva diritto a possedere la cosa]; A. Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia 1953, 481 [s.v. *furtum possessionis*]; Fenocchio, *Sulle tracce del delitto di furtum* cit., 135 s. nt. 253. *Contra*, nel senso che il furtum possessionis si sarebbe verificato qualora il detentore della cosa l'avesse sottratta al dominus [operando quindi una *interversio possessionis*], tra gli altri, E. Pagenstecher, *Pandekten-Praktikum zu Puchta's Pandekten*, Heidelberg 1860, 552; C. Ferrini, *Furtum usus possessionis*, in *Rivista penale* 23, 1886, ora in *Opere*, V. *Studi vari di diritto romano e moderno (sul diritto pubblico, penale, etc.)*, Milano 1929, 118 ss.; Id., *Appunti sulla teoria del furto in diritto romano nei suoi rapporti con la teoria del possesso*, in *AG*, 47, 1891, ora in *Opere*, V cit., 138 ss. Sul punto, v. anche *infra*, nt. 58), risulta essere comunque legittimato attivo nei confronti del terzo che gli avesse sottratto la cosa, in quanto contro di lui avrebbe sempre avuto l'actio furti cd. 'principale', derivante dal suo titolo di proprietà. Dalle fonti, infatti, risulta esservi una 'duplice' actio furti (v., ad es., D. 47.2.46.1,3 [Ulp. 42 ad Sab.]; D. 47.2.75[74] [Iav. 7 epist.]; D. 47.2.83[82].1 [Paul. 2 sent.]): una, principale, riconosciuta al proprietario (o a colui che rispondeva per furto al proprietario della cosa), la cui pena era commisurata al valore

pochi dubbi¹². Se per le altre fattispecie, infatti, è possibile rinvenire una certa *ratio*¹³, per questa invece sembra che vi siano delle dissonanze gravi con quanto emerge dalle fonti, che andremo di seguito ad analizzare.

2. Cominciamo da un testo dello stesso Ulpiano – sempre tratto dal suo Commentario a Sabino – che, secondo alcuni autori¹⁴, sarebbe in contraddizione – assieme al paragrafo successivo che vedremo subito dopo – col nostro passo:

D. 47.2.14.3 (Ulp. 29 *ad Sab.*): *Is autem, apud quem res deposita est, videamus, an habeat furti actionem. Et cum dolum dumtaxat praestet, merito placet non habere eum furti actionem: quid enim eius interest, si dolo careat? Quod si dolo fecit, iam quidem periculum ipsius est, sed non debet ex dolo suo furti quaerere actionem.*

Ci si chiede se il depositario avesse l'*actio furti*. Ulpiano nega che egli disponesse di tale azione (*merito placet*¹⁵ *non habere eum furti actionem*), poiché, rispondendo solo per dolo, mancava di interesse¹⁶. Nella seconda parte del testo

della cosa; l'altra, secondaria, attribuita a chi avesse il diritto al possesso della cosa (o in forza di uno *ius in re aliena* – uso, usufrutto, pegno e ipoteca – o in forza di uno *ius retentionis* per le spese sostenute sulla cosa), la cui pena era commisurata all'*id quod interest*. Sull'esistenza di questa duplice azione e sull'utilizzo della denominazione di azione primaria e secondaria, v. Pampaloni, *Studi sopra il delitto di furto* cit., 773 ss. Sul passo v., per tutti, Klingenberg, "*Constitutum est*" cit., 270 s., la cui ipotesi, però, secondo cui l'inciso "*suo nomine*" potrebbe anche non alludere all'*actio furti* (p. 271), non mi sembra convincente.

¹² Tanto da portare alcuni a considerare il testo interpolato: v., tra gli altri, Ferrini, *Storia e teoria del contratto di comodato* cit., 137 s.; Lusignani, *Studi sulla responsabilità* cit., 46 s.; Rosenthal, *Custodia und Aktivlegitimation* cit., 261. Sul punto, v. *infra*, nt. 42.

¹³ V. *supra*, ntt. 9-11.

¹⁴ V., su tutti, Ferrini, *Storia e teoria del contratto di comodato* cit., 136 ss.

¹⁵ Sull'uso del termine '*placet*' v., tra gli altri, H.E. Dirksen, *Manuale Latinitatis fontium iuris civilis Romanorum. Thesauri Latinitatis epitome*, Berolini 1837, 719 (s.v. *placere* § 2); G. Vidén, *The Roman Chancery Tradition. Studies in the Language of Codex Theodosianus and Cassiodorus' Variae*, Göteborg 1984, 86, 124; H. Heumann, E. Seckel, *Handlexicon zu den Quellen des römischen Rechts*, Jena 1907⁹, rist. 1936, 432 (s.v. *placere*); P. Cerami, A. Petrucci, *Diritto commerciale romano. Profilo storico*, Torino 2010³, 245.

¹⁶ Le fonti sono concordi nel negare l'*actio furti* al depositario (v., ad es., oltre al passo ulpiano, Gai 3.207; D. 47.8.2.23 [Ulp. 56 *ad ed.*]; Coll. 10.2.6 [Mod. 2 *diff.*]). L'interesse che egli avrebbe potuto avere alla conservazione della cosa, nel caso avesse fatto alcune spese da cui fosse derivato lo *ius retentionis*, non era considerato sufficiente per la legittimazione passiva: v. Coll. 10.2.6: *Res deposita si subripiatur, dominus dumtaxat habet furti actionem, quamvis eius apud quem res deposita est intersit ob impensas in rem factas rem retinere*. ... (non vedo come il passo possa essere inteso nel senso voluto dal Pampaloni, *Studi sopra il delitto di furto* cit., 713 e nt. 72, e cioè che il depositario poteva benissimo avvalersi dell'*actio furti* "*ob impensas in rem factas*": il testo, infatti, dice esattamente il contrario). Ulpiano (D. 47.8.2.23), però, ci informa che vi erano delle eccezioni: qualora infatti il depositario avesse assunto anche la responsabilità per *culpa* (oppure avesse pattuito

un "*pretium depositionis non quasi mercedem*"), sarebbe stata a lui riconosciuta la legittimazione attiva all'*actio furti*. Queste due eccezioni, però suscitano delle perplessità. Per quanto riguarda la prima, bisogna sottolineare che non poteva essere sufficiente la mera assunzione di tale responsabilità per l'attribuzione dell'*actio furti* al depositario: infatti, solo nel caso in cui il furto fosse dipeso dal comportamento colposo del depositario, questi avrebbe potuto agire con l'*actio furti*, dato che ne avrebbe risposto nei confronti del deponente con l'*actio depositi* (alla stessa guisa di quanto leggiamo a proposito della *locatio conductio rei*: v. D. 47.2.14.12 [Ulp. 29 *ad Sab.*]: *Quod si conduxerit quis, habebit furti actionem, si modo culpa eius subrepta sit res*. Sul punto, cfr., tra gli altri, C. Alzon, *Problèmes relatifs à la location* cit., 56 s. nt. 294; Serrano-Vicente, *Custodiam praestare* cit., 168 s.; Wacke, *Actiones suas praestare debet* cit., 187 ss. L'Arangio-Ruiz, *Responsabilità contrattuale* cit., 86 s. [v. anche pp. 134 s.], nella sua convinzione che anche il semplice *conductor rei* [di cose mobili] rispondesse per *custodia*, era invece dell'avviso che l'inciso "*si modo ... sit res*" fosse interpolato – insieme a D. 47.2.14.10 [Ulp. 29 *ad Sab.*] – poiché, a suo parere, sarebbe stato paradossale che il *conductor* si sforzasse a dimostrare che il furto fosse dipeso da una sua colpa per poter validamente esercitare l'*actio furti*; nel caso, invece, che il furto non fosse dipeso da una sua colpa, la legittimazione attiva all'*actio furti* sarebbe stata inevitabilmente del deponente. Per quanto riguarda la seconda, pur trovando in altra sede finanche un deposito *cum mercede* (v. D. 13.6.5.2 [Ulp. 28 *ad ed.*], su cui v. *infra*, in questa stessa nota), si è dubitato fortemente della sua genuinità, in considerazione del fatto che in altre fonti viene espressamente affermata la gratuità del deposito e la configurazione di una locazione, nel caso si fosse stabilita una mercede per la custodia della *res* (sulla non genuinità, v., tra gli altri, R. De Ruggiero, '*Depositum vel commodatum*'. *Contributo alla teoria delle interpolazioni*, in *BIDR.* 19, 1907, 69 s. nt. 2; R. Martini, *Di un discusso riferimento alla 'culpa' in tema di deposito*, in *Atti del seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano* (Milano, 7-9 aprile 1987), I, Milano 1988, 210; A. Metro, *La plurisecolare vicenda del deposito retribuito*, in *Sudi in onore di Remo Martini*, II, Milano 2009, 795 ss.). Tuttavia, non è escluso che già in periodo classico fosse riconosciuta la possibilità di prevedere un qualche compenso, che doveva però essere necessariamente minimo, tale cioè da non costituire una vera e propria mercede, che sarebbe stata incompatibile con il deposito e che avrebbe inevitabilmente trasformato il negozio in locazione. Tale ipotesi sembra essere avvalorata dalla stessa formula utilizzata da Ulpiano, "*non quasi mercedem*", che, a differenza di quanto si legge in D. 13.6.5.2 – fonte che, prevedendo un deposito *cum mercede*, risulta essere, verosimilmente, interpolata (cfr. C. Longo, *Corso di diritto romano. Il deposito*, Milano 1933, 8 ss.), a meno che non si voglia ritenere che "il giurista pensasse effettivamente ad una conversione del deposito in locazione, e che sottintendesse un'ipotesi simile a quella contenuta in D. 19. 5. 19. 1, nel quale l'*interventio* di una *merces* trasforma in locazione il negozio tipico" (R. Fiori, *La definizione della 'locatio conductio'. Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*, Napoli 1999, 275; nello stesso senso, cfr. già G. Gandolfi, *Il deposito nella problematica della giurisprudenza romana*, Milano 1976, 146 ss.) –, parrebbe indicare che il giurista avesse ben presente che una vera e propria retribuzione per l'attività di custodia non avrebbe potuto trovare spazio nel deposito. Nello stesso senso, cfr. Gandolfi, *Il deposito* cit., spec. 144 s. (che sottolineava come il termine *pretium* avesse anche il significato di 'premio', costituendo quindi un 'onorario' piuttosto che un vero e proprio corrispettivo); Fiori, *La definizione* cit., 275 (il quale ritiene che tale fattispecie vada vista nell'ambito di "aperture della giurisprudenza tardo-classica verso la trasformazione di contratti tradizionalmente gratuiti in negozi onerosi"). Il Longo, *Corso di diritto romano. Il deposito* cit., 23, affermò che per "*pretium depositionis*" dovesse intendersi un "indennizzo per la privazione di utilità che la presenza della cosa depositata arreca al depositario". In senso critico alla tesi del Fiori e del Longo, v. Metro, *La plurisecolare vicenda* cit., 798.

– che è quella che più ci interessa – viene presa in considerazione l'ipotesi che il depositario avesse commesso dolo, con la conseguenza che il *periculum*¹⁷ sarebbe stato a suo carico: anche in tal caso, viene esclusa la sua legittimazione attiva all'*actio furti*, non potendo il riconoscimento di tale azione scaturire dal suo dolo (*sed non debet ex dolo suo furti quaerere actionem*).

Come si può ricavare agevolmente dal passo, quindi, il dolo del depositario, pur comportando la responsabilità per la perdita della *res* e dunque un suo potenziale interesse ad agire con l'*actio furti*, non permetteva, a causa verosimilmente della sua natura, un riconoscimento di tale azione. In altre parole, lo stesso comportamento doloso del depositario avrebbe escluso una sua legittimazione all'*actio furti*.

Che come attività dolosa del depositario Ulpiano avesse in mente in particolare modo il furto si ricava dal paragrafo successivo, anch'esso di notevole interesse:

Anche in un altro caso al depositario sarebbe spettata l'*actio furti*: qualora infatti egli si fosse spontaneamente offerto di custodire (gratuitamente) la *res*, la responsabilità non sarebbe stata limitata al dolo, ma si sarebbe estesa alla *culpa* e alla *custodia*, con la conseguenza, quindi, che a lui sarebbe stata riconosciuta la legittimazione attiva all'*actio furti*: v. D. 16.3.1.35 (Ulp. 30 *ad ed.*).

¹⁷ Sui diversi significati che *periculum* assume nelle fonti, v., tra gli altri, E. Betti, "*Periculum*". *Problema del rischio contrattuale in diritto romano classico e giustiniano*, in *Studi in onore di P. de Francisci*, I, Milano 1956, 133 ss.; G. MacCormack, *Periculum*, in *ZSS*. 96, 1979, 129 ss.; C.A. Cannata, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, in *Iura* 43, 1992, 63 ss.; De Robertis, *La responsabilità contrattuale nel diritto romano* cit., 133 ss. Mentre infatti in alcuni testi il termine ha il significato di rischio contrattuale 'in senso tecnico' – essendo teso ad individuare, divenuta impossibile una delle prestazioni per fatto non imputabile al debitore, la sorte dell'obbligazione della controparte ancora possibile o già eseguita (il *periculum*, quindi, indicherebbe la perdita del '*commodum obligationis*', cioè "del vantaggio che l'una o l'altra delle parti [o entrambe] si riprometteva dall'attuazione dell'assetto d'interessi diviso": Betti, "*Periculum*" cit., 406 s.) –, in altri assume quello di rischio 'in senso generico', "con una portata più ampia, ad indicare la perdita economica – *rectius* la persona su cui ricadrà la perdita economica – derivante da un evento indipendentemente da come questa incidenza negativa sotto il profilo giuridico si sia venuta a determinare" (A. Manzo, *Il rischio contrattuale in diritto romano in particolare il periculum nelle obligationes consensu contractae*, in *Rivista della Scuola superiore di economia e finanze*, 2005 [http://www.rivista.ssef.it/site.php?page=20050214105927683&edition=2006-05-01] § 1; cfr. M. Talamanca, *Considerazioni sul "periculum rei venditae"*, in *Seminarios Complutense de derecho romano* 7, 1995, 221). Così, ad esempio, in taluni casi '*periculum*' fa riferimento ai rischi connessi alla *custodia*, con esclusione della forza maggiore e del caso fortuito (rischi, cioè, contemplanti il cd. *casus minor*: sul concetto di *casus minor* in contrapposizione alla *vis maior*, v. Luzzatto, *Caso fortuito e forza maggiore* cit., 1 ss.) – v., ad es., D. 13.6.21.1 (Afr. 8 *quaest.*); D. 16.3.1.35 (Ulp. 30 *ad ed.*); D. 40.12.13.1 (Gai. *ad ed. praet. urb. tit. de lib. causa*); D. 47.2.14.16 (Ulp. 29 *ad Sab.*) –; in altri, invece, il termine sta ad indicare proprio il (o anche il) rischio derivante da caso fortuito o forza maggiore: v., ad es., D. 2.14.7.15 (Ulp. 4 *ad ed.*); D. 6.1.62 pr. (Pap. 6 *quaest.*); D. 13.6.5.3 (Ulp. 28 *ad ed.*); D. 19.2.13.5 (Ulp. 32 *ad ed.*). Sul punto, v., tra gli altri, Cannata, *Sul problema della responsabilità* cit., 65.

D. 47.2.14.4 (Ulp. 29 ad Sab.): *Iulianus quoque libro vicensimo secundo digestorum scribit: quia in omnium furum persona constitutum est, ne eius rei nomine furti agere possint, cuius ipsi fures sunt, non habebit furti actionem is, apud quem res deposita est, quamvis periculo eius esse res coeperit qui eam contrectavit.*

Ulpiano qui ci riferisce che anche Giuliano nel ventiduesimo libro dei suoi *Digesta* aveva scritto che, poiché riguardo a tutti i ladri fu stabilito¹⁸ che non potessero agire di furto per quella cosa della quale essi stessi fossero ladri, colui presso il quale la cosa fosse stata depositata non avrebbe avuto l'azione di furto, nonostante il pericolo della cosa avesse iniziato a spettare a quello che la rubò¹⁹.

Il depositario che avesse commesso furto della cosa avuta in deposito, quindi, pur essendo responsabile per la perdita di questa – avendo commesso dolo – non avrebbe avuto comunque l'*actio furti* contro colui che gliel'avesse sottratta.

Parrebbe dunque esserci un contrasto tra queste decisioni e quella relativa al *fullo*²⁰. Il Pampaloni²¹, nel tentativo di giustificare tale apparente contraddizione, ha sostenuto che vi fosse una diversità di fattispecie, ritenendo che nei passi relativi al depositario si sarebbe trattato di un furto *ope consilio*²²: il furto fatto dal terzo cioè sarebbe stato realizzato con la collaborazione di chi ne avrebbe risposto contrattualmente, a differenza del caso del *fullo*, in cui il furto del terzo era fatto

¹⁸ Sul significato da attribuire all'inciso "*constitutum est*", v., contrariamente al De Robertis, *La legittimazione attiva nell'actio furti* I cit., 344 s. – secondo cui tutta la frase "*quia in omnium fures ... ipsi fures sunt*" sarebbe interpolata, in quanto a suo avviso il "*constitutum est*" farebbe pensare a costituzioni imperiali sulla materia, la cui esistenza sarebbe assolutamente da escludere, non solo per la mancanza di notizie in proposito ma anche perché "non avremmo trovato fra i giuristi classici soluzioni antitetiche sull'argomento" (p. 315) –, Klingenberg, "*Constitutum est*" cit., 243 ss., spec. 247 s. e 283 ss., secondo il quale esso non farebbe riferimento ad una costituzione imperiale, ma ad una statuizione dei giuristi: "Demgegen über glaube ich, daß sich das Bild in den Digesten besser und ohne Interpolationsannahme erklären läßt, wenn man in der Passage *quia in omnium furum persona constitutum est* ... nicht einen Verweis auf eine kaiserrechtliche Normierung, sondern auf Juristenrecht sieht" (p. 247). In senso conforme al Klingenberg, cfr. Fenocchio, *Sulle tracce del delitto di furtum* cit., 140 s. nt. 266.

¹⁹ Sebbene l'inciso finale – da "*quamvis*" – possa suscitare dei dubbi di interpretazione, mi sembra evidente che queste ultime parole si riferiscano non al ladro terzo – altrimenti la frase non avrebbe alcun senso –, ma allo stesso depositario che avesse appunto rubato la *res*. Sulle differenze di prospettiva tra la decisione di Giuliano e quella di Ulpiano, v. Wacke, *Actiones suas praestare debet* cit., 179 s.

²⁰ Era di tale avviso, in particolare, il Ferrini, *Storia e teoria del contratto di comodato* cit., 136 s., il quale, proprio dal contrasto delle soluzioni presenti in tali testi, fondava il suo convincimento che D. 47.2.48.4 fosse interpolato.

²¹ Pampaloni, *Studi sopra il delitto di furto* cit., 707 (v. anche 695 e nt. 6).

²² Su tale tipo di furto, v., per tutti, P. Ferretti, *Complicità e furto nel diritto romano*, Milano 2005.

successivamente ad un'autonoma attività delittuosa da parte di chi ne rispondeva contrattualmente. Ad avviso dell'a., dunque, non vi sarebbe alcuna antinomia tra i testi, in quanto l'*actio furti* sarebbe stata riconosciuta qualora il ladro, responsabile contrattuale, non avesse preso parte al furto del terzo, ma lo avesse, in un certo qual modo, subito. Questa interpretazione, tuttavia, non convince, anche perché lo studioso, per sostenere la sua ipotesi, è costretto a ritenere interpolate le tre parole finali "*qui eam contrectavit*", che inevitabilmente fanno riferimento ad un *furtum ipsius rei* (o *usus*)²³.

A ben riflettere, invero, tale fattispecie risulta essere effettivamente differente rispetto a quella analizzata in precedenza, ma per un motivo diverso da quello supposto dal Pampaloni. In particolare, la diversità di soluzione starebbe nel fatto che sul *fullo*, a differenza del depositario, ricadeva comunque il *periculum* della cosa, per cui egli sarebbe stato sempre responsabile per il furto del terzo, mentre sul depositario il *periculum* sarebbe ricaduto solo in caso di suo dolo. Per quest'ultimo, cioè, l'«interesse» all'*actio furti* – che sappiamo doveva derivare da '*causa honesta*'²⁴ – sarebbe scaturito da un comportamento 'non onesto'²⁵. Ciò sembrerebbe trovare riscontro con quello – stando a quanto ci riporta Ulpiano – che sostenevano Giuliano e Celso, e cioè che non tutti coloro che avevano un interesse a che la cosa non perisse avevano l'*actio furti*, ma solo quelli che erano tenuti per quella cosa nel caso essa perisse per sua colpa (*Neque enim, inquit, is, cuiuscumque intererit rem non perire, habet furti actionem, sed qui ob eam rem tenetur, quod ea res culpa eius perierit*)²⁶.

²³ Nello stesso senso, e contro la tesi del Pampaloni, cfr., tra gli altri, Klingenberg, "*Constitutum est*" cit., 245 s. V. D. 47.2.1.3 (Paul. 39 ad ed.): *Furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve. Quod lege naturali prohibitum est admittere*. Sulle problematiche del passo v., per tutti, Fenocchio *Sulle tracce del delitto di furtum* cit., 127 ss. ntt. 250-253 (con ampia letteratura). Riguardo al significato al termine '*contrectatio*', lo studioso (nt. 250), sulla base anche di Gai 3.195, sottolinea come esso sarebbe più ampio del termine '*amotio*', includendo anche l'*adtrectatio*'.

²⁴ V. D. 47.2.11 (Paul. 9 ad Sab.): ... *si honesta causa interest*; D. 47.2.77(76).1 (Pomp. 38 ad Quint. Muc.): ... *si honesta ex causa interest*. Pregiudiziosi e non convincenti mi sembrano i rilievi del De Robertis, *La legittimazione attiva nell'actio furti* I cit., 322 ss., a favore dell'origine emblematica del requisito della '*honestas causa*'.

²⁵ Nell'altra fattispecie, invece, l'interesse ad agire del *fullo* "sarebbe sorto non dal furto, ma, precedentemente ad esso, dalla *custodia*" (De Robertis, *La legittimazione attiva nell'actio furti* I cit., 339).

²⁶ D. 47.2.14.10 (Ulp. 29 ad Sab.). Cfr. D. 47.2.14.12 (Ulp. 29 ad Sab.), in cui Ulpiano ci informa che l'*actio furti* era riconosciuta anche al semplice *conductor rei*, nel caso in cui la cosa fosse portata via per sua colpa (*si modo culpa eius subrepta sit res*). Non credo che tali riferimenti alla *culpa* siano interpolati (v., invece, tra gli altri, F. Schulz, *Die Aktivlegitimation* cit., 66 [per il secondo testo], 90 [per il primo]; F. Haymann, *Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht I. Über Haftung für custodia*, in ZSS. 40, 1919, 185 [per il primo testo], 245 s. [per il

Alcuni studiosi²⁷ hanno giustificato la soluzione ulpiana a favore del *fullo*, facendo leva proprio sulla circostanza che la sua legittimazione attiva all'*actio furti* fosse fondata su un titolo idoneo preesistente al furto dello stesso *fullo*, con la conseguenza che il suo interesse sarebbe derivato da una *causa honesta*²⁸. Tale

secondo]; Arangio-Ruiz, *Responsabilità contrattuale* cit., 86 s. e 134 s. [per entrambi i passi]; De Robertis, *La legittimazione attiva nell'actio furti* II cit., 284 nt. 2 [per entrambi i passi], 287 [per il primo]. Per la genuinità dei passi, v., per tutti, Serrano-Vicente, *Custodiam praestare* cit., 168 s. [per il secondo testo], 241 s. [per il primo]; e, da ultimo, Wacke, *Actiones suas praestare debet* cit., 188 ss. [per il primo testo], 206 s. [per il secondo]), in quanto stanno a sottolineare come, non solo chi era responsabile per *custodia*, ma anche chi era responsabile per mera *culpa* avrebbe potuto agire con l'*actio furti*, nel caso in cui però la perdita della *res* fosse a lui imputabile (in tal caso, infatti, egli avrebbe avuto quel '*damnum*' che, come ci ricorda Giavoleno – D. 47.2.72[71].1 [Iav. 15 *ex Cass.*]: per il testo, v. *supra*, nt. 5 –, era indispensabile per la legittimazione attiva all'*actio furti*). Una conferma indiretta della loro genuinità può rinvenirsi, a mio avviso, in D. 47.2.12 pr. (Ulp. 29 *ad ed.*): sul punto, v. *infra*, nota seguente.

²⁷ V., tra gli altri, Schulz, *Die Aktivlegitimation* cit., 39; De Robertis, *La legittimazione attiva nell'actio furti* I cit., p. 339 ss.; Klingenberg, "*Constitutum est*" cit., 262; Serrano-Vicente, *Custodiam praestare* cit., 161. In particolare, il De Robertis affermava che "poiché è indubitato che nella *custodia* i giuristi classici hanno visto una causa ben idonea a determinare l'interesse ad agire di furto, ne consegue che essi, pur se alieni in linea di principio dall'accordare al *fur* l'*actio furti*, non potettero impedire – come invece riuscì a fare Giustiniano – che rimanesse tuttavia legittimato all'azione di furto il detentore che, responsabile della *custodia* tecnica, avesse rubato la cosa, poiché il suo interesse ad agire sarebbe sorto non dal furto, ma, precedentemente ad esso, dalla *custodia*" (p. 339). A suo avviso, ciò troverebbe conferma in D. 47.2.12 pr. (Ulp. 29 *ad ed.*), in cui Ulpiano, con la frase "*Itaque fullo, qui curanda polienda vestimenta accepit, semper agit*", voleva riferirsi alla "legittimazione del *fullo* che avesse rubato la cosa affidatagli: con quel '*semper*' si sarebbe inteso reagire concettualmente all'orientamento di massima, che avrebbe portato a diniegare al *fullo* l'*actio furti* ove avesse lui stesso rubata la cosa" (pp. 331 s.). Tale interpretazione del passo, però non convince (alla luce anche di D. 47.2.14.8 [Ulp. 29 *ad Sab.*]: sul punto, v. *infra*, in questo stesso paragrafo). A mio avviso, infatti, il "*semper*" era utilizzato da Ulpiano per specificare che il *fullo*, a differenza ad esempio del *conductor rei* (a cui era riconosciuta l'*actio furti* solo qualora la *res* fosse stata rubata per sua colpa: D. 47.2.14.12 [Ulp. 29 *ad Sab.*] [sul punto, v. *supra*, nt. precedente]), aveva sempre la legittimazione attiva all'azione, a prescindere dal fatto che fosse o meno in colpa, e ciò perché, come sottolineava lo stesso giurista, "*praestare enim custodiam debet*". Il passo è stato soggetto a molte critiche basate soprattutto sulla – a mio avviso solo apparente – incongruità tra il "*semper agit*" e il successivo riferimento alla solvibilità del *fullo*. V., tra gli altri, Lusignani, *Studi sulla responsabilità* cit., 47 ss.; Schulz, *Die Aktivlegitimation* cit., 60; Huvelin, *Études sur le furtum* cit., 713 ss.; Arangio-Ruiz, *Responsabilità contrattuale* cit., 89; T. Mommsen, P. Krüger, *Iustiniani Digesta*, Berlin 1954¹², 814 nt. 14.

²⁸ Secondo il Poláček, *Comodato e furto* cit., 170, invece, la soluzione ulpiana costituirebbe una testimonianza del fatto che non era "vero che l'*actio furti* fosse accordata solamente se una '*honestas causa*' sussistesse" (egli era dell'avviso quindi che, in tal caso, non vi fosse *honestas causa*), ritenendo (pp. 169 s.) interpolato il passo paolino (D. 47.2.11 [Paul. 9 *ad Sab.*]), recante appunto l'inciso "*si honestas causa interest*" (e, a quanto mi pare di capire, anche il successivo D. 47.2.12.1 [Ulp. 29 *ad Sab.*]).

condivisibile interpretazione, però, sembra contrastare con quanto leggiamo in un ulteriore paragrafo dello stesso frammento di Ulpiano:

D. 47.2.14.8 (Ulp. 29 *ad Sab.*): *Item Pomponius libro decimo ex Sabino scripsit, si is cui commodavi dolo fecerit circa rem commodatam, agere eum furti non posse.*

Qui, Ulpiano ci informa che Pomponio, nel X libro del suo commentario *ad Sabinum*, scrisse che, se il comodatario avesse commesso dolo sulla cosa avuta in comodato, egli non avrebbe potuto agire con l'*actio furti*.

Dunque, poiché nel dolo si fa certamente rientrare il furto²⁹, se ne ricava che il comodatario che avesse rubato la cosa non avrebbe potuto agire con l'*actio furti*. Sappiamo però che al comodatario, rispondendo egli per *custodia*³⁰, era riconosciuta tale azione³¹, al pari del *fullo*. Pertanto, la deduzione logica sarebbe che anche il *fullo*, che avesse rubato la cosa che aveva ricevuto affinché la pulisse, non avrebbe potuto agire con l'*actio furti*.

Si potrebbe a questo punto pensare che Ulpiano avesse un'opinione diversa rispetto a Pomponio. Tale ipotesi, tuttavia, non mi sembra possa trovare fondamento, in quanto, da come è formulato il § 8, non sembra affatto che il giurista severiano si discostasse dalla soluzione pomponiana.

A conferma della decisione di Pomponio vi è, inoltre, un testo di Paolo riguardante l'*exercitor navis*:

D. 4.9.4 pr. (Paul. 13 *ad ed.*): *Sed et ipsi nautae furti actio competit, cuius sit periculo, nisi si ipse subripiat et postea ab eo subripiatur, aut alio subripiante ipse nauta solvendo non sit.*

Il giurista ci riferisce che anche al *nauta*, su cui gravasse il rischio della perdita della *res* (*cuius sit periculo*)³², spettava l'*actio furti*, a meno che egli stesso avesse

²⁹ V., tra gli altri, R.J. Pothier, *Pandectae Justinianae, in novum ordinem digestae, cum legibus codicis et novellis quae jus pandectarum confirmant, explicant aut abrogant*, IV, Paris 1819, 336 nt. 4., e F. Foramiti, *Indice ragionato o repertorio di tutto il corpo del diritto civile*, Venezia 1835-1844, 3539, che pensavano ad un *furtum rei* da parte del comodatario. Non mi sembra condivisibile la tesi del Pampaloni, *Studi sopra il delitto di furto* cit., 695 e nt. 6, secondo cui qui, come in D. 47.2.14.3-4 (sul punto, v. *supra*, in questo stesso paragrafo), si sarebbe trattato di *furtum ope consilio*.

³⁰ V., ad es., Gai 3.206; D. 13.6.5.5-6 (Ulp. 28 *ad ed.*). Sulla responsabilità del comodatario, v., per tutti, Serrano-Vicente, *Custodiam praestare* cit., 173 ss.

³¹ V., ad es., Gai 3.206; D. 13.6.5.15 (Ulp. 28 *ad ed.*); D. 47.2.14.15-16 (Ulp. 29 *ad Sab.*).

³² Questa specificazione, "*cuius sit periculo*", è stata fatta, a mio avviso, per escludere i casi in cui vi fosse – come in D. 4.9.7 pr. (Ulp. 1 *ad ed.*) – uno sgravio pattizio di responsabilità. D'altronde, anche in un passo relativo al comodato troviamo tale specificazione del *periculum*, sempre per giustificare l'*actio furti*: sull'esegesi del testo, v. L. Parenti, *D. 13.6.21.1 (Afr. 8 quaest.): su un caso di furto della res commodata 'periculo tuo' da parte del servo del comodante*, in *Fides Humanitas Ius. Studii in onore di Luigi Labruna*, Napoli 2007, 3983 ss., spec. 3993 ss.

sottratto la cosa che sarebbe stata poi rubata da un terzo³³, oppure, sottratta la cosa da parte di un terzo, l'armatore non fosse solvibile³⁴.

Da quanto emerge dal passo³⁵, si può dunque dedurre che, così come al *nauta* – il quale rispondeva per *custodia*³⁶ al pari del *fullo* e del comodatario – non era

³³ In tal caso, mi sembra evidente che sarebbe stato il *dominus* ad avere la legittimazione attiva all'*actio furti* non solo contro il *nauta* (per il suo furto), ma anche contro il terzo, essendo due le attività delittuose che dovevano essere punite. In senso analogo, cfr. R. Fercia, *La responsabilità per fatto degli ausiliari nel diritto romano*, Padova 2008, 299 nt. 15.

³⁴ La solvibilità compare più volte nelle fonti come requisito per la legittimazione attiva all'*actio furti* da parte del mero detentore – in particolare, oltre al *nauta*, per il *caupo* (D. 47.2.14.17 [Ulp. 29 ad Sab.]), che fa riferimento anche al *nauta*, il comodatario (v., ad es., D. 47.2.54[53].1 [Paul. 39 ad ed.]), il *fullo* (v., ad es., D. 47.2.12 pr. [Ulp. 29 ad Sab.]; D. 47.2.52.9 [Ulp. 37 ad ed.]) e il *sarcinator* (v. Gai 3.205, che fa riferimento anche al *fullo*). Sul punto, v. Kroppenberg, *Die Insolvenz* cit., 475 ss. Alla spiegazione di Gaio, “*quia ab eo dominus suum consequi non potest*” (Gai 3.205), si aggiunge quella di Ulpiano: “*nam qui non habet quod perdat, eius periculo nihil est*” (D. 47.2.12 pr.). Mentre la prima sembrerebbe una spiegazione a carattere equitativo – al *dominus*, non potendo ottenere ristoro dal detentore, è riconosciuta l'*actio furti* –, la seconda appare più conforme alla fattispecie, poiché si considera essere venuto meno il fondamento della legittimazione attiva all'*actio furti* del detentore (legittimazione che, secondo Ulpiano – D. 47.2.14.16 [Ulp. 29 ad Sab.] – trovava fondamento proprio sul *periculum*: “*... puto omnibus, quorum periculo res alienae sunt, veluti ... si hae subraeptae sint omnibus furti actiones competere ...*”). A ben riflettere, la spiegazione di Gaio, in realtà, non ha quel carattere equitativo che, *prima facie*, gli si attribuisce. Il *dominus*, infatti, avrebbe ben potuto trovare ristoro mediante l'esperimento della *condictio furtiva* e della *rei vindicatio* contro il ladro; non sarebbe stato cioè – come l'inciso gaiano indurrebbe a credere – completamente sfornito di tutela (la questione sarebbe stata diversa qualora il comodante non fosse stato proprietario della *res*, in quanto non avrebbe avuto le due azioni, ma Gaio, usando il termine “*dominus*” evidentemente aveva presente proprio il caso più frequente del comodante/proprietario). Pertanto, la spiegazione di Gaio dovette, agli occhi di Ulpiano, risultare non appropriata, tanto da fornirne una propria, da cui emergesse chiaramente il venir meno, per il detentore, del fondamento della legittimazione attiva all'*actio furti*. Sul punto, v. Poláček, *Comodato e furto* cit., 179, il quale ritiene che la spiegazione di Gaio fosse “molto banale”.

³⁵ Nonostante i giusti rilievi formali – in particolare, stona il cambio di soggetto in “*nisi si ipse subripiat et postea ab eo subripiatur*” –, non credo si possa accogliere la tesi interpolazionistica (v., tra gli altri, Pampaloni, *Studi sopra il delitto di furto* cit., 707, 749; Schulz, *Die Aktivlegitimation* cit., 71 e nt. 1; E. Levy, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, II.1, Berlin 1922, rist. Aalen 1964, 86 nt. 1; De Robertis, *La legittimazione attiva nell'actio furti* I cit., 339 nt. 6, 342 nt. 2), basata pressoché esclusivamente sull'apparente contraddizione tra questo passo paolino e quello ulpiano relativo al *fullo*, e sulla convinzione che in diritto classico, a differenza di quello giustiniano, colui che avesse avuto la legittimazione attiva in qualità di detentore-custode non potesse perderla per il furto da lui stesso commesso sulla cosa. Sulla genuinità del passo, v., tra gli altri, Klingenberg, “*Constitutum est*” cit., 257 ss.

³⁶ Non è qui il luogo per affrontare la questione sul se si tratti di *custodia* tecnica o meno (sul punto, v., tra gli altri, Luzzatto, *Caso fortuito e forza maggiore* cit., 157 ss.; A. Magdelain, *Le consensualisme dans l'édit du prêteur*, Paris 1958, 146 nt. 324, 150 nt. 333; R. Feenstra, *Deux textes de Gaius sur la responsabilité contractuelle: D. 19.2.40 et D. 4.9.5*, in *Droits de l'antiquité et sociologie juridique - Mélanges Henri Lévy-Bruhl*, Paris 1959, 112; M. Talamanca, s.v. *Custodia* (dir.

riconosciuta la legittimazione attiva all'*actio furti* qualora egli avesse rubato la cosa, anche per il *fullo* e il comodatario sarebbe dovuta valere la stessa soluzione. Se per quest'ultimo troviamo una decisione convergente, non così però – come abbiamo visto – per il *fullo*. Come lo si spiega?

3. Vi è, inoltre, nella fattispecie relativa al *fullo* un dato che avrebbe dovuto comunque portare ad una soluzione diversa da parte di Ulpiano. Qui, infatti, il *fullo* aveva dato la cosa in comodato ad un altro (*Titius*), il quale fu poi derubato. Ora, poiché noi sappiamo che il comodato era valido anche nel caso in cui il comodante fosse un *fur* (o un *praedo*)³⁷ – con la conseguenza che le azioni erano perfettamente esperibili –, il comodatario del *fullo*/ladro, essendo responsabile per *custodia*, avrebbe dovuto rispondere della perdita della cosa nei confronti appunto di quest'ultimo, suo comodante³⁸. La conseguenza sarebbe quindi che, nell'ipotesi

rom.), in *ED*. XI, Milano 1962, 563; Cannata, *Ricerche sulla responsabilità contrattuale* cit., 107 ss. [e lett. ivi cit.]; MacCormack, *Custodia und culpa* cit., 164 e nt. 50 [e lett. ivi cit.]; R. Cardilli, *L'obbligazione di "praestare" e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. a.C. - II sec. d.C.)*, Milano 1995, 491 e nt. 13 s.; R. Fercia, *Criteri di responsabilità dell'exercitor. Modelli culturali dell'attribuzione di rischio e "regime" della nossalità nelle azioni penali in factum contra nautas, caupones et stabularios*, Torino 2002, 203 ss.; Id., *La responsabilità per fatto di ausiliari* cit., 296 nt. 6, 302 s.; M.F. Cursi, *Actio de recepto e actio furti (damni) in factum adversus nautas, caupones, stabularios. Logiche differenziali di un sistema composito*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, III, Milano 2007, 132 ss.; P.-I. Carvajal, *La persistencia de "recipere" en su acepción de "prometer" y la desvinculación entre vis maior y la exceptio Labeonis en época postclásica: "salvum recipere obligare" y "suscipere in fidem suam"*, in *Studi in onore di Antonino Metro*, I, Milano 2009, spec. 423 s.; S. Kordasiewicz, *Receptum nautarum and "custodiam praestare" revisited*, in *RIDA*. 58, 2011, 205 ss.). Ai fini pratici, infatti, non vi era comunque differenza, in caso di furto, tra la responsabilità del *nauta* e quella del *fullo*: entrambi avrebbero risposto per il furto del terzo e ad entrambi era riconosciuta l'*actio furti* (per il riconoscimento di tale *actio* al *nauta*, v., in particolare, D. 47.2.14.17 [Ulp. 29 *ad Sab.*]; D. 47.5.1.4 [Ulp. 38 *ad ed.*]).

³⁷ V. D. 5.1.64 pr. (Ulp. 1 *disp.*); D. 13.6.16 (Marc. 5 *dig.*). V. anche D. 13.6.15 (Paul. 29 *ad ed.*), in generale per chi possiede una cosa altrui; D. 16.3.1.39 (Ulp. 30 *ad ed.*) e D. 16.3.31.1 (Tryph. 9 *disp.*), per il deposito. Sul punto v., tra gli altri, Ferrini, *Storia e teoria del contratto di comodato* cit., 135 s.; De Ruggiero, *'Depositum vel commodatum'* cit., 21 e nt. 1; De Robertis, *La legittimazione attiva nell'actio furti I* cit., 329 nt. 2. V. anche, limitatamente al deposito, G. Rottendi, *Appunti sulla teoria romana sul deposito*, in *Il Filangieri* 34, 1909, ora in *Scritti*, II. *Studi sul diritto romano delle obbligazioni*, Pavia 1922, 64.

³⁸ Non mi pare accettabile la tesi di G. MacCormack, *Custodia und culpa* cit., 169, secondo il quale Tizio non sarebbe stato responsabile del furto con l'*actio commodati*, perché la perdita della cosa non sarebbe avvenuta per sua colpa. La circostanza che dalle fonti la legittimazione all'*actio furti* del comodatario appare assoluta, infatti, costituisce "un ostacolo assai difficilmente superabile da parte di coloro che tendono ad inquadrare la *custodia* classica entro i limiti di una responsabilità subiettiva, per colpa" (Luzzatto, *Caso fortuito e forza maggiore* cit., 75. Cfr., tra gli altri, Arangio-Ruiz, *Responsabilità contrattuale* cit., 66, e, in senso contrario, Lusignani, *Studi sulla responsabilità* cit., 42 ss. Per le fonti, v., ad es., Gai 3.205-206; D. 13.6.5.15 [Ulp. 28 *ad ed.*]; D. 47.2.14.16 [Ulp. 29 *ad Sab.*]).

prevista da Ulpiano, il *fullo* sarebbe stato sì responsabile nei confronti del proprietario/locatore per la perdita della cosa (oltre ad esserlo per il *furtum* commesso), ma, nel contempo, avrebbe potuto agire con l'*actio commodati* (*directa*) contro il comodatario. Quest'ultimo, in definitiva, sarebbe stato colui che avrebbe subito la perdita patrimoniale (*damnum*), posta alla base della legittimazione attiva all'*actio furti*³⁹. Pertanto a lui, e non al *fullo*, sarebbe dovuta spettare tale azione⁴⁰. E ciò a prescindere dal fatto che il *fullo* fosse a sua volta ladro⁴¹. Se poi aggiungiamo che al *fullo*, in qualità di ladro, non sarebbe dovuta spettare comunque l'*actio furti*, non si comprende la *ratio* della decisione ulpiana. Né credo che la soluzione sia frutto di un intervento compilatorio⁴².

³⁹ Sul punto, v. *supra*, nt. 5.

⁴⁰ In tal senso, cfr. Lusignani, *Studi sulla responsabilità* cit., 47.

⁴¹ Si pensi al caso in cui il *fullo* comodasse la *res* autorizzandolo o semplicemente sapendolo (senza che facesse nulla per impedirlo: v. D. 47.2.92[91] [Lab. 2 *pit. a Paul. epit.*]) il proprietario, oppure (ma mi risulta difficile ipotizzarlo) nell'erronea convinzione che il proprietario non sarebbe stato contrario al prestito (in tal caso, infatti, il *fullo* non sarebbe stato considerato ladro, dato che per la configurazione del *furtum*, anche per quello *usus*, era necessario il dolo – “*nemo furtum facit sine dolo malo*” diceva Ulpiano sulle orme di Pedio: D. 47.2.50.2 [Ulp. 37 *ad ed.*] –, che era escluso nel caso in cui vi fosse stata una convinzione [anche erronea] sul consenso del proprietario: v., ad es., D. 47.2.77[76] pr. [Pomp. 38 *ad Quint. Muc.*]). Cfr., tra gli altri, P. Zannini, *Responsabilità per furto e tutela del deposito e del comodato in età repubblicana*, in *Atti del seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano*. Milano, 7-9 aprile 1987, II, Milano 1990, 176 ss.

⁴² Sull'interpolazione del passo, v., tra gli altri, Ferrini, *Storia e teoria del contratto di comodato* cit., 137 s.; Lusignani, *Studi sulla responsabilità* cit., 46 s.; Rosenthal, *Custodia und Aktivlegitimation* cit., 261 (“*quia custodia rei ad [te] <Titium> pertinet*”). Il Ferrini, in particolare così spiegava il passo: “Non è però alieno il sospetto che il passo abbia risentito la mano dei compilatori, i quali potevano essere mossi all'alterazione del primitivo dettato del giurista dalla nota costituzione di Giustiniano. Tale riflesso può scagionare da un'ineleganza (a mio modo di vedere, anzi, da un errore) il giurista classico”. La costituzione a cui faceva riferimento lo studioso è ovviamente – come egli stesso specifica (p. 138 nt. 3) – C. 6.2.22.1d-2 (cfr. I. 4.1.16[18]), ove viene riconosciuta la possibilità al *dominus* di scegliere se agire con l'*actio commodati* contro il comodatario oppure con l'*actio furti* contro il ladro terzo. Tuttavia, tale ipotesi non convince. In nessun altro luogo del Digesto infatti viene riconosciuta l'*actio furti* direttamente al *dominus*, nel caso in cui altri erano responsabili per *custodia* (a parte il caso in cui il comodatario fosse stato insolvente, infatti, vi era solo la possibilità da parte del *dominus* – a fronte di un riconoscimento comunque dell'azione al comodatario – di rimettere l'*actio commodati*, con la conseguenza che, venendo a mancare il *periculum rei* [e quindi il ‘*damnum*’] al comodatario, veniva meno il fondamento della sua legittimazione attiva). In tutti i luoghi, quindi, l'azione è sempre riconosciuta al comodatario e mai direttamente al *dominus*. Risulta pertanto oltremodo strano che solo in questo testo, per giunta in una fattispecie del tutto peculiare, i compilatori abbiano operato una modifica di tal fatta, riconoscendo al comodante/*fullo* l'azione e non al comodatario. Inoltre, a ben riflettere, l'interesse a fondamento dell'*actio furti* del *fullo* non può che derivare dalla sua responsabilità per *custodia* nei confronti del *dominus*; pertanto, a voler ritenere il testo sottoposto all'attenzione dei compilatori, questi avrebbero dovuto riconoscere l'*ac-*

Non mi sembra affatto condivisibile la spiegazione fornita dallo Schulz⁴³ alla mancata attribuzione dell'*actio furti* al comodatario. Egli ipotizzava che il riconoscimento al *fur* e al *praedo* dell'azione contrattuale (e in particolare dell'*actio commodati*) fosse avvenuta ad opera di Marcello e che Ulpiano, quanto meno nel suo commentario a Sabino, non ne avesse tenuto conto, con la conseguenza che il *fullo* non avrebbe potuto agire con l'*actio commodati* contro il comodatario, al quale quindi non sarebbe spettata, data la mancanza di interesse (non rispondendo egli per il furto), l'*actio furti*. Come ha sottolineato il De Robertis⁴⁴, infatti, alla tesi dello Schulz “contrasta la considerazione che con essa non si riesce a spiegare la ragione per cui Ulpiano avrebbe aderito al parere di Marcello nei suoi *libri disputationum* (D. 5.1.64 pr.)”⁴⁵.

Non credo inoltre si possa ipotizzare che il comodatario fosse a conoscenza del furto commesso dal *fullo* (cioè era in mala fede) – cosa che lo avrebbe configurato come ladro⁴⁶ e, di conseguenza, escluso dalla legittimazione attiva all'*actio furti* –, in quanto dal passo non risulta alcun elemento da cui trarre tale conclusione.

Non accoglibile mi sembra altresì l'opinione del Klingenberg⁴⁷, secondo cui Ulpiano potrebbe non aver negato l'azione al comodatario, in quanto a suo avviso la mancata menzione dell'*actio furti* a suo favore troverebbe una giustificazione nel fatto che tale aspetto, non essendo al centro dell'attenzione del giurista, sarebbe stato da lui tralasciato. Lo studioso, in particolare, ritiene plausibile che sia il *fullo* che il comodatario avessero la legittimazione attiva all'*actio furti*, in modo elettivamente concorrente (tale cioè che l'azione dell'uno avrebbe precluso

actio furti contro il terzo ladro addirittura al *dominus rei*, il quale, oltre ad avere l'*actio furti* contro il *fullo* per aver questo comodato la cosa, avrebbe quindi dovuto avere anche l'*actio furti* contro il terzo (salvo il caso in cui il *dominus* avesse preferito agire con l'*actio locati* [sempre che, agendo con l'*actio furti* contro il *fullo*, l'*actio locati* non si estinguesse: sul punto, v. *infra*, nt. 56]). Non mi sembra dunque verosimile che il passo sia interpolato. Né mi sembra lecito pensare ad un errore del copista, che avrebbe sostituito le parole “*tibi*” e “*ad te*” a quelle “*Titio*” e “*ad Titium*”, essendo due (e per giunta vicine) le parole interessate.

⁴³ Schulz, *Die Aktivlegitimation* cit., 39. Sembrerebbe che anche il Luzzatto, *Caso fortuito e forza maggiore* cit., 150 nt. 2, nel suo richiamo alla tesi dello Schulz per spiegare le contraddizioni del testo ulpiano, fosse in linea con il pensiero dell'insigne maestro.

⁴⁴ De Robertis, *La legittimazione attiva nell'actio furti* I cit., 330 nt. 2. In senso critico alla tesi dello Schulz, v. anche Klingenberg, “*Constitutum est*” cit., 263.

⁴⁵ D. 5.1.64 pr. (Ulp. 1 *disp.*): *Non ab iudice doli aestimatio ex eo quod interest fit, sed ex eo quod in litem iuratur: denique et praedoni depositi et commodati ob eam causam competere actionem non dubitatur*. Cfr. D. 16.3.1.39 (Ulp. 30 *ad ed.*).

⁴⁶ V., *ad es.*, D. 13.6.14 (Ulp. 48 *ad Sab.*), ove viene analizzata la fattispecie in cui un comodatario avesse ricevuto la cosa da un servo, sapendo che il *dominus* non voleva che la si comodasse a lui: al *dominus* viene riconosciuta l'*actio commodati*, l'*actio furti* e la *condictio ex causa furtiva*.

⁴⁷ Klingenberg, “*Constitutum est*” cit., 264 s.

quella dell'altro). Il riconoscimento dell'azione ad entrambi i soggetti, però, urta con quanto apprendiamo dalle fonti, le quali attribuiscono, per uno stesso furto, la legittimazione attiva all'azione – a parte alcuni casi particolari del tutto differenti dal nostro⁴⁸ – ad un solo soggetto⁴⁹.

Si potrebbe però ipotizzare che il comodatario fosse insolvente: in tal caso, infatti, sarebbe venuta meno la sua legittimazione attiva all'*actio furti*⁵⁰. La circostanza che a lui fosse prestata una veste potrebbe essere un indizio in tale direzione, in quanto non è inverosimile che il bisogno di vesti derivasse proprio da una situazione patrimoniale dissestata (a meno che non si fosse trattato di vesti di particolare pregio, da utilizzare magari per un singolo, determinato, evento: in tal caso, il prestito sarebbe stato motivato non da un dissesto patrimoniale – insolvenza –, ma dal 'semplice' desiderio di non spendere del denaro, potendo evitarlo). Tale ipotesi, però, urta con la mancanza di qualsivoglia riferimento concreto alla insolubilità del comodatario, la quale, essendo un elemento indispensabile per il mancato riconoscimento della legittimazione attiva al comodatario dell'*actio furti*, non poteva essere sottinteso.

Più convincente sembra l'ipotesi⁵¹ secondo cui il comodatario di un ladro, pur essendo valido il negozio di comodato, non avesse l'*actio furti*, dato che l'interes-

⁴⁸ Mi riferisco al caso della solidarietà (v., ad es., D. 13.6.5.15 [Ulp. 28 *ad ed.*]) e a quello in cui il furto aveva leso anche il diritto a possedere di un terzo. Nella seconda ipotesi, le azioni, diverse, miravano ad ottenere l'una (quella del proprietario) la condanna al valore della cosa, l'altra (di colui che aveva il diritto a possedere) la condanna all'*id quod interest*. Sul punto, v. *supra*, nt. 11.

⁴⁹ È vero che le fonti ci informano sia sulla possibilità che aveva il *dominus* di poter agire con l'*actio furti* nei casi in cui l'azione sarebbe spettata al detentore su cui ricadeva il *periculum* della *res* (attraverso la liberazione di quest'ultimo: v., ad es., D. 47.2.91[90] pr. [Iav. 9 *ex post. Lab.*]), sia che, in presenza di insolvenza di quest'ultimo, l'azione sarebbe stata riconosciuta al *dominus* (v., ad es., Gai 3.205; D. 47.2.12 pr. [Ulp. 29 *ad Sab.*]). Tuttavia, in tali casi, la legittimazione attiva non era mai attribuita ad entrambi: essa, infatti, era riconosciuta inizialmente solo al detentore, e in seguito – dopo la sua liberazione o in presenza della sua insolvenza (che avrebbero comportato il venir meno del *periculum* della perdita della cosa nei suoi confronti) – passava ad essere attribuita esclusivamente al *dominus*, in quanto era lui, e nessun altro, a subire un *damnum* per il furto.

⁵⁰ Proponeva tale ipotesi il Knip, *Gai Institutionum Commentarius Tertius* II cit., 510 s., a cui ha fatto sèguito, in maniera più decisa, Kroppenber, *Die Insolvenz* cit., 489. Che la solvibilità fosse un requisito indispensabile per il riconoscimento della legittimazione attiva all'*actio furti* del custode-detentore risulta chiaro dalle fonti: sul punto, v. *supra*, nt. 34.

⁵¹ In tal senso, v., tra gli altri, F.X. Bruckner, *Die custodia nebst ihrer Beziehung zur vis maior nach römischem Recht*, München 1889, 139 (secondo cui il comodatario, non avendo avuto la cosa dal proprietario, non aveva la legittimazione attiva all'*actio furti* e non rispondeva per *custodia*); P. Voci, *Risarcimento e pena privata nel diritto romano classico*, Milano 1939, 28 nt. 1; De Robertis, *La legittimazione attiva nell'actio furti* II cit., 275 nt. 1.

se che costituiva il fondamento della legittimazione attiva doveva derivare, stando alle fonti, dalla volontà del *dominus* (“*Is, cuius interest non subripi, furti actionem habet, si et rem tenuit domini voluntate*” diceva infatti Paolo⁵²). Ciò avrebbe portato, però, a conseguenze senz’altro inique: il comodatario che era in perfetta buona fede (non sapendo cioè che il comodante non era il vero proprietario della *res*)⁵³, di fronte al furto del terzo, si sarebbe visto, da un lato, convenuto dal *fullo* con l’*actio commodati* (data la responsabilità per *custodia*), dall’altro, sprovvisto dell’*actio furti*⁵⁴. Tanto più che il *fullo* avrebbe avuto la possibilità di esperire sia l’*actio commodati* contro Tizio che l’*actio furti* contro il terzo⁵⁵. Ritengo plausibile tuttavia che, di fronte appunto a tale iniquità, sarebbe stata concessa al comodatario adempiente la possibilità di ottenere dal *fullo* la cessione dell’*actio furti* contro il terzo⁵⁶. Nel caso in cui, invece, il *fullo* avesse agito prima contro il ladro e poi –

⁵² D. 47.2.86(85) (Paul. 2 *man.*). Mi sembra evidente che tale requisito valesse solo per la cd. *actio furti* principale (che era anche quella più rilevante e sottoposta a maggiore attenzione da parte dei giuristi), ma non per quella cd. secondaria (quella cioè riconosciuta a chi aveva il diritto a possedere [o a ritenere]), in quanto altrimenti non si spiegherebbe, ad es., l’*actio furti* del compratore in buona fede (D. 47.2.75[74] [Iav. 4 *epist.*]). Su tale duplicità dell’*actio furti*, v. anche *supra*, nt. 11. Per una critica alla validità di tale regola paolina, v., tra gli altri, Schulz, *Die Aktivlegitimation* cit., 34; Kaser, *Grenzfragen der Aktivlegitimation* cit., 235 s. Sul punto, v., da ultimo, Wacke, *Actiones suas praestare debet* cit., 211 ss.

⁵³ Si potrebbe ipotizzare anche l’eventualità che il terzo, pur sapendo che il comodante non era il vero proprietario, ritenesse, perché magari indotto dal comodante stesso, che quest’ultimo gli avesse prestato la cosa con il beneplacito del proprietario.

⁵⁴ A ben riflettere però conseguenze analoghe si sarebbero avute nel caso in cui un *conductor rei* avesse dato legittimamente la cosa in comodato ad un terzo (sappiamo infatti che il *conductor rei* poteva dare in comodato – o in locazione: v., ad es., D. 19.2.7 [Paul. 32 *ad ed.*]; D. 19.2.8 [Thryph. 9 *disp.*]; D. 19.2.24.1 [Paul. 34 *ad ed.*]; D. 19.2.30 pr. [Alf. 3 *dig. a Paul. epit.*] – la cosa, salvo ovviamente il caso in cui il proprietario lo avesse espressamente vietato), e a quest’ultimo fosse stata rubata. In tal caso, il conduttore non sarebbe stato responsabile del furto (a meno che non avesse dato la cosa ad una persona che lasciasse sovente le cose incustodite: in tal caso, è verosimile che egli avrebbe risposto della perdita della cosa per *culpa*, con la conseguenza che a lui – stando a quanto ci riferisce Ulpiano: D. 47.2.14.12 [Ulp. 29 *ad Sab.*]. Sul punto, v. *supra*, nt. 26 – sarebbe spettata l’*actio furti*), mentre avrebbe potuto agire con l’*actio commodati* contro il terzo, a cui non era riconosciuta l’*actio furti* (non avendo ricevuto la cosa dal proprietario), che sarebbe rimasta prerogativa del *dominus*.

⁵⁵ È verosimile inoltre che egli avrebbe avuto, qualora avesse soddisfatto il *dominus*, anche la *rei vindictio*, che quest’ultimo avrebbe dovuto cedergli: v. D. 19.2.25.8 (Gai. 10 *ad ed. prov.*). Nonostante il passo parli anche di cessione della *condictio ex causa furtiva*, dubito che anche tale azione dovesse essere ceduta, dato che, a causa del furto commesso dal *fullo*, era proprio contro quest’ultimo che al *dominus* era riconosciuta tale *condictio*.

⁵⁶ Alla stessa stregua del *negotiorum gestor*, a cui non era riconosciuta la legittimazione attiva all’*actio furti*: D. 47.2.54(53).3 (Paul. 39 *ad ed.*). Mi domando però che cosa sarebbe accaduto se il *dominus*, anziché agire con l’*actio locati*, avesse agito con l’*actio furti* contro il *fullo*. Stando a D. 47.2.72(71) pr. (Iav. 15 *ex Cass.*), che è relativo però al comodatario ladro, l’*actio commodati*

dopo essere stato soddisfatto – contro il comodatario, a quest'ultimo credo che gli sarebbe stata concessa un'*exceptio doli*⁵⁷ per paralizzare la richiesta 'iniqua' del

si sarebbe dovuta estinguere, con la conseguenza che il *periculum* della cosa tecnicamente non sarebbe stato a carico del comodatario (*rectius*: sarebbe stato ancora a suo carico, ma non più con l'*actio commodati*, bensì con la *condictio ex causa furtiva*, la quale – stando a D. 13.1.16 [Pomp. 38 *ad Quint. Muc.*] – sarebbe spettata anche in caso di *furtum usus* da parte appunto del comodatario); in tal caso, verosimilmente, la legittimazione attiva all'*actio furti* da parte del comodatario veniva a cadere. Data l'affinità tra comodatario e *fullo* (per quanto riguarda sia il tipo di responsabilità – per *custodia* – che la legittimazione attiva all'*actio furti*), mi sembra quindi verosimile che, in caso di esperimento dell'*actio furti* da parte del *dominus* contro il *fullo*, a quest'ultimo sarebbe venuta a mancare l'*actio furti* contro il terzo, con la conseguenza che il comodatario del *fullo*, in tal caso, non avrebbe potuto – seguendo l'ipotesi fatta nel testo – in alcun modo ottenere la cessione dell'*actio furti* contro il terzo (la cui legittimazione attiva è da credere fosse riconosciuta al proprietario [il quale avrebbe avuto dunque due *actiones furti*, derivante da due attività delittuose differenti]). La genuinità del passo di Giavoleno, tuttavia, è stata messa fortemente in discussione, stante soprattutto il carattere penale e non reipersecutorio dell'*actio furti*, tanto da ritenere che in realtà il passo facesse riferimento, nella sua versione originaria, alla *condictio furti* (in tal senso, v., per tutti, Levy, *Die Konkurrenz* cit., 95 ss.; F. Pastori, *Il commodato nel diritto romano*, Milano 1954, 199 nt. 48. Per la genuinità del passo, v. invece, tra gli altri, Voci, *Risarcimento e pena privata* cit., 137 ss.; L. Vacca, *Eccezione di dolo generale e delitti*, in *Eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, a c. di L. Garofalo, Padova 2006, 335 s.; Fercia, *La responsabilità per fatto degli ausiliari* cit., 356 nt. 61). A voler considerare il passo di Giavoleno interpolato, si sarebbe avuto comunque lo stesso risultato (estinzione dell'azione contrattuale e conseguente venir meno della legittimazione attiva all'*actio furti* del *fullo*), a seguito dell'esperimento da parte del proprietario della *condictio* (v. D. 44.7.34.1-2 [Paul. *l. s. de conc. act.*]). In tal caso, il *fullo* avrebbe potuto solamente agire contro il comodatario con l'*actio commodati*, né il comodatario avrebbe potuto eventualmente richiedere la cessione dell'*actio furti* al *fullo* comandante, dato che questi non l'aveva.

⁵⁷ In caso di *actio commodati in factum*; in caso di *actio commodati in ius* (*bonae fidei*), invece, il comodatario avrebbe fatto presente l'esistenza del dolo direttamente al *iudex* (sull'esistenza di queste due formule – la prima più antica, la seconda più recente v., tra gli altri, Ferrini, *Storia e teoria del contratto di comodato* cit., 81 ss.; De Ruggiero, *'Depositum vel commodatum'* cit., 11 ss.; G. Segrè, *Sull'età dei giudizi di buona fede di commodato e di pegno*, in *Studi in onore di Carlo Fadda*, VI, Napoli 1906, 331 ss., ora in *Scritti vari di diritto romano*, Torino 1952, 348 ss.; Pastori, *Il commodato* cit., 59 ss.; Id., *Sulla duplicità formulare dell'"actio commodati"*, in *Labeo* 2, 1956, 89 ss.; G.I. Luzzatto, *"Commodati ... vel contra"*, in *Labeo* 2, 1956, 357 ss.; C.-M. Tardivo, *Studi sul "commodatum"*, in AG. 204, 1984, 225 ss.; J. Zablocki, *"Ex fide bona" nella formula del comodato*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese. Padova, Venezia, Treviso 14-16 giugno 2001*, a c. di L. Garofalo, IV, Milano 2003, 456 ss. V., ad es., Gai 4.47; D. 17.2.38 pr. [Paul. 6 *ad Sab.*]; I. 4.6.28. *Contra*, per la negazione dell'esistenza della formula in *ius*, v., per tutti, J. Paricio, *La pretendida fórmula "in ius" del comodato en el Edicto pretorio*, in *RIDA*. 29, 1982, 235 ss.; Id., *Una nota complementaria sobre la pretendida fórmula de buena fe del comodato (Contraposición entre D. 13, 6, 13 pr. y D. 12, 6, 17, 5)*, in *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*, VI, Milano 1987, 355 ss.; il quale, però, ha modificato nel tempo la sua opinione: v. Id., *Genesis e natura dei "bonae fidei iudicia"*, in *Atti del Convegno "Processo civile e processo*

fullo. In tal modo, il comodatario in buona fede non sarebbe stato ingiustamente svantaggiato dall'attività delittuosa di altre persone (il comodante e il terzo), né il *fullo*/ladro si sarebbe inopportunamente avvantaggiato.

4. Il mancato riconoscimento dell'*actio furti* al comodatario del *fullo* sembra, dunque, trovare una spiegazione logica. Rimane però ancora da chiarire il motivo per il quale Ulpiano attribuiva l'*actio furti* al *fullo* ladro, mentre negli altri due passi ciò era escluso per il comodatario e il *nauta*. La diversità di soluzione non può certo fondarsi sulla differente tipologia negoziale, dato che sia il *fullo*, che il comodatario e il *nauta* rispondevano in egual maniera per il furto e, di conseguenza, erano tutti e tre legittimati attivi all'*actio furti*. Pertanto il motivo va ricercato, a mio avviso, attraverso l'analisi delle fattispecie.

Ciò che risulta differente tra D. 47.2.48.4 e D. 4.9.4 pr. è che, mentre nel primo passo il *fullo*, nel comodare la cosa a *Titius*, aveva commesso un cd. *furtum usus* – in quanto aveva utilizzato la cosa, dandola in prestito ad un terzo, in modo totalmente difforme all'uso per cui gli era stata data –, non avendo l'animo di sottrarre la cosa al proprietario⁵⁸, nel secondo, invece, il *nauta* aveva commesso un *furtum*

penale nell'esperienza giuridica del mondo antico" (Siena, Certosa di Pontignano 13-15 dicembre 2001), in *Rivista di diritto online* 1, 2001 [http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/index.html?rivistadirittoromano/attipontignano.html], 209 e nt. 14, 211 s., 214; Id., 'Formulae commodati', in *Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, VI, Napoli 2000, 163 ss.). Vi è anche chi ritiene possibile, forse a ragione, l'inserimento di un'*exceptio doli* anche in caso di *iudicia bonae fidei*: v. P. Lambrini, 'Fundum Cornelianum stipulatus quanti fundus est postea stipulor': novazione oggettiva ed eccezione di dolo in diminuzione della condanna, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea* II cit., Milano 2003, 393 nt. 48; A. Metro, *Exceptio doli e iudicia bonae fidei*, in *Φιλία. Scritti per Gennaro Franciosi*, III, Napoli 2007, 1731 (in senso contrario, v., per tutti, B. Biondi, 'Iudicia bonae fidei'. La inerenza delle 'exceptiones' nei 'iudicia bonae fidei', in *AUPA*. 7, 1918, 1 ss., spec. 5 ss.).

⁵⁸ Si potrebbe pensare che il *fullo*, nel comodare la cosa, implicitamente avesse sottratto il possesso della cosa al proprietario, con la conseguenza che non si sarebbe trattato più di *furtum usus*, ma di *furtum rei* (o, secondo alcuni studiosi [v., ad es., Ferrini, *Furtum usus possessionis*ve cit., 118 ss.; Id., *Appunti sulla teoria del furto* cit., 138 ss.], *furtum possessionis*; sebbene nella parafrasi di Teofilo [Theoph. Par. 4.1.1] si legga che il *furtum possessionis* si aveva nel caso in cui il detentore [viene fatto l'esempio del creditore pignoratizio e del depositario] si fosse appropriato della *res*, mi sembra però che tale definizione sia maggiormente calzante per il furto del diritto a possedere [o a ritenere] – ad es., quello del proprietario nei confronti del creditore pignoratizio –, in quanto il detentore che comincia a tenere la cosa per sé, pur sottraendo effettivamente il possesso al *dominus*, se ne vuole appropriare definitivamente, senza quindi distinzione rispetto al ladro 'estraneo': in tal senso v., tra gli altri, Fenocchio, *Sulle tracce del delitto di furto* cit., 135 s. nt. 253. Sul punto, v. anche *supra*, nt. 11. Dal tardo medioevo, si è cominciato ad utilizzare, per questo tipo di furto, anche l'espressione '*furtum improprium*' [improprio perché senza sottrazione]. Sul punto v., diffusamente, F. Battaglia, *Furtum est contrectatio. La definizione romana del furto e la sua elaborazione moderna*, Milano 2012, 1 ss.). Tuttavia, in D. 41.2.30.6 (Paul. 15 *ad Sab.*) si legge che, nel caso in cui un possessore avesse dato in comodato una *res* e il comodatario l'avesse a

*rei*⁵⁹, essendosi appropriato della cosa, con l'animo quindi di toglierla al *dominus* (*nisi si ipse subripiat*). Ciò premesso, bisogna vedere se su questa differenza si possa fondare la diversità di soluzione.

La sottrazione della cosa da parte del *nauta* (che aveva attuato quindi una cd. *interversio possessionis*⁶⁰) faceva sì che egli tenesse la cosa non più per il proprietario, ma per sé stesso, con la conseguenza che egli da mero detentore passava ad essere possessore (ovviamente in mala fede) della *res*. Ciò comportava che il *nauta*, essendo tenuto per *custodia*, rispondeva del furto, anche del proprio, con il risultato che l'interesse all'*actio furti* non si sarebbe più potuto fondare sulla responsabilità della perdita della *res*, in quanto la possibilità di essere convenuto con l'*actio de recepto* non sarebbe dipesa dalla sottrazione fatta dal terzo, ma sarebbe stato un effetto diretto del proprio furto. Inoltre, con l'impossessamento della *res* da parte del *nauta*, veniva ad estinguersi la precedente posizione giuridica (detentore della cosa ricevuta dal *dominus*) e ne sorgeva un'altra (possessore della cosa): pertanto, il *nauta* non avrebbe più potuto agire in qualità di detentore della *res* che aveva ricevuto dal proprietario (in conformità a quanto indicato da Paolo⁶¹), ma come possessore (in mala fede) di esso. E, in qualità di possessore in mala fede, non gli era riconosciuta la legittimazione all'*actio furti*⁶².

Nel passo ulpiano, invece, il *fullo* non si era impossessato della cosa: egli, avendo comodato ad un terzo il *vestmentum*, aveva infatti semplicemente utilizzato la *res* in modo non consentito, commettendo quindi *furtum usus*. La responsabilità del *fullo* per la perdita della cosa, avendo questi ancora intenzione di restituirla – e non avendo il *dominus* ancora perso il possesso –, non si era ancora realizzata⁶³. Solo quindi a seguito del furto del terzo il *fullo* avrebbe risposto della

sua volta comodata ad un terzo – che riteneva la cosa essere del proprio comodante –, il possessore continuava a possederla: “*Si ego tibi commodavero, tu Titio, qui putet tuum esse, nihilo minus ego id possidebo*”. Il passo, dunque, risulta eloquente nello stabilire che il comodatario – e quindi risulta lecito ritenere anche il *fullo*: entrambi infatti avevano la semplice *detentio* e ad entrambi non era permesso comodare la cosa (v., per il comodato, D. 47.2.55[54].1 [Gai. 13 *ad ed. prov.*]) – che avesse comodato la cosa ricevuta continuava semplicemente a ‘detenerla’. È chiaro però che, qualora il comodatario nel comodare la cosa avesse inteso effettivamente disconoscere il vincolo che lo legava con il *dominus* e trattare la cosa come propria, non si sarebbe trattato di *furtum usus*, ma di *furtum rei* (o, per alcuni, *possessionis*). Sul punto, cfr. Ferrini, *Storia e teoria del contratto di comodato* cit., 135.

⁵⁹ Molti autori parlano in questo caso di *furtum possessionis*. Ma v. *supra*, ntt. 11 e precedente.

⁶⁰ “*Si possessionem eius apiscatur intervertendi causa, facit furtum*” diceva Celso, a proposito del depositario: D. 47.2.68(67) pr. (Cels. 12 *dig.*).

⁶¹ D. 47.2.86(85) (Paul. 2 *man.*).

⁶² D. 47.2.12.1 (Ulp. 29 *ad Sab.*).

⁶³ Questi avrebbe però risposto con l'*actio locati* (che era di buona fede), per l'utilizzo non concesso della *res* (nonostante la restituzione della cosa). La condanna dunque, verosimilmente, sarebbe stata rapportata non alla perdita della cosa, ma proprio a tale uso non autorizzato.

perdita, con la conseguenza che l'interesse all'*actio furti* sarebbe derivato proprio dalla possibilità di essere convenuto con l'*actio locati* per tale furto⁶⁴. Egli quindi

⁶⁴ Che il detentore che avesse commesso *furtum usus* non rispondesse – a causa del solo uso non consentito –, con l'azione contrattuale, della perdita della *res* sembra trovare conferma in un passo di Pomponio: D. 13.1.16 (Pomp. 38 *ad Quint. Muc.*): *Qui furtum admittit vel re commodata vel deposita utendo, condictione quoque ex furtiva causa obstringitur: quae differt ab actione commodati hoc, quod, etiamsi sine dolo malo et culpa eius interierit res, condictione tamen tenetur, cum in commodati actione non facile ultra culpam et in depositi non ultra dolum malum teneatur is, cum quo depositi agatur*. Il giurista, dopo aver sostenuto che colui che commetteva furto, o per aver utilizzato la cosa comodata in modo diverso da quello consentito o semplicemente per aver usato la cosa avuta in deposito, era tenuto anche con la *condictio indebiti*, sottolinea come tale *condictio* si differenziasse dall'*actio commodati*. Precisamente, egli sarebbe stato tenuto per *condictio* anche se la perdita della *res* vi fosse stata senza dolo malo o colpa, mentre difficilmente avrebbe risposto con l'*actio commodati* oltre la colpa e con l'*actio depositi* oltre il dolo malo. La seconda parte del frammento è oltremodo significativa. L'indicazione delle differenze tra la *condictio indebiti* e l'azione contrattuale (*commodati* e *depositi*), infatti, non deve essere intesa in senso astratto e generale, ma deve essere considerata rispetto alla fattispecie esaminata dal giurista: non avrebbe avuto senso, infatti, specificare la maggiore responsabilità scaturente dalla *condictio*, se il comodatario e il depositario, i quali avevano commesso il furto d'uso che aveva dato origine alla *condictio*, avessero risposto in ogni caso della perdita, essendo appunto in dolo (altrimenti non vi sarebbe stato furto). Dal passo, pertanto, può ricavarsi che il comodatario e il depositario che avessero commesso *furtum usus* sulla cosa, pur ricadendo su di loro il *periculum* della perdita della stessa (attraverso la *condictio indebiti*), non rispondevano immediatamente con l'azione contrattuale come se la cosa fosse già perduta, ma solo se tale perdita, avvenuta successivamente al loro furto, fosse a loro imputabile (sembra essere dello stesso avviso J. Belda Mercado, *La responsabilidad del comodatario en el derecho romano. Contract Liability in Commodatum under Roman Law*, in *Revista Electrónica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 2007 [http://www.refdugr.com/documentos/articulos/7.pdf], 10. Da D. 13.6.5.7 [Ulp. 28 *ad ed.*] e da *Paul. Sent.* 2.4.3, parrebbe che, qualora la perdita della *res* fosse stata conseguenza all'uso non consentito, il detentore avrebbe risposto anche per quei casi ai quali normalmente non rispondeva: nella specie, uccisione del *servus* o del cavallo in battaglia o da parte dei *latrones*: v. D. 13.6.5.4 [Ulp. 28 *ad ed.*]). Il detentore che avesse commesso furto d'uso, dunque, sarebbe stato sì responsabile dell'uso non consentito attraverso l'azione contrattuale (v. D. 13.6.5.8 [Ulp. 28 *ad ed.*]; D. 47.2.77[76] pr. [Pomp. 38 *ad Quint. Muc.*]; è significativo che quest'ultimo passo appartenga alla stessa opera di Pomponio da dove è tratto il testo che abbiamo appena analizzato, perché ci fa capire, attraverso il confronto tra i due frammenti, la vera portata dell'*actio commodati*), ma la sua condanna sarebbe stata parametrata non al valore della *res*, ma all'uso non autorizzato della stessa. È chiaro che si doveva trattare di azione di buona fede, in quanto nell'azione *stricti iuris* (come per l'*actio commodati in factum* o l'*actio depositi in factum*) si poteva far valere solo la mancata restituzione (*Si paret ... redditam non esse*) e la condanna era al *quanti ea res erit*: v. D. Mantovani, *Le formule del processo privato. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano*, Padova 1999², 51 s., 66. Per quanto riguarda il passo di Pomponio – D. 47.2.77(76) pr. –, in cui viene riconosciuta l'*actio commodati* contro colui che avesse usato la cosa, non bisogna credere che, essendo un commentario a Quinto Mucio, fosse dovuto a quest'ultimo il riconoscimento di tale azione, con la conseguenza che essa sarebbe stata *in factum*, dato che quella *in ius, bonae fidei*, a quell'epoca probabilmente non era stata ancora introdotta (v., ad es., Paricio, *'Formulae commodati'* cit., 183 s., che la colloca tra la fine del I e l'inizio del II secolo d.C.). Da Gell. 6.15.2, infatti, sembrerebbe che Q. Mucio si interessò

avrebbe agito non come ladro/possessore in mala fede, come nel caso di *furtum rei*, ma come mero detentore, che aveva ricevuto la cosa dal *dominus*, e che rispondeva del furto per *custodia*.

Le soluzioni divergenti che troviamo nelle fonti, dunque, possono trovare spiegazione nella diversità delle fattispecie: *actio furti* riconosciuta al detentore che aveva commesso *furtum usus*; negazione della legittimazione attiva per quello che se n'era impossessato (realizzando una cd. *interversio possessionis*)⁶⁵.

Ciò implica però che nel passo ulpiano relativo al comodato, l'espressione "*dolo fecerit circa rem commodatam*", nonostante la sua portata astrattamente generale, debba intendersi in senso restrittivo, cioè come *furtum rei ipsius*⁶⁶, e non quindi anche come *furtum usus*. Che Ulpiano l'abbia intesa in tal senso mi sembra verosimile, considerando la sua decisione in D. 47.2.48.4 e le considerazioni fatte sul punto⁶⁷.

solo all'*actio furti* contro chi avesse usato la cosa; pertanto, mi sembra plausibile che il riferimento all'*actio commodati* sia di fattura pomponiana (in tal senso, v. Belda Mercado, *La responsabilidad del comodatario* cit., 10), e quindi ben poteva essere, come io credo, di buona fede. Sembrerebbe che un passo di Ulpiano vada contro quanto abbiamo affermato: D. 16.3.1.25 (Ulp. 30 ad ed.): *Si rem depositam vendidisti eamque postea redemisti in causam depositi, etiamsi sine dolo malo postea perierit, teneri te depositi, quia semel dolo fecisti, cum venderes*. Ulpiano afferma che, se il depositario avesse venduto la cosa e poi l'avesse fatta ritornare "*in causam depositi*" e di seguito l'avesse perduta senza dolo malo, egli sarebbe stato comunque tenuto con l'*actio depositi*, perché era stato in dolo nel momento in cui aveva venduto. A ben guardare, però, la decisione ulpiana è giustificata dal fatto che il depositario, vendendo la cosa avuta in deposito, aveva commesso non un semplice furto d'uso, ma un vero e proprio *furtum rei*, in quanto la vendita presuppone il possesso della *res*. Pertanto, il depositario, nel momento in cui commetteva furto per aver venduto la cosa, risultava essere immediatamente e incondizionatamente responsabile per la perdita della stessa.

⁶⁵ In senso analogo, v. Pothier, *Pandectae Justinianae* cit., 336; Foramiti, *Indice ragionato* cit., 3540.

⁶⁶ Nello stesso senso, v. Pothier, *Pandectae Justinianae* cit., 336 nt. 4; Foramiti, *Indice ragionato* cit., 3539. Mi chiedo, però, se con tale espressione si fosse voluto comprendere anche il caso del comodatario che avesse volontariamente abbandonato la *res* (v., ad es., D. 42.1.12 [Marc. 4 dig.]) oppure che avesse commesso *furtum ope consilio*. Nel primo caso, infatti, il comodatario, essendosi liberato volontariamente della cosa, avrebbe risposto con l'*actio commodati* della perdita della stessa, con la conseguenza che, anche in questo caso, il furto del terzo non gli avrebbe causato quel *damnum* necessario (derivante appunto dal poter essere convenuto con l'*actio commodati*) per la sua legittimazione all'*actio furti*. Nel secondo caso, però, la situazione è diversa, in quanto il comodatario non avrebbe risposto con l'*actio commodati* se non nel momento in cui il terzo avesse commesso effettivamente il furto; pertanto, da questo sarebbe scaturita effettivamente la possibilità per il comodatario di essere convenuto con l'azione contrattuale. Tuttavia, data la non estraneità di quest'ultimo al furto, non escluderei che, anche in questo caso, al comodatario non sarebbe stata riconosciuta l'*actio furti*.

⁶⁷ Non c'è dato di sapere però se Pomponio, a cui – come esplicitamente ci riferisce Ulpiano – appartiene l'espressione, volesse invece riferirsi ad entrambi i tipi di furto. In tal caso avremmo uno *ius controversum*. Tuttavia, dalle riflessioni fatte (v. anche *supra*, nt. 64), mi sembra plausibile che anche il giurista antecedente facesse riferimento, con l'espressione "*dolo fecerit circa rem commodatam*", ad un *furtum rei* e non anche ad un *furtum usus*.

5. In conclusione, la decisione di Ulpiano presente in D. 47.2.48.4, che riconosce l'*actio furti* al *fullo* ladro, nonostante possa sembrare *prima facie* in contraddizione con quanto apprendiamo dalle fonti, risulta essere a mio avviso perfettamente plausibile. In particolare, il fondamento dell'azione del *fullo* va rinvenuto in una '*causa honesta*', e cioè nel precedente rapporto instaurato con il *dominus*, mentre il mancato riconoscimento dell'azione al comodatario trova la sua giustificazione nel fatto che egli non deteneva la cosa per volontà del *dominus*.

Inoltre, l'apparente contrasto con D. 47.2.14.8 e D. 4.9.4 pr., in cui viene negata l'*actio furti* al detentore che avesse commesso furto sulla cosa, trova a mio avviso spiegazione nel fatto che in D. 47.2.48.4, a differenza degli altri due passi, si fa riferimento ad un *furtum usus*, con la conseguenza che, in questo caso, il *fullo* avrebbe mantenuto un valido interesse per la legittimazione attiva all'*actio furti*.

Lucio Parenti
(Università di Teramo)
lparenti@unite.it